COLECCIÓN DOCTRINA

COMISIÓN DE TRANSFERENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN Y DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA NACIÓN A LA CABA

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

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

JUS BAI RES EDITORIAL

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

JUS BAI RES EDITORIAL

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

SBD Sello Buen Diseño argentino

Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA II / José María Orgeira. [et al.]; pal. prel. De Silvina Manes; presentación de Darío Reynoso. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2018.
520 p. ; 22 x 16 cm. - (Colección Doctrina 2018)

ISBN 978-987-768-015-7

1. Derecho. 2. Jurisdicción Judicial. I. Orgeira, José María II. Manes, Silvina, pal. prel.. III. Reynoso, Darío, presentación.

CDD 347.02

© Editorial Jusbaires, 2018
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial
Presidenta:
Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:
Marcela I. Basterra
Alejandro Fernández
Lidia Ester Lago
Silvina Manes
Carlos F. Balbín
Alejandra García

Departamento de Coordinación de Contenidos
Editorial Jusbaires
Edición: Fabiana S. Cosentino; Daniela Donni
Corrección: Mariana Palomino; Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Carla Famá; Pablo O. Iglesias

Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA
Secretario de Comisión: Darío Ruíz

Unidad Asesora y de Seguimiento de Políticas de Transferencia
Flavia Lorenzo Piñón; María Cecilia Guglielmi; 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 2018

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco
Vanesa Ferrazzuolo
Juan Pablo Godoy Vélez
Darío Reynoso
Javier Roncero
Marcelo Vázquez

ÍNDICE

PRESENTACIÓN
Por Darío Reynoso..... 09

PALABRAS PRELIMINARES
Por Silvina Manes..... 13

CAPÍTULO 1
DELITOS CONTRA EL HONOR

CALUMNIAS E INJURIAS (ARTS. 109, 110, 113, 114 Y 117 DEL CÓDIGO PENAL)
Por José María Orgeira y Adrián R. Tellas..... 17

CAPÍTULO 2
DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

EL DELITO DE CAPTACIÓN SEXUAL INFANTIL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS (*GROOMING*) (ART. 131 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni..... 37

CAPÍTULO 3
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

AMENAZAS COACTIVAS (ARTS. 149 BIS Y 149 TER DEL CÓDIGO PENAL)
Por Manuel Garrido..... 61

EL DELITO DE VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA ELECTRÓNICA (ART. 153 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Pablo A. Palazzi..... 73

LA TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD EN TÉRMINOS DE SECRETOS Y PRIVACIDAD (ARTS. 153 BIS, 155, 157 Y 157 BIS DEL CÓDIGO PENAL)
Por Marcelo Vázquez..... 113

CAPÍTULO 4
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

EL APODERAMIENTO ILEGÍTIMO DE COSAS MUEBLES. HURTO Y SUS AGRAVANTES (ARTS. 162, 163 Y 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL)
Por Elizabeth A. Marum..... 155

ROBO (ARTS. 164, 166, 167 Y 167 BIS DEL CÓDIGO PENAL)
Por Martín D. Haissiner y Gonzalo J. Vázquez..... 219

EL DELITO DE EXTORSIÓN (ARTS. 168, 169, 170 Y 171 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Omar Breglia Arias..... 253

DEFRAUDACIÓN CON TARJETA DE COMPRA, CRÉDITO O DÉBITO AJENA Y DEFRAUDACIÓN INFORMÁTICA (ART. 173, INCS. 15 Y 16 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Jonatan Robert..... 289

CAPÍTULO 5
DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS. APOLOGÍA DEL DELITO (ARTS. 209 Y 213 DEL CÓDIGO PENAL)
Por María Cecilia Liporace..... 333

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ARTS. 237 A 243 DEL CÓDIGO PENAL)
Por María Ángeles Ramos..... 363

CAPÍTULO 6
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO POR UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL (ART. 268 INCS. 1 Y 3 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Marcelo H. Echevarría..... 399

ENCUBRIMIENTO (ART. 277 DEL CÓDIGO PENAL)
Por Rubén E. Figari..... 425

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA (ARTS. 289 Y 298 BIS DEL CÓDIGO PENAL)
Por Carlos Alberto Chiara Díaz y equipo..... 487

PRESENTACIÓN

La reforma constitucional operada en 1994 fue tajante al fijar la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires, estableciendo expresamente, en su artículo 129, que "tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción". Dicha norma buscaba terminar con el trato desigual de los porteños con respecto al resto de los habitantes de la Nación, quienes veían vulnerados sus derechos de elegir a sus propias autoridades, administrar sus recursos y establecer su sistema de justicia.

A pesar de que han transcurrido más de 20 años desde aquella definición política, todavía nos encontramos a mitad de camino en lo que se refiere al reconocimiento pleno de facultades jurisdiccionales. Tal como se preveía, no ha sido una tarea sencilla transitar el camino hacia la autonomía plena. Se trata de un proceso inconcluso, paulatino y complejo de recorrer que, seguramente, requerirá de grandes esfuerzos por parte de quienes bregamos por el cumplimiento de esta manda constitucional.

La falta de consensos con las autoridades nacionales, sumado al obstáculo que, desde un plano infraconstitucional, constituyó la Ley nacional N° 24588, obligó a la Ciudad a avanzar en un proceso progresivo y paulatino de transferencia de competencias jurisdiccionales a través de un sistema de convenios y acuerdos parciales. El primero, del año 2000, tuvo por objeto la transferencia de la competencia para investigar y juzgar hechos vinculados con los delitos 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 otros trece delitos (Ley nacional N° 26357 y Ley N° 2257 de la CABA).

Luego de ello, mediante la Ley nacional N° 26702, se dispuso la transferencia de la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se detallan en su anexo, con excepción de la materia federal, al Ministerio Público Fiscal y a los jueces competentes de la Ciudad (art. 1°), el que contempla más de treinta figuras penales, cuyo estudio fue abordado en el primer tomo de esta obra.

Asimismo, en el artículo 2°, la citada ley asignó al Poder Judicial de la Ciudad la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria, aplicables en su ámbito territorial, que se establezcan en lo sucesivo en toda ley de la Nación, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

Posteriormente, mediante Ley N° 5935, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aceptó la transferencia de la competencia antes citada, disponiendo un régimen de ingreso progresivo, el que será determinado por resolución conjunta del Ministerio Público, previa conformidad del Consejo de la Magistratura de la CABA –la progresividad deberá hacerse efectiva durante el año posterior a la publicación de la ley en el Boletín Oficial, ocurrida el 3 de enero del corriente año, BOCBA N° 5286–.

Sabemos que el proceso hacia una autonomía plena insumirá tiempo, esfuerzos, y requerirá de una consistente y permanente decisión política por parte de nuestros legisladores y de la Administración local para su efectiva implementación. Pero también sabemos que ese camino comenzó a transitarse y su culminación es ineludible.

Conscientes de ello, y a los fines de fortalecer los mecanismos institucionales para lograr la ansiada autonomía, el 16 de junio de 2016 la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la Ley N° 5569, creando dentro de los órganos del Consejo de la Magistratura una 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 tendientes a lograr una efectiva transferencia de la Justicia Nacional al ámbito local.

La firma del Convenio Interjurisdiccional de Transferencia Progresiva de la Justicia Nacional Ordinaria Penal al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebrado el pasado 19 de enero del 2017 entre el Presidente de la Nación Argentina, Ingeniero Mauricio Macri, y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Licenciado Horacio Rodríguez Larreta, augura un nuevo escenario y un camino auspicioso en el reconocimiento de plena autonomía en el ámbito jurisdiccional.

A través de la firma del citado convenio se acordó lo siguiente:

a. la transferencia al ámbito de la Ciudad de la investigación y juzgamiento de determinados delitos (consignados en la cláusula primera);

b. la transferencia al ámbito de la Ciudad de determinados órganos judiciales y del Ministerio Público (cláusula segunda);
c. la transferencia de los empleados y funcionarios de los órganos que sean transferidos a la Ciudad (cláusula tercera); y
d. la transferencia de los recursos pertinentes y de los bienes correspondientes a la labor de los órganos transferidos (cláusula séptima).

Tal como lo establece el convenio, las partes y quienes estas designen, celebrarán nuevos acuerdos referidos a la transferencia del presupuesto vigente, servicios y bienes correspondientes, siempre dentro del convenio marco firmado.

La firma del convenio mencionado se enrola en el reconocimiento expreso que 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.

Dicho convenio, ratificado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante Resolución 26/2017 del 5 de abril de 2017, y restando aún su ratificación por el Congreso Nacional para que cobre vigencia, impone el armado de una nueva agenda, en el ámbito de la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal de la Nación a la CABA, del Consejo de la Magistratura de la Ciudad. Esa agenda exige tener una visión clara sobre:

a. Necesidades funcionales para asumir las nuevas competencias penales.
b. Revisión normativa de los códigos procedimentales (procesal penal y materia contravencional y de faltas). Sobre este punto es bueno remarcar que el año pasado se cumplieron 10 años de la

entrada en vigencia del primer Código Procesal Penal de la CABA, y es aconsejable realizar un análisis sobre su funcionalidad y el cumplimiento de los principios y objetivos tenidos en cuenta.

c. Capacitación intensa para prepararnos para asumir las nuevas competencias penales.

La obra que presentamos tiene la enorme virtud de sintetizar la jurisprudencia más reciente y relevante sobre los delitos que, una vez ratificado el nuevo convenio por la Legislatura de la CABA y el Congreso de la Nación, pasarán a la órbita de la Ciudad. No se trata de delitos menores; contamos con ilícitos penales que involucran tipos penales que tutelan los siguientes bienes jurídicos: honor, integridad sexual, libertad, propiedad, orden público y administración pública.

Sin duda, la ratificación de dicho convenio 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.

Como presidente de la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Consejo de la Magistratura de la CABA, me complace presentar el segundo tomo de esta obra que aborda los delitos incluidos en el nuevo convenio aún no vigente, y que está destinado a ser un aporte fundamental para el trabajo de magistrados, funcionarios y empleados de nuestro Poder Judicial.

Dr. Darío E. Reynoso[*]

[*] Consejero del Consejo de la Magistratura de la CABA. Presidente de la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA.

PALABRAS PRELIMINARES

El fortalecimiento del sistema federal, a partir del reconocimiento constitucional de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, fue el claro objetivo del constituyente que, a pesar de haber sido postergado durante más de dos décadas por la Ley Cafiero (Ley N° 24588), hoy es una realidad.

A 20 años de la puesta en marcha de la justicia de la CABA, se está llevando a cabo el más importante proceso de transferencia de nuevas competencias penales. Ello demuestra que la plena autonomía jurisdiccional es un hecho irreversible, que ha sido avalado por el Tribunal Supremo del país (fallos "Corrales", "Nisman" y "Sapienza"), como también por la férrea voluntad política de los gobiernos nacional y local.

Este proceso de ampliación del ámbito de actuación jurisdiccional necesita ir acompañado de una permanente capacitación respecto de los nuevos tipos penales que abordarán jueces, fiscales y defensores en el ejercicio de sus funciones.

Es por ello que este importante trabajo, realizado por numerosos académicos de gran trayectoria, será de gran utilidad para aquellos que quieran adentrarse en su estudio y profundización, ya que contiene las cuestiones más actuales vinculadas a los delitos que integran el nuevo convenio interjurisdiccional de transferencias progresivas.

La obra, en este segundo tomo, está escrita con gran sentido didáctico. El abordaje efectuado por los diversos autores determina el claro alcance de los distintos tipos penales, teniendo en mira la necesidad de establecer límites y controles al poder punitivo del Estado, para evitar convertir al Derecho Penal en un medio arbitrario y omnipotente de represión de conductas. No resulta ocioso recordar que el principio de legalidad es una de las más importantes garantías sustantivas en un Estado de Derecho, limitativas del abuso del poder represivo, y que ha sido reconocido por las constituciones políticas nacional y local, como también por los pactos internacionales de Derechos Humanos incorporados por aquellas.

En efecto, frente al populismo punitivo que impera en la actualidad, este trabajo contiene un minucioso y taxativo análisis de los

delitos contra el honor (calumnias e injurias); contra la integridad sexual (grooming); contra la libertad (amenazas coactivas y violación de correspondencia electrónica); contra la propiedad (apoderamiento ilegitimo de cosas muebles, robo, extorsión y fraude); contra el orden público (Instigación a cometer delitos y apología del delito); contra la administración pública (delito de enriquecimiento ilícito por utilización de información privilegiada y omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial, encubrimiento, y delitos contra la fe pública), lo que facilita la interpretación restrictiva de estos tipos penales.

Por último, es necesario resaltar que esta compilación representa el inicio de un importante trabajo académico, que se completará con el traspaso total de las competencias penales ordinarias al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Silvina Manes
Presidenta de la Cámara Penal,
Contravencional y de Faltas

CAPÍTULO 1
DELITOS CONTRA EL HONOR

CALUMNIAS E INJURIAS

(ARTS. 109, 110, 113, 114 Y 117 DEL CÓDIGO PENAL)

Por José María Orgeira y Adrián R. Tellas*

IMPORTANTE REFORMA LEGISLATIVA

Consideramos que es imprescindible señalar que la Ley N° 26551 ha introducido varias modificaciones que cambian sustancialmente la ubicación de la calumnia, que quedó relegada a cuando la conducta pueda constituir al mismo tiempo delito de falsa denuncia del artículo 245 del Código Penal (CP).[1]

Además, tanto la calumnia como la injuria han sufrido una gran cortapisa porque, con el propósito de aventar toda posibilidad de que se pueda perseguir penalmente al periodismo, se aclara que quedan excluidos de los tipos penales estos delitos contra el honor, cuando se trate de expresiones referidas a asuntos de interés público.[2] Tan es así

* **José María Orgeira**: Abogado (UBA). Licenciatura en Ciencias Penales (UBA). Profesor de derecho penal y procesal penal (UBA, 1968/2002; UPFA, 2000/12; UCES, 1995/2015). Actividad en la Justicia nacional: empleado (1956), secretario (1961), fiscal (1970) y juez en lo criminal de instrucción (1973/77). Autor de libros y publicaciones de la especialidad.

Adrián R. Tellas: Abogado (UBA). Profesor titular de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal II en UCES. Autor de libros y publicaciones de la especialidad.

1. Ver el estudio sobre falsa denuncia de Orgeira, José María, "Falsa denuncia de delitos cuya competencia se encuentra transferida a la CABA", en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2016, p. 363.

2. Schianni, María Marta (Doctrina Judicial 12/19/2011, pág. 93), en "Los delitos contra el honor a partir de la reforma introducida por la Ley 26.551", historia la clara influencia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos con motivo de la condena del periodista Eduardo Gabriel Kimel por el delito de calumnia ya que este organismo resolvió la responsabilidad internacional del Estado argentino. Ver también Buteler, José A., "Ley 26.551. Cumplimiento por el Estado Argentino de la obligación de adecuar el derecho interno impuesta por la sentencia de la CHDH", en *Revista Actualidad Jurídica*, Córdoba, 2009, T. 144, p. 9922. En igual sentido, De Luca, Javier,

que, de estar vinculadas a estos asuntos, ni siquiera se admite probar la verdad de la imputación (art. 111 del CP).

Asimismo, al derogar por Ley N° 26551 el artículo 112, relativo a las ofensas dirigidas a una persona colectiva o sus autoridades, y señalar en los artículos 109 y 110 que el sujeto pasivo debe ser "una persona física determinada", desaparece por completo toda duda sobre la posibilidad de que los delitos contra el honor se puedan cometer contra integrantes de un grupo, como ocurría con la anterior redacción del artículo 117 del CP, que permitía la retractación "al culpable de injuria o calumnia contra un particular o *asociación*". De ahí la interpretación sistemática que validó otrora la tesis de que las sociedades y personas colectivas eran sujetos pasivos de los delitos contra el honor.

TRANSCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEGÚN LA REDACCIÓN ACTUAL

> Artículo 109 (según Ley N° 26551, art. 1):
> La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil ($3.000.-) a pesos treinta mil ($30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.
>
> Artículo 110 (según Ley N° 26551, art. 2):
> El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($1.500.-) a pesos veinte mil ($20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

LA VERDAD Y EL HONOR SEGÚN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Publiqué un trabajo con este título en la revista *Lecciones y Ensayos* (Segunda Época, 1), editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1981, p. 45), obviamente

"Delitos contra el honor y libertad de expresión en la Argentina. Casos 'Kimel' de la Corte Interamericana y 'Patito' de la Corte Suprema", AP/DOC/3945/2012.

cuando, dada la redacción de las figuras, era más problemática la preeminencia de la verdad sobre el honor. Ahora, desde la puesta en vigencia de la Ley N° 26551, el orden es prácticamente inverso.

DECIDIDAMENTE SE PRIVILEGIA A LA VERDAD

Efectivamente, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 26551, tanto en la calumnia como en la injuria se privilegia la verdad; el honor queda en un plano muy inferior, a merced del juicio adverso o peyorativo de cualquiera, no sólo de los periodistas, aunque se haya pretendido primordialmente darles una mayor libertad a ellos para hacer comentarios críticos sin incurrir en delito contra el honor. Sigue siendo posible probar la verdad de la imputación cuando el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal (art. 111, inc. 1), o el querellante pidiera la prueba de la verdad (art. 111, inc. 2).

La intencionalidad de la injuria

En el mismo sentido restrictivo de la defensa del honor, se enrola el requisito de la intencionalidad en la injuria, que en doctrina se conoció como animus injuriandi o ánimo de injuriar.[3] No hay duda de que actualmente quedan fuera de la represión penal los casos en los que no se pueda probar que las expresiones claramente ofensivas respondieron al propósito concreto de ofender al destinatario. Definitivamente, el pretexto de que la imputación peyorativa se debió a un interés distinto (broma, simple comentario, interés informativo, etc.), será suficiente para descartar esa intencionalidad, que se ha vuelto condición imprescindible.

También hay intencionalidad injuriosa cuando se trata de ofensa al honor objetivo mediante difamación, siempre que el sujeto activo tenga clara conciencia de que quiere hacer daño.[4]

3. Molinario, Alfredo, *Los delitos* (actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1996, T. I, p. 353. Ramos, Juan P., *Los delitos contra el honor*, Abeledo-Perrot, 2ª edición actualizada por Eduardo Aguirre Obarrio, 1958. Trata extensamente el *animus injuriandi* en las pp. 118-140.

4. Ramos, Juan P., *op. cit.*, p. 151. Allí explica la *intention de nuire*, de causar daño al ofendido. Obviamente hay intencionalidad de injuriar.

No hay delito si el ofensor puede invocar interés público

Pero, además, aunque las imputaciones sean vertidas con indiscutible interés de ofender, tampoco podrán originar una condena por calumnia o injuria cuando guarden relación con asuntos de interés público, que veda incluso la prueba de la verdad en la injuria (art. 111 del CP).

Queda sólo por ver, caso por caso, hasta dónde llega la aptitud exculpante del interés público en tiempos en que prácticamente no hay un ámbito privado protegido.

Pero todavía hay otras dificultades para interpretar el valor dirimente de esta limitación porque es preciso desentrañar: ¿qué es de interés público?, ¿en qué radica el interés público?, ¿cuál es el límite del interés público? y, por otro lado, ¿cuándo la imputación, aunque sea lesiva al honor, puede ser considerada punible por violentar un interés privado?

La lista de interrogantes no se agota allí ya que debemos establecer también quiénes son las personas que han perdido la privacidad (¿todos o sólo algunos?) y si esas personas quedan sin privacidad siempre y en todos los casos. A modo de ejemplo: ¿lo que hacen los funcionarios públicos nunca deja de ser de interés público, aunque no se relacione con su actividad oficial o el desempeño en el cargo conferido? ¿Los artistas o actores que han alcanzado notoriedad, pierden por ello su intimidad? ¿Lo que cualquiera de ellos hace o dice pasa a ser cuestión pública?

Es todavía más compleja la protección del derecho al honor porque muchos funcionarios, actores y artistas buscan frecuentemente que se hable de ellos cuando protagonizan episodios éticamente cuestionables, ya que hasta cierto punto les sirve a los fines electorales (dejan de ser desconocidos) o facilita su incursión en el mundo del espectáculo y los torna más taquilleros. Más de una vez se argumentó así. Con la anterior redacción de estas figuras se sostenía que ni siquiera la voluntaria o provocada exposición pública podía ser invocada luego como excusa para incursionar en cualquier zona de la vida privada ajena, so pretexto de la existencia de una conducta anterior complaciente.

Por otra parte, muchas veces quienes optan por difundir sus comportamientos privados o exhibirse para ser vistos sin reparo por terceros, no quieren quedar siempre en la picota, por lo que cuando la divulgación se produce sin su deliberada intervención y consentimiento, no están de acuerdo con ello porque prefieren que no se destape lo que no han querido poner a la luz. Sin embargo, con el agregado del "interés público" quizá puede llegar a sostenerse que el destinatario de

la ofensa no tiene privacidad alguna y que se puede contar cualquier cosa sobre él invocando simplemente esa causal de inmunidad.

EL AUTOR DE LA IMPUTACIÓN FALSA

Evidentemente, cuando se trata de la atribución de delitos de acción pública (calumnia) parecería que resulta indiscutible que siempre hay interés público, pero la cuestión vuelve a complicarse si la imputación es falsa porque el autor de la especie (el que inventa la versión) no podrá escudarse en el interés público ya que nadie tiene derecho a mentir.

EL DELITO DE CALUMNIA

El núcleo de la acción típica consiste en la falsa imputación a una persona determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública.

El agregado de "concreto y circunstanciado"

Por cierto, "concreto y circunstanciado" no estaba en la redacción anterior del delito de calumnia. El agregado es correcto pero quizá innecesario, porque tanto la doctrina como la jurisprudencia habían puesto claridad excluyendo del artículo 109 del CP los casos en que simplemente se atribuía a otro el ser "homicida", "ladrón", "defraudador", etcétera, salvo que la imputación proporcionara los datos complementarios de cuándo, dónde y quién era la víctima. Bien se sabía que sin el agregado de esos datos, la imputación vertida no era suficiente para reprimir como calumnia esa conducta endilgada.[5] Entonces las imputaciones disvaliosas señaladas únicamente podían constituir injuria;[6] y ahora seguirá siendo así, si esas manifestaciones cumplen los demás recaudos del artículo 110 del CP.

Siempre se consideró que la mayor gravedad de la calumnia respecto de la injuria radicaba en el peligro de ser sometido a un juicio

5. Molinario-Aguirre Obarrio, *op. cit.*, p. 338.

6. Molinario-Aguirre Obarrio, *op. cit.*, p. 338 y 348; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, T. IV, p. 491.

penal que corría el destinatario de la versión del hecho constitutivo delito de acción pública, con todas sus consecuencias negativas, tanto para su seguridad personal como para su honor, su reputación.

La falsedad o inexistencia del hecho imputado

Va de suyo que la atribución[7] de la calumnia debe ser falsa; de un delito inexistente o, cuando menos, endilgado a alguien que es inocente, que no lo haya cometido.[8]

Esa falsedad puede ser descubierta tempranamente o después de un proceso penal en cuyo transcurso la justicia advierta la falsedad de la imputación y exonere de responsabilidad penal al ofendido.

Cuándo el ofendido por la calumnia puede promover la acción penal

No existe ninguna cuestión prejudicial que le impida al destinatario de la calumnia promover de inmediato una querella para demostrar su inocencia y solicitar la condena del calumniador, pero como este delito es de acción penal privada (art. 73, inc. 1, del CP), el trámite y desarrollo dependerá exclusivamente de su impulso, puesto que la justicia en ningún momento actuará en forma oficiosa.

Casos en los que el delito de acción pública imputado genera la instrucción oficiosa de un proceso penal

Esto puede suceder cuando el autor de la calumnia denuncie el hecho por considerarse damnificado o promueva por la misma razón querella. La tercera hipótesis se da cuando el denunciante es un tercero que ejerce el derecho previsto en las leyes de procedimientos de poner en conocimiento de la autoridad un delito de acción pública (art. 71 del Código Procesal Penal de la Nación; art. 79 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Claro está que, como la mayor gravedad de la ofensa radica fundamentalmente en el peligro para

7. *Atribuir* es sinónimo de *imputar*: Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 490. E imputar es "asignar a otro un hecho o conducta": Manigot, Marcelo A., *Código Penal anotado y comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª edición, 1978, p. 329.

8. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, T. III, p. 253.

la seguridad personal del imputado, el ejercicio de la acción pública no debe estar extinguido por prescripción.

Mientras haya causa penal en trámite, la querella del ofendido seguramente será suspendida a las resultas del proceso instruido oficiosamente contra él en los tribunales.

Cuándo se puede afirmar judicialmente que la imputación es falsa

Si no hay proceso instruido de oficio, únicamente habrá en los tribunales una querella promovida por el ofendido como querellante. Entonces el resultado se conocerá con la sentencia final que declare calumniosa la imputación.

En cambio, cuando contemporáneamente con la imputación reputada calumniosa haya un proceso instruido de oficio, recién la resolución o sentencia final permitirá quizá establecer si el ofensor atribuyó falsamente la comisión de un delito de acción pública. Pero no siempre es así: todavía será necesario saber si la sentencia absolutoria exonera de responsabilidad al imputado por el beneficio de la duda, porque en este supuesto tampoco se podrá sostener que hay calumnia, toda vez que esa duda impedirá también tener por acreditada la infracción al artículo 109 del Código Penal, ya que, de acuerdo a la Ley N° 26551, se requiere asertividad de que el hecho es falso para punir la calumnia.

Interés público o asertividad de la imputación

Explicamos antes que el agregado exculpante del interés público ha sido puesto por el legislador para tornar más sencilla la tarea periodística, pero como no se limitó la desincriminación en modo alguno a un grupo determinado de personas, el paraguas salvador del interés público también podrá invocarlo cualquiera que denuncie o difunda con mendacidad un hecho inexistente por querer asumir el papel de "justiciero" ante la sociedad o en los tribunales.

Pero, dejando de lado el interés público, tampoco se podrá atribuir calumnia a quien endilgue falsamente a otro la comisión de un delito de acción pública si lo hace sin asertividad. Con lo que precisamente los comentarios más irresponsables, de aquellos que ni siquiera se juegan sosteniendo firmemente una versión como verdadera cuando no lo es, quedan excluidos de reproche penal, aunque el daño que produzcan pueda ser

tanto o más grave que el generado por quien se expresa en forma categórica. Con lo que desaparecen la calumnia equívoca o encubierta –al igual que la injuria– por la supresión de estas posibilidades, sujetas al pedido de explicaciones del ahora derogado artículo 112 del Código Penal.

Aparente contradicción

Como se mantiene parcialmente la redacción del artículo 113 del CP, da la impresión de que los legisladores han incurrido en una contradicción, ya que mantienen la punibilidad de la injuria o la calumnia inferidas por otro cuando las publiquen o reproduzcan por cualquier medio y condicionan esa punibilidad sólo respecto de las expresiones calumniosas –dejan afuera las injurias– referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

La denuncia inicial calumniosa y el delito de falsa denuncia

Se discutió en doctrina el conflicto relativo a la interpretación correcta, que se ventiló también en los tribunales penales. Siempre resultó imposible imputar al mismo tiempo denuncia calumniosa falsa, por aplicación del artículo 109 del Código Penal, y la falsa denuncia del artículo 245 del CP,[9] fundamentalmente porque la calumnia es de acción penal privada y la falsa denuncia delito de acción pública.

Los regímenes de procedimiento son diferentes porque los delitos de acción privada siempre han tenido características incompatibles con los de acción pública. Los primeros son iniciados exclusivamente por querella, sin impulso judicial alguno, y hasta el dictado de la sentencia depende de las peticiones del sedicente ofendido, habilitado para renunciar o desistir de su emprendimiento. En cambio, la falsa denuncia es de acción pública y está regulada por diferentes reglas, las propias para los delitos de acción pública.

Incluso hubo períodos en que el legislador estableció que no hubiera etapa sumarial para los procesos por los delitos de acción privada, como la calumnia. Todo esto tornaba imposible un doble encuadramiento legal para las denuncias falsas de delitos de acción pública.

9. Hay que tener cuidado con la fuente doctrinal por las variaciones producidas, basadas en legislación que fue derogada. Por eso, puede confundir el estudio de José María Orgeira "Calumnia y denuncia calumniosa. Ley 17.567", publicado en Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1970, p. 799.

Primacía de la calumnia por sobre la falsa denuncia

El conflicto fue resuelto por la Cámara del Crimen en pleno, en el caso "Jorge Bulog" del 27 de marzo de 1953.[10] Por mayoría, los jueces se inclinaron por decidir que se trataba de figuras penales que se excluían entre sí, por lo que optaron por el encasillamiento de estos casos como delitos de calumnia, dado que la infracción al artículo 109 del Código Penal tenía prevista pena de prisión de seis meses a tres años, superior a la del artículo 245 del Código Penal, que era –y sigue siendo– de dos meses a un año de prisión.

La Ley N° 26551 coloca a la falsa denuncia por encima de la calumnia

En efecto, al desaparecer en el delito contra el honor la conminación con pena de prisión (sólo ha quedado la pena de multa), las razones determinantes del plenario "Bulog" se han invertido, por lo que: 1) prima la falsa denuncia sobre la calumnia; 2) ahora, cada vez que se establezca en un proceso penal que la denuncia inicial es falsa, corresponderá la intervención oficiosa por infracción al artículo 245 del Código Penal; para el enjuiciamiento del autor de la falsa imputación de un delito de acción pública no habrá más que depender de la decisión del ofendido, que en muchos casos no quiere o no puede contratar un abogado para querellar por calumnia; el sentenciante dará intervención al fiscal o se hará cargo de remitir las actuaciones a la justicia penal.

EL DELITO DE INJURIAS

El núcleo de la conducta delictiva

Consiste en "deshonrar" o "desacreditar" a una persona física determinada. Este último agregado que introduce la Ley N° 26551 deja fuera las ofensas dirigidas a un colectivo de personas, salvo que al poner de manifiesto las expresiones disvaliosas se enumeren o indiquen los datos de identidad de cada una de ellas; o sea, que se los individualice en las expresiones deshonrosas o desacreditantes. De lo contrario,

10. La Ley, T. 70, p. 112, fallo 32.690. Por un momento perdió vigencia, cuando rigió la Ley N° 21338, luego fue derogada: *Fallos Plenarios Penales*, Pensamiento Jurídico Editora, 1978, p. 108. Pero, como los jueces y fiscales parecen no haber advertido el cambio introducido inevitablemente por la Ley N° 26551, aun en los casos más claros y aberrantes de falsa denuncia no impulsan de oficio su investigación.

la tradicional injuria propalada contra grupos de individuos de determinada sociedad o nacionalidad, de cualquier grupo, serán atípicas, lo que queda ratificado por la derogación del artículo 112 y la supresión del artículo 117 del Código Penal.

En cuanto a "deshonrar", se ha distinguido siempre como ofensas al honor subjetivo; por ejemplo: estúpido, imbécil, tarado, etc. Afecta la autovaloración del destinatario.[11] Puede ocurrir que el medio empleado sea, por ejemplo, una carta; o que, si la comunicación es más moderna, se transmita por e-mail o whatsapp, con lo que no habrá terceros y la ofensa no podrá ser al mismo tiempo desacreditante.

Si es cara a cara, cuando el ofendido está presente esa injuria deshonrosa se ha denominado en doctrina "contumelia".[12] Quien hace esto ofende el honor subjetivo del destinatario contumeliosamente. Pero si hay terceros que puedan comprender la injuria, esta será también desacreditante.

Es que *desacreditar* corresponde a las ofensas al honor objetivo, con las que se pretende socavar la valoración social del destinatario de la especie. Si la acción va dirigida a terceras personas para que se anoticien, será difamación.[13]

Por otra parte, no es cierto que la verdad no ofende.[14] Enseña Soler que deshonrar es delito lesivo de la autovaloración del honor, con independencia de que se trate o no de la de la imputación de algo verdadero.[15] Claro está que con la actual redacción, introducida por la Ley N° 26551, será preciso establecer quién lo dice y en qué ámbito, porque el interés público actual puede volver impune lo que tradicionalmente fue una injuria por deshonra; salvo que nos quedemos con la contradictoria hipótesis del artículo 113 del CP, que deja al margen del paraguas salvador del interés público la publicación o repetición de injurias. En definitiva, la regla es que se puede injuriar con verdades o falsedades.[16]

11. Tazza, Alejandro y Carreras, Eduardo Raúl, "Los nuevos delitos de calumnias e injurias", Buenos Aires, La Ley 2010-E, p. 1266.

12. Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Mave, 2003, T. I, p. 277.

13. Molinario-Aguirre Obarrio, *op. cit.*, p. 350.

14. Orgeira, José María, *op. cit.*, p. 45.

15. Ídem, p. 219.

16. Aguirre Obarrio, Eduardo, "Sobre la verdad y las injurias", Buenos Aires, La Ley 2005-E, p. 83.

También hay injurias de hecho, sin palabras, como el conocido por todos "corte de manga"; el "escupirlo al otro en la cara o a su paso, pero mirándolo al hacerlo como prueba inequívoca de quién es el destinatario de la ofensa". Y hay injurias por omisión,[17] cuando se viola un protocolo estricto y el sujeto activo lo conoce y transgrede sus reglas, sabedor de cuál es el destinatario de la omisión (de saludo, de preeminencia de paso, etc.); también es una hipótesis posible el "sacarle la mano intencionalmente al que saluda y extiende la suya".[18]

El requisito de la intencionalidad

El autor de la expresión lacerante debe tener la inequívoca finalidad de ofender a esa persona física que es el sujeto pasivo. En consecuencia, parece imposible que se pueda cometer injuria mediante manifestaciones ambiguas; o sea, no dirigidas concretamente al destinatario, aunque resulte difícil dudar de a quién se quiere ofender.

Por ejemplo, al concluir la diatriba que sólo puede tener una persona como blanco de la ofensa cuando esta aparece ubicada en un grupo, como decir "al que le quepa el sayo que se lo ponga" o "no necesito llamar por su nombre y apellido a quien considero un corrupto", aunque aceptamos que estas situaciones particulares pueden dar lugar a otras interpretaciones. Sucede que a partir de exigir la intencionalidad como elemento subjetivo, queda descartada la injuria con dolo eventual y aventados entonces como delictivos otros *animi*, como *consulendi* (acercamiento para consultar), *iocandi* (hacer broma a costa del otro), etcétera.

LA PRUEBA DE LA VERDAD

Esta disposición del artículo 111 del CP ha sido reformada por la Ley N° 26551; quedó limitada ante todo a que no se trate de expresiones vinculadas con asuntos de interés público y reducida a dos supuestos:

De acuerdo al actual inciso 1, será posible la prueba de la verdad "si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso

17. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, T. IV, p. 61.

18. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, enumera más casos posibles de injuria por omisión.

penal". Y según el inciso 2, también se puede validar este medio "Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él".

En ambos casos, probada la verdad de la imputación, "el acusado quedará exento de pena". Es importante destacar este resultado porque la difamación no queda convalidada, sino simplemente sin pena, con lo que subsiste la ilegitimidad del comportamiento del ofensor con todas sus posibles consecuencias de daños y perjuicios en el fuero civil.

INJURIAS EN JUICIO

El tema está en el artículo 115 del Código Penal y su texto actual corresponde a la Ley N° 23077. Trata las injurias proferidas entre litigantes, apoderados o defensores, sujetas únicamente a correcciones disciplinarias, salvo que fueran dadas a publicidad. Más allá de que se mantengan específicamente tratadas en el Código Penal, si las injurias se dan a publicidad será un supuesto de descrédito o difamación, salvo que se sea un caso en el que, por aplicación de la Ley N° 26551, se pueda invocar interés público actual o que, por su redacción, las ofensas carezcan de asertividad. Si en cambio se tratare de una calumnia, su análisis siempre se rige de acuerdo a lo previsto en el artículo 109 del CP.

INJURIAS RECÍPROCAS

No ha variado la redacción del artículo 116 del Código Penal. Esta disposición trata la posibilidad de un retruque de ofensas, que quedará bajo el análisis del tribunal, facultado para eximir de pena a una de las partes o a las dos. Se repiten entonces las consideraciones precedentes porque se trata nuevamente de injurias en juicio.

Ahora bien, si el entrecruce ocurriera fuera de un juicio, han de regir las reglas generales de nuestro Derecho Penal porque la injuria pudo ser proferida como legítima defensa, o para tratar de enervar la ofensa de otro mediante un insulto, lo que podría constituir una legítima defensa, siempre que se dan las restantes condiciones del artículo 34, inciso 5, del Código Penal. Por supuesto, no estamos agotando aquí todas las posibilidades que se pueden dar.

LA RETRACTACIÓN

Como ya anticipamos, con la supresión del artículo 112 y dadas las reformas introducidas por la Ley N° 26551, ha sido eliminado como sujeto pasivo cualquier colectivo de personas.

La eliminación del adjetivo "culpable", reemplazado por el de "acusado" es correcto porque, precisamente cuando alguien ha sido declarado judicialmente culpable del delito contra el honor endilgado, ya es tarde para que tenga relevancia su retractación.

El beneficio es tanto para el autor de calumnia como de injuria.

Hay dos condiciones. Una de forma: debe ser pública la retractación. ¿En que consiste esa publicidad? Alcanza con la retractación en el juicio penal iniciado por el ofendido. Soler está de acuerdo, salvo que la injuria haya sido por la prensa.[19] La otra condición es temporal: hay tiempo desde el momento en que dio a luz la calumnia o la injuria hasta la contestación de la querella; esto supone que el ofendido, en vez de replicar en esa contestación, alegando que no ha sido el autor, protestando inocencia o lo que fuere, opta por la retractación. La ausencia a la audiencia de conciliación es irrelevante y no cierra la posibilidad de retractarse porque, si el procedimiento es correcto, todavía tiene tiempo para hacerlo incluso hasta el momento de los alegatos en el juicio oral, siempre que la ley procesal no regule con precisión un momento anterior en que se le acuerde al querellado una oportunidad para contestar la querella.

No se requiere más que decir "me retracto", sin que sea preciso hacer lo que se ha denominado "cantar la palinodia",[20] es decir, expresar loas (por ejemplo "la persona a la que ofendí es un hombre de bien, lamento haberlo hecho", etc.).

Pero tampoco tiene eficacia la retractación condicionada o acompañada por explicaciones relativas a que antes había dicho la verdad; que el sedicente ofendido no se merece que él se retracte; que lo hace porque no quiere litigar contra el que se coloca en el papel de sujeto pasivo, etc.

La consecuencia de la retractación es considerar al ofensor exento de pena, por lo que la justicia no abre juicio vindicativo sobre la conducta del querellado. En consecuencia, el querellado sólo podrá decir

19. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 384.

20. Soler, *op. cit.*, p. 381. Aunque este autor, entre otros, considera necesario hacer manifestaciones que superan el decir simplemente "me retracto".

que no será penado. La reforma ha incluido, para mayor claridad, la siguiente aclaración final: "La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad", lo que viene a modificar la naturaleza que históricamente se le asignó al instituto y lo convierte en una nueva causal de extinción de la acción penal que, por ende, determina el sobreseimiento del querellado y lo exime de las costas.

INFORMACIÓN FALSA CONTENIDA EN ARCHIVO DE DATOS PERSONALES

Esta figura nació por la Ley N° 25326, que incorporó al Código Penal el artículo 117 bis, con cuatro incisos que reprimían distintas conductas y sus agravantes. Pero luego la Ley N° 26388 derogó el primer inciso de ese nuevo artículo 117 bis. La primera de las leyes citadas estaba orientada a la protección integral de los datos personales y, en particular, mediante la incorporación del artículo 117 bis del Código Penal se pretendió reprimir la vulneración del secreto que merecen los bancos de datos en supuestos en que el comportamiento sólo estaba dirigido a lesionar el honor del titular de los datos sensibles allí registrados.

Pero una serie de desafortunadas reformas le restó legalidad a las disposiciones de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 117 bis del CP, es decir las que no fueron derogadas expresamente por la Ley N° 26388, pues al derogar el inciso primero, que era el que establecía la especie de pena a la que en su origen quedaba ligada por remisión la represión de los tipos penales previstos en los otros distintos incisos (es decir la pena *prisión*), indirectamente restó validez a todas las figuras allí previstas al privarlas de cualquier parámetro de sanción.

Este error del legislador quedó consolidado negativamente cuando por Ley N° 26551 se eliminó la pena privativa de la libertad para el resto de los delitos del Título (recordemos que ahora los delitos de Calumnias e Injurias sólo están reprimidos con multa), por lo que terminó por perder entonces toda posible lógica la vacua referencia que el citado inciso 2° del artículo 117 bis hace a una pena de "de seis meses a tres años" (sin aclarar si es de prisión o de inhabilitación), y mucho menos lógica tiene entonces el aumento cuantitativo del inciso siguiente ("la escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo", sin que exista especie de pena válida para cuantificar ese aumento en la escala).

En ese escenario, ante la ausencia de especificación de pena, entra a gravitar el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) por cuyo mérito corresponde concluir que existió una derogación tácita de todos los supuestos del artículo 117 bis del Código Penal.

JURISPRUDENCIA

Libertad de expresión

En materia de libertad de expresión, la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afecta la legalidad estricta que es preciso observar cuando se establecen restricciones respecto de ese derecho por la vía penal, en cuanto no existen precisiones suficientes que delimiten las conductas delictuosas, y constituye una violación de principio de legalidad y del derecho a la libertad de expresión consagrados en los artículos 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con relación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en los artículos 1.1 y 2 de aquella.

La tipificación amplia de delitos de calumnias e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho Penal pues, en una sociedad democrática, el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro ya que, de lo contrario, conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

Si bien los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que consagra el derecho a la honra) y el artículo 13.2 establece que la reputación de los demás puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión, a los fines de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, la vía penal debe ser necesaria y proporcional.

Existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones, por lo que es válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y en la búsqueda de información, lo cual implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos.

Toda vez que la crítica realizada por un periodista con relación a un juez que investigó una masacre en el contexto de una dictadura militar –asesinato de cinco religiosos palotinos– estaba relacionada con el desempeño de la función jurisdiccional y se concretó en opiniones que no entrañaron la imputación de delitos, la afectación de la libertad de expresión, mediante el sometimiento a proceso penal de la víctima, la sentencia condenatoria –un año de presión en suspenso– y el pago de una indemnización, resulta manifiestamente desproporcionada, por excesiva, con relación a la alegada afectación del derecho a la honra de querellante.

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008 – Rimel c. Argentina, DJ 02/07/2008, 667, LA LEY 2008-D, 484, RCyS 2008, 526, La Ley *online*)

Lugar de comisión del hecho

Es competente la justicia provincial y no la federal para tramitar la causa iniciada en orden a la presunta comisión de los delitos de calumnias e injurias por extranjero en el caso, con motivo de la misiva que publicó en un diario, en tanto las causas criminales por delitos comunes cometidos en una provincia corresponden a los tribunales provinciales, cualquiera sea la nacionalidad del acusado (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

(CS, 03/06/2008, Ale, Rafael c. De Oliveira, Alvino José, La Ley *online*)

Lugar de comisión del hecho

Es competente para tramitar la querella iniciada por los delitos de calumnias e injurias, el magistrado con jurisdicción en la localidad en la cual un periódico publicó las expresiones presuntamente injuriantes vertidas en una conferencia de prensa por los denunciados (Del dictamen del Procurado Fiscal que la Corte hace suyo).

Los delitos de calumnias e injurias deben considerarse cometidos en el lugar en el que se exteriorizaron los términos presuntamente agraviantes, y cuando ellos son producidos por la prensa, corresponde atribuir la competencia al magistrado del lugar donde se realizó la impresión de las expresiones cuestionadas (Del dictamen del Procurados Fiscal que la Corte hace suyo).

(CS, 29/04/2008 – Verazay, Santos Justo, La Ley *online*)

Libertad de prensa

Cabe descalificar el pronunciamiento que condenó a un periodista por el delito de reproducción y publicación de injurias inferidas por otro –artículos 113, en función del 110, ambos del Código Penal–, toda vez que la condena se funda en la propagación de una correspondencia anónima que contenía expresiones desacreditantes para el querellante, lo cual demuestra un desconocimiento extremos de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Campillay" (La Ley, 1986-C, 411), oponiéndose al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en consecuencia.

(CS, 19/02/2008, Martínez Vergara, Jorge, La Ley *online*)

Cosa juzgada

Cabe confirmar la resolución que declaró la nulidad de un proceso llevado adelante por el delito de calumnias si resultó idéntico, en cuanto objeto y sujeto activo y pasivo con un proceso por falsa denuncia que fue desestimado, pues todo giró sobre los mismo hechos, existiendo cosa juzgada material respecto de los mismos con el primer pronunciamiento.

(CN Casación Penal, sala I, 10/09/2001, De Santis, Miguel C., La Ley 2002-C, 451, La Ley *online*)

Ley penal más benigna

Es una causa en al cual se investiga la presunta comisión de los delitos de calumnias e injurias por parte de quien, en una nota periodística, atribuyo la comisión de conductas delictivas al director de un hospital publico, corresponde decretar el sobreseimiento del imputado por cuanto, se trata de expresiones referidas a asuntos de interés público, y en virtud del principio de la ley penal más benigna, resulta aplicable al caso la forma legislativa de los tipos penales de calumnias e injurias promulgada el 26/11/2009.

(CN Crim. y Correc., sala VI, 25/02/2010, S., D., La Ley *online*)

CAPÍTULO 2
DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

EL DELITO DE CAPTACIÓN SEXUAL INFANTIL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS (*GROOMING*)

(ART. 131 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni*

PRESENTACIÓN DEL TEMA

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos, denominado grooming, ha sido incluido en el artículo 131[1] del Código Penal en 2013 mediante la Ley N° 26904.[2] Esta figura tiene como objetivo la criminalización del contacto con un niño,[3] a través del uso de las nuevas

* **Mary Beloff**: Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de dicha Institución e Investigadora del Departamento de Derecho Penal de la misma Facultad. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero.

Diego Freedman: 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.

Mariano Kierszenbaum: Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

Martiniano Terragni: Abogado. Docente e investigador del 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. Código Penal, artículo 131: "Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".

2. Ley N° 26904, sancionada el 13 de noviembre de 2013, promulgada el 4 de diciembre de 2013 y publicada en el BO del 11/12/2013.

3. Nos referimos a los niños en el sentido de niños, niñas y adolescentes. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: "El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes", Corte Interamericana de Derechos

tecnologías de comunicación, cuando se constituye en un acto necesario para la futura y prevista comisión de un delito contra la integridad sexual (como pueden ser el abuso sexual infantil,[4] la corrupción de menores,[5]

Humanos (IDH), Opinión Consultiva No. 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No. 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45.

4. Código Penal, artículo 119: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f) (Texto conforme a la ley 27.352, sancionada el 26 de abril de 2017 y publicada en el B.O. del 17 de mayo de 2017)". Código Penal, artículo 120: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado…".

5. Código Penal, artículo 125: "El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años…".

la promoción de la prostitución infantil,[6] la producción de pornografía infantil,[7] las exhibiciones obscenas[8] o el rapto).[9]

La necesidad de la criminalización de estos comportamientos viene impuesta por el Derecho internacional a partir del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.[10]

6. Código Penal, 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". Código Penal, artículo 126: "…Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión".

7. Código Penal, artículo 128: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización…".

8. Código Penal, artículo 129: "Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años".

9. Código Penal, artículo 130: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin".

10. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.
En su Observación general Nº 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), el Comité de Derechos del Niño –reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "…intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención" (*Fallos* 331:2047, del considerando 4° del voto de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni)–, entendió que: "… Las tecnologías de la información y de las comunicaciones se están convirtiendo en una dimensión central de la realidad diaria de los niños. Hoy día, los niños se desplazan sin problemas entre el mundo real y el mundo virtual. Estas plataformas ofrecen enormes beneficios

Además, el amplio *corpus iuris* de derecho internacional[11] contiene diversas normas referidas a la protección del niño frente a los ataques sexuales. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 19 establece que

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

A continuación, realizaremos un estudio sintético de la figura de *grooming* teniendo en cuenta los antecedentes parlamentarios, el tipo penal diseñado por el legislador nacional y la sanción prevista.

–educativos, sociales y culturales–, y se alienta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para velar por que todos los niños tengan las mismas oportunidades de obtener esos beneficios. El acceso a Internet y a los medios sociales es fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 31 en el mundo globalizado. Sin embargo, el Comité está preocupado por el creciente *corpus* de pruebas que indican que esos entornos, y el tiempo que los niños dedican a interactuar con ellos, pueden representar también un riesgo y un daño considerables para los niños. Por ejemplo: El acceso a Internet y a los medios sociales expone a los niños al ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica (…)", párrafos 45 y 46.

11. Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana (…)", Corte IDH, Caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párrafo 194, entre otros.

ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS

El trámite parlamentario de la Ley N° 26904 se inició en el Senado de la Nación durante el año 2011, sobre la base de dos proyectos legislativos cuya redacción era bastante diferente al texto de la media sanción.[12]

El Senado, en la sesión del 2 de noviembre de 2011, aprobó la sanción de la ley con un texto idéntico al que tendría posteriormente la Ley N° 26904 por medio de una votación unánime.

En la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto recibió tratamiento parlamentario en la sesión del 11 de septiembre de 2013 junto con otros proyectos de ley en ese ámbito.[13] En dicha oportunidad se aprobó unánimemente[14] con un texto diferente al aprobado por la Cámara de Senadores. Se propuso la incorporación de la figura de *grooming* con el siguiente texto:

> Será reprimida con prisión de tres (3) meses a dos (2) años la persona mayor de edad, que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. La misma pena se aplicará a la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece (13) y menor de dieciséis (16) años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación.

12. El proyecto de Ley de la Senadora Bongiorno (S-3267/10), cuyo texto establecía que: "Artículo 125 *ter*: Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales".
Por su parte, el proyecto de los Senadores Higonet y Verna establecía que: "Art. 128 *bis*: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual.
La pena será de dos (2) años a seis (6) años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad".

13. Proyecto de Diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liberman (nro. 9-D-2012), González, Nancy (nro. 2604-D -2013) y De Narváez, Ferrari y Gambaro (nro. 3064-D-2013).

14. Se registraron 207 votos afirmativos y 3 abstenciones sobre 211 diputados presentes.

Asimismo, se establecía que la acción penal en este delito requería instancia privada. En el debate parlamentario, el diputado Albrieu justificó este texto diferente de la figura de *grooming* alegando que, en primer lugar, la escala penal para el contacto previo no debe ser la misma que la del delito contra la integridad sexual. A la vez, alegó que la conducta incriminada sólo se refiere a un contacto que no lesiona al bien jurídico, sino que sólo lo pone en peligro.[15]

El texto retornó a la Cámara de Senadores y fue tratado en la sesión del 13 de noviembre de 2013, en la cual se insistió en la redacción originaria con unanimidad.

BIEN JURÍDICO

El delito de *grooming* fue incorporado en nuestro Código Penal dentro del Título III del Libro Segundo, referido a los delitos contra la integridad sexual.[16] La doctrina considera, sin embargo, que el bien jurídico protegido es, en realidad, la *libertad sexual*.

15. "Estamos –y este es nuestro problema, señor presidente– frente a dos cuestiones discutibles de esta norma. En primer lugar, la escala penal elegida nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal. Por otro lado, no estamos frente a un delito que provoque una lesión al bien jurídico protegido sino solamente ante un acto que pone en peligro ese bien jurídico, y desde una perspectiva constitucional, de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales que la Argentina ha suscripto, es siempre discutible el tener un delito de peligro en lugar de un delito de lesión, más discutible y más observable es cuando esa lesión está cada vez más lejana de la acción típica que queremos penar. Obsérvese que en este caso se está penando solamente el tomar contacto con un menor a través de Internet. En un caso similar pero en la vida real, tener contacto en la calle con un menor, como lo hace un pederasta, para cometer un delito no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar. Estaríamos sancionando un delito de peligro con una actividad muy lejana a una verdadera lesión del bien jurídico protegido. Quizás puede servir de explicación, parcial pero insuficiente, el hecho de tener en claro que frente a los contactos por Internet los padres y los cuidadores de los menores están siempre en una actitud de menor cuidado".

16. En el Código Penal de España también se ha considerado que afecta este bien jurídico: "Así, en el delito de *child grooming* se protege el bien jurídico indemnidad sexual, entendido como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso en términos más amplios, como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual", en Villacampa

Anteriormente el bien jurídico protegido era la honestidad,[17] título que fue reformado en 1999 por su incompatibilidad manifiesta con, centralmente, los derechos de las mujeres y niñas, así como con las ideas modernas acerca de la sexualidad.[18]

LA NATURALEZA ANTICIPATORIA DEL *GROOMING*

El legislador ha reprimido una conducta previa y necesaria para cometer un delito contra la integridad sexual, que manifiesta en sí misma no sólo la intencionalidad del autor, sino que también pone en peligro concreto la libertad sexual del niño. En función de ello, este nuevo delito podría ser clasificado, desde el punto de vista material,[19] como un acto preparatorio de un delito de abuso sexual.[20] El legislador considera que

---

Estiarte, Carolina, *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 677.

17. Explicaba Rodolfo Moreno (h) (*El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1922, T. IV, p. 209): "La palabra *honestidad* tiene un sentido amplio y se aproxima al que tiene el término *corrección*. (…) Ideas de carácter religioso y social que gravitan en el mundo civilizado hacen que se considere, por lo menos exteriormente, que las relaciones sexuales no son lícitas sino dentro del matrimonio. Fuera del mismo constituyen un pecado o un delito, según los casos. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo, por consiguiente, lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje".

18. Reforma introducida por la Ley N° 25087 –sancionada el 14/04/1999, promulgada el 07/05/1999 y publicada el 14/05/1999–.

19. Sobre la noción material de tentativa y preparación, en contraposición del concepto formal, ver: Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 181 y ss., 205.

20. La naturaleza preparatoria del grooming se hace explícita en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, Decreto PEN 678/12), en cuya exposición de motivos se explica que: "Se trata del mayor de edad que simulando o no ser menor, toma contacto o diálogo con un menor de trece años y mantiene con este diálogos o le hace relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un encuentro para cometer otro delito, que no necesariamente es de los previstos en este título, aunque por lo general lo sea. Se trata de la tipificación de un acto preparatorio que si alcanza el nivel de comienzo de ejecución del otro delito desaparece en función de las reglas del concurso aparente." (cfr. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, p. 214).

en materia de niños, los actos de captación ya constituyen comportamientos socialmente perturbadores con relación a la integridad sexual, razón por la cual ha decidido su criminalización como delito autónomo.

Este recurso legislativo, que consiste en anticipar la punibilidad de un comportamiento mediante la creación de un delito autónomo anterior al acto de lesión concreta al objeto de bien jurídico, no es nuevo. En materia de integridad sexual ya existían los supuestos de rapto y trata de personas (este último la contempla, entre otros fines sexuales, pero se ubica entre los delitos contra la libertad). Esto no constituye un quebrantamiento a los principios de exteriorización y lesividad, en la medida en que ellos sean apreciados también, ya de manera autónoma, como comportamientos socialmente perturbadores con relación al bien que se protege. Ello quedará más claro al analizar el verbo típico y la *ultrafinalidad*.

TIPIFICACIÓN

Tipo objetivo

Sujeto activo

El tipo penal no prevé ningún requisito respecto del sujeto activo que cometa la conducta tipificada, de modo que puede ser cualquier persona, incluso un niño o adolescente. En el caso que el adolescente sea mayor de 16 años de edad podrá eventualmente ser penalmente responsable de acuerdo con el régimen especial vigente.[21]

Conducta

El verbo típico del delito de *grooming* es "contactar". Este verbo, entendido sin relación con el contexto, difícilmente pueda remitirnos a una acción que pueda ser considerada ilícita. El verbo aparece solamente como ilícito cuando se tiene en miras la finalidad a la que se dirige ese contacto: cometer un delito contra la integridad sexual. Sin embargo, no

21. Ley N° 22278, artículo 1: "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación…".
Ley N° 22278, artículo 2: "Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º…".

puede interpretarse que cualquier contacto pueda quedar abarcado por el delito de *grooming* siempre que exista esa finalidad en la mente del autor, como puro estado psíquico. Si fuera así, la punibilidad tendría por base solamente un elemento interno, lo cual está vedado por el principio de exteriorización, como lo explica Jakobs: "La pregunta por lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores".[22]

El tipo penal debe interpretarse en el sentido de que ese contacto *ya implique un contenido sexual* que ponga de manifiesto la *anormalidad social del comportamiento*.[23]

Con ello se quiere poner de relieve que la regulación puede interpretarse, por un lado, como un delito que reprime al autor por lo que hará en el futuro, lo cual quebrantaría los principios de exteriorización y lesividad, y sólo podría admitirse como un supuesto de derecho penal del enemigo[24] (que ha sido considerado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Gramajo");[25] pero, por otro lado, como un delito que reprime al autor por lo que ya hizo.[26] Creemos que esta última interpretación es válida (siempre que se tenga en cuenta la proporcionalidad de las penas, lo cual veremos a continuación), razón

22. Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 198.

23. Esta opción es la que toma el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que además refiere que: "Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento.", Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, p. 214

24. Sobre este punto, véase: Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

25. CSJN, Fallos: 329:3680: "Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona…", del considerando 27 del voto de la mayoría integrada por los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

26. Sobre la distinción entre normas de anticipación que reprimen por lo que el sujeto hará en el futuro y normas que reprimen por la lesión ya ocurrida: Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", *op. cit.*, pp. 48-49.

por la cual, tratándose la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del sistema, debe aplicarse la norma en este sentido.

En definitiva, la conducta que se reprime en el tipo penal estudiado es el contacto, o sea, el establecimiento de un trato o relación con otra persona.[27] Este contacto, por el medio utilizado, no es físico.[28] No se establece ninguna limitación respecto de la cantidad, ni la frecuencia de ese contacto, basta con uno solo. Tampoco se exige que se haya extendido determinada cantidad de tiempo, por lo tanto una comunicación breve puede dar lugar a que quede configurada la conducta prevista por la norma. No resulta abarcado por el tipo cualquier esfuerzo que realice el sujeto activo para contactar a niños, cuando no se produce la recepción.

Una cuestión que es menester resaltar es que la conducta criminalizada es el contacto por parte del autor con el menor de edad, sin importar quién lo haya iniciado. Por lo tanto, el tipo penal comprende tanto la situación en la cual el autor inicia un contacto con un menor de edad como el supuesto en que el niño realiza esa primera comunicación con el autor del hecho y este mantiene el contacto.

El tipo penal delimita el medio utilizado para el contacto con el niño. Precisamente, se dispone en la legislación en forma abierta, no taxativa, que el contacto debe ser realizado mediante "comunicaciones electrónicas", "telecomunicaciones"[29] y "cualquier otra tecnología de transmisión de datos". De modo que el legislador tuvo la intención de tipificar exclusivamente los contactos realizados por las nuevas tecnologías, por haber presumido que resultan los medios más efectivos para hacer posible la comisión de los delitos contra la integridad sexual contra los niños. Esto se explica porque el autor se oculta bajo el perfil de un usuario de Internet escondiendo muchas veces sus datos personales para realizar el contacto.

27. Según la Real Academia Española, una de las acepciones de "contacto" es: "Relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades".

28. Esto fue detallado por el Senador Sanz en el debate parlamentario del 13 de noviembre de 2013: "Contactar al menor es parte del delito, parte de la conducta típica. Cuando se habla de contactar al menor, considero que deberíamos dejar sentado que esa es la conducta típica y que no solamente se requiere un contacto físico, ya que el contacto puede producirse a través de las herramientas informáticas".

29. De acuerdo a la Real Academia Española, es un "Sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos".

Debe aclararse que, si bien las nuevas tecnologías facilitan la comisión de este tipo de delitos cuando el sujeto activo prefiere actuar en forma anónima y no pertenece al círculo cercano del niño, lamentablemente los delitos contra la integridad sexual cometidos contra los niños son frecuentemente cometidos por las personas más cercanas, incluso dentro del ámbito familiar. En este tipo penal es irrelevante el conocimiento previo o no que el adulto tuviera del niño.

Al admitir nuevas tecnologías de transmisión de datos, el legislador deja abierto el tipo penal, de forma tal que permite que la legislación no tenga que ser modificada cada vez que se produzca un nuevo avance técnico en los medios de comunicación. Ello no erosiona el principio de legalidad, ya que resulta sumamente descriptiva y clara la referencia a cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con lo que el juez podría aplicar la figura a nuevas realidades, de acuerdo con una interpretación literal del texto.[30]

Se ha sostenido que el contacto con el niño debió haberse iniciado después de la vigencia de la ley de penal;[31] de lo contrario, si el contacto con el niño comenzó antes de la incorporación del delito de *grooming* a

30. En relación con el principio de legalidad, explica Roxin que "el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)", Roxin, Claus, Derecho Penal…, *op. cit.*, pp. 148-149.

31. "Respecto de la aplicación de la figura de *grooming*, incorporada al Cód. Penal en su artículo 131 a partir del dictado de la ley 26.904 –que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013–, coincidimos con la defensa en cuanto a que importó inobservar el principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, dicho tipo penal pune a quien 'por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma' y, en autos, ese contacto se inició alrededor del mes de julio de 2013, cuando todavía la ley 26.904 no había sido dictada. No modifica ese análisis el hecho de que el último tramo de la conducta se desarrollara en oportunidad en que ya había sido sancionado el delito, dado que siendo una ley penal posterior sólo se habilita su aplicación en caso de ser más benigna que la vigente al tiempo de inicio de la acción, extremo que aquí no ocurre dado que en forma previa a la disposición legal mencionada la conducta no merecía reproche bajo esa figura. Recientemente la CSJN se ha expedido en este sentido –aunque respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (238, inciso 2 del CP)– en el fallo 'G. O.', resuelto el 4 de febrero de 2014", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, "R., L. J. s/Procesamiento", del 26/03/2014.

nuestro Código Penal, resulta de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal. Por nuestra parte, discrepamos con tal tesitura. Sí cabe aplicar el principio de irretroactividad penal para el contacto realizado antes de la vigencia de la ley penal; pero si ese contacto persiste, el autor incurre en la figura típica. Desde ya, sólo pueden valorarse para determinar la tipicidad y cuantificar el reproche los contactos establecidos después de la vigencia de la norma penal.

Sujeto pasivo

La figura exige que el sujeto pasivo sea un niño, o sea, una persona menor de 18 años de edad.[32] El legislador no ha limitado el alcance a una edad máxima que comprenda a todas las personas menores de edad;[33] tampoco ha previsto agravantes cuando el contacto se realiza con un niño muy pequeño, como ocurre con otras figuras penales.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, se exige que la conducta esté dirigida a un niño, de modo que no se configura la figura cuando el sujeto activo utiliza los medios de transmisión de datos para emitir un mensaje dirigido a un grupo indeterminado de niños.

Tipo subjetivo

Dolo

La figura es exclusivamente dolosa, no se prevé expresamente la posibilidad de que sea cometida mediante la infracción a algún deber de cuidado. De modo que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo antes descripto. En concreto, debe tener el conocimiento y la voluntad de realizar el contacto con una persona menor de edad mediante comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de

32. Sobre este punto, y respecto de las "habilitaciones legales cruzadas", entre las normas de protección a la infancia y las normas penales juveniles, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, en particular el apartado II.2.b.

33. En el Derecho comparado, una de las opciones es relacionar la protección contra el *grooming* con la edad mínima a partir de la cual se reconoce capacidad para consentir una relación sexual (*vgr*. España, 16 años).

transmisión de datos. La presencia de los elementos cognitivo y volitivo da lugar al dolo directo.

Desde ya, debe evaluarse el error de tipo, por ejemplo, cuando el autor desconoce la edad del sujeto pasivo o no sabe que está realizando un contacto con otra persona (si cree que está *jugando* en un simulador virtual).

En relación con la voluntad del autor, se presenta una situación particular porque la comisión de este delito en realidad, de acuerdo a su plan, es meramente un medio para realizar otra conducta (un delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo). La conducta criminal del autor no se agota, de acuerdo a su ideación, en la realización del contacto, sino que sólo sería una consecuencia previa y necesaria para un delito contra la integridad sexual posterior. Por ende, lo que realmente quiere el autor del hecho es cometer el delito contra la integridad sexual y, en el *iter criminis*, se incluye la comisión de este otro delito como acto previo y necesario. Esta característica en la voluntad del autor no impide que el dolo pueda ser definido como directo.[34]

Cuando se registra que el autor, pese a no estar seguro respecto a la presencia de los elementos del tipo objetivo, asume la decisión de realizar la conducta reprimida, consideramos que podría configurar un supuesto de dolo eventual.[35] Téngase en cuenta que el tipo penal no utiliza términos como "a sabiendas", que excluyen el dolo eventual. A la vez, puede darse el supuesto en que el autor sospeche de la minoridad de la víctima y de todas maneras se decida a actuar asumiendo que puede in-

34. Explica Stratenwerth que "El dolo directo se extiende entonces a todos los resultados típicos cuya realización aparce a los ojos del autor como *presupuesto o estadio intermedio necesario* para alcanzar la verdadera meta de la acción", Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pp. 190-191, destacado agregado.

35. Señala Stratenwerth que: "La concepción actualmente dominante, denominada 'teoría de la decisión' o 'teoría de la actitud', permite que baste para el dolo eventual con que el autor se conforme con la posible realización del tipo. Ella parte de que el dolo presupone más que el conocimiento del peligro de la realización del tipo (…) Sólo cuando él tome en serio aquel peligro, lo tenga en cuenta, tendrá que tomar una resolución acerca de si eso que él quiere alcanzar es valioso a sus ojos, en caso necesario, al precio de realizar el tipo: si, entonces, él actúa, existe allí la decisión contra la norma jurídica de conducta; y esto es completamente independiente de cuán desagradable puede ser para él la consecuencia negativa. En otras palabras, se habla de dolo eventual respecto de todas las circunstancias o de las consecuencias que el autor asume en pos de la verdadera meta de la acción", Stratenwerth, Günther, *Derecho penal…*, *op. cit.*, pp. 195-196.

currir en la conducta reprimida (téngase en cuenta que si el autor es un desconocido que estableció el vínculo por Internet y si el niño no es muy pequeño, siempre puede quedar cierto margen de duda, a menos que obtenga información fidedigna sobre su fecha de nacimiento). Como ha explicado Roxin, existe una decisión de afectar el bien jurídico.[36] De lo contrario, denegar la posibilidad de la aplicación del dolo eventual daría lugar a que el sujeto imputado siempre plantee la falta de conocimiento certero y oportuno sobre la edad de la víctima.

Elemento subjetivo distinto del dolo

La normativa exige la intención del autor de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del niño. De modo que no sólo se debe acreditar el contacto con el niño, sino también esta intención, que deberá surgir del intercambio de información (por ejemplo, la conversación, las fotos, las películas, etc.). Sin lugar a dudas, en los casos concretos este elemento subjetivo distinto del dolo debe ser inferido de las comunicaciones que ha entablado el sujeto activo con el niño.

Resulta necesario, de acuerdo a la redacción del tipo penal, que se pueda precisar el delito contra la integridad sexual que pretende cometer el autor de la conducta. En consecuencia, debe determinarse si el autor pretendía cometer el delito de abuso sexual o de corrupción de menores, por ejemplo.

Téngase en cuenta que el tipo penal se limita estrictamente a delitos contra la integridad sexual del niño, y queda afuera el supuesto de la comisión del delito de trata con fines de explotación sexual, que está previsto en el acápite de los delitos contra la libertad.

TENTATIVA

La mayoría de la doctrina coincide en que la figura, dado que criminaliza actos previos y necesarios para la comisión de otros delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niños, no admite la tentativa.

36. Roxin, Claus, *Derecho Penal…*, *op. cit.*, p. 425. Agrega el citado autor: "…hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así –sea de buena o de mala gana– a la eventual realización de un delito, se conforma con ello" *(op. cit.*, p. 427).

No obstante ello, podrían existir supuestos de hecho en los cuales se encuentren acreditados actos que constituyan un principio de ejecución doloso previo a la consumación. Es decir, se puede producir una exteriorización y pueden estar presentes los elementos que configuran el tipo subjetivo[37] sin que se haya llegado a realizar el contacto con el niño con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual, por una causa ajena a la voluntad del autor.

Este supuesto podría darse cuando algunos de los padres u otro adulto responsable advierte que el niño está usando un medio de transmisión de datos para entablar una comunicación con una persona adulta, lo suplanta en el uso del dispositivo electrónico y recibe en ese momento un mensaje que evidencia la intención de cometer un delito contra la integridad sexual de la persona menor de edad. También puede darse un supuesto similar cuando el autor se contacta mediante un sistema electrónico de transmisión de datos con un funcionario de una fuerza de seguridad que simula ser un niño a fin de detectar este tipo de delitos. En consecuencia, el control parental preventivo o esta técnica de investigación por parte de las fuerzas de seguridad permiten detectar y castigar el delito de *grooming* aun cuando no se haya producido todavía el contacto con el niño con la intención exigida por la ley penal.

La escala penal aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria,[38] sería de tres meses a dos años y ocho meses, con lo que resultaría en principio procedente la condena condicional y la suspensión del juicio a prueba. Sin embargo, debería explorarse la tensión que esta última alternativa plantea con los compromisos internacionales asumidos por el país referidos a la necesidad de que exista una respuesta estatal penal en casos que impliquen vulneraciones de derechos fundamentales.[39]

37. Detalla Stratenwerth: "El tipo subjetivo de la tentativa no puede ser otro que el del delito consumado. Por ello, integra la decisión de cometer un hecho punible, la totalidad de los requisitos del tipo subjetivo: el dolo dirigido a la realización del tipo objetivo y los componentes subjetivos especiales que exija la ley", Stratenwerth, Günther, *Derecho penal…*, *op. cit.*, p. 334.

38. Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo Plenario nº 2, "Villarino, Martín Patricio y otro s/recurso de casación", del 21/04/95.

39. Cfr. Beloff, Mary y Kierszenbaum, Mariano, "El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2017, en prensa.

PARTICIPACIÓN

La modalidad comisiva hace posible que existan partícipes primarios y secundarios en el hecho, de acuerdo a la relevancia del aporte. Un partícipe primario podría facilitar los medios tecnológicos para que el autor realice el contacto con un niño, teniendo conocimientos de sus planes. Por su parte, un cómplice secundario podría haberse comprometido previamente a eliminar todo rastro de la comunicación electrónica realizada con el niño. En este caso, la escala penal del delito consumado se ve reducida de tres meses a dos años y ocho meses.

Una cuestión particular que podría presentarse, dada la modalidad de la conducta, es una coautoría sucesiva.[40] Esto podría acontecer cuando un grupo de personas utiliza sucesivamente una misma identidad a fin de contactar a uno o varios niños con el fin de cometer delitos contra la integridad sexual. El uso de las nuevas tecnologías de la comunicación hace posible esta modalidad, al permitir que distintas personas utilicen un mismo usuario y se vayan turnando en la comunicación con el niño, y en ese caso tienen dominio del hecho todos los autores.

SANCIÓN PENAL PREVISTA

La figura prevé una escala penal de seis meses a cuatro años de prisión. Esta escala penal hace factible la condena condicional del autor del delito cuando se le aplique una pena inferior a los tres años de prisión y resulte ser su primera sentencia condenatoria.[41] Asimismo, de

40. Stratenwerth explica la coautoría sucesiva como el caso en el que "uno de los coautores se incorpora retroactivamente a la empresa, después de la realización parcial del delito ya lograda por otro (…) el que se incorpora responde por aquel ilícito que es cometido recién *después* de su aparición", en Stratenwerth, Günther, *Derecho penal…*, *op. cit.*, pp. 401-402.

41. 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…".

acuerdo a la tesis amplia reconocida por el Máximo Tribunal,[42] resulta procedente la concesión de la suspensión del juicio a prueba[43] si se considera que corresponde una condena condicional.

Esta figura ha de ser analizada desde el punto de vista constitucional con relación al principio de proporcionalidad, en cuanto a que, si constituye una figura de anticipación, no podría prever penas más graves que los propios delitos consumados o tentados.[44]

El delito en cuestión es sancionado con una pena que va de los seis meses a los cuatro años de prisión. La pena aparece como proporcional para la mayoría de los delitos del Título III (en particular, con relación a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, y corrupción de menores), con excepción del abuso sexual simple y la pornografía infantil, en la medida en que la pena es igual para el delito consumado y sería más grave con relación con la de la tentativa; y al estupro, en función de que el *grooming* tendría una pena mayor que la de su tentativa. Una observación similar cabe con relación al delito de rapto, que tiene una pena similar (de uno a cuatro años de prisión), pero que implica ya una privación de la libertad.

Para salvar estos problemas de proporcionalidad podrían transitarse dos caminos: (a) por un lado, considerar que el legislador ha decidido dejar por fuera estos supuestos y entender que el *grooming* se refiere sólo a los supuestos más graves. Sin embargo, la referencia del tipo penal al "propósito de cometer cualquier delito contra la integridad" parece desechar esta interpretación; (b) por otro lado, puede interpretarse que dentro de la escala de seis meses a cuatro años debería interpretarse que si lo que se quería realizar era un abuso sexual simple, un estupro o actos de pornografía infantil, la escala penal aplicable debería construirse de manera proporcional por vía jurisprudencial de tal modo que nunca pueda superar la escala correspondiente a la de la tentativa del delito-fin.

42. CSJN, Fallos: 331:858.

43. Código Penal, artículo 76 *bis*: "Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio…".

44. Cfr. Tazza, Alejandro, "El delito de *grooming*", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7 de marzo de 2014.

CONCURSOS

Si bien la figura no prevé expresamente que no será aplicable cuando el autor haya incurrido en un delito más severamente penado, creemos que se da un supuesto de concurso aparente o impropio cuando el delito contra la integridad sexual que motivó el contacto se realiza. Por ejemplo, si ya se ha producido un contacto frecuente con intercambio de mensajes y videos pornográficos que han consumado la figura de promoción de corrupción de menores (art. 125 del Código Penal). Esta modalidad de concurso es denominada consunción, ya que se supone que el reproche por la realización del delito comprende a la conducta previa desplegada de contacto con el niño.

Otro problema se presenta cuando se consuma la figura de *grooming* y también el delito que tiene en miras el autor, pero este último tiene una escala penal igual (abuso sexual simple o producción de pornografía infantil) o inferior (por ejemplo, la tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización, cuya escala penal es de cuatro meses a dos años). En ese caso, la realización del delito penal que motivó el contacto no perjudica o hasta beneficia al autor, al implicar la aplicación de la misma escala penal o una más reducida.

Creemos que, en aras de resguardar el principio de proporcionalidad penal,[45] la solución en este tipo de casos, más allá de una reforma legal,[46] es aplicar una escala penal reducida, cuando el autor realizó el contacto con el niño con la finalidad de realizar un delito cuya escala penal es menor o igual que a la escala de la figura de *grooming*. A fin de acotar la discrecionalidad judicial, un criterio que puede adoptarse en estos casos

45. "El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico" (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Valladolid, Ed. Trotta, 1995, p. 397).

46. A la fecha de elaboración de este trabajo, contaba con estado parlamentario un proyecto de la Senadora Negre de Alonso que propone reducir la escala penal de tres meses a dos años de prisión (Proyecto nro. 2556/16).

es tomar la escala penal del delito que motivó el contacto y reducir de la misma forma que la tentativa (la mitad del mínimo y un tercio del máximo) cuando sólo se consuma la figura de *grooming*. Por ejemplo, el *grooming* con la intención de cometer un abuso sexual simple tendría una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses (si hubiera tentativa de *grooming*, sufriría otra reducción); en el caso –*grooming* con la intención de tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización– la escala penal sería de dos meses a un año y cuatro meses.

Esta interpretación, que concilia la escala penal con el principio de proporcionalidad, también permite superar el inconveniente que se presenta cuando la figura del *grooming* determina la aplicación de una escala penal mayor que la tentativa del delito contra la integridad sexual que motivó el contacto con el niño. Por ejemplo, la tentativa de producción de pornografía infantil tiene una pena de tres meses a cuatro años, inferior a la pena de grooming. Ahora, si atenúa la pena para el delito de grooming de la misma forma que para la tentativa de producción de pornografía infantil, desaparece la tensión con el principio de proporcionalidad penal.

REGULACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

No se estableció en el Código Penal que se trate de un supuesto de acción pública dependiente de instancia privada, como ocurre con los otros delitos contra la integridad sexual, incluso cuando las víctimas son niños. De modo que la acción penal del *grooming* es siempre pública, y no depende de la instancia privada por parte de los representantes legales del niño o de la existencia de un supuesto de excepción previsto en el artículo 72 del Código Penal.[47]

47. Código Penal, artículo 72: "Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91 (…).
"En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

COMPETENCIA

Se ha discutido si la competencia para la investigación y el juzgamiento de este delito corresponde a la justicia nacional o local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió que la competencia debía corresponder al fuero local. Para así decidir sostuvo que

> … De conformidad con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria aplicables en su ámbito territorial pertenece a esta ciudad, este conjunto de figuras incluye a las creadas con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–. En esta última especie se inserta el delito previsto en el art. 131 CP (BO 11/12/2013), bajo pretexto del cual se pretende renunciar a las facultades jurisdiccionales de esta ciudad. Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el art. 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente 'Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos 'NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–' (Expte. n° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la ley 24.588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o

"Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel".

autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN.[48]

A MODO DE CONCLUSIÓN

El tipo penal de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*) puede ser analizado desde diferentes perspectivas. Tiene una naturaleza anticipatoria, que complejiza el análisis dogmático sustantivo y presenta complejidades procesales.

El país ha cumplido con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos de la infancia al tipificar esta figura, pero habrá que esperar que la jurisprudencia aplique la norma para pronunciarse sobre su eventual eficacia político-criminal.

Cuando se analiza la relación entre los niños y la justicia penal, a pesar de la forma como se presenta la información a la opinión pública, son exponencialmente más los casos en los que ellos son víctimas que los casos en los que son victimarios.[49] Este tipo penal admite esa circunstancia y supone el reconocimiento de un alto índice de vulnerabilidad de los niños frente a la criminalidad cometida mediante el uso de nuevas tecnologías.

48. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 1, causa nº 10145-00-CC/15 "P., F. s/art. 128 CP", del 21/09/2015, entre otras.

49. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 20, cit. 11.

CAPÍTULO 3
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

AMENAZAS COACTIVAS

(ARTS. 149 BIS Y 149 TER DEL CÓDIGO PENAL)

Por Manuel Garrido*

Las amenazas coactivas se encuentran previstas dentro del Título V del Código Penal de la Nación Argentina, referido a los delitos contra la libertad.

En particular, el segundo párrafo del artículo 149 *bis* del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

EL BIEN JURÍDICO

Este delito ataca el principio de autonomía de la persona, reconocido con énfasis en el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual todos los habitantes de la Nación argentina pueden dirigir sus acciones conforme a sus ideales y planes de vida mientras no causen un daño a otra persona.[1] Este principio es central en una concepción liberal de la sociedad adoptada por nuestro derecho constitucional.

Desde la oportunidad del debate legislativo se ha enlazado esta cuestión con el principio de legalidad mencionado en la parte final

* Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Ex Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

1. El principio de autonomía de la persona establece que "la libre elección y materialización de ideales de excelencia personal o de concepciones de lo bueno es intrínsecamente valiosa y, por lo tanto, debe ser promovida y no interferida por otros individuos" (Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, 2007, p. 25). Nino promueve esta interpretación amplia del artículo 19, en la que la privacidad excede ampliamente el derecho a la intimidad (*Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 317; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 167).

del artículo mencionado, del que se desprende que en nuestro sistema constitucional todo lo que no está prohibido está permitido.[2]

En particular, la norma penal bajo estudio apunta a sancionar intromisiones arbitrarias en la libre toma de decisiones y en la ejecución de ellas, lo que constituye una manifestación de la amplia esfera de autonomía y sus proyecciones.[3]

EL TIPO OBJETIVO

Amenaza

Según la Real Academia Española, amenazar es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien.

Las amenazas implican el anuncio de un mal futuro que depende de la voluntad del autor. Debe tratarse de un mal que pueda ser provocado o no evitado por quien hace el anuncio, o al menos que aparente tener esa influencia. De lo contrario, estaríamos ante un pronóstico o una advertencia pero no ante una amenaza.

Ese mal que se anuncia puede estar dirigido contra el destinatario de las amenazas o contra un tercero, siempre que tenga relevancia para incidir en la voluntad del coaccionado. Por ejemplo, si se trata de alguien relacionado con vínculos de parentesco o amistad. Aunque excepcionalmente podría dirigirse también contra un extraño, siempre y cuando tenga potencialidad para incidir en la determinación de la voluntad del sujeto pasivo. El mal también puede estar dirigido contra cosas, aunque generalmente en estos casos habrá en juego derechos patrimoniales de personas.

2. "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe". Esta declaración tiene origen en el art. V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que disponía que "la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad y que todo lo que no está prohibido por ley puede realizarse y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene" (Bidegain, C. M., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, T. V, p. 131).

3. "Primero: Protege la autodeterminación (de la voluntad). Segundo: protege la ejecución de la voluntad…" (Spolansky, N.E, "Nueva figura delictiva: La Coacción", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 4, Buenos Aires, La Ley, oct.-dic. 1968, p. 52).

El mal amenazado puede referirse a cualquier derecho, si bien debe tener la relevancia suficiente para incidir en la autodeterminación del sujeto pasivo.[4]

En cuanto a la gravedad de la amenaza, la ley vigente no la exige, si bien debe tener la entidad suficiente para producir temor y afectar la libertad de determinación o acción del sujeto pasivo.

Esa magnitud deberá apreciarse teniendo en cuenta las características de la situación y de los sujetos activo y pasivo.

Respecto de la violencia física, sólo será típica cuando se mezcle con la intimidación.[5] Por ejemplo, cuando se golpea a alguien y al mismo tiempo se amenaza con continuar golpeándolo o aumentar esa violencia.[6]

La injusticia de las amenazas coactivas

El propósito de las amenazas debe ser el de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Hacer puede implicar la realización de cualquier hecho o actividad. El no hacer implica una abstención o bien tolerar la acción de terceros, supuestos que la norma penal y la civil distinguen sin mayor sentido, ya que tolerar no es otra cosa que una particular forma de conducta pasiva que consiste en dejar que otro cumpla con una cierta acción y no impedirla.[7]

Esa conducta u omisión deben estar determinadas, o sea que si lo que se promueve es vago, o de imposible realización, el tipo penal aplicable será el de amenazas en lugar del de coacciones.[8]

La conducta u omisión determinadas a las que se pretende obligar son la nota distintiva de este tipo penal, y lo que lo diferencia del tipo penal de amenazas previsto en el primer párrafo del artículo 149 *bis*,

4. En caso contrario, tampoco podrá afirmarse la existencia del delito de amenazas previsto en el primer párrafo del artículo 149 *bis*, aunque podría concurrir el hostigamiento que prevé el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires (Ley Nº 1472) en su artículo 52 (ese fue el criterio adoptado por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el caso B., S.M., del 16/5/2012). Igual conclusión cabe adoptar frente a supuestos de insignificancia.

5. Si bien estaba contemplada expresamente en el tipo penal originariamente introducido por la ley de facto Nº 17.567, la redacción actual no la contempla.

6. Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 139.

7. El Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a las obligaciones de hacer y de no hacer en los artículos 773 a 778.

8. Concuerda con esta interpretación la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los autos "Manzano, Manuel Alejandro", del 4 de junio de 2007.

ya que aquí se sanciona la utilización de las amenazas no sólo para atemorizar sino como un medio para inducirlo a realizar un hecho o abstenerse o tolerar un hecho de otro, sin estar obligado a ello.

La injusticia de la coacción está centrada en que mediante amenazas se trata de compeler al sujeto pasivo a algo a lo que no está obligado jurídicamente.

La antijuridicidad queda excluida cuando concurra alguna causal de justificación conforme a la cual el sujeto activo tenga la facultad jurídica de imponer una determinada conducta u omisión al sujeto pasivo, como por ejemplo el caso en que se trate de impedir la ejecución de un delito.

Si está obligado a ese hacer u omitir entonces estaremos fuera del delito de coacciones y, en su caso, si el sujeto pasivo ha llevado a cabo amenazas no autorizadas[9] será aplicable el tipo penal de amenazas simples previsto en el primer párrafo del artículo 149 *bis* del Código Penal.[10]

De igual modo, si el sujeto activo amenaza con acciones en principio lícitas, como por ejemplo deducir una demanda, pero las dirige al sujeto pasivo para inducirlo a llevar un comportamiento al que no está obligado jurídicamente, estaremos ante el delito de amenazas coactivas previsto por el segundo párrafo del artículo 149 bis del Código Penal.

Para nuestro derecho es irrelevante que la conducta u omisión impuestas sean lícitas o ilícitas. Lo esencial será determinar si esa conducta u omisión son obligatorias jurídicamente para el sujeto pasivo o no.

Entendemos que esta es la exégesis que más se ajusta a la índole del bien jurídico que está en juego, a la redacción del tipo penal y a la gravedad de las sanciones allí previstas.

9. Por ejemplo, golpear al sujeto pasivo si este no realiza un servicio al cual se comprometió.

10. Según Aguirre Obarrio, E., quien sigue a Molinario, "lo importante es que el agente no tenga derecho a exigir la acción que reclama". En este aspecto funda, asimismo, su posición referente a que las amenazas coactivas no son una forma agravada del delito de amenazas, ya que poco interesa si el sujeto activo tiene derecho a infligir el mal, sino que lo que importa es "que no tenga derecho a la exigencia", ya que "en el delito de coacción la antijuridicidad no se relaciona con el mal amenazado sino con la conducta exigida, con la condición" (*Los Delitos*, Buenos Aires, TEA, 1996, T. II, pp. 23 y 33). En contra, Carlos Creus, para quien también debe incluirse en el tipo penal de amenazas coactivas, a diferencia de lo que ocurre en países donde se contempla en un tipo autónomo al ejercicio arbitrario del propio derecho, a los casos en que la forma en que se quiere obligar al sujeto pasivo a que cumpla con lo que es exigible es de suyo ilícita (p. ej. amenazarlo de muerte si no paga una deuda). *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 337.

Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo debe ser una persona que pueda y esté en condiciones de comprender la amenaza, y a la vez sea capaz –aun parcialmente– de querer o decidir. Esta última condición sólo quedaría excluida en los casos en los que la persona "se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado...".[11] En el caso de los menores de edad, habrá que estar al grado de madurez que se dé en cada caso, conforme al criterio de autonomía progresiva adoptado por nuestra legislación.[12]

La imposibilidad de comprender la amenaza puede derivar también de circunstancias temporales como un desmayo, un accidente cerebro vascular o un estado de embriaguez.

EL TIPO SUBJETIVO

Sólo es admisible el dolo directo al requerirse un elemento subjetivo específico, que es el propósito de obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad.

Se trata de un delito de "resultado cortado", dado que la acción típica se consuma con la acción pero el sujeto tiene en miras un hecho que se debería producir después de esta y sin intervención del autor.[13]

CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En su redacción actual, la coacción se consuma cuando la víctima toma conocimiento de la amenaza, aunque luego no realice la conducta u omisión conminadas.

---

11. Art. 32 del Código Civil y Comercial de la Nación.

12. Art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, que incorpora el concepto empírico-jurídico de madurez suficiente (Fernández, S. E., *Código Civil y Comercial Comentado*, Infojus, 2015, pp. 66/67).

13. Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 1988, p. 287; Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 519.

Admite la tentativa de acuerdo con lo señalado al respecto para los delitos de mera actividad o formales.[14]

CONCURSOS

El tipo de coacciones quedará desplazado por especialidad cuando concurran aparentemente otros tipos en los que a la coacción se agregue un elemento adicional.

Es lo que ocurre con los tipos penales de compulsión al *lock-out* previsto por el artículo 158 del Código Penal;[15] de extorsión, previsto por el artículo 168 del Código Penal, que se caracteriza por el contenido patrimonial de aquello a lo que se obliga y, por consiguiente, por la afectación al bien jurídico de la propiedad, además de la libertad; de chantaje previsto por el artículo 169 del Código Penal, en el que además del contenido patrimonial la intimidación tiene una modalidad específica consistente en la amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos; de robo, previsto por el artículo 164 del Código Penal, según la interpretación asignada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias al alcance de la violencia física en las personas allí mencionadas;[16] los abusos sexuales del artículo 119 del Código Penal; el rapto del artículo 130; la trata de personas agravada por el artículo 145 *ter* 1); el secuestro extorsivo del artículo 170; la sustracción de cadáver del art. 171; el atentado a la autoridad del artículo 237 del Código Penal.

No obsta a lo expuesto la notoria desproporción de los montos punitivos entre las figuras, dada la exagerada magnitud de la pena

14. Jescheck, *op. cit.*, p. 475, admite la tentativa en los delitos de mera actividad cuando la actividad no se consuma con su mera iniciación sino que precisa de un cierto espacio de tiempo y en los casos de tentativa inidónea.

15. La compulsión a la huelga o boicot sólo admite la violencia física, lo que conduce a la inconsecuencia de que de aplicarse la figura básica de amenazas coactivas, la pena será desproporcionadamente superior a la prevista en esta figura especializada, que el Código sanciona con pena de prisión de un mes a un año. Se ha señalado al respecto que esta circunstancia "no deja de resultar incongruente e injusta, pues a menor reproche (amenaza en vez de violencia física), mayor penalidad" (Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, MAVE, T. I, p. 638).

16. Que incluyen en el concepto de "violencia física" a toda forma de *vis compulsiva*, consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia (Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1956, T. IV, p. 266).

prevista por el artículo 149 *bis*, característica de las frecuentes reformas inorgánicas de nuestra legislación penal.[17]

Sin embargo, los manifiestos despropósitos punitivos a que conduce pueden ser objeto de cuestionamientos constitucionales por su irracionalidad, tal como se ha señalado.[18]

Si la conducta promovida se concreta y constituye a su vez un delito, este concurrirá en forma real con las amenazas coactivas, de lo que deberá responder quien formuló las amenazas como autor mediato o instigador, según que conserve o no el dominio del hecho.[19]

A su vez, la hipotética concreción del mal amenazado, de constituir un delito –lo que generalmente ocurrirá–, concurre de modo real.

AGRAVANTES

Están señaladas, en principio, en el artículo 149 ter del Código Penal, que establece que

En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

17. Céliz, F. R. E., "Amenazas y Coacciones", en Niño, L. F., Martínez, S.M., *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, p. 283. Este autor hace referencia a lo señalado por Aguirre Obarrio respecto del "notorio desequilibrio que se ha producido por las gravísimas penas que traen las coacciones". Este autor señala que "Una serie de delitos que son coacciones específicas han pasado a ser coacciones atenuadas. Así, el abuso deshonesto mediante coacción está atenuado en relación con la simple coacción, lo mismo que el rapto con miras deshonestas, la compulsión a la huelga o *lock-out*, el artículo 160 y el atentado o resistencia a la autoridad", y propone reducir las penas excesivas que menciona (Molinario, A.J., *op. cit.*, T. II, p. 35). El cuestionamiento a la constitucionalidad de las penas que no guarden proporcionalidad con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Martínez, José Agustín, del 6 de junio de 1989; Gramajo, Marcelo Eduardo, del 5 de septiembre de 2006). Inclusive, correlacionándolo con la prohibición de aplicar tratos crueles, de base también convencional. La proporcionalidad ha sido también objeto de consideración por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Velez Loor vs. Panamá", de 23 de noviembre de 2010).

18. Se ha señalado que podrá admitirse autoría mediata en los casos en los que el coaccionado haya perdido, por intensidad del efecto de la coacción, la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá, de tal forma que esta se traslada a las manos del que ejerce aquella (Bacigalupo, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Akal, 1997, p. 367).

19. Es decir, tanto las específicamente creadas para la defensa o el ataque de las personas como los objetos que sin haber sido diseñados a tal fin son utilizados como tales. Por ejemplo, la utilización contundente de una herramienta para la construcción o de un utensilio de cocina.

1. De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;
2. De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:
   a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;
   b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Empleo de armas

La agravante se funda en el mayor poder intimidatorio dado por la utilización de armas.

Esto implica que no basta con la tenencia o portación oculta. Es necesario que estas se exhiban en el marco de la acción amenazante o intimidatoria, ya sea que se esgriman o que se señale su presencia.

Se incluyen todo tipo de armas y no sólo las armas de fuego. Esto abarca a las armas propias y a las impropias, siempre que en este último caso se las exhiba para anunciar su utilización agresiva. Pensamos que no se aplica cuando el arma de fuego se halla descargada, salvo que se la emplee como un arma impropia. Tampoco consideramos que se aplique cuando se utilice un juguete que simule ser un arma, ya que no es tal aunque tenga esa apariencia.[20]

En cuanto a la posibilidad de que se aplique la agravante prevista por el artículo 41 bis por el empleo de intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, consideramos que debe descartarse, ya que son elementos ya valorados en la norma del artículo 149

20. La mayoría de la doctrina coincide en este punto. En contra Céliz, F.R.E., para quien es determinante que al momento de ser utilizada le sea imposible a la víctima distinguir tal cualidad (*op. cit.*, p. 271). También Alvero, M. R., quien sostiene que debe estarse a la actual regulación del art. 166, inc. 2, del Código Penal, pues no cabe, según su criterio, entender que "arma" signifique algo distinto en cada supuesto. (*Código Penal*, Baigún, D., Zaffaroni E.R. –dirs.–, Buenos Aires, Hammurabi, T. 5, p. 553). Respecto de las armas no aptas para el disparo, las de utilería y de juguete, entendemos que el artículo 166, inc. 2, establece una regulación específica y su utilización se sanciona con una pena menor que la utilización de armas propiamente dichas, por lo que rechazamos la posibilidad de llevar a cabo tal equiparación en este caso, que por otro lado la ley tampoco realiza cuando se trata del robo. En todo caso, el legislador debió también en este caso diferenciar las penas como lo ha hecho al legislar sobre la agravante del robo.

ter, que agrava la figura básica de esencia intimidatoria por el empleo de cualquier arma, incluyendo tanto las armas de fuego como las que no utilizan la combustión como elemento característico.[21] Un criterio distinto implicaría desconocer el texto final del citado artículo y avanzar contra la prohibición de doble valoración de raigambre constitucional.

Anonimato

La agravante se funda en el mayor efecto intimidante que genera la incertidumbre acerca de su autor, dado que por el modo en que se profieren las amenazas el sujeto pasivo no puede en el momento de recibirlas determinar de quién provienen. Es decir que, o bien es imposible, o extremadamente difícil determinar su fuente. Por ejemplo cuando se utilizan llamadas telefónicas o misivas o mensajes electrónicos sin identificarse o recurriendo a identidades ficticias o simuladas.

Propósito de obtener alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos

El delito se agrava por la concurrencia de este elemento subjetivo específico, que apunta a torcer la voluntad estatal. La magnitud del objetivo perseguido es la base de la agravación. Se buscará obtener una ley, decreto, sentencia, disposición o resolución determinadas (medida) o el otorgamiento de algo (concesión), como por ejemplo la concesión de un indulto, el otorgamiento de un subsidio o de una exención impositiva.[22] Aquí tampoco es relevante la legalidad o ilegalidad del acto público que se promueve mediante la intimidación, sino que el destinatario o los destinatarios de las amenazas no estén obligados jurídicamente a emitir esa medida o concesión.

Consideramos que sólo pueden ser sujetos pasivos de este delito el titular del ejecutivo nacional o provincial, los senadores y diputados

21. El último párrafo del art. 41 *bis* del Código Penal establece expresamente que esta 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. En igual sentido Céliz, F.R.E., *op. cit.*, p. 276 y Leif Guardia, D., en *Código Penal*, Baigún, D., Zaffaroni E.R. –dirs.–, Buenos Aires, Hammurabi, T. 5, p. 619).

22. Núñez, R.C., *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, p. 299.

nacionales o provinciales y los jueces nacionales y provinciales.[23] En este sentido, además de los argumentos semánticos, debe tenerse en cuenta la gravedad de la pena contemplada, notoriamente superior a la prevista por el artículo 237 del Código Penal para el delito de atentado y semejante –ya que coinciden en el mínimo– con las penas previstas para los delitos de rebelión (art. 227 del Código Penal) y Sedición (art. 229 del Código Penal), en los que uno de los objetivos previstos es el mismo, solo que la mayor gravedad de estos radica en el alzamiento colectivo y violento con armas.[24] Asimismo, debe computarse que esta agravante fue introducida por el Congreso entre los años 1973 y 1974, con el objeto de sancionar ataques destinados a desestabilizar a alguno de los poderes públicos, en un contexto de violencia y de cuestionamiento de la institucionalidad democrática.[25]

En consecuencia, los fundamentos y el contexto de la introducción de este agravante, las penas previstas como la terminología utilizada nos alejan del supuesto de la imposición a cualquier funcionario público.

Aquí también la falta de competencia del funcionario amenazado desplaza la figura de coacciones por la de amenazas prevista en el primer párrafo del artículo 149 *bis* del Código Penal.

---

23. En igual sentido Aguirre Obarrio, E., para quien "un miembro de los poderes públicos" no es cualquier funcionario que tenga la posibilidad de disponer de una medida o concesión, ya que no es imaginable que se haya empleado aquí un sinónimo innecesario", (Molinario, A.J., *op. cit.*, T. II, p. 37).

24. Más allá de la diversidad de bien jurídico, que es la organización constitucional. No creemos que se pueda diferenciar –como lo hace Creus, C. (*Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 1999, T. I, p. 340)– entre arrancarle una medida o concesión a los poderes públicos y a los funcionarios que hemos indicado, ya que estos se caracterizan por exteriorizar la voluntad estatal, y con relación a su ámbito de actuación esas medidas o concesiones son imputables a los poderes públicos en cuanto tales.

25. Ley N° 20642. La jurisprudencia ha valorado tales extremos para excluir la aplicación de la agravante en el caso en que se dirigieron amenazas a miembros de una Comisaría a fin de obligarlos a detener a una persona. Allí se señaló que "mediante ese dispositivo se estableció la punición de los comportamientos provenientes de aquellos individuos y/o grupos que estuvieran dirigidos a desestabilizar, mediante exigencias ilícitas de alguna medida o concesión, a alguno de los poderes públicos, en tanto pilares institucionales fundamentales que sustentan el gobierno y la decisión soberana de los habitantes del país", y se valoró especialmente que "las exigencias de los imputados en modo alguno estuvieron destinadas a subvertir y/o desafiar la autoridad de alguno de los poderes públicos… sino que a través de ellas solo procuraron influir en la determinación de los funcionarios policiales intervinientes a fin de lograr una detención" (Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, D'elia, Luis Ángel, del 30/10/2012, registro 1262).

Propósito de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo

Aquí la agravante se basa en el elemento subjetivo específico de provocar el desplazamiento geográfico o laboral del sujeto pasivo.

Entendemos que no es necesario que se logre el desplazamiento, aunque parte de la doctrina requiere el efectivo abandono sobre la base del significado que asignan al verbo compeler y el alcance que históricamente se le asignó cuando estaba previsto en la figura básica, luego modificada.[26]

El abandono procurado debe tener carácter prolongado o permanente. No se configuraría la agravante si lo que se pretende es un alejamiento solo momentáneo o fugaz.

Debe buscarse el abandono de la República Argentina o de alguna de sus provincias. No queda incluido el abandono de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que pese a su autonomía es menos que una provincia.[27] Más allá de la similitud de situaciones, debe estarse a la taxatividad requerida por el principio de legalidad imperante en materia penal.

También da lugar a la agravante la promoción del abandono del lugar de residencia habitual, que el Código Civil y Comercial identifica con el domicilio real, y del lugar de trabajo, que se refiere al lugar donde se ejerce un empleo o actividad profesional o económica.[28] [29]

---

26. Alvero, M. R., *op. cit.*, p. 566.

27. Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, pp. 767 y 768.

28. Artículo 73 del Código Civil y Comercial de la Nación. Se ha dicho que la residencia habitual se trata del lugar donde la persona desarrolla su vida en sentido amplio, el ámbito donde centra y despliega sus actividades familiares, culturales, sociales, deportivas, de esparcimiento u otras; es decir, el lugar que el individuo elige para vivir con demostrada intención. Y donde la persona habita con la intención de permanecer y afincar su sede para realizar dichas actividades (Gaibrois, G.L, *Código Civil y Comercial Comentado*, Infojus, 2015, p. 167). Asimismo, se ha señalado que la residencia habitual se caracteriza por la permanencia y abarca los dos elementos que la doctrina siempre ha destacado: el *animus*, es decir la intención de permanecer allí aunque transitoriamente no se lo haga y el *corpus*, que alude a la efectiva presencia en el lugar para desarrollar las actividades de la vida cotidiana (Rivera, J.C., Medina, G., *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 344/347).

29. La cuestión fue objeto de intenso debate en los autos "Flores Flores, Juan Alberto", del 18 de abril de 2017, de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, donde la mayoría recorta el alcance de la agravante con fundamento en los motivos históricos de la introducción de la Ley N° 20642, rechazando que el lugar de residencia habitual se identifique con el domicilio e identificándolo con el barrio,

Otras interferencias, como por ejemplo procurar evitar que se cambie de trabajo o que se mude de domicilio, no están contempladas como agravante y será de aplicación la figura básica.[30]

Artículo 41 *quinquies* del Código Penal

En cuanto al incremento de la pena previsto por el artículo 41 quinquies del Código Penal (la llamada ley antiterrorista), introducido por la Ley N° 26734, consideramos que se aplicará a los casos en que se busque obligar a gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional pública a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. En caso de que los destinatarios sean las autoridades públicas nacionales será de aplicación lo establecido en la figura específica del artículo 149 ter del Código Penal examinada antes. No advertimos cómo la agravación por la concurrencia de la finalidad de aterrorizar a la población podría sortear la vaguedad extrema de la fórmula escogida, contraria al principio de legalidad, y la prohibición de doble valoración, al hallarse la intimidación en el centro de la previsión del tipo de amenazas coactivas.

---

mientras que la minoría se atiene al alcance semántico del concepto de residencia habitual, con ajuste al texto del Código Civil y Comercial.

30. Estas cuestiones, sumado a lo desproporcionado de las penas previstas, abonan las fundadas críticas a la deficiente sistemática de la regulación vigente.

EL DELITO DE VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA ELECTRÓNICA

(ART. 153 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Pablo Andrés Palazzi*

ANTECEDENTES

El artículo 153 del Código Penal fue aprobado en una época en la que no existían ordenadores ni redes informáticas. La correspondencia era creada sobre papel y transmitida por mensajeros. El único medio tecnológico que receptaba la versión original del artículo 153 del Código Penal (CP) era el telégrafo. Por ende, una tecnología tan mundana como el teléfono o incluso el correo electrónico no estaban contemplados expresamente en la norma. Por esta razón la jurisprudencia había considerado atípicas las acciones realizadas sobre ciertas modernas comunicaciones; en el caso, correos electrónicos.[1]

Sin embargo, en el caso "Lanata"[2] se concluyó que el correo electrónico podía equipararse a la correspondencia tradicional en los términos de los artículos 153 y 155 CP. Para numerosos autores la lectura del fallo dejaba un sabor de interpretación analógica de la ley penal. Un reconocido especialista en Derecho Penal Informático sostuvo,[3] respecto al citado fallo, lo siguiente:

> No obstante presentar el citado art. 153 una cierta apertura típica al penalizar los atentados a la correspondencia buscando proteger en dicho ámbito la esfera de reserva de la persona cuando enumera "carta", "pliego cerrado",

* Abogado experto en Derecho Informático. Director del CETYS de UDESA. Profesor de Derecho en la Universidad de San Andrés. Autor del libro *Delitos informáticos* (Abeledo Perrot, 2016, 3ª ed.)

1. Ver, por ejemplo, Juzg. Nac. Corr. n. 9, 11/4/2007, Gálvez, Lexis *online* 35010839, respecto del "apoderamiento" de un papel privado almacenado en una cuenta de Hotmail.

2. Caso "Lanata", *JA* 1999-III-237, *ED* 182-478 y *LL* 1999-C-458.

3. Riquert, Marcelo A., "Nuevas tecnologías, ataques a la privacidad y sus repercusiones penales", *LL* 1999-E-70.

> "despacho telegráfico", "despacho telefónico" o "despacho de otra naturaleza", no debe perderse de vista que lo hace en cuanto modalidades del género "correspondencia", que es el que restringe dicha apertura. Así, por ejemplo, se ha considerado que no es objeto de este delito la interferencia de la comunicación telefónica que permite enterarse de su contenido, sino que aquélla tiene que recaer sobre la versión escrita, contenida en un pliego, del despacho. En relación al mensaje electrónico [...] son enviados por Internet guiados a través de decenas de miles de servidores distribuidos alrededor del mundo hasta que llegan al destino fijado, lo que se logra en segundos en la generalidad de los casos, pero existen algunos que jamás serán recibidos por el destinatario elegido. Esto puede pasar con cualquier tipo de envío, pero acentúa el nombrado que la diferencia en este caso especial es que pareciera no existir responsable alguno del extravío ya que la ruta que siguen los mensajes es desconocida por el remitente y no se halla bajo control humano o de una computadora central. De este género de situaciones podemos derivar sin mayor esfuerzo que se presentan obstáculos serios a la ecuación propuesta por el tribunal, que podría sintetizarse como: "correspondencia" = "despacho de otra naturaleza" = "correo electrónico".

La garantía constitucional de la correspondencia tutela el correo electrónico. Es decir que sin reforma legal, este medio de comunicación personal está amparado por las garantías constitucionales que resguardan cualquier comunicación, por lo tanto es ilícito su acceso desde un punto de vista civil, lo cual invalida la prueba obtenida en infracción a la garantía constitucional de la privacidad. Pero es distinto considerar que resulta delito "abrir" un correo electrónico sin permiso, cuando la norma no contemplaba esas conductas.

Por eso la doctrina, en forma mayoritaria, planteó la necesidad de una reforma legislativa del artículo 153 del Código Penal. En concreto, existió un reclamo doctrinario para aumentar el nivel de la protección penal de la privacidad frente a los desarrollos intrusivos de la tecnología.

Así, se señaló que

> ... nuestra legislación penal en materia de tutela a la privacidad sigue ignorando el desarrollo tecnológico de más de un siglo. Legisladores ávidos de sancionar nuevas leyes penales, permanecen indiferentes frente a la flaca tutela de la intimidad, protegida sólo en la correspondencia por una norma de mediados del siglo XIX.[4]

4. Zaffaroni, "Prólogo" a la obra de Sáez Capel, José, *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, Buenos Aires, Din, 1999, p. 13.

En la misma línea, numerosos autores reclamaban la necesidad de un cambio legislativo.[5] Incluso desde el Derecho Civil, Borda ya había planteado que la única alternativa era sancionar *penalmente* la violación de la privacidad para que esta fuera efectiva.[6]

Particularmente, en nuestro medio habían cobrado notoriedad, en los años que antecedieron a la reforma de la Ley N° 26388, numerosas actividades de espionaje informático a periodistas, políticos y jueces. Los motivos del espionaje informático pueden ser múltiples. Enumeramos algunos, que van desde acceder indebidamente a un sistema informático ajeno o a una base de datos violando sistemas de seguridad con el fin último de invadir la privacidad o bien para lucrar con la utilización de la información, revelarla a terceros, presentar la evidencia obtenida como prueba en juicio contra la víctima o extorsionar con los datos (tanto económica como políticamente) mediante la sustracción, captación o secuestro de información sensible.

También se lo usa para la usurpación o la violación de claves de cuentas bancarias vía Internet con el objetivo de vaciarlas mediante el montaje de todo tipo de engaños o que la propia víctima entregue la contraseña de una tarjeta de crédito y luego con ella efectuar compras por la red, sin que el afectado siquiera sospeche las maniobras urdidas por el atacante.[7]

La presión por legislar estos delitos se hizo más intensa con hechos que tomaron estado público, consistentes en la difusión de *e-mail* de jueces y periodistas en el año 2008.[8]

---

5. Riquert, Marcelo Alfredo, *Protección penal de la intimidad en el espacio virtual*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 105; D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 361; Breglia Arias, Omar, *Código Penal anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. II, p. 33; Sáez Capel, José, *Informática y delito*, Buenos Aires, Proa XXI, 2ª edición, 2001, pp. 139-154; *Derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, Buenos Aires, DIN Editora, 1999, p. 117; Aboso, Gustrave E. y Zapata, María F., *Cibercriminalidad y Derecho Penal*, Buenos Aires, B de F, 2007; Palazzi, Pablo, "Conclusiones finales", en *Delitos informáticos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000. En otra línea, ver Romano Duffau, Gustavo, "Protección penal del contenido del email", en Petrone, Aldo (dir.), *Cuadernos de Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, T. I, p. 307 (donde sostiene que bajo el texto entonces vigente se podía incluir al correo electrónico).

6. Borda, Guillermo A., *Una ley estéril*, *ED* 67-581, 1976.

7. Cherñavsky, Nora, "Espionaje informático", *elDial*, 22 de octubre de 2008.

8. Sued, Gabriel, "Espían e-mails de políticos y periodistas", *La Nación*, 23 de mayo de 2006.

Si bien ya existían normas que penalizaban la interceptación no autorizada de comunicaciones, estas normas estaban referidas sólo a ciertos sujetos activos.

En efecto, con la sanción de la Ley de Inteligencia Nacional[9] se había incriminado la interceptación ilegal de comunicaciones por parte de agentes de inteligencia[10] y la omisión de destrucción de los contenidos interceptados.[11] Pero existía un vacío legal en materia de violación a la privacidad mediante el acceso o interceptación de comunicaciones.

El Congreso Nacional se abocó a elaborar diversos proyectos y luego se amplió a toda una serie de delitos informáticos. También el Ministerio de Justicia incluyó en el entonces proyecto de Código Penal[12] una reforma del artículo relacionado con la correspondencia.[13]

EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO PENAL Y SU REFORMA

Dada la época de su sanción –1921– el Código Penal no contemplaba el correo electrónico ni las comunicaciones electrónicas. La norma mencionaba y aún menciona el "despacho *telegráfico*, telefónico o de otra naturaleza". Esta redacción presentaba un vacío legal muy importante. Por lo tanto, antes de 2008 no era delito interceptar o acceder a comunicaciones electrónicas, por ejemplo un correo electrónico o un mensaje de chat privado.

El anteproyecto de Soler de 1960[14] ya había propuesto modificar el título por "Delitos contra el ámbito de la intimidad" con dos secciones,

9. Ley N° 25520, BO 06/12/2001.

10. Art. 42, Ley N° 25520.

11. Art. 43, Ley N° 25520.

12. Sobre esta propuesta de reforma, ver nuestros comentarios en Palazzi, Pablo A., "Comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 8, agosto de 2006, p. 1525.

13. El art. 138 disponía: "Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses o de diez (10) a doscientos (200) días multa, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico, mensaje de correo electrónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un mensaje de correo electrónico, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o mensaje de correo electrónico que no le esté dirigida".

14. Rodríguez Devesa, José María, "El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 13, Fasc/Mes 3, 1960, pp. 359-384.

una denominada "violación de secretos" y otra, "violación de domicilio". Esta propuesta se basaba en considerar que "la intimidad es un bien jurídico que modernamente ha encontrado cada vez más amplio reconocimiento".[15] A juicio de Soler:

> … su protección a través de su vinculación con la libertad, según lo hace el Código y con el la mayoría de sus legislaciones resulta algo rebuscada, arrojando sobre todo mayor luz sobre algunos elementos especiales de los delitos relativos a la turbación de actos de culto y contra la paz de los difuntos. Consolida el delito recogido ya en la ley 750, de captación indebida de comunicaciones.[16]

Como es sabido, este proyecto nunca prosperó.

El Código Penal modificado por el Decreto-Ley N° 17567/68 comenzó a regir el 1° de abril de 1968 y estaba fuertemente inspirado en el proyecto Soler de 1960, pero esta reforma no realizó cambios en el capítulo de los delitos sobre violación de secretos.

Finalmente, recién en 2008 el legislador argentino abordó el problema de la atipicidad de la violación de comunicaciones electrónicas. La Ley N° 26388 sustituyó el artículo 153 del Código Penal por el siguiente:

> Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere *o accediere* indebidamente a una *comunicación electrónica*, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una *comunicación electrónica*, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una *comunicación electrónica* que no le esté dirigida. (El destacado nos pertenece).

Con la reforma de la Ley N° 26388 se agrega asimismo como segundo párrafo: "En la misma pena incurrirá el que *indebidamente* interceptare o captare *comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones* provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido". (El destacado nos pertenece).

Tal como en el artículo 153 original del Código Penal, se prevé que "(l)a pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho *o*

15. Proyecto Soler, Exposición de Motivos, p. 8, núm. 11.

16. Rodríguez Devesa, José María, "El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler", *op. cit.*, pp. 359-384.

comunicación electrónica" (se reemplaza "culpable" por "autor" y se agrega la mención de "comunicación electrónica"; el destacado nos pertenece).

Se agrega además que "(s)i el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena". La razón de este párrafo final se explica por el origen que tuvo el proyecto de ley destinado a evitar la interceptación y acceso no autorizado por parte de los "servicios" a correos electrónicos de jueces y periodistas, según se difundió ampliamente por la prensa a mediados de 2006.

Salvo por lo dispuesto en este último párrafo y el agregado del segundo, la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388) no innova creando nuevas figuras penales, sino que les agrega el término "comunicación electrónica" a los existentes para actualizarlos al desarrollo tecnológico.

CONCEPTO DE "COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA"

Es importante definir cuál es el objeto de las figuras relacionadas con la violación de correspondencia luego del añadido de la reforma de la Ley N° 26388. Antes de indagar el sentido del término "comunicación electrónica", veamos el significado de su antecedente: la correspondencia.

Núñez enuncia un concepto limitado de comunicación, pues sostiene que a los efectos de los artículos 153 a 155 del Código Penal, una *correspondencia* es una comunicación enviada por correo, oficial o particular, por un remitente a un destinatario. Para el citado autor, no existe una comunicación por el hecho de que el remitente simplemente le envíe al destinatario una pieza escrita, aquel debe ser un interlocutor; no lo es el que remite documentos o escritos que no implican elementos de un diálogo. Como estos delitos atacan la libertad de comunicación intelectual entre las personas, no puede sostenerse que la correspondencia sea toda pieza enviada por correo, cualquiera sea su carácter.[17]

Creus refuerza este concepto al señalar que correspondencia es la comunicación escrita entre dos interlocutores,[18] que uno de ellos envía, hace enviar, deja o hace dejar en poder del otro, y que contiene la

17. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Tea, 1978, T. IV, p. 98.

18. Este concepto podría dejar fuera del concepto de comunicación a los mensajes de máquina a persona o los mensajes entre ordenadores.

expresión de su pensamiento, cualquiera que sea el procedimiento de escritura del que se valga (palabras, signos, caracteres ideográficos).[19]

Con la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388) se ha ampliado el concepto de correspondencia para incluir una *comunicación electrónica*, además de comprender una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza. Pero todas deben reunir las características enunciadas más arriba.

La comunicación debe ser a través de un medio de comunicaciones, por lo que no queda cubierto un *diálogo presencial* entre dos personas o una charla o conferencia dada en un lugar cerrado. Es decir, no es delito penal el grabar una conversación entre dos o más personas en un lugar abierto o cerrado sin permiso con un aparato oculto. No se trata de una comunicación. Si el que graba la conversación da a publicidad lo grabado, deberá responder por los daños y perjuicios (si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil) pero no penalmente.

¿Qué debe entenderse por "comunicación electrónica" en el derecho positivo argentino?

La antigua ley de telecomunicaciones[20] definía "telecomunicación" como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos".

Por su parte, en el 2000, el Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones[21] redefinió el término "telecomunicaciones" con una concepción más moderna de la tecnología como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radio electricidad, medios ópticos y/u otros sistemas electromagnéticos".

La Ley de Inteligencia de 2001[22] no define pero sí enuncia ejemplos de este concepto, al disponer en forma muy amplia el principio de privacidad en su artículo 5:

> Las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesi-

19. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. I, p. 353.

20. Ley N° 19798 (BO 23/08/1972).

21. Decreto N° 764/2000 (BO 05/09/2000).

22. Ley N° 25520 (BO 06/12/2001).

> ble al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario.[23]

A fines de 2014 fue aprobada la nueva ley de telecomunicaciones.[24] El artículo 5 de la citada ley establece bajo el título "Inviolabilidad de las comunicaciones" que

> La correspondencia, entendida como toda comunicación que se efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo y de los datos de tráfico asociados a ellos, realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones, es inviolable. Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, sólo procederá a requerimiento de juez competente.

El citado artículo define en forma muy amplia al término "correspondencia" pero, a nuestro juicio, con una técnica legislativa inadecuada.

Bajo la nueva ley, el artículo 5 por una parte nombra –con un adjetivo innecesario para una ley del Congreso– los *"tradicionales* correos postales" y luego agrega "el correo electrónico" y "cualquier otro mecanismo", pero lo sujeta a "que *induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo* y de los datos de tráfico asociados a ellos" (el destacado nos pertenece). Esta redacción da la impresión de haber querido adoptar el test norteamericano de la expectativa subjetiva de privacidad en la comunicación. Es probable que el legislador haya querido dejar fuera las comunicaciones abiertas que carecen de privacidad, como un *post* en un muro de una red social o comentarios en un blog.

Finalmente, el artículo citado aclara que esas correspondencias sean "realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones".

Bajo esta la última definición, para el derecho argentino *correspondencia* es:

> … toda comunicación que se efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo y de

23. Esta definición no fue alterada en la importante reforma que la Ley de Inteligencia tuvo en 2015 a raíz del caso Nisman.

24. Ley N° 27087 (06/02/2015), conocida como "Ley Argentina Digital".

> los datos de tráfico asociados a ellos, realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones.

La definición incluye dentro del contenido de una comunicación "la privacidad del mismo y de los datos de tráfico asociados a ellos". La norma, como lo hacía la anterior ley, declara que "la correspondencia (...) es inviolable". Y agrega que "Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, sólo procederá a requerimiento de juez competente".

El concepto de "comunicación" incluye entonces bajo el derecho positivo vigente tanto el contenido de la comunicación como los datos de tráfico.[25] No hay lugar a dudas de que los datos de tráfico forman parte de la comunicación con la definición de la Ley Argentina Digital. Es decir que es una definición amplia, pues comprende "datos de contenido y datos de tráfico", y coincide con la lectura dada en doctrina al fallo de la Corte Suprema en el caso "Halabi",[26] que incluye datos de tráfico (aunque podría argumentarse que no todos quedan englobados en el concepto de una comunicación, sino sólo aquellos que dan a conocer datos personales, por ejemplo las *urls*).

Como bien precisó un fiscal que participó activamente en la reforma del Código Penal por la Ley N° 26388:

> ... la idea del legislador al emplear el término comunicación electrónica fue usar una terminología lo más neutra posible para evitar tener que actualizar la ley (neutralidad tecnológica). Por eso usamos 'comunicación electrónica' como una forma de abarcar todo tipo de comunicación, por lo menos las conocidas hasta el momento.[27]

¿Cómo encuadran estos conceptos con el correo electrónico y en las modernas técnicas de comunicación?

A nuestro entender, una *comunicación electrónica* es un mensaje enviado por un individuo a otra persona por medio de un sistema electrónico. Este concepto es tan amplio que incluye cualquier comunicación telefónica, el clásico mensaje de correo electrónico, un *chat*, un fax, una llamada a través de VOIP o un mensaje en cualquier formato enviado de un

25. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Copland vs. Reino Unido" extiende el concepto de medios de comunicación y, por tanto, el ámbito de protección constitucional de las comunicaciones no sólo a los mensajes en curso y no abiertos, sino a todos los mensajes y a los datos de tráfico.

26. CSJN, 24/02/2009, "Halabi", Fallos: 332:111.

27. Sáenz, Ricardo, reportaje en *Diario Judicial*, publicado en http://www.diariojudicial.com/no-ta.asp?IDNoticia=35757

teléfono móvil a otro teléfono similar por cualquier aplicación que estos tengan instalados. El mensaje no tiene que contener necesariamente la voz o caracteres alfanuméricos, puede incluir cualquier signo o gráfico que autorizan algunos sistemas informáticos. Puede también contener audio o video. Puede estar en otro idioma. Es delito interceptar una conversación en chino o ruso ya que el autor siempre tendrá la posibilidad de obtener una traducción posterior del mensaje privado.

Asimismo, la correspondencia o comunicación es tal tanto mientras está en tránsito como cuando queda almacenada en un casillero de mensajes, bandeja de entrada, contestador automático –tanto analógico como digital– o *voicemail*.

En nuestro derecho es tan ilegal acceder al contenido como a los metadatos. Esto tiene fundamento en el caso "Halabi",[28] en la segunda parte del artículo 236, segunda parte del Código Procesal Penal vigente,[29] y en las definiciones previstas en la Ley de Argentina Digital, que mencionan los datos de tráfico dentro del concepto de comunicación. En conclusión, en la Argentina no hay diferencia, como hace la legislación norteamericana, entre *content* y *non content information*.

La comunicación está amparada tanto en tránsito como cuando llega a destino y queda almacenada en un ordenador. Acceder a este tipo de contenidos de una comunicación que quedan almacenados en un casillero, en un programa, en una base de datos o voicemail es constitutivo del delito del artículo 153 del CP pues la norma no requiere como un elemento específico que la comunicación esté *en tránsito*.

De hecho, la mayoría de los casos de correo electrónico se plantean con el acceso una vez que fue recibido y está almacenado en un ordenador o un servidor en Internet, por ejemplo las cuentas que se acceden vía *web*.

No es frecuente la interceptación no autorizada de comunicaciones "en tránsito" pues requieren conocimientos técnicos muy avanzados.[30]

28. CSJN, 24/02/2009, "Halabi", Fallos 332:111.

29. El art. 236 del CPP dispone: "El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlas o conocerlas. Bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los *registros que hubiere de las comunicaciones del imputado* o de quienes se comunicaran con él" (el destacado nos pertenece). Este segundo párrafo fue incorporado por la Ley N° 25760 (BO 11/08/2003).

30. Por ejemplo, instalar un sniffer en el caso de comunicaciones digitales, o un programa espía, o en el caso de teléfonos móviles, poseer un *hardware* específico.

El párrafo final del artículo 153 del CP se ocupa de la interceptación (que, según el diccionario de la RAE, es "apoderarse de algo antes de que llegue a su destino"), pero la figura también se ocupa del acceso a esos contenidos.

Recordamos que la protección se extiende a los papeles privados, o sea a los que están en la esfera de reserva de alguien y contienen una expresión escrita de su pensamiento, aunque no esté destinada a ser comunicada a un interlocutor.[31] La naturaleza de papel privado no se altera porque su soporte sea magnético o informático.

Hoy en día las comunicaciones no ocurren sólo entre dos personas, sino también entre varias (por ejemplo un grupo cerrado de *whatsapp*, o una lista de distribución o de discusión de correo electrónico) y pueden tener lugar al mismo tiempo (por ejemplo, vía chat) o en forma secuencial. Incluso las comunicaciones pueden tener lugar no sólo entre personas, sino también con o entre máquinas. Por ejemplo, el banco puede enviar un resumen de cuenta a la casilla de correo electrónico del cliente, el diario *online* envía un resumen de noticias, un servidor comunica al usuario si el mensaje anterior que envió llegó o no a destino, o el servidor de la universidad avisa de eventos a sus alumnos. Dos ordenadores pueden intercambiar mensajes cuando las partes acordaron previamente vía contrato que sus comunicaciones generarán derechos u obligaciones.

Todas estas son comunicaciones electrónicas, puesto que se comunica algo a un tercero. ¿Tiene que intervenir una persona? Si entendemos que por lo menos debe haber un emisor o destinatario humano, muchas situaciones quedarán fuera de la protección penal. Hoy en día la relación con numerosas empresas y sistemas está automatizada a través de ordenadores, y con ellos también hay comunicación pues existe una expectativa de privacidad tanto por parte del emisor como del receptor del mensaje.

En síntesis, el concepto de comunicación electrónica previsto en la norma comprende los siguientes servicios:

- mensajes de correo electrónico: tanto la versión *online* almacenada en un *webmail* como el correo almacenado en un ordenador personal o en un teléfono celular inteligente o tableta;
- mensajes de chat: a través de cualquier medio;

31. Creus, Carlos, *Derecho Penal*, *op. cit.*, T. I, p. 353.

- mensajería instantánea: comunicaciones tanto en texto como en audio o video, grabadas mediante cualquier programa de mensajería, incluidas las comunicaciones a través de redes sociales, es decir, todas las comunicaciones a través de Facebook, Snapchat, Instagram, Telegram, Signal y Whatsapp;
- mensajes directos en Twitter.

Todos los datos y metadatos que surgen de este tipo de comunicaciones dicen mucho de la vida privada de una persona. Acceder a los contenidos generados en la comunicación o a sus metadatos permite saber su pensamiento, con quién se comunica, su forma de pensar, su orientación sexual, información sensible sobre su salud, los sitios *web* que visita, etcétera.

Cabe agregar que la comunicación electrónica, cualquiera sea el formato o medio a través de la cual se transmite, está amparada justamente por ser tal. Por lo tanto, es típicamente indiferente que contengan o no un secreto: no es el secreto de la comunicación lo que se ampara en esta figura, sino el derecho al secreto, que se ataca con el acceso o "apertura". En función de esto último, Creus concluye que el delito se comete aunque la comunicación resulte ininteligible para terceros, por ejemplo por estar redactada en lenguaje cifrado.[32] Compartimos esta conclusión: si bien el sujeto activo puede no comprender lo que ha interceptado, siempre tiene la posibilidad de desencriptarlo con ayuda técnica o de traducirlo a un lenguaje entendible.

ACCIONES PUNIBLES

Apertura o acceso a correspondencia

La acción de acceso o apertura es el acto típico mediante el cual se viola el secreto de la correspondencia. Consiste en abrir o acceder "indebidamente a una *comunicación electrónica*, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido" (el destacado nos pertenece).

La acción de abrir la carta o correo se materializa en la remoción de los obstáculos que impiden la lectura del contenido de la carta o pliego.

32. Ibídem, p. 355.

En el contexto del acceso indebido a la comunicación electrónica, que, como vimos, puede incluir diversos medios (*e-mail*, chat privado o mensaje de texto), la acción típica de acceder debe ser interpretada como el acceso a la comunicación que no le está dirigida.

Este acceso o apertura indebida puede tener lugar en diversos puntos de una red y de ello dependerá, entonces, cómo se materializa. Por ejemplo, puede consistir en ingresar a la cuenta de correo de una persona y revisar en su carpeta uno o varios mensajes de un correo que no le estaba dirigido.

Es indiferente que las comunicaciones se encuentren en la carpeta de mensajes recibidos o de mensajes enviados, ambos son correspondencia a los fines del artículo 153 CP, pero el acceso y apertura requiere acceder y tomar conocimiento de dicho contenido.

El mero acceso a un sistema de *webmail*, aun sin leer correo alguno, podrá ser acceso ilegítimo a un ordenador (art. 153 bis CP), pero no es violación de correspondencia electrónica. Tampoco el cambiar la clave y "dejar afuera" al titular del servicio del *webmail* es violación de correspondencia. Este supuesto parece ser nuevamente un acceso ilegítimo a un sistema informático. El simple cambio de contraseña no está penado como delito autónomo, aunque si el efecto es interrumpir la comunicación, podría buscarse una solución en el artículo 197 CP.

Se comete este delito tanto mediante la acción de revisar un teléfono móvil ajeno abriendo el registro de mensajes recibidos por el titular del aparato en cualquiera de sus aplicaciones allí instaladas para entrar a ellos, como si se abre un archivo que constituye el *log* de una comunicación que tuvo lugar vía *chat* u otro servicio de mensajería instantánea (que permita grabar la conversación que tiene lugar). Por ejemplo, el acceso al chat almacenado ocurrido a través de las diversas aplicaciones que hoy en día se instalan en los teléfonos móviles.

También comete la acción típica quien configura un servidor de correo electrónico mediante la inserción de una función de *forwarding* o reenvío de una copia de cada correo que se reciba a su propio correo para leerlos subrepticiamente. Esta acción no implica desvío no autorizado de correspondencia, sino reenvío de una copia, que es una forma de acceder, al recibir esa copia en otra casilla de correo.

La apertura o acceso debe ser realizada indebidamente. Ello implica que la acción haya sido realizada sin derecho. Por ejemplo, hay

derecho a abrir o a acceder a una comunicación electrónica cuando media orden judicial,[33] o de un fiscal[34] o de otra autoridad, según así lo dispongan las normas legales vigentes.[35] Como veremos más adelante, las excepciones al acceso son un tema debatido a nivel local y en el Derecho comparado.

Núñez señala que la apertura legítima de la correspondencia no dirigida al autor no sólo excluye la ilicitud del hecho, sino su tipicidad.[36]

Existen otras situaciones en las cuales es posible el acceso sin que ocurra un delito penal. El administrador de la red interna de una empresa tiene derecho a revisar los correos corporativos para cuidar la seguridad interna y arreglar fallas del sistema, esto se presupone por ser la persona en la cual la empresa ha delegado la administración de la red, pero siempre es preferible que dicha autorización obre en una política de privacidad corporativa o reglamento de uso en forma expresa.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el estadounidense, donde estas excepciones están claramente descriptas y enumeradas en una ley específica[37] que le da un manto de legalidad a estas acciones, en Argentina el problema interpretativo se presenta porque se legisló como delito el acceso no autorizado a cualquier clase de comunicación electrónica, carecemos de un marco legal completo y adecuado que regule la prestación del servicio de comunicaciones en la sociedad de la información.

33. Art. 236 Código Procesal Penal (Ley N° 23984); art. 143 del nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 27063, BO 10/12/2014).

34. En los casos en que la ley así lo autorice, por ejemplo el art. 236 parte final del Código Procesal Penal.

35. Cabe aclarar que la Constitución Nacional no exige orden judicial, sino que se limita a establecer que la ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento (cfr. art. 18, CN). Por ejemplo, los códigos procesales penales, o en su momento la ley de inteligencia nacional (Ley N° 25520), luego reemplazada por una Acordada de la Corte Suprema, reglamentan en qué supuestos se puede acceder válidamente a dichos contenidos.

36. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 99.

37. Ver, a nivel federal, las secciones 2515 y 2520 de la *Electronic Communicatios Privacy Act* (abreviada *ECPA*), que establecen el consentimiento de una de las partes y la excepción basada en el "curso ordinario de los negocios".

Apoderamiento de una comunicación electrónica y de papeles privados

Otra acción típica prevista en el artículo 153 CP consiste en *apoderarse* indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado.

La reforma al Código Penal de la Ley N° 26388 no alteró expresamente la interpretación que cabe dar a estas acciones típicas. No es posible apoderarse de una comunicación telefónica o de una comunicación electrónica en el sentido tradicional que se le suele dar al término, si se la usa con el concepto propio de la acción del delito de hurto (art. 162 CP). Lo que sucede es que el sujeto activo obtiene *una copia* transcripta de esa comunicación, ya sea reenviándose la comunicación, sacando una copia o descargándola en un archivo separado.

A pesar de las clásicas opiniones doctrinarias, entendemos que el término "apoderarse" no debería seguir requiriendo los elementos propios del hurto[38] cuando es aplicado a ambientes digitales.

Esta postura se funda en que el legislador incluyó un objeto (el correo electrónico y, en forma más general, la comunicación electrónica) respecto del cual el sujeto activo puede *apoderarse sin desapoderar*, esto es, copiar en un archivo digital su contenido. Entendemos que esta interpretación debe acompañar la intención de sancionar la conducta descripta de apoderamiento, que es diferente al mero acceso (sin copiar) o apertura, que se limitan al simple conocimiento del secreto.

Apoderarse, en el mundo digital, es obtener una copia, cualquier sea el medio empleado para que ello suceda. El clásico es el del *hacker* que ingresa en forma no autorizada en una casilla de correo electrónico y copia todo su contenido.

Antes de la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388), un fallo de primera instancia exigió que el requisito de desapoderamiento típico del hurto estuviera presente en la sustracción de un correo electrónico, considerado en ese caso un "papel privado".[39] Por tal

38. Ver, por ejemplo, Nuñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 100.

39. Juzg. Nac. Corr. N° 9, 11/04/2007, Lexis N° 35010839, revocado por C. Nac. Crim. y Correc, sala 7ª, 07/04/2008. Cabe aclarar que por tratarse de un delito de acción privada, la sentenciante estaba limitada por la descripción de los hechos formulada en la querella. En este marco, la sentencia de primera instancia describe que se había accedido a un archivo que estaba almacenado en la cuenta de *webmail* del denunciante por

motivo, la decisión de primera instancia consideró que era atípica la conducta de entrar a la cuenta de *webmail* del denunciante, acceder y copiar un papel privado que el propio denunciante había almacenado allí. El hecho ocurrió en medio de un proceso de familia, en el que uno de los cónyuges ingresó sin permiso a la cuenta del otro y obtuvo documentos para presentar en el jucio de divorcio. De haber sido una carta en soporte papel, su apoderamiento sería una forma de sustracción típica. Desde tal óptica, y antes de la reforma de la Ley N° 26388, no parece desacertado que un juez penal se limite a interpretar literalmente el tipo, sin extenderlo por analogía a otros supuestos no previstos expresamente en la norma. La decisión de primera instancia fue revocada por la Cámara de Apelaciones.[40]

Creemos que con la reforma de la Ley N° 26388, al haberse introducido el término "comunicación electrónica" (que incluye al correo electrónico) como objeto del delito, este apoderamiento de correspondencia digital debe ser interpretado en consonancia con el medio digital: es posible entonces apoderarse de un correo (por ejemplo, mediante su copia a otro soporte) sin desapoderar a la víctima.

Lo mismo puede decirse del apoderamiento de un "papel privado" almacenado en un soporte informático, que resulta típico luego de la reforma. En nuestro derecho no existe el hurto de información como figura autónoma (el objeto del delito previsto en el art. 162 CP debe ser una cosa material), y quien copia un documento o archivo digital no desapodera al tenedor de este (porque él sigue poseyendo el documento original). Si bien bajo la actual redacción tampoco se buscó crear la figura de "hurto de información", entendemos que es posible "apoderarse" de una comunicación electrónica o de un papel privado almacenado digitalmente.

Luego de la reforma de la Ley N° 26388, si el sujeto activo "abre" el archivo y conoce su contenido, cuando este es parte de una comu-

él mismo, por lo que más que ser una comunicación se trataba de un papel privado, y la copia de este y la posterior presentación en un juzgado de familia en un caso de divorcio (que era lo que agraviaba al querellante) no constituía un apoderamiento en los términos del antiguo art. 153, CP.

40. CNCrim, sala 7ª, 07/04/2008.

nicación electrónica,[41] incurre en el delito de apertura o acceso a una comunicación electrónica. Si además la copia, existirá apoderamiento de esa comunicación.[42]

Esta conclusión se fundamenta en que en nuestro derecho, el concepto de "documento" puede prescindir del soporte papel y se tiene por escrito cualquiera sea el medio en el cual se encuentre almacenado.[43] Por ende, un papel privado puede estar almacenado en un ordenador, en una cuenta de correo electrónico (en el ordenador u online, en una cuenta tipo *webmail*), o en un teléfono móvil o dispositivo inteligente, tales como un *smartphone* o un *pen drive*.

La misma discusión se ha presentado en el Derecho Penal español respecto del término "apoderarse" previsto en el artículo. 197 del Código Penal español. Al analizar los delitos contra la privacidad, la doctrina[44] sostiene que el apoderamiento es un concepto equívoco y si se entiende literalmente, nos remitiría a un delito patrimonial. Por ello, se considera que el concepto de apoderamiento en la figura de revelación de secretos (art. 197.2 del Código Penal español) debe ser comprendido en el sentido de "traslación posesoria cognitiva mediante la cual es posible acceder intelectivamente al contenido de los documentos".[45] Se sostiene también que como el apoderamiento ha de ser doloso y llevarse a cabo con la finalidad de descubrir el secreto, se debe descartar la interpretación que a dicho término se le da en los delitos patrimoniales. Por eso en España se interpreta que pueden constituir apoderamiento los casos en los que el sujeto sólo ha visto en pantalla el documento o el mensaje del correo electrónico del que se trate, sin que el apoderamiento tenga que consistir en la traslación física del soporte que contiene los datos, sino que es suficiente la aprehensión de su contenido.

41. Si el archivo no está contenido en una comunicación sino en servidor, será aplicable la figura del art. 153 bis del CP.

42. Si sólo destruye el original, será la supresión de la comunicación. Si además de copiarlo destruye el original, podrá haber concurso con el delito de daño informático (art. 183, párr. 2, CP).

43. Art. 6 de la Ley de Firma Digital, art. 77 del CP, y arts. 286, 301, 318 y 1106 del nuevo Código Civil y Comercial.

44. Gómez Navajas, Justa, *La protección de los datos personales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 138.

45. Polaino Navarrete, Miguel y Cobo del Rosal, Miguel, *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 398.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia española según la cual "el apoderamiento de datos contenidos en ficheros o soportes informáticos no tiene porqué equivaler a la traslación física del soporte (...) sino, particularmente, a la aprehensión de su contenido...".[46]

Es decir, el sujeto activo se apodera de información, archivos o determinados contenidos, no con la finalidad de desapoderar a la víctima (delito contra la propiedad), sino para violar el secreto de esos contenidos (delitos contra la privacidad). Esta es la interpretación que debe darse a la acción de apoderarse prevista en el artículo 153 del CP.

Desvío o supresión de comunicaciones electrónicas

En el primer párrafo del artículo 153 CP se penaliza también a quien "indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una *comunicación electrónica* que no le esté dirigida" (el destacado nos pertenece).

El delito consiste en impedir que la correspondencia *en curso* y no dirigida al autor del hecho llegue a su destinatario, sea sacándola de su curso (supresión) o cambiándolo (desvío).[47]

Entendemos que la comunicación electrónica está en curso mientras el destinatario final no la ha recibido. Aplicado a situaciones informáticas, ello tiene lugar mientras no la haya "bajado" del servidor y no la haya abierto, es decir, mientras no ha tomado conocimiento de ella. Incluso la comunicación puede haber llegado efectivamente a su casilla, pero podrá suceder que el destinatario no haya revisado aún su casilla de correo electrónico. También es delito suprimir la comunicación luego de su lectura por parte del destinatario.

Asimismo, tiene lugar cuando se configura el servidor de correo electrónico para que estos se desvíen a otro usuario o a otra cuenta de correo.

El autor del hecho puede suprimir dolosamente el correo electrónico efectivamente recibido pero no abierto. Todo ello será cuestión de prueba y dependerá, en gran medida, de la configuración de la red y del sistema de correo, y de si esta supresión es o no indebida de acuerdo a las circunstancias y términos de uso vigentes en el prestador del servicio o en la empresa.

46. Audiencia Provincial de Valladolid, 14/07/1998, Ar. 3221.

47. Nuñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 102.

Con la tecnología se producen algunas situaciones interesantes. Veamos algunos casos. Las versiones *online* de correo electrónico conocido como *webmail* permiten crear carpetas y elaborar "reglas internas" para el desvío de correspondencia a otras carpetas o a otras cuentas de correo electrónico. Se han dado casos de *hackers* que ingresan sin permiso al correo electrónico y generan reglas virtuales para desviar cierta correspondencia digital, por ejemplo, las provenientes de bancos o entidades financieras, para realizar estafas. A veces estos casos han tenido lugar para robar imágenes íntimas y luego pedir rescate o extorsionar a la víctima.[48] Estos supuestos caben dentro del desvío de correspondencia.

Los sistemas de correo electrónico también permiten "retirar" (*recall*) un mail enviado a un tercero. Entendemos que no se comete este delito en ciertos supuestos en los que quien suprime el correo es el propio emisor. En algunos casos, el emisor puede haberse equivocado al enviar el correo y el diseño o configuración de algunos programas de correo electrónico permiten retirar el mensaje antes de que sea abierto. Esta funcionalidad implica suprimir el correo recibido, pero en modo alguno implica el delito de supresión de correspondencia que el propio emisor ha enviado. Ahora bien, si quien realiza el "recall" es un tercero que ingresa en forma no autorizada en el correo electrónico del emisor, entonces sí se presenta un caso de supresión de la comunicación electrónica.

Tampoco ocurre el hecho típico previsto en el artículo 153 CP si el propio receptor suprime el correo que está en su posesión, por ejemplo para evitar que sirva de prueba, no sólo porque el autor debe ser aquel a quien no le esté dirigida la comunicación, sino porque el bien jurídico protegido es la privacidad. Si se quiere penalizar la acción de borrar un documento (por ejemplo, un correo electrónico) que constituirá

48. Un caso notorio es el del *hacker* de famosos, Christopher Chaney, quien accedió sin permiso a numerosos ordenadores y a las cuentas de correo de varias actrices (Simone Harouche, Mila Kunis, Christina Aguilera, Scarlett Johansson, Renee Olstead). En el caso, se logró probar que luego de acceder a los ordenadores, el autor creaba una regla interna de desvío del correo y obtenía copias de toda la correspondencia digital en busca de fotos o correos íntimos, que luego usaba para extorsionar a sus víctimas. Esto le permitía leer el correo incluso luego de que se cambiara la contraseña de la víctima y seguir "sustrayendo" imágenes. Sobre este tema, ver Palazzi, Pablo, "Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del *'revenge porn'*", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, agosto 2015, pp. 1587-1598.

prueba para algún juicio, deberá buscarse tal resultado en algún delito contra la administración de justicia.

Otro problema que se ha presentado en la práctica es con las empresas que proveen servicios de correo electrónico a usuarios. Estos sistemas lo otorgan a quien lo pide como usuario, pero luego puede suceder que este usuario deje de usar la casilla de correo con su nombre de usuario con ese domino. Esa casilla es desactivada del servidor porque el usuario dio de baja el servicio, pero luego un nuevo cliente puede abrir una casilla de correo con el mismo nombre. Entonces este usuario comienza a recibir correos que en realidad estaban dirigidos al anterior usuario de la casilla que tenía el mismo nombre y los borra por considerar que los recibió por error. En este caso claramente no hay intención de acceder al correo ajeno, pues este le pertenece al usuario, pero ¿puede suprimir estos correos o debe entregarlos a su anterior titular? ¿Puede el anterior titular pedir que le devuelvan sus correos? Entendemos que en estos casos no hay acceso ni supresión indebida.

Interceptación indebida de comunicaciones electrónicas

El artículo 153 CP dispone en su segundo párrafo que "(e)n la misma pena incurrirá el que *indebidamente* interceptare o captare *comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones* provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido" (el destacado nos pertenece).

Con este nuevo párrafo agregado se buscó cubrir el vacío existente en la materia de escuchas telefónicas ilegales, que hasta la sanción de la Ley N° 26388 no constituían delito en la Argentina.

La escuchas telefónicas o de cualquier otra clase no constituía delito antes de la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388) porque el artículo 153 CP sólo preveía el acceso a un "despacho telefónico". La norma no mencionaba la acción típica de interceptar o captar comunicaciones ajenas. Más bien se penaba el acceso a ese "despacho telefónico" que de alguna forma documentaba la comunicación. Por supuesto que como el acceso a una comunicación electrónica requiere orden de juez, todo lo derivado de la escucha ilegal era una prueba inválida para ser usada en juicio.[49] Pero había un claro vacío legal en la ley de fondo.

49. Kemelmajer, "Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número sobre Prueba, pp. 77-130; Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 457 y ss.

Con esta reforma se buscó reforzar la manda del artículo 18[50] de la entonces vigente ley de telecomunicaciones (Ley N° 19789, BO 25/08/1972) y de lo dispuesto en el artículo 5 de la ley de inteligencia.[51]

La acción típica consiste ahora en interceptar o captar *comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones* provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

El objeto del delito son las "*comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones* provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido" (el destacado nos pertenece).

El texto del artículo 153, segundo párrafo CP, ampara las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones. La norma penal matiza que deben ser las "provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido". Por contraposición podemos deducir que no son objeto de la figura que analizamos las interceptaciones de comunicaciones públicas, o de acceso no restringido o limitado.

Por ende, no son objeto del delito las comunicaciones de carácter público, no en el sentido de servicio público, sino en el sentido de que la comunicación no es privada sino abierta, tales como un mensaje subido a una página de Internet accesible por terceros, un foro de debate *online* no cerrado, un *post* público en una red social o comentarios en un blog que puede leer cualquiera, o la comunicación a través de un portero eléctrico, que tiene carácter público o puede ser oída por un tercero o un vecino que levanta el auricular.

50. Que disponía: "La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente". A su vez, el régimen de la ley aclara que "(l)a inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales actos" (art. 19, Ley N° 19789). La referida ley obligaba a las personas afectadas a los servicios de telecomunicaciones y a toda persona que de cualquier manera tenga conocimiento de la existencia o contenido de la correspondencia de telecomunicaciones a guardar secreto sobre ella (arts. 20 y 21).

51. La ley de inteligencia dispuso en su art. 5 que "(l)as comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario".

Una cuestión muy difícil en esta figura es la prueba, pues la mayoría de estos ataques se realizan en la clandestinidad y el sujeto sólo se entera cuando sus conversaciones privadas aparecen transcriptas en la prensa (más recientemente subiendo el audio mismo a la web del diario). En estos casos, la prensa goza de inmunidad cuando la conversación tiene interés público y el medio no participó activamente en la interceptación indebida o adquisición de la comunicación.

La acción incluye también el "pinchado" de un cable de fibra óptica o de un cable submarino para interceptar las comunicaciones que pasan por allí, siempre y cuando esto ocurra dentro de la jurisdicción argentina, según lo dispone el Código Penal.[52]

Existe una figura especial en la ley de inteligencia, que consiste en la captación indebida de comunicaciones (art. 42, Ley N° 25520) y que resulta sólo aplicable a las personas que participan en la interceptación de una comunicación. Esta figura de captación indebida prevista en la ley de inteligencia desplaza por su especialidad la aplicación del segundo párrafo del artículo 153 CP (figura general) cuando son realizadas por un funcionario o empleado público que haya participado en la interceptación de una comunicación.

Comunicación o publicación ilegítima

El artículo 153 CP establece que "(l)a pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica".

La reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388) reemplaza en este último párrafo el término "culpable" por "autor" y agrega la mención de "comunicación electrónica".

La diferencia que tiene esta figura de publicación ilegítima (art. 153 CP) con el supuesto previsto en el artículo 155 CP es que en el primer caso el autor de la publicación es al mismo tiempo el de la apertura, apoderamiento, captación o interceptación de la comunicación electrónica.

Si el que publica es un tercero, en ese caso resultará aplicable el artículo 155 CP. Si la publicación fue hecha con el propósito de defender

52. Art. 1 del Código Penal: "Este código se aplicará: 1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; y 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo".

un interés público, encontrará protección en el segundo párrafo de dicha norma, que dispone: "Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público", exención que no está prevista en la figura del artículo 153 CP.

El artículo 153 CP, en su parte final, establece que "(s)i el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena".

Concurso y relaciones con otras figuras

Todas las figuras que analizamos pueden constituir un hecho autónomo, pero también pueden ser un medio para cometer otros delitos, como la estafa informática o el robo de identidad virtual.

Un *hacker* puede ingresar en un ordenador (art. 153 bis Código Penal) y encontrar correos electrónicos a los cuales accede, destruye, desvía o instala un programa para interceptar ciertas comunicaciones. En estos supuestos la figura de acceso ilegítimo se ve desplazada por la violación de correo electrónico.

Es frecuente también el acceso a correos electrónicos ajenos para realizar estafas, robo de identidad o desapoderamiento de claves bancarias para hurtar o estafar a la víctima u obtener el control del correo para poder aprobar una transacción financiera.

Es posible también aplicar el delito de encubrimiento a quien recibe como conocimiento del hecho el producido de una violación de correspondencia. Así se sostuvo en el precedente "Yofre",[53] donde el tribunal juzgó que correspondía calificar como encubrimiento[54] y violación de secreto estatal (contenidos en correos electrónicos de funcionarios públicos) el recibir correos electrónicos que se sabían obtenidos ilegalmente, en violación a las normas del secreto estatal y la correspondencia epistolar.

En el caso se investigó a una organización que se dedicaba a interceptar correos electrónicos de funcionarios del gobierno nacional con el objeto de pasarlos a ciertas personas (en algunos casos periodistas) interesadas en su contenido. Los miembros de la organización fueron acusados del delito de espionaje y violación de secreto estatal (art. 222 del CP).

53. CFed. San Martín, Sala I, 23/08/2013, "Yofre, Juan Bautista y otros s/infr. art. 222 CP".
54. En el caso, la figura del art. 277, incs. 1c y 3b del CP.

Respecto a los receptores de los correos electrónicos habidos ilegalmente, el fallo entendió que "la nueva redacción de la figura de encubrimiento –según ley 25.815 (B.O. 1/12/2003)– requiere para la configuración del tipo la mera sospecha por parte del autor respecto del origen ilícito del bien que recibe, en otras palabras, que le haya sido posible representarse que provenía de un delito". En el caso se valoró que quienes recibían el contenido de los correos electrónicos interceptados de funcionarios lo hacían en cuentas de correo de servidores privados del extranjero que se habían abierto al solo efecto de recibir el objeto del delito. En concreto, el tribunal explica que

> ... los encausados debieron al menos sospechar, conforme las circunstancias fácticas que rodearon la receptación, que lo que se les reenviaba a las cuentas receptáculo era el producto de una intromisión, puesto que era el contenido completo de los correos originados en casillas ajenas a sus personas, incluidos "de" (remitente) y "para" (destinatario). Aun en la hipótesis de tratarse de cuentas abiertas en servidores privados, debían advertir que algunos de los dominios que figuraban en los correos eran de organismos y funcionarios públicos y la información, dado su contenido (...) no debía trascender.

La decisión confirmatoria del procesamiento fue apelada a la Cámara de Casación Penal. Pero en 2016 el juzgado federal de San Isidro –donde se había originado la causa– anuló todo el procedimiento por considerar ilegal la información que dio origen a la causa.[55]

CULPABILIDAD

La doctrina[56] sostiene que la apertura de la correspondencia debe ser "indebida" tanto objetivamente como subjetivamente: no solamente saber que se abre, sino también saber que se lo hace sin derecho.

55. Cfr. "Anulan una causa contra periodistas por mails sustraídos", *La Nación*, 4 de enero de 2016. La decisión es perfectamente entendible. Después del caso Nisman y la reforma de la ley de inteligencia, surgieron a la luz numerosos abusos de poder cometidos por los agentes de inteligencia de la SIDE. Cualquier actividad comenzada por la SIDE tiene una alta sospecha de marginalidad e ilegalidad, a menos que del expediente surja claramente que existía una autorización legal para la actividad realizada. Sobre los límites a la agencia de inteligencia remitimos al lector al próximo capítulo.

56. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tea, T. IV, p. 115; Manigot, Marcelo A., *Código Penal anotado y comentado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot,T. I, p. 493.

Soler, al comentar el tipo original, señaló que

> … en este caso, como en otros, la expresión [indebida] tiene el sentido de fundar el delito sobre una firme y delineada figura objetiva y subjetiva de licitud que excluye toda posibilidad de imputar el delito en forma culposa.[57]

En igual sentido se pronuncia Núñez: "El dolo del autor, a la par del conocimiento de ser una correspondencia dirigida a un tercero, exige la conciencia de que la abre sin derecho".[58] Respecto del desvío o supresión, el citado autor señala: "La única forma de culpabilidad admitida es el dolo. Este requiere conciencia y voluntad, aunque sea eventual, de que la pieza toma otro destino distinto al debido".[59]

Es decir, esta figura es un delito doloso.[60] Es por ello que en el artículo 153 CP la palabra "indebidamente" aparece mencionada cuatro veces.[61] Es importante notar esto a los fines de las situaciones que analizamos a continuación.

Por ejemplo, no estamos en presencia de este delito si quien accede a la correspondencia digital lo hace inadvertidamente, por ejemplo, porque se deja un ordenador abierto y conectado a una cuenta de correo electrónico en un locutorio, cibercafé o en un hogar o empresa.[62]

Naturalmente, apenas la persona en cuestión advierta que no se trata de una cuenta de correo electrónico propia, deberá resistir la tentación de seguir leyendo y proceder a cerrar la sesión abierta o desconectarse. De lo contrario, a partir de ese momento, estará accediendo

57. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, *op. cit.*, T. IV, p. 121.

58. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 99.

59. Ibídem, p. 102.

60. Reggiani, Carlos, "Delitos informáticos", *LL* 2008-D-1090.

61. En el texto del art. 153 anterior a la reforma de la Ley Nº 26388 este término figuraba sólo dos veces.

62. Ver, por ejemplo, el voto en disidencia del Dr. Lucini, quien sostiene que "El acceso del denunciante a una casilla de correo electrónico de su entonces pareja, quien le había solicitado en préstamo una computadora y luego no cerró la sesión en forma adecuada, permitiéndole a aquel anoticiarse de una posible maniobra delictiva en su contra, no configura una intromisión a la privacidad pues las comunicaciones fueron expuestas por ella misma al dejar su cuenta abierta y dentro del ordenador del denunciante, es decir, dentro de su esfera de custodia, por lo cual la lectura de los mensajes no parece contrariar la garantía mencionada". CNCrim, sala VI, 17/7/2015, "R., S. y otros s/ procesamiento", *LL online* AR/JUR/29160/2015 y *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 12, diciembre 2015, Abeledo Perrot, p. 2527. La mayoría consideró que la denuncia debía ser anulada pues se había basado en una prueba obtenida en forma ilegal.

indebidamente a las comunicaciones electrónicas de un tercero y la prueba que obtenga será nula, si se la quiere usar en un proceso judicial.[63]

No hay violación de correspondencia tampoco si alguien envía por error a un destinatario distinto un correo electrónico y quien lo recibe lo lee en forma parcial o completa, hasta caer en la cuenta de que no le estaba dirigido.

Tampoco encontramos intención de acceder al correo electrónico ajeno en el caso de menores que voluntariamente se intercambian los códigos de usuarios y de acceso al sistema para ver sus propios correos y los de sus amigos. Esta práctica cada vez más común entre amigos, es más un problema de educación de los padres (que lamentablemente suelen saber menos de informática que sus propios hijos) que de seguridad informática.

Existe en estos casos consentimiento o voluntad del emisor y del receptor, al permitir el acceso, además de tratarse usualmente de menores, lo que incide en su responsabilidad penal. El consentimiento tiene plena eficacia, así lo otorgue el remitente o el destinatario.[64]

Este consentimiento puede darse sin formalidades, sujeto a la prueba que así lo demuestre. Puede ser dado en forma verbal, escrito o incluso de forma tácita por el envío de la contraseña para acceder como respuesta al pedido de dicha clave. Incluso puede figurar en los términos y condiciones de uso del servicio. En cierta forma, compartir una cuenta de correo electrónico implica perder la privacidad de todo lo que en ella se almacene respecto de quienes están autorizados a entrar.

ILEGITIMIDAD

Tiene que tratarse de una apertura, acceso o desvío indebido, o sea de la realizada sin derecho. Hay una serie de supuestos en que la ley otorga a terceros que no son los destinatarios la facultad de abrir la correspondencia.[65] Esto puede variar según la legislación que resulte aplicable y su interpretación jurisprudencial.

63. Ver CNCrim, sala VI, 17/07/2015, "R., S.", *LL online* AR/JUR/29160/2015 y *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 12, diciembre 2015, Abeledo Perrot, p. 2527.

64. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. V, p. 365.

65. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, T. I, p. 353.

Entre otros, Creus enumera los siguientes, refiriéndose a la correspondencia en formato papel:

- orden de autoridad judicial según leyes procesales en la investigación de un caso concreto;
- autoridad administrativa por razones de seguridad, por ejemplo, apertura de correspondencia en institutos penitenciarios;
- apertura indispensable para el cumplimiento de la función (cartas rezagadas);
- ejercicio de una potestad de gobierno, educación o guarda de incapaces (patria potestad, tutela, curatela).

Agrega el citado autor que cuando la apertura de correspondencia encuadra en otras causas jurídicamente reconocidas pero que no responde a una facultad expresamente otorgada por el derecho para abrir la correspondencia o los papeles privados, puede haber lugar a justificación, aunque el hecho no deje de ser típico, como acaecería si mediara un estado de necesidad.[66]

CASOS ESPECIALES

Las distintas acciones contempladas en el Código Penal para violentar la correspondencia pueden ser de difícil aplicación cuando se trata de ciertos supuestos tecnológicos. Es que la comunicación digital es completamente diferente a la correspondencia tradicional, y por lo tanto su aplicación requiere comprender la tecnología. Seguidamente examinamos algunos de esos casos.

Filtrado automático de comunicaciones

Con la aclaración hecha en este capítulo sobre que el desvío de correos electrónicos es una figura exclusivamente dolosa, quedarían salvadas las objeciones de ciertos medios empresarios que consideraron que la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26.388) podría llegar a ser aplicada a acciones de un proveedor de acceso a Internet o de servicios de *mail*, que son muy comunes.

66. Ibídem, p. 354, quien resalta la opinión contraria de Núñez, que comprende en la atipicidad todo supuesto de justificación.

Con frecuencia, para mejorar el servicio o por cuestiones técnicas, los proveedores proceden a desviar o filtrar un correo electrónico porque contiene un virus (o supuesta amenaza de tal) o porque un algoritmo o filtro lo clasifica como *spam*. Incluso algunas rutinas que funcionan en sistemas de *webmail* pueden detectar casos de *phishing*, cuya única finalidad es obtener claves bancarias o datos personales para una estafa o un robo de identidad. No es el objeto de la figura prevista en el artículo 153 CP el penalizar tales situaciones.

Estos filtros tecnológicos son cada vez más comunes y se han incrementado en los últimos tiempos, motivados, en parte, por el deseo de frenar actividades ilegales, como el intercambio de obras intelectuales (generalmente música y películas) a través de redes *peer to peer* (p2p), el *phishing* y, más recientemente, la pornografía infantil.

Por ejemplo, algunos buscadores utilizan tecnología de autenticación[67] para verificar el dominio del remitente del correo. Esta tecnología[68] permite validar el origen del correo electrónico y detectar casos de *phishing* y amparar así a usuarios de sitios comerciales (por ejemplo eBay y PayPal). No hace falta mucha discusión para comprender la importancia de que los intermediarios de Internet puedan establecer estas tecnologías libremente pues están destinadas, en último término, a amparar al usuario y a crear una Internet más segura.

A veces esta tecnología se usa para evitar o retrasar la "bajada" de archivos amparados por derechos intelectuales. Los intermediarios de Internet argumentan que no "leen" el "contenido" de la comunicación, sino solamente los paquetes (a través de los datos de tráfico) con la finalidad de darle el destino correcto. Si como intermediarios en la comunicación entre usuarios deben leer los paquetes para "rutearlos" en Internet, la decisión de retrasar algunos o ponerlos en una "cola" para hacer más lenta la conexión no debería constituir un hecho con significación penal.[69]

67. La tecnología llamada *DomainKeys* está amparada por una patente obtenida por Yahoo. Sin embargo, la empresa la ha liberado al mercado bajo un esquema de licencia dual, que permite a compañías usarla sin *royalties* a través de la licencia GNU General Public License (GPL 2.0), lo que permitió que la Internet Engineering Task Force la aprobara como un estándar de Internet. Ver http://www.ietf. org/rfc/rfc4871.txt

68. Mills, Elinor, "Gmail now Blocking Fake eBay, PayPal e-mails", *CNET*, 08/07/2008.

69. Más allá de que constituye una clara infracción a las normas de defensa del consumidor si impacta en la calidad del servicio y no fue informado oportunamente.

Podría sostenerse que existe un desvío de comunicaciones electrónicas cuyo fundamento es la protección de los titulares de ellas, de la red o de la empresa proveedora del servicio.

Bajo la ley vigente, entendemos que nunca podría llegarse a tal resultado interpretativo por la carencia de dolo en tal accionar. Recordamos que el término "indebido", presente en el artículo 153 del Código Penal, es asimismo sinónimo de realizado "sin derecho".[70]

En tal sentido, un intermediario de Internet o proveedor de servicio de acceso a la red estará en su derecho, según los términos y condiciones de uso que fijen para la prestación del servicio, de desviar o etiquetar correspondencia no solicitada (*spam*) que es ilegal en la Argentina,[71] o de suprimir aquella que constituya una amenaza para la seguridad de su red o la de sus usuarios, si contiene virus o algún programa potencialmente dañino, o que recargue el sistema con mucho tráfico o con contenidos ilegales. Son conductas, entonces, que no son antijurídicas porque se realizan de conformidad con el marco legal que rige la prestación del servicio.

Esta postura se podría ver corroborada por dos antecedentes que encontramos en el debate legislativo de la ley de delitos informáticos (sancionada bajo el Nº 26388) en 2007.

Primero, el dictamen del Senado, que fundamenta así las conclusiones que venimos señalando:

> Con respecto al actual art. 153 del Código Penal, última parte del primer párrafo ("...suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida") es razonable la propuesta de la cámara de origen de incorporar no sólo la comunicación electrónica sino también la expresión 'indebidamente' en el tipo, para que no le *queden dudas al intérprete respecto a requerir la finalidad dolosa del autor del delito*, y evitar cualquier hermenéutica tendiente a considerar comprendidos en el tipo a quienes en procura de mejorar el servicio que prestan a sus usuarios, activan mecanismos de protección para evitar lo que se conoce como *spam*, o la recepción de correos no deseados por sus clientes.[72]

También puede afectar el principio de neutralidad tecnológica que actualmente gobierna la red y que está consagrado en los arts. 56 y 57 de la Ley Argentina Digital.

70. D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro (coord.), *op. cit.*, p. 359.

71. Ver art. 27 de la Ley Nº 25326 y el caso "Tanus v. Cosa", *LL* 2006-C-281.

72. Cámara de Senadores, Orden del Día Nº 959/2007 (16/11/2007).

La doctrina que recientemente ha interpretado la reforma sigue el mismo criterio.[73]

Segundo, la exposición del miembro informante en la Cámara Alta, senadora Ibarra, quien durante el debate del proyecto en el recinto señaló:

> ... hay que dejar algo en claro para la interpretación ulterior de los jueces en materia de interpretación auténtica, a efectos de que no quede duda a quienes interpretan la ley de que la finalidad debe ser dolosa: o sea, debe existir un dolo específico del autor del delito en materia de suprimir o desviar el destino de una correspondencia en forma indebida. Una finalidad fue evitar cualquier hermenéutica o interpretación tendiente a considerar comprendidos los filtros que ponen las empresas para evitar los *spam*, que son los correos electrónicos no deseados. Muchas veces, las empresas colocan filtros y desvían el *spam*, y esto no constituye la vocación dolosa de suprimirle para causarle un daño al otro. Entonces, esto lo dejamos claramente especificado, o sea que la expresión 'indebidamente' excluye, desde ya, la actividad empresaria para el desvío de *spam*.

La voluntad del legislador es clara en cuanto a excluir estos supuestos de las conductas típicas: no incurre en delito el proveedor que desvía un *mail* porque es un correo electrónico no solicitado,[74] porque contiene un virus o porque según los términos y condiciones que gobiernan el servicio, es posible hacerlo.

El problema interpretativo surge porque en la Argentina se carece de excepciones razonables, como las relativas al mantenimiento por parte de empleados de la empresa prestadora del servicio, la reparación de redes, cuestiones comerciales o de monitoreo de la red por parte de su propietario con la finalidad de mejorar la seguridad, calidad o eficiencia, o de detener delitos que se cometen en tiempo real.

Ahora bien, frente a todo esto, cabe recordar también que existe un derecho a la privacidad de comunicaciones consagrado en el artículo 5 de la Ley de Inteligencia y el artículo 5 de la Ley Argentina Digital. Los códigos procesales vigentes en nuestro país especifican en qué casos se puede proceder a su interceptación (*v.gr.*, art. 236, CPPN y normas procesales provinciales concordantes).

---

73. Reggiani, Carlos, *op. cit.*

74. Sobre el concepto de correo electrónico no solicitado ver Palazzi, Pablo A., "Aspectos legales del correo electrónico no solicitado (derecho a enviar, derecho a no recibir y a no distribuir correo electrónico)", *JA* 2004-I-920.

Estas normas ponen en duda que un empleado de un intermediario de Internet o de cualquier empresa pueda revisar el flujo de datos de tráfico y de contenido que circula a través de su red, cualquiera sea su contenido y clase de comunicación, desde un correo electrónico hasta *logs* de conexión a un sitio *web*, pasando por paquetes de voz IP o de conexiones en redes *peer to peer*.

Asimismo, la Ley Argentina Digital (Ley Nº 27078) garantiza a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación (art. 56). La norma es operativa y otorga un derecho a cualquier usuario a solicitar su aplicación a la autoridad de aplicación o a los tribunales.

Con esta norma se introduce por primera vez en el derecho argentino el concepto de "neutralidad de red" que, como todo derecho, no es absoluto.

El artículo 57 de la citada ley contiene una serie de prohibiciones para hacer efectiva esta neutralidad. En concreto, los prestadores de Servicios de TIC no podrán:

a. Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo *salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario*.
b. Fijar el precio de acceso a Internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos.
c. Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier *hardware* o *software* para acceder a Internet, siempre que los mismos no dañen o perjudiquen la red.

Esta norma ha sido escasamente interpretada. No conocemos casos judiciales o administrativos que interpreten cómo debe aplicarse, pero su texto es claro y tenemos como antecedente el concepto de neutralidad en el Derecho comparado.

Defensa de la propiedad intelectual

Otro motivo, muy loable por cierto, es el de disminuir o controlar la "bajada" de obras intelectuales amparadas por leyes de propiedad intelectual. A mediados de 2007, varios proveedores de acceso a Internet

en Estados Unidos comenzaron a monitorear las redes de sus clientes para detectar tráficos que pudieran constituir bajadas de grandes archivos (por ejemplo, películas) de servidores. Incluso en un caso concreto la empresa AT&T llegó a bloquear todos los paquetes identificados como provenientes del programa BitTorrent.

La decisión fue muy criticada porque se considera que dichos actos equivalen a una interceptación ilegal prohibida por la ley estadounidense de comunicaciones electrónicas.[75]

En el mismo sentido, British Telecom, el mayor proveedor de acceso a Internet del Reino Unido, ha anunciado que a partir de 2008 desconectará de la red a aquellos de sus clientes que sean detectados por la British Phonographic Industry (BPI) compartiendo música a través de programas *peer to peer*. Finalmente, Comcast fue otro proveedor que comenzó a retrasar los paquetes de datos relacionados con intercambio de archivos *peer to peer*.

Ello motivó la intervención de la Federal Communications Commission (FCC), que prohibió a Comcast realizar estas técnicas de inspección de comunicaciones por considerarla una práctica discriminatoria.[76]

En septiembre de 2008, el Senado norteamericano realizó una extensa audiencia pública, donde ejecutivos de empresas de telecomunicaciones y grupos de interés público discutieron si resultaba necesario legislar estas actividades. La conclusión final fue que por el momento la industria podría manejarse con el opt in de los consumidores para estas técnicas.[77] Esto generó la crítica de ciertos grupos de defensa de la privacidad que consideran dichas técnicas una violación a la privacidad.[78]

Pese a estas tendencias actuales, desde el punto de vista del Derecho Penal argentino, ninguno de estos motivos está receptado como una excepción válida para revisar las comunicaciones electrónicas y

75. Ohm, "The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance", *University of Illinois Law Review*, 2009, Vol. 5, pp. 1417-1495.

76. Ver "FCC Finds Comcast Engaged in Discriminatory Network Management Practices", *The Computer & Internet Lawyer*, octubre de 2008, p. 24.

77. Kawamoto, Dawn, "ISPs: Self-regulation Best for ad Privacy", *CNET*, 25/09/2008.

78. En concreto, la representante de Publick Knowledge sostuvo en esas audiencias: "Deep-packet inspection is the Internet equivalent of the postal service reading your mail. They might be reading your mail for any number of reasons, but the fact remains that your mail is being read by people whose job it is to deliver it".

esto se acentúa con el principio de neutralidad tecnológica reconocido en el artículo 57 de la Ley Argentina Digital.

A menos que se cuente con una orden de juez o con el consentimiento del usuario, o que exista otro marco legal en el cual dichas interceptaciones, modificaciones o desvíos estén autorizados (como por ejemplo los motivos señalados en el art. 34, CP), un juez podría concluir que resulta aplicable el artículo 153 del Código Penal en ciertas situaciones. Obviamente, como ya lo explicamos, esa no fue la intención del legislador cuando se buscó incluir las comunicaciones electrónicas en el Código Penal.

Monitoreo de ambientes digitales en el medio laboral

La penalización del acceso indebido al correo electrónico reavivó el debate sobre el monitoreo en el ámbito laboral. Existen diversas justificaciones por las cuales una empresa podría tener interés en revisar correos electrónicos corporativos o laborales de sus empleados. Entre otras, señalamos ejercer el derecho de propiedad sobre las herramientas de trabajo, monitorear el rendimiento de los asalariados, cumplir con obligaciones de recopilar ciertos datos, el derecho a preservar un medio ambiente libre de molestias al resto de los trabajadores y la seguridad informática[79] interna de la red de la empresa.[80] Se ha debatido mucho sobre las facultades del empleador sobre el correo corporativo y si el empleado tiene cierta privacidad sobre esta casilla. Nuestra opinión es que el correo electrónico corporativo puede ser monitoreado por la empresa con fines de seguridad, no así el personal del empleado. En doctrina existen diferencias acerca de cuáles son los límites legales vigentes.

Para un sector doctrinario cuya opinión compartimos, es posible que el empleador revise los correos electrónicos del trabajador si se trata sólo del correo electrónico corporativo y se hace dentro de las autorizaciones del reglamento de empresa.

79. C. Nac. Trab., sala 8ª, 29/08/2008, "G., D. v. Fundación Galicia Saude". En el caso, se consideró un despido con causa, pues un analista de sistemas a cargo de la resolución de los problemas operativos de la empleadora bajó del sistema los programas fuente (que permiten resolver inconvenientes técnicos) el día que se iba de licencia y los retiró de la empresa sin autorización ni aviso a un compañero o superior.

80. Palazzi, Pablo, "Correo electrónico, privacidad y protección de datos personales en el ámbito laboral", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Nº 13, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 876.

Para otro sector doctrinario, la revisión no puede tener lugar, salvo cuando el trabajador ha prestado su consentimiento. Algunos autores incluso van más lejos y exigen que este consentimiento conste por escrito.

Como claro ejemplo de la tesis extrema protectora de la privacidad del trabajador citamos a Molina Quiroga, quien sostiene lo siguiente:

> En el caso del correo electrónico puesto a disposición del trabajador por el empleador, en el marco de las facultades de organización empresaria y en resguardo de su propiedad, para monitorear los mensajes de correo electrónico que emitan o reciban sus dependientes u otra utilización de los recursos tecnológicos desde puestos de trabajo o infraestructuras de comunicaciones provistos por el principal, es necesario que se haya establecido previamente, en forma clara y exenta de ambigüedades, tanto la prohibición o restricción aplicable, como sus consecuencias en caso de incumplimiento. En todos los casos que pretenda conocerse, utilizarse o difundirse el contenido de estos mensajes, es necesaria la autorización judicial previa, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales (art. 1071 bis, CCiv.). (...) La empleadora debe notificar claramente su política en relación al uso permitido (o prohibido) de los recursos informáticos dispuestos, y en caso de sospechar uso indebido *debe solicitar la intervención de las comunicaciones al juez o fiscal competentes*. De este modo se concilian el respeto a los derechos personalísimos, con la propiedad privada, en un marco de estricta observancia de las garantías constitucionales.[81]

Oviedo explica que cuando la empresa autoriza al empleado a hacer uso del correo corporativo con fines laborales (y el empleado lo usa con otros fines), no existirá apertura indebida del correo "ya que el empleador podría suponer válidamente que sólo encontrará en ella comunicaciones de carácter exclusivamente empresarial, de las cuales es titular, por lo que en definitiva estos correos le pertenecen".[82] La citada autora concluye: "todo *e-mail* que tenga contenido laboral es de propiedad del empleador, por lo que este puede disponer libremente del mismo sin la previa autorización del trabajador". Finalmente, añade que en el caso de contenidos ilícitos del correo (por ejemplo, riesgo

81. Molina Quiroga, Eduardo, "Utilización del correo electrónico en el ámbito laboral", MJD3242 (*Microjuris* del 07/09/2007) y, del mismo autor, "Correo electrónico: Utilización en el ámbito laboral", *LL* 12/7/2010 (con especial referencia a la Ley Nº 26388).

82. Oviedo, María Natalia, *Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 217- 219.

a intereses empresariales, misivas injuriosas o revelación de secretos) el empleador podría suprimirlos o desviarlos alegando para ello el ejercicio de una legítima defensa (art. 34, inc. 6 CP).

La doctrina laboral sostiene que si bien en el nuevo texto legal (reforma según Ley N° 26388) no parece excluirse la posibilidad de monitoreo de las cuentas corporativas de los empleados ya que se trata de herramientas de trabajo, cuentan de todos modos con una expectativa de privacidad, por lo que la empresa que pretenda efectuar controles deberá previamente aplicar e informar su política general a todos los empleados. A tal efecto, y ante el vacío en la legislación laboral, parece aconsejable recurrir a acuerdos entre las partes que autoricen esta práctica, a fin de evitar posibles consecuencias penales (indicar quiénes son los autorizados para la requisa, la forma en que se realizará y cualquier elemento complementario que asegure que esta tarea no sea considerada una transgresión del tipo penal contemplado en el art. 153 CP).[83]

CUESTIONES PROCESALES

Naturaleza de la acción. Crítica al sistema del Código

El sistema actual del CP es accidentado puesto que no fue pensado para las nuevas tecnologías, sino para las cartas papel. En la práctica, la consecuencia es que hay numerosas situaciones que son delitos de acción privada pero que no deberían serlo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 CP, el tipo penal del artículo 153 del CP se trata de un delito de acción privada. Esta conclusión es totalmente pacífica en doctrina[84] y ha sido ratificada por la jurisprudencia.[85]

83. Grisolía, Julio Armando y Hierrezuelo, Ricardo Diego, "Las facultades de control del empleador y las nuevas tecnologías", *RDLSS* 2010-11-941.

84. D'Alesio, Andrés José, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 733; Rosende, Eduardo E., "La aventura del proceso penal: problemas relacionados con el ejercicio de la acción y la competencia en los 'delitos informáticos'", *Revista de Derecho Penal*, N° 1, junio 2015, IJ-LXXVIII-837.

85. CNCasac. Penal, Sala I, 30/11/2016, Aguilar Luna (con especial referencia a que no es posible disponer la extracción de testimonios para realizar una investigación de oficio por violación del art. 153 del Código Penal –delito de acción privada– cuando el propio imputado y supuesta víctima de esa violación no hizo manifestación alguna).

Creemos que, desde un punto de vista de política criminal, es discutible. A diferencia de la acción pública, que se rige por los principios de oficialidad y legalidad, en la acción privada el interés que la incriminación protege tiene un carácter tan señaladamente particular: podría decirse que cuando este no se manifiesta lesionado, en realidad no existe lesión.[86]

En los delitos de los artículos 154 y157 del CP, la acción penal es pública porque el afectado es el Estado o su servicio público de correos.

Nos parece sin embargo que esta conclusión no se condice con algunas situaciones que merecen una intervención más coactiva del Estado. El fundamento de la diferencia entre una acción privada y la acción penal pública es atento a la naturaleza de los delitos previstos en los artículos 72 y 73 del Código Penal, que trastocan cuestiones muy íntimas de la persona, relacionadas con su pudor y privacidad. La decisión de iniciar un caso penal ha sido dispuesta a favor de la víctima, a fin de preservar su intimidad, y de quien resulte imputado. De allí que el Estado prefiera renunciar a su pretensión punitiva, no por falta de interés en el esclarecimiento de dichos hechos, sino por el interés superior de quien resulte ofendido, dejando a su libre arbitrio la elección de proseguir la causa o bien que el hecho no se ventile públicamente, aunque ello conduzca a una necesaria impunidad.

Sin embargo, existen numerosos supuestos que no caben dentro de esa lógica. Por ejemplo, en el caso de correos electrónicos pertenecientes a funcionarios públicos (con dominio "gob.ar"), no parece acertado considerar que sólo existen intereses privados en juego. El Estado en este caso podría ser el afectado y está facultado para ser querellante, pues en teoría la inviolabilidad de las comunicaciones afectadas pertenecen al Estado. Hay un interés superior a la mera privacidad del funcionario. El funcionario podrá usar el correo electrónico oficial para cuestiones personales o privadas, si no está prohibido por una reglamentación interna, pero principalmente lo va a usar para comunicarse con sus colegas de la administración pública y ejercer sus funciones, y tiene una clara expectativa de confidencialidad del contenido.

86. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, T. II, p. 446 y Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, T. III, p. 444.

Es cierto que en estos casos la interceptación o acceso de esos correos podría comprometer otros bienes jurídicos, por ejemplo podría violar el secreto procesal en el caso del Poder Judicial, el secreto estatal o los secretos que resulten tutelables en cada caso concreto.

Incluso el acceso o borrado de correos electrónicos personales de funcionarios pero usados por los funcionarios públicos en cuestiones estatales también afecta los intereses estatales.[87]

No puede quedar en manos de una persona decidir si inicia la acción cuando la víctima no es un solo particular sino varios usuarios de un proveedor de acceso a Internet los que ven accedidas sus comunicaciones.

En todos estos supuestos se comparte que son situaciones que traspasan el interés personal del titular de una comunicación electrónica. Es por eso que debería pensarse en posibilitar el ejercicio directo de la acción penal pública.

Competencia federal

El delito de violación de correspondencia fue siempre competencia del fuero federal en razón de la materia. Ello no ha cambiado con la reforma de la ley de delitos informáticos (Ley N° 26388), que lo único que hizo fue remediar el vacío legislativo del artículo 153 CP añadiendo las comunicaciones electrónicas como objeto del delito.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había atribuido al fuero federal la investigación de delitos relacionados con el correo electrónico,[88] como también en general a otros hechos ilícitos relacionados con Internet.[89]

La doctrina judicial dominante sostiene que el presunto acceso ilegítimo a una cuenta de correo electrónico podría configurar una vio-

87. Cuando la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional tuvo que abordar el caso y declarar la competencia federal, hizo alusión al borrado de correos electrónicos del fiscal Nisman. Uno de los planteos contra la competencia federal fue que la violación del correo electrónico personal del fiscal Nisman era un delito de acción privada y no se había instado la acción. Nos parece que el contexto de esa causa es un claro ejemplo de que tales accesos deberían ser delitos de acción pública. Ver CNCrim., Sala VI, 22/03/2015, "Nisman, Natalio Alberto".

88. CSJN, "Turon Alaniz, Juan Carlos", Fallos: 328:3324.

89. Por ejemplo, en el caso Campoli se sostuvo que era competencia federal un amparo para obligar a intermediarios de Internet que ofrecían subastas online a que usaran un martillero matriculado.

lación de correspondencia en los términos del artículo 153 del Código Penal, cuestión de exclusiva competencia del fuero de excepción, es decir del federal.[90]

El fundamento de asignar competencia al fuero de excepción encuentra su basamento en la protección constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados (art. 18 Constitución Nacional).

Este criterio en relación con el correo electrónico se ha reiterado expresamente en fallos posteriores a la reforma de la Ley N° 26388, tanto por el fuero ordinario como por el fuero federal.[91]

Puede suceder que en un mismo caso se investigue el delito de violación de correo electrónico con el de acceso ilegítimo a sistemas informáticos. Ello ocurrió en un caso en el que una persona acusaba a su expareja de haber ingresado a las cuentas de correo electrónico y de la red social Facebook sin su autorización.

La causa entró entonces en un conflicto de competencia entre el fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires, y el fuero penal federal. La Corte, siguiendo el dictamen de la Procuración General, determinó finalmente que es la justicia federal la encargada de investigar la presunta violación de correspondencia en medios electrónicos, "dado que el acceso a la red social Facebook y a la cuenta de correo es a través de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación".[92]

90. CSJN, Fallos: 321:2450 y 323:2074.

91. Antes de la reforma ver: CNCrim. Corr., Sala V, 23/12/2008, c. 36.160, "Iribarren, Patricia s/violación de correspondencia", CNCrim, Sala V, 19/10/2011, NN, expte. 42184; CNCrim, Sala V, 31/03/2014, "N.N. s/art. 153 bis CP (Damn.: Patricia Cristina García Ruggiero)"; CNCrim, Sala V, 08/07/2014, "N.N. s/violación de correspondencia (dam. Gómez Roberto Julio)". Luego de la reforma de la Ley N° 26388, ver: CNCrim., Sala 5, 23/12/2008, "IRIBARREN, Patricia", CNCrim. y Corr., Sala 1ª, 17/06/2009, "LOPEZ, José L"; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala 2ª, 08/09/2009, "Incidente de incompetencia por violación de correspondencia"; CNCrim, Sala V, 31/03/2014, "ANGRISANI, María del Carmen"; CNCrim, Sala 6, 02/07/2015, "N.N. Damn.: TORELLI, Rodrigo Alfredo"; CNCrim, Sala V, 17/07/2015, "N.N. s/av. delito. Dam. Instituto Asegurador Mercantil" (equiparando el ingreso no autorizado a una cuenta de Twitter de una empresa al ingreso al correo electrónico a los fines de la competencia, con cita del fallo de la CSJN, 20/11/2012, en la competencia identificada como C.351,XLVIII, "Jutton, Juan Carlos", en el que se sostuvo lo mismo respecto al ingreso no autorizado a una cuenta de Facebook); CNCrim, Sala 1, 21/10/2015, "Díaz Moreno, Ignacio".

92. CSJN, Competencia n. 778.XLIX, 24/6/2014, caso "Díaz Sergio D. s/violación correspondencia medios elect. Art. 153 2p".

La crítica en abstracto que se puede hacer al fallo es que fundamenta la competencia federal sólo en una cuestión de Internet, con lo cual el artículo 153 bis del CP queda relacionado con Internet, cuando en realidad el acceso ilegitimo a sistemas informáticos puede ser también a ordenadores sin pasar por Internet y en este supuesto, el caso no sería competencia federal. Cabe aclarar también que dentro de Facebook existe un sistema de mensajes para que sus usuarios se comuniquen y ello equivale a una suerte de cuenta de correo electrónico, por lo tanto el artículo 153 del Código Penal podría aplicarse en ese caso.

En otro caso en el que la cámara del crimen[93] decidió la competencia federal, la damnificada precisó que tuvo varios contactos, a través de la red social Facebook, con una persona que logró acceder a su *email*, lo bloqueó y luego le exigió, a cambio de que pudiera restaurar el contacto con su *email*, un video íntimo. El intercambio finalizó cuando la damnificada le dijo que lo había denunciado penalmente. Los jueces asignaron la competencia a la justicia federal. Precisaron, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general, que el acceso ilegítimo a una cuenta de correo electrónico podría configurar una violación de correspondencia, cuestión exclusiva del fuero federal en los términos del artículo 153 del Código Penal.[94] Agregaron, además, que no era necesario que el magistrado de instrucción llevara a cabo medidas de investigación porque de antemano se advertía que no era competente, y proceder en forma contraria podía generar eventualmente que esas diligencias pudieran luego ser declaradas nulas.

93. CNCrim., Sala I, 21/10/2015, "D. M., I. s/contienda", causa N° 38.842/2015.

94. Con cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "T. A, J. C. s/infracción artículo 157 bis" (Fallos 328:3324).

LA TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD EN TÉRMINOS DE SECRETOS Y PRIVACIDAD

(ARTS. 153 BIS, 155, 157 Y 157 BIS DEL CÓDIGO PENAL)

Por Marcelo Vázquez*

INTRODUCCIÓN

Los artículos 153 bis, 155, 157 y 157 bis del Código Penal argentino están incluidos dentro del Título V, que agrupa todas aquellas acciones que lesionan la libertad, protegida con relación a la libre determinación de la persona para hacer lo propuesto o decidido, preservando su libertad individual o psíquica para concretarlo; así como en relación con su zona de intimidad, respecto de la cual tiene el derecho de excluir la intromisión de terceros en el ámbito físico –domicilio– y en la esfera de reserva o secretos. Este aspecto de la actividad es aquel protegido por las previsiones de los preceptos citados: la libertad en términos de "violación de secretos y de la privacidad", tal como está previsto en el Capítulo III del citado título del Código Penal.

La complejidad y amplitud conceptual de la palabra "libertad" encuentra delimitación adecuada en el código de fondo, ya que contempla los siguientes casos (además del supuesto desarrollado en este trabajo): libertad individual, ligada principalmente a la idea de libertad ambulatoria: esclavitud, secuestro, etc.; violación de domicilio; libertad de trabajo y asociación; libertad de reunión; y libertad de prensa. En virtud del principio de legalidad, son solamente esos los supuestos en que el Estado

* Abogado recibido en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, designado por concurso el 27/11/2003 y Consejero de la Magistratura desde el 9/5/2016. Fue Secretario de Políticas Judiciales de la Federación Argentina de la Magistratura y Presidente del Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

considera especies a resguardar dentro del género de la libertad como bien jurídico penalmente tutelado. De tal modo, quedan claramente diferenciados el concepto filosófico y el concepto penal de libertad:

> … no estamos hablando de una libertad en sentido filosófico, especulativo, ni política, sino de la libertad civil, que consiste en la facultad de poder ejercer sin la ilegítima limitación o impedimento provocado por un tercero, toda la actividad que le está a una persona permitida.[1]

La libertad forma parte de lo que se conoce como derechos fundamentales, inherentes a las personas. En este sentido, cabe tener en cuenta la concepción del jurista alemán Robert Alexy sobre la libertad considerada como tal:

> El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser casi ilimitado. Casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable está vinculado con él. Esto vale tanto para las discusiones filosóficas cuanto para la polémica política. Algo exageradamente lo expresa Aldous Huxley en su *Eyeless in Gaza*: "Freedom's a marvellous name. That's why you're anxious to make use of it. You think that, if you call imprisonment true freedom, people will be attracted to the prison. And the worst of it is you're quite right". Es imposible caracterizar con mayor precisión la connotación emotiva de la palabra "libertad". Quien designa algo como libre por lo general no sólo lo describe, sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo para compartir esta valoración. La connotación emotiva positiva relativamente constante puede ser vinculada con cambiantes significados descriptivos. Esto abre la posibilidad de una definición persuasiva (*persuasive definition*). Quien desee impulsar a alguien para que realice una acción puede intentar hacerlo diciendo que la libertad consiste en realizar esta acción. Esta es posiblemente una de las razones de la persistencia de la polémica acerca del concepto de libertad y de la predilección de la que goza su uso.
>
> Un análisis de todo aquello que ha sido y es vinculado con la expresión "libertad" requeriría una amplia filosofía jurídica, social y moral. Aquí interesan sólo las posiciones jurídicas básicas. En este contexto, uno de los conceptos de libertad, el de la libertad jurídica, figura en primer plano. Este concepto puede ser explicado de dos maneras. Se lo puede presentar

1. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-1/los-bienes-juridicos-penalmente-protegidos.pdf

como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, pero se lo puede basar también directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de la permisión jurídica. La primera vía puede ser recorrida no sólo preguntando qué es la libertad en sí –como ya se señalara, esto conduciría a un ambicioso proyecto de una filosofía de la libertad– sino también preguntando acerca de la estructura del concepto de libertad. Esto es menos ambicioso, pero la perspectiva de una respuesta exitosa es, por ello, mayor y además crea el presupuesto para una respuesta a cuestiones más amplias. A la pregunta acerca de la estructura de la libertad puede darse, por lo pronto, una respuesta negativa. La libertad no es un objeto, como por ejemplo, un sombrero. Ciertamente puede hablarse de la libertad que uno tiene, al igual que de un sombrero que uno tiene. Pero, en el caso de la libertad, el tener no hace referencia a una relación de propiedad entre una persona y un objeto. Por ello, parece plausible aceptar que la libertad es una propiedad que puede ser atribuida a personas, acciones y sociedades. Esta sería, por cierto, una perspectiva muy basta y superficial. Quien dice de una persona que es libre presupone que para esta persona no existen impedimentos, limitaciones o resistencias de ningún tipo.

Con esto se ofrece la posibilidad de considerar que la libertad es una relación diádica entre una persona y un impedimento a la libertad. Sin embargo, esto tampoco es suficiente. Supongamos que el Estado (*E*) desea impedir que *a* visite a *b* en el extranjero. *E* puede hacer esto prohibiéndole a a la visita, pero también puede hacerlo negándole divisas, no permitiéndole que compre un pasaje de avión, excluyéndolo del ejercicio de la profesión, en caso de que realice la visita, o incorporándolo al ejército. La falta de libertad es, en estos casos, de muy diferente tipo. Un enunciado con la estructura "*a* no es libre de visitar a *b*" no da cuenta de estas diferencias. Tampoco enunciados de la forma "*a* no es libre para comprar un pasaje de avión" proporcionan una descripción completa de la situación. Ella es descrita completamente sólo con enunciados que mencionan tres cosa, la persona que no es libre, el impedimento y aquello que este impide u obstaculiza. Esto sugiere la conveniencia de concebir una libertad particular de una persona como una relación tríadica; la libertad de una persona como la suma de las libertades particulares y la libertad de una sociedad, como la suma de las libertades de las personas que en ella viven. Esta concepción se orienta esencialmente hacia las personas en tanto titulares de libertad.[2]

2. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 210-212.

Ahora bien, corresponde ceñirse al objeto de tutela al que se hizo alusión al comienzo, es decir, la libertad en términos de secretos y privacidad, esta última considerada también como un derecho fundamental. En esta inteligencia, afinando aún más el presente análisis, el artículo 153 bis del Código Penal alude al acceso ilegal a "un sistema o dato informático de acceso restringido". Por lo tanto, el desarrollo se acotará al ámbito de privacidad digital. Al respecto, resulta pertinente recordar el *Estudio mundial sobre privacidad en Internet y libertad de expresió*n de la UNESCO, en el cual Jānis Kārkliņš, Asistente Director General para la Comunicación e Información, destacó la importancia de reflexionar sobre el avance de la era digital en el terreno de la privacidad:

> … sabemos bien que actualmente vivimos en un mundo con dos billones de usuarios de Internet y cinco billones de usuarios de teléfonos celulares, quienes se encuentran publicando millones de blogs, tweets, imágenes, podcasts, como así también su información personal, en forma diaria. En este contexto, UNESCO ha reconocido que la privacidad, como un derecho fundamental, impacta en otros derechos y libertades, incluyendo la libertad de expresión, de asociación y religiosa.[3]

Asimismo, en la introducción a esta publicación de la UNESCO se realiza una reflexión muy interesante sobre el tema en desarrollo:

> La necesidad de privacidad forma parte de las raíces de los seres humanos. En su forma esencial, la privacidad se basa en la noción de integridad personal y dignidad. Sin embargo, resulta difícil definirla en forma precisa –en diferentes contextos se refiere al derecho de libertad de pensamiento y conciencia, el derecho de estar solo, el derecho de disponer de su propio cuerpo, el derecho de proteger su reputación, el derecho a una vida familiar, el derecho a una sexualidad autodefinida–. Asimismo, estos significados varían de un contexto al otro. A pesar de su presencia generalizada en vastos contextos, no existe una definición de privacidad que sea universalmente comprendida en el mismo sentido. La privacidad en el mundo moderno tiene dos

3. Disponible: en http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002182/218273e.pdf. La traducción al español de su original en inglés es propia ("We know well that we now live in a world with two billion Internet users and five billion mobile phone users, who are posting millions of public blogs, tweets, images, podcasts, as well as their personal information on daily basis. In this context, UNESCO has recognised that privacy, as a fundamental right, impacts on other rights and freedoms, including freedom of expression, association and belief").

dimensiones –en primer lugar, relacionada con la identidad de la persona y en segundo lugar, el modo en que se maneja su información personal–.
La comprensión de la privacidad fue muy moldeada por las tecnologías disponibles. Al nivel más obvio, la privacidad involucra la restricción de invasiones al espacio físico, y la protección del hogar y las posesiones personales, razón por la cual los primeros aspectos de la protección a la privacidad se centraron en la inviolabilidad del hogar y de la vida familiar. Las preocupaciones por controlar la información que se conoce de una persona vinieron recién con las tecnologías de la comunicación. Las preocupaciones respecto a la erosión de la privacidad no son algo novedoso –de hecho, se dice que son el producto del siglo XX–. El trabajo de Warren y Brandeis sobre "El Derecho a la Privacidad" de 1890, redactado en una época en la que los periódicos imprimían imágenes de personas por primera vez, definió el derecho como el "derecho a no ser molestado". Su definición –motivada por una emergente tecnología, tal como sucede a menudo con la privacidad– se ocupaba de proteger la "personalidad inviolable" abarcando valores tales como la dignidad individual, autonomía personal e independencia. El crecimiento de los modernos medios de comunicación y la industria de la publicidad enfocadas a comprender los deseos de los consumidores, llevó a Myron Brenton a argumentar que estamos viviendo en la "era de la pecera", en donde las vidas privadas se hacen propiedad públicas a través de la manipulación e intercambio de información personal (...).
Posteriormente, la privacidad fue también definida como el derecho de las personas a determinar cuándo, cómo y en qué cantidad se puede comunicar a otros información sobre ellas, como una respuesta al creciente poder de procesamiento de las computadoras. La privacidad, de acuerdo a Westin, "es el reclamo de los individuos, grupos o instituciones, por determinar para ellos cuándo, cómo y en qué cantidad se puede comunicar a otros información sobre ellas (...) [es el] deseo de las personas de elegir libremente bajo qué circunstancias y en qué medida van a exponer frente a otros sus actitudes y sus comportamientos" (...).
La privacidad fue articulada en términos de importancia para el individuo, es esencial para la dignidad humana y, efectivamente, para la individualidad, se dice que si todas nuestras acciones son observadas y catalogadas, somos menos capaces de ser nosotros mismos. El valor de la privacidad también fue articulado en términos de su instrumentalidad. La democracia y la libertad descansan sobre la idea de individuos que gocen de cierto grado de privacidad. El derecho a la privacidad implica muchos derechos humanos, tales como el derecho de libertad de asociación, libertad religiosa y liber-

tad de expresión. Tal como lo señala un escritor, "en un sentido, todos los derechos humanos son aspectos del derecho a la privacidad".[4]

En base a lo expuesto precedentemente se puede advertir de forma más palmaria la importancia de la libertad y de la privacidad, lo que justifica que la primera de ellas sea considerada como un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal que, a su vez, protege otras de sus

4. Ibídem. La traducción al español de su original en inglés es propia ("The need for privacy is deep-rooted in human beings. In its essential form, privacy is based on the notion of personal integrity and dignity. However, this is also hard to define with any agreed precision – in different contexts it embraces the right to freedom of thought and conscience, the right to be alone, the right to control one's own body, the right to protect your reputation, the right to a family life, the right to a sexuality of your own definition. In addition these meanings vary from context to context. Despite its ubiquity there is no one definition of privacy that is universally understood in the same way. Privacy in the modern world has two dimensions – firstly, issues to do with the identity of a person and secondly, the way their personal information is handled. Understandings of privacy have long been shaped by available technologies. At the most obvious level privacy involves restricting invasions of physical space, and the protection of home and personal possessions, which is why early privacy protections focused upon the inviolability of the home and family life. Concerns about controlling what information is known about a person came with communication technologies. Concerns about the erosion of privacy are not new – in fact, it might be argued they are feature of the twentieth century. Warren and Brandeis' seminal paper on "The Right to Privacy" in 1890, drafted at a time when newspapers were printing pictures of people for the first time, defined the right as the "right to be left alone". Their definition – driven by an emerging technology as is often the case with privacy – was concerned with protecting the "inviolate personality" and encompassing such values as individual dignity, personal autonomy and independence. The growth of modern mass media and the advertising industry's focus on understanding consumers' wants led Myron Brenton to argue that we are living in the "age of the goldfish bowl", where private lives are made public property by the manipulation and exchange of personal data. Latterly, privacy was also defined as the right of people to determine when, how and to what extent information about them is communicated to others3 as a response to the growing processing power of computers. Privacy, according to Westin "is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others ... [It is] the desire of people to choose freely under what circumstances and to what extent they will expose themselves, their attitudes and their behaviors to others". The value of privacy has been articulated in terms of value to the individual, it is essential to human dignity and indeed to individuality, it is said that if all our actions are watched and catalogued, we are less able to be ourselves. The value of privacy has also been articulated in terms of its instrumentality. Democracy and liberty rely on individuals having a certain degree of privacy. The right to privacy underpins many human rights, the right to freedom of association, freedom of belief and freedom of expression being particularly significant examples. As one writer puts it "in one sense, all human rights are aspects of the right to privacy").

derivaciones, como la privacidad. Ambas son derechos fundamentales de todos los seres humanos y no pueden separarse de la dignidad humana. De allí la importancia de analizar los artículos aquí propuestos, pues tipifican delitos que se cometen a través de conductas que atentan justamente contra la privacidad de los individuos, con la excepción que ya trataremos acerca del artículo 157 del Código Penal que contempla la protección de secretos de la Administración Pública, circunstancia que convierte asistemática su inserción en este capítulo.

Para finalizar con esta breve introducción, si tenemos en cuenta el énfasis que se ha puesto en la relevancia de la protección que proponen los artículos bajo estudio, resulta de interés traer a colación el desarrollo –mucho más exhaustivo– que se le ha dado al tema en la legislación española. Ello nos permitirá contar con una referencia comparativa que aporte claridad y perspectiva a la hora de analizar el articulado que nos propone nuestro código sustantivo en materia penal. Como podrá vislumbrarse a partir de una lectura simple, el Código Penal español presenta un plexo de protección considerablemente mayor, con una descripción detallada de un cúmulo de acciones lesivas de la privacidad e intimidad de las personas, que se transcribe a continuación:

Artículo 197:

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad deotro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.
3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será

castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo seráncastigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando:
   a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o
   b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.
   Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.
5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.
6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.
7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.
   La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Artículo 197 bis:

1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente

autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Artículo 197 ter:
Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

a. un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
b. una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

Artículo 197 quater
Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

Artículo 197 quinquies:
Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 198:
La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Artículo 199:

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años

Artículo 200:

Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

Artículo 201:

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.
2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.
3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.

COMENTARIOS EXEGÉTICOS

Acceso no autorizado a un sistema o dato informático de acceso restringido

Ahora bien, corresponde comenzar con el análisis de los tipos penales mencionados precedentemente. En primer lugar, resulta menester tener presente que el artículo 153 bis prevé que

> … será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será

> de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

En primer término, cabe señalar que este artículo fue incorporado al Código Penal por el artículo 5 de la Ley N° 26388 (BO 25/06/2008), norma que también sustituyó el epígrafe del Capítulo III del Título V y el artículo 153 del Código Penal. En este sentido, se presentó la necesidad de reconfigurar el bien jurídico bajo análisis, y de "penalizar las frecuentes violaciones a la privacidad del correo electrónico y de otras formas de comunicación".[5]

La privacidad ya se encontraba protegida por el Código Penal, sin embargo, debido a la enorme injerencia que comenzó a tener la tecnología en las comunicaciones y el registro de datos personales, el legislador consideró necesario adaptar aquella tutela a las posibles vejaciones a la privacidad por medios novedosos o respecto de información almacenada en nuevas fuentes. En este sentido, Palazzi afirma:

> … no cabe duda de que las nuevas tecnologías han aumentado los riesgos y peligros para el derecho a la privacidad. Hoy en día existen cientos de bases de datos almacenando datos personales; nuestros rastros e imágenes digitales quedan registrados en numerosos lugares en la web, en videocámaras de ingreso a edificios, en estadios, en plazas y otros lugares públicos, en tarjetas usadas para el ingreso a oficinas, en correos electrónicos y comunicaciones por chat, en las búsquedas de Internet, mensajes de texto telefónicos (SMS) y mensajería instantánea.[6]

En el Derecho comparado se pueden advertir reformas legislativas en esta misma dirección. En España, en 2003 se dispuso un Título especial en el Código Penal denominado "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". Por su parte, en los Estados Unidos se efectuaron reformas similares sobre la ley de interceptaciones telefónicas. En el marco del Mercosur pueden mencionarse los siguientes supuestos:

> Recordamos que la reforma introducida por Ley N° 26388, en general, ha servido no sólo para actualizar el Código, sino para acercar nuestra

5. Palazzi, Pablo A., *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 65.

6. Palazzi, Pablo A., *op.cit.*, p. 66.

legislación interna a las demandas del "Convenio sobre Cibercriminalidad" de Budapest (2001) en materia fondal. La nueva redacción acordada a nuestro artículo 153 bis permite cubrir la tipicidad reclamada por el artículo 2. Es interesante resaltar que si bien el Convenio toma partido por considerar delito el simple "hacking", permite que los signatarios introduzcan condicionantes tales como la vulneración de medidas de seguridad y elementos subjetivos distintos del dolo como la intención de obtener datos u otra intención delictiva. También permite que la tipificación se limite a casos de acceso a sistema informático que esté conectado otro. Sin embargo, cuando se observa la recepción nacional, en general, se ha terminado consagrando figuras penales de mayor amplitud, sin hacer uso de las posibilidades de restringir la tipicidad. También que se adopta como sanción la pena privativa de libertad, respuesta que el convenio admite pero no exige. Un problema básico de esto es que si en el delito más leve, básico y de aplicación subsidiaria, se usa la modalidad más grave de sanción, en el resto de las conductas no podrá evitarse sin caer en problemas de serios de proporcionalidad y, en realidad, se trata de un comportamiento sobre el que se discute si realmente es necesaria la intervención del derecho penal o bastaría con la del contravencional o sancionador administrativo, apareciendo como más lógicas las penas pecuniarias o de inhabilitación que la prisión.

Pasando a la descripción legislativa en el ámbito del Mercosur, puede señalarse que el "intrusismo informático" sólo no ha sido expresamente tipificado en Brasil, Chile y Uruguay, razón por la que en el detalle que sigue se los dejará para el final. Veamos.

b.1. Bolivia: prevé junto a la alteración y el uso indebido de datos informáticos la punición del acceso a aquellos alojados en una computadora o cualquier soporte informático, en el art. 363 ter12 de su CP del año 1997.

b.2. Colombia: su C.P. (Ley 599 de 2000) ha sido modificado por la Ley 1273 de 2009, que le incorporó como cap. VII bis uno específico para la delincuencia informática. El acceso abusivo a un sistema informático está contemplado en el art. 269A. Debe tenerse además presente que todas las conductas del capítulo tienen previstas una serie de circunstancia de agravación en el artículo final, el 269H.

b.3. Ecuador: a continuación del art. 202 CPE, por Ley 2002-67, se agregó un artículo sin número cuyo primer segmento en su primer párrafo prevé el acceso u obtención de información protegida y en el segundo califica la conducta de acuerdo al tipo de información de que se trate.

b.4. Paraguay: conducta típica a partir de la reforma del CP por Ley 4439 del año 2011, prevista en el nuevo art. 174 b.

b.5. Perú: incorporó en su Parte Especial por Ley 27309 (17/7/00), en el Título V de los delitos contra el patrimonio, un nuevo capítulo X "Delitos Informáticos", con tres artículos. El primero de ellos (art. 207-A), pune entre otras conductas el ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma con varias finalidades, mientras que el último (art. 207-C) agrava los anteriores en caso de que el acceso su hubiere logrado usando información privilegiada o se pusiere en peligro la seguridad nacional.
b.6. Venezuela: prevé el "acceso indebido" en el art. 6 de la "Ley Especial contra los Delitos Informáticos" (LECDI), del año 2001. A su vez, el art. 9 establece como agravante que el sistema que utilice tecnologías de la información esté destinado a funciones públicas o contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas, caso en que se incrementará las penas entre una tercera parte y la mitad. A su vez, el art. 21, referido a la violación de la privacidad de las comunicaciones, entre otras conductas sanciona al que mediante el uso de las tecnologías de la información acceda a cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, con pena de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.
b.7. Brasil: donde la conducta sería atípica con la salvedad de la regulación especial de su Ley Electoral N° 9100 del año 1995, con motivo de la incorporación del sistema de voto electrónico en las elecciones de 1996, por cuyo art. 67 inc. VII, se introdujo un tipo penal para punir con reclusión de uno a dos años y multa la obtención indebida de acceso, o su intento, a un sistema de tratamiento automatizado de datos utilizado por el servicio electoral, con el fin de alterar el cómputo o cálculo de votos.
b.8. Chile: tampoco lo prevé en forma directa.
b.9. Uruguay: no hay un tipo específico, pero se ha verificado una condena por esta conducta, que se subsumió bajo la figura del art. 300 del C.P., que pena el "conocimiento fraudulento de secretos" que pareciera más apto para los casos de intercepción ilícita.[7]

Resulta interesante reparar en la complejidad del derecho a la privacidad y en la evolución en cuanto a los modos en que puede verse afectado. Puede considerarse como una de las formas más antiguas de violación de la privacidad el ingreso no consentido a la morada. También puede hablarse de la protección respecto de los papeles privados

7. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37761.pdf

y la correspondencia, cuya tutela se encuentra garantizada asimismo por el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina.

La evolución tecnológica no ha avanzado sobre la violación de domicilio, pues aún no concebimos la idea de inmuebles virtuales –aunque sí se puede hablar de puertas acceso digitales, claves electrónicas, etc.–, pero sí se ha modificado en forma sustancial lo referido a los papeles privados y la correspondencia. Actualmente, es difícil encontrar personas que conserven papeles privados en formato físico, la mayor parte de las comunicaciones y los trámites cotidianos –pagar impuestos, servicios, etc.– se efectúa en forma virtual. Lo mismo sucede con la correspondencia: son muy acotadas las ocasiones en que se recibe información relevante a través del correo tradicional, generalmente se trata de publicidades, salvo en supuestos inevitables en los que lo que se espera es algún tipo de objeto –tarjetas de crédito, por ejemplo– cuya posesión no puede suplantarse mediante una virtualidad. No obstante, el frenético avance tecnológico puede obligar a realizar más modificaciones en el futuro, pues todo tiende a digitalizarse. De tal modo, el derecho deberá adaptarse a estos cambios para seguir garantizando, aun en un mundo digital, el derecho a la libertad y a la privacidad de las personas.

Previo a retomar al análisis específico del tipo penal previsto por el artículo 153 bis del CP, resulta interesante efectuar una aclaración adicional. En la introducción se expresó que el artículo en cuestión se encuentra bajo la tutela de la libertad como bien jurídico. Luego se destacó que esa libertad se refiere más puntualmente en este caso a la privacidad. Finalmente, ya en la letra del artículo 153 bis, aquella tutela penal se refiere específicamente a "la reserva, la confidencialidad y el derecho a la privacidad del titular del *sistema y del dato informático*" (el destacado me pertenece).[8] Así, puede advertirse cómo se pasó de una tutela general a una particular o específica, a saber, de la privacidad y confidencialidad, a la privacidad y confidencialidad de un titular de sistema o dato informático.

En lo que atañe a la estructura típica del delito *sub examine*, en primer lugar se abordará el tipo objetivo. De tal modo, en cuanto al sujeto activo, si bien existe la tendencia a referirse al *hacker*, no se exige que tenga conocimientos previos, sino que básicamente cualquier persona

8. Palazzi, Pablo A., *op.cit.*, p. 101.

puede encontrarse en esta situación. Lo mismo sucede con el sujeto pasivo, es decir, cualquier persona puede serlo mientras sea titular de un sistema o dato informático.

Respecto a la acción típica, consiste en:

> … *acceder* a un sistema o dato informático restringido, sin que medie consentimiento del sujeto pasivo. Por "acceder" se entiende todo ingreso no consentido; la autorización puede tomar cualquier forma pero, generalmente, se traducirá en un contrato de servicios de seguridad informática.[9]

Es importante señalar que se trata de un delito subsidiario, en el sentido de que su perpetración suele ser el primer paso para la comisión de delitos más severamente penados –estafa, sustracción de datos personales, etc.–. Por ende, se podrá calificar una conducta bajo este tipo penal siempre y cuando se esté frente a algún otro delito de los señalados precedentemente, pues, en ese caso, el tipo penal bajó análisis será desplazado.

Asimismo, cabe aclarar que el sistema o dato informático debe ser "restringido" porque en caso contrario, se debería penar la mera navegación en Internet. Esto implica tener presente la distinción entre un sitio o sistema de acceso libre y uno de acceso privado o restringido. Al respecto, Palazzi afirma:

> El sistema o dato informático de acceso restringido es un ordenador o un conjunto de informaciones que no se encuentran fácilmente accesibles porque no están conectados a una red, o porque se hallan amparados con una clave de ingreso. El término "restringido" no es muy feliz y hubiera sido mejor que el legislador describiera la situación en que debían encontrarse el sistema o el dato informáticos (por ejemplo, porque tiene medidas de seguridad que lo amparan). La existencia de estos recaudos tiende a evitar algún planteo de inconstitucionalidad de la norma.
>
> El término "restringido" no debe entenderse como un elemento fáctico, sino uno normativo del tipo penal. Nos explicamos. Cualquier *persona con conocimientos avanzados de informática* puede acceder a un ordenador ajeno conectado a Internet, esto sucede todos los días, es una posibilidad. Pero no debe hacerlo, pues es propiedad ajena. Por eso el término "restringido" está orientado a resaltar la obligación de no ingresar en un ordenador extraño. No se tiene derecho a acceder a dicho sistema informático, y por eso se lo define como de acceso restringido.

9. D'Alessio, Andrés J. y Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 531.

> Se penaliza la entrada por cualquier medio, por ende, este acceso no necesariamente debe ser remoto. Este puede consistir en sentarse frente a la computadora amparada por esta figura e ingresar a ella tomando conocimiento de su contenido, leyendo el "dato" que está en la pantalla, o copiando archivos o *software* para acceder después a su contenido. Pero no requiere ninguna acción adicional (p. ej., copia o borrado o reenvío de datos), es decir, se consuma por el mero acto, con independencia de que luego se cometan otros delitos. Se trata, entonces, de una figura de peligro.[10]

Por otra parte, resulta necesario destacar que el tipo penal bajo análisis

> … causó inicialmente alarma en más de un experto en seguridad informática que consideró que la norma en cuestión podría aplicarse al *ethical hacking* o al testeo que expertos de seguridad realizan de las falencias de redes informáticas mediante herramientas de *software* dedicadas a tal fin que permiten acceder sin permiso, "pescar" claves, puertos abiertos en una red u ordenador.[11]

Sin embargo, en el caso de que este acceso ocurra mediando autorización del titular de la red, no podemos hablar del delito previsto por el artículo 153 bis CP, pues no se da el elemento del tipo objetivo que requiere el acceso "sin la debida autorización". Es importante señalar esto, pues el delito analizado se configura en el supuesto de que se ingrese sin autorización

> … pero no con la divulgación de información sobre seguridad informática que ayude a él. (…) No hay delito si una persona divulga por cualquier medio las fallas de un programa o red, de modo tal que permitan a terceros entrar en ese sistema.[12]

Asimismo, cabe señalar que la expresión "sistema o dato informático" es también bastante amplia a los efectos de poder determinar cuáles pueden ser posibles objetos de la acción estudiada. En esta inteligencia, se puede considerar que, tal como se manifestó precedentemente:

> … sistema informático es todo dispositivo separado, o que forma parte de dispositivos interconectados o emparentados, que asegure mediante la ejecución de un programa, un tratamiento automatizado de datos; el dato

10. Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, pp. 103-104.

11. Ibídem, pp. 108-109.

12. Ibídem, p. 109.

> es la información que debe suministrarse a una computadora, preparada en la forma adecuada, para ser usada en sistemas de computación. Y deben gozar de carácter restringido; no está prohibido acceder a sistemas o redes abiertas, o al contenido publicado en un sito público de Internet.[13]

Además, en cuanto a las definiciones de las expresiones mencionadas en el párrafo anterior, resulta menester tener presente que

> … el art. 1 del ´Convenio sobre Cibercriminalidad´ de Budapest (2001), en sus incisos. a y b, nos provee las siguientes: "A los efectos del presente Convenio, la expresión: a. 'sistema informático' designa todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos; b. 'datos informáticos' designa toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función…". A su vez, en nuestro derecho interno, la Ley 25326 de Protección de Datos Personales (2000), en su artículo 2 "Definiciones", nos dice que "datos informatizados" son "Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado" y, a su vez, que los "datos personales" son la "Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables", mientras que "datos sensibles" son los "datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual", debiéndose entender por "tratamiento de datos" las "Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias".[14]

Ahora bien, en lo que atañe al tipo subjetivo, el artículo 153 bis CP prevé expresamente que el autor accediere al sistema o dato informático de acceso restringido "a sabiendas". Por consiguiente, esta figura penal exige dolo directo y su finalidad consiste en vulnerar la seguridad de aquellos sistemas para acceder a información protegida. En este sentido, debe

13. D'Alessio y Divito, *op. cit.* p. 531.

14. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37761.pdf

recordarse el carácter subsidiario que presenta este delito pues cualquier otra finalidad implicaría otro delito más severamente conminado.

A su vez, se trata de un delito de pura actividad y de peligro, pues lo que se encuentra penado es el mero acceso al sistema o dato informático. Es decir, una vez que el autor logró acceder, puede considerarse que se consumó el delito.

Por otra parte, es necesario recordar que el tipo penal bajo estudio presenta agravante. En este sentido, cabe citar nuevamente a letra de la norma en cuanto prevé que

> La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

Este agravante puede dividirse en dos supuestos. Por un lado, "el acceso en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal"; por el otro, "el acceso a un proveedor de servicios públicos o financieros". En el primer caso, la conducta típica tiene una particularidad, a diferencia de la figura no agravada, no se trata del acceso al sistema o dato informático de un organismo público estatal, sino que se refiere al acceso de un sistema o dato restringido que sea "en perjuicio" de un sistema o dato de algún organismo estatal. Es decir, el acceso puede ocurrir con relación a un sistema informático restringido no estatal, pero que sea efectuado en perjuicio de un sistema informático estatal. El agravante en este supuesto se encuentra amparado en la protección especial de la que gozan los bienes o servicios públicos. En el segundo caso, el legislador también previó como agravante el acceso a un proveedor de servicios públicos o financieros. La importancia de este supuesto radica en que esta conducta puede ser la antesala de delitos más severamente penalizados, tales como la estafa o el hurto informático. Asimismo, a diferencia del primer supuesto, el acceso a este tipo de proveedores implica manejo de dinero, lo cual implica la existencia de intereses económicos que lo dotan de una magnitud particular que amerita la condición de agravamiento.

A modo ilustrativo, resulta interesante plantear la situación del empleador que accede a su propio sistema informático. Este caso podría darse con el empleador que accede a los sistemas informáticos de los empleados de su empresa. Frente a este supuesto, se podría cuestionar

si de algún modo se estaría violando la privacidad de los empleados; pero, por otro lado, no debe dejarse de lado el derecho de propiedad del empleador. Más allá de las diversas posturas que puedan asumirse al respecto, la doctrina mayoritariamente entiende que en estos casos no existe delito, pues no hay ilicitud en su accionar. Al respecto, el empleador es propietario de las herramientas de trabajo que provee a sus empleados y, por ello, goza de un derecho de inspección sobre ellas. Este tipo de accesos pueden darse por cuestiones de rutina internas de cada empresa (por ejemplo, realizar un *back up*) o, asimismo, en el marco de algún conflicto laboral en el que sea necesario contar con información que se encuentra dentro de una computadora de algún empleado.

Esto permite poner en perspectiva el delito que se analiza, reflexionado sobre un supuesto que tal vez, desde una mirada intuitiva para algunos podría resultar una conducta delictiva. Sin embargo, este puede ser considerado un supuesto de atipicidad del delito bajo análisis. Otros supuestos de atipicidad que se pueden considerar son los siguientes: a) consentimiento del usuario; b) el mencionado *hacking* ético; c) la ingeniería inversa –destinada a obtener información técnica a partir de un producto accesible al público–; d) por cumplimiento de un deber (por ejemplo, orden judicial).

Finalmente, cabe destacar que el delito previsto por el artículo 153 bis del CP es de acción privada, en los términos del artículo 73 inciso 2 del Código Penal.

Publicación indebida de correspondencia

Ahora bien, pasemos a analizar en este apartado el artículo 155 del Código Penal argentino. En primer término, cabe tener presente que prevé que

> Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos a pesos cien mil, el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros. Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

En este caso, se está frente al delito de "publicación indebida de comunicaciones electrónicas". A los fines del análisis de este tipo penal, vale la misma reflexión efectuada previamente con relación a la importancia del desarrollo tecnológico y la influencia en el Derecho Penal de la denominada "era digital".

Este artículo también fue actualizado por la Ley N° 26388 la que incorporó a la redacción original del artículo 155 del CP el término "comunicación electrónica". Asimismo, aquella ley agregó un segundo párrafo con una exención de pena: "Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público".

En lo que atañe a la acción punible en el marco de este tipo penal, cabe señalar que previo a la reforma, la conminación se encontraba dirigida a la divulgación de la correspondencia, entendida esta como algún documento en formato de carta de papel –correspondencia tradicional–. Actualmente también se encuentra comprendido dentro de la acción punible la *publicación indebida* de comunicaciones o correspondencias electrónicas, tanto e-mails, como chat, mensajes SMS y mensajes de voz por medio de redes IP.

Al respecto, resulta interesante recordar que previo a la modificación introducida por la Ley N° 26388 (2008), la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa "Lanata" (1999) ya había equiparado el correo electrónico a la correspondencia tradicional. De tal modo, aquel Tribunal manifestó que

> Previo a entrar al análisis de los hechos que dieran origen a estas actuaciones, cabe dejar sentado un concepto para definir la naturaleza del correo electrónico. El avance de la tecnología en este sentido pareciera haber dejado en la obsolescencia al bien jurídico que tutela el Capítulo III, Título V del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia. Pero queda claro que el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los

> datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los arts. 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos.[15]

En este mismo sentido, la Sala admite que no se contemplan explícitamente, en el Capítulo III del Título V de la ley sustantiva, los hechos ilícitos que vulneran la privacidad y divulgación del correo electrónico, pero esta carencia de protección legal es sólo aparente. Es que el legislador, con amplia visión de los adelantos técnicos y científicos que se producirían luego de incluir la norma del artículo 153, ha dejado abierta la descripción típica a los "despachos de otra naturaleza" y a cualquier "otro papel privado". Lo mismo puede decirse en lo que respecta al artículo 155, en cuanto a la equiparación a la correspondencia tradicional de un moderno sistema técnico, lo que nos convence de afirmar que en la especie no hemos allanado el camino a la analogía para encuadrar la presunta conducta del imputado, supuesto que sí podría constituir una transgresión incompatible con el Derecho Penal y por ende de progreso inviable. Este criterio es compartido por Carlos Creus en un reciente comentario del fallo en cuestión, donde sostuviera:

> No parece que estos argumentos puedan tacharse de "analogía" (aunque sí quizás de una interpretación extensiva por imperio histórico, lo que, insisto, no es hacer "analogía"). De lo contrario creamos inútilmente un "vacío" de legalidad que no tiene razón de ser y reduce exageradamente la protección que en la actualidad proporciona nuestro sistema penal, basándonos en un exagerado respeto a las "formas" de la ley nacido a impulsos del positivismo jurídico de la primera mitad del siglo...salvo casos de conceptualizaciones terminantemente limitativas de sus sentidos, acompañar las transformaciones técnicas ampliando, para comprenderlas, el significado de las acciones típicas respecto del que poseían en tiempos pretéritos de la evolución técnica no es hacer analogía sino interpretar... [16]

15. C. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 04-03-99, "Lanata, Jorge", JA 1999-III-237.

16. Creus, Carlos, "El miedo a la analogía y la creación de 'vacíos de punibilidad en la legislación penal', en *Revista Jurisprudencia Argentina*, N° 6165, 27 de octubre de 1999, pp. 2-3, sobre el fallo de la C. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 02-12-99, "Lanata, Jorge s/ excepción de falta de acción".

Cabe señalar que, tal como lo sostienen Núñez y Soler, esta norma protege la privacidad de las personas en el sentido de que no se haga pública correspondencia personal, mas no se sanciona la mera comunicación a un tercero del contenido privado al que se accedió.

Por otra parte, el objeto del delito en cuestión es la correspondencia. Tal como lo señala Palazzi con cita a Creus:

> … debe tratarse de una correspondencia procedente de un remitente determinado; si esa determinación falta, no habrá delito por ausencia del bien jurídico protegido (p. ej., la atribuida a una asociación). Y tiene que tratarse de una correspondencia privada o particular, aunque no sea confidencial o secreta, no poseyendo tal carácter la destinada a publicidad. Es destinada a publicidad la que por su propio contenido (p. ej., propaganda epistolar de un producto de consumo masivo) o por voluntad expresa (manifestación expresa del consentimiento para que se publique) o tácita (remisión de una carta a ´correo de lectores´ de diario) del remitente se destina a ser conocida por un número indeterminado de personas.[17]

En este mismo sentido, corresponde reparar en dónde reside la ilegitimidad del hecho. Tal como se vio en el párrafo anterior, se descartan los casos en que la correspondencia tuviera destino público o hubiera existido consentimiento por parte del remitente. Sin embargo, debe efectuarse un análisis minucioso al momento de determinar si se trata de una divulgación ilegítima y, a tal fin, surgirá:

> … del texto y de contexto del mensaje electrónico si estaba o no destinada a publicidad. El texto podrá ser confidencial por su naturaleza y el contenido es dirimente en este caso. No es lo mismo un correo electrónico que contiene confesiones íntimas que uno enviado por una editorial jurídica que pone en conocimiento el último fallo de la Corte en materia de pesificación; misiva que, obviamente, carece de contenido secreto para considerarla privada. El contexto también es importante para juzgar la existencia de este elemento. Por ejemplo, una comunicación entre dos abogados o profesionales sobre una cuestión que está reservada por el secreto profesional no debe ser divulgada.[18]

Por otra parte, resulta interesante hacer hincapié en el mencionado segundo párrafo incorporado a este artículo 155 del CP, que se re-

17. Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, pp. 119-120.

18. Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, p. 121.

fiere a la exención de responsabilidad penal en los casos de "propósito inequívoco de proteger el interés público". Es preciso aclarar y resaltar que la aludida exención no implica la inexistencia de delito. Es decir, por medio de esta norma se le permite al imputado poder probar el interés público que existía al divulgar la correspondencia en cuestión –lo cual lo dispensaría de responsabilidad penal–, pero ello no lo exime de responsabilidad civil por infracción a la intimidad.

La doctrina debate sobre la idoneidad de la incorporación de esta exención pues no se comprende el motivo por el cual la incorporación del concepto *comunicaciones electrónicas* –que no existía antes de la reforma efectuada por la Ley N° 26388– ameritó también la eximición de responsabilidad penal analizada. Es decir, con la correspondencia tradicional también podría haberse efectuado alguna divulgación con el propósito de proteger el interés público, sin embargo el último párrafo del actual artículo 155 del CP no se encontraba en aquel entonces. Por lo tanto, debe repararse sobre qué se entiende por *interés público* en cada caso concreto y, además, quien es sujeto activo. En este sentido, siguiendo a Palazzi,

> … una cosa es eximir de responsabilidad (civil o penal) a un periodista por lo que opina y sobre todo por sus manifestaciones cuando se trata de críticas a actos de gobierno. Otra muy distinta es eximirlo de responsabilidad cuando se ha violado la intimidad de una persona y se publica el producido de un delito (…). Debe existir un interés muy superior al de la vida privada de un individuo para justificar dejar de lado tan importante derecho fundamental. [19]

Ahora bien, ingresando en el análisis de la estructura típica del delito analizado, en lo que atañe al tipo objetivo, el sujeto activo es la persona que esté en posesión legítima de la correspondencia, aunque no sea el destinatario. Sin embargo, no puede considerarse como sujeto activo al remitente pues lo que aquel realice con su correspondencia en el caso de que lesione derechos de terceros podrá tipificar algún otro delito (por ejemplo, delitos contra el honor) pero no el delito bajo examen. Con relación al sujeto pasivo, será el remitente y aquel que sea el titular del secreto.

En cuanto a la acción típica, tal como se adelantó previamente:

> … es la de *hacer publicar indebidamente*. Por publicar se viene sosteniendo que debe entenderse poner el contenido de la correspondencia al alcance

19. Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, p. 123.

> del conocimiento de un número *indeterminado* de personas. Así, también se afirma que no resulta necesario que aquél conocimiento sea efectivo, alcanzando con la posibilidad de ese conocimiento (…). Lo que es indispensable para que se viole la respectiva esfera de reserva es que se identifique el remitente o, al menos, que la forma adoptada por la publicación permita individualización en forma directa o indirecta.[20]

En lo que respecta al tipo subjetivo, al igual que el tipo analizado anteriormente –art. 153 bis del CP–, se trata de un delito dolo que exige dolo directo. Sin embargo, algunos autores como Creus admiten el dolo eventual. Este delito se consuma con la publicación de la correspondencia, sin importar que alguien acceda a ver esa información. Vale señalar que algunos juristas aceptan que este delito puede tipificarse en carácter de tentativa.

Finalmente, al igual que el artículo153 bis del CP analizado, también se trata de un delito de acción privada, de acuerdo al artículo 73, inciso 2, del Código Penal.

Revelación de hechos, actuaciones, documentos o datos secretos.

Seguidamente, corresponde abordar el análisis de la norma prevista por el artículo 157 del Código Penal, que prescribe: "Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos".

En su texto primario, el Código Penal consignaba:

> Será reprimido con multa de doscientos a mil pesos, e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. En la misma pena incurrirá el que divulgare actuaciones o procedimientos, que por la ley deban quedar secretos.

Como se advierte de una lectura simple, la primera parte del artículo corresponde al actual delito previsto por el artículo 156 CP –violación del secreto profesional–, mientras que la segunda se trata de la antigua redacción de la figura que aquí nos ocupa, es decir, que se sancionaba a quien "divulgare actuaciones o procedimientos, que por la ley deban quedar secretos".

20. D'Alessio y Divito, *op. cit.*, p. 537.

Más adelante, la Ley N° 16648, sancionada en octubre de 1964, a los efectos de restablecer la legislación penal ante la restauración del orden democrático introdujo significativas modificaciones, tales como la modificación del verbo típico "divulgar" por "revelar", la cualidad especial de funcionario público requerida para el sujeto activo, la inserción como objeto de la revelación de "hechos" y "documentos", en lugar del término "procedimientos", así como el agregado al artículo 73 CP, que implicó separar la presente figura de las de acción privada.

La redacción fue alterada por sucesivas modificaciones, hasta ser recuperada mediante la Ley N° 23077 –dictada en los mismos términos que la Ley N° 16648–, y culmina en la actual redacción mediante el agregado del vocablo "datos", efectuado por vía de la Ley N° 26388.

La acción típica prevista por el artículo bajo estudio es la de *revelar*. De acuerdo con la Real Academia Española, tal verbo típico implica "descubrir o manifestar lo ignorado o secreto" (primera acepción) y "proporcionar indicios o certidumbre de algo" (segunda acepción). Como se ha dicho, la exégesis del texto originario de nuestro código sustantivo sancionaba, a diferencia de la actual redacción, a quien divulgare la información en cuestión. En la actualidad, basta con la mera revelación para que el delito quede consumado, por lo que se ha ampliado el universo de hechos que pueden recaer en la figura teniendo en cuenta que la acción de divulgar consiste en poner el alcance del público, por lo que va de suyo que la utilización de aquel verbo típico se circunscribía a una menor cantidad de casos. En cuanto a la extensión del verbo, resulta de sumo interés la opinión que indica que *revelar*, "si bien va más allá de comunicar, no implica publicar".[21]

En cuanto a la información a revelar, también se amplía notablemente la extensión del tipo en comparación a la redacción originaria, que se refería a *actuaciones* o *documentos*. En la actualidad, el objeto de revelación por parte del autor son los *hechos*, *actuaciones*, *documentos* o *datos*.

La mayor extensión a la que se hace referencia queda patente en un primer momento mediante la palabra *hechos*, que abarca tanto conductas humanas como acontecimientos de otra índole. El término *actuaciones*, por su parte, se encuentra estrechamente relacionado con

21. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. II-A, p. 377.

los procedimientos en general, tanto judiciales como administrativos de los poderes públicos y sus dependencias. En cuanto al vocablo documento, es indispensable remitirse al artículo 77 de nuestro código sustantivo que, como bien sabemos, otorga una serie de definiciones específicas, entre ellas la que se transcribe, a saber: "El término 'documento' comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión".

Por último, el término *dato* hace referencia, acudiendo nuevamente al diccionario de la Real Academia Española, a la "información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho"; en la doctrina, ha sido caracterizado como información vinculada con personas, tanto físicas como jurídicas.[22] A su vez, se ha dicho que la inserción de este término a la figura implica que no refiere únicamente a datos personales, sino todo tipo de datos, como los datos fiscales, estadístico o anonimizados que se encuentren en poder del estado.[23]

Por supuesto, en su caso, cada uno de los elementos previamente analizados deberá ostentar el carácter de *secreto* por disposición legal, ya que se trata de un requisito específico del tipo.

Apunta Donna[24] que, teniendo en cuenta que se trata de secretos atinentes a la administración pública, la doctrina (así, Soler)[25] ha criticado la inserción del delito bajo estudio junto con aquellos que tutelan la libertad. Creus y Buompadre agregan que no es necesario que dentro del secreto en cuestión se encuentre, a su vez, el secreto de un particular.[26]

En lo tocante al sujeto activo del delito, se requiere la calidad especial de *funcionario público*, cuya definición también viene determinada por el artículo 77 CP que, además de equipararlo al *empleado público*, estipula que designa a todo el que participa accidental o permanente-

22. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo A. C., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, La Ley, 2014, T. II, p. 466.

23. Sueiro, Carlos Christian, *Criminalidad informática*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 116.

24. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 376.

25. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1987, T. IV, p. 153.

26. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2013, T. I, p. 402.

mente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Se discute si debe haber tomado conocimiento del objeto de la revelación en el ejercicio de sus funciones específicas o si basta con que su posición laboral le haya facilitado la información (de acuerdo con esta última postura, Fontán Balestra-Ledesma,[27] Creus-Buompadre).[28] Entre los críticos de esta última posición se encuentra Donna, quien considera que se trataría de una extensión indebida del tipo.

Sobre el particular, tanto Palazzi[29] como Sueiro[30] destacan que la responsabilidad del funcionario público se encuentra delimitada por la Ley N° 25326 en su artículo 10, en cuanto señala a aquellos que "intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales" incluso cuando la relación con el titular del archivo de datos haya finalizado.

En cuanto a los particulares, no podrá asignárseles la calidad de autor, y deberá considerárselos de acuerdo con las reglas de la participación, siempre que hubiera un funcionario público involucrado.

Llegado a este punto, corresponde pronunciarse sobre la faz subjetiva del tipo. Se trata de una figura dolosa, que admite la modalidad eventual. Se ha señalado que el aspecto conativo implica el conocimiento del secreto del objeto, mientras que el volitivo requiere la voluntad de la revelación de ese secreto a personas fuera del ámbito de resguardo.[31] Con relación al dolo eventual, Creus-Buompadre ofrecen el ejemplo de quien deja el documento en poder del tercero sabiendo que este puede enterarse de su contenido y aceptando esa consecuencia de su acción.[32]

El hecho quedará consumado en ocasión de llegar a conocimiento de un tercero ajeno al ámbito de resguardo determinado por la ley. No es necesario un perjuicio concreto a la administración.[33] En cuanto a la posibilidad de que quede en grado de tentativa, las opiniones

27. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo A. C., *op. cit.*, p. 128.
28. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 402.
29. Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, p. 127.
30. Sueiro, Carlos Christian, *op. cit.*, p. 117, con cita de Palazzi.
31. Donna, *op. cit.*, p. 377.
32. Creus y Buompadre, *op. cit.*, p. 403.
33. Así, Donna, *op. cit.*, p. 377.

se encuentran divididas (Donna,[34] Creus-Buompadre[35] y Fontán Balestra-Ledesma,[36] a favor; Soler,[37] en contra). En cuanto a quienes se pronuncian a favor, se ha ejemplificado con la carta en que se comunica el secreto pero que no llega a destino.[38]

Por otra parte, el profesor Soler añade que la *divulgación* (el texto es anterior a la reforma) ha de ocurrir en un momento en el cual el hecho deba *todavía* ser secreto, aun cuando posteriormente aquel deba concluir siendo público.[39]

El tipo cuyo análisis se aborda queda desplazado –por especialidad– en caso de que la revelación verse sobre secretos que, si bien pertenecen a la órbita de la función pública, son de índole política, industrial, tecnológica o militar y, a su vez, los concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación. En tal supuesto, es de aplicación el artículo 222 CP (Fontán Balestra-Ledesma,[40] Soler).[41] Al respecto, existen opiniones en contra que entienden que el 222 CP no abarca los secretos revelados por medios informáticos.[42]

En cuanto a la figura prevista por el inciso 2 del artículo 157 bis CP, parece plausible la posibilidad de superposición, con la salvedad de que la recién nombrada tiene un mayor grado de especificidad en cuanto a la fuente de la información a revelar, como así también en el hecho no menor de que esta no requiere una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que un particular podrá ser estipulado como autor.

No es ocioso mencionar, por último, que el artículo 51 del Código Penal sobre administración e información de registros penales remite al tipo bajo estudio para los casos de violación de la prohibición de informar, por lo que se deja a salvo la posibilidad de que el hecho constituya un delito más severamente penado.

34. Ibídem, p. 377.
35. Creus y Buompadre, *op. cit.*, p. 402.
36. Fontán Balestra-Ledesma, *op. cit.*, p. 467.
37. Soler, *op. cit.*, p. 154.
38. Creus y Buompadre, *op. cit.*, p. 402.
39. Soler, *op. cit.*, p. 152.
40. Fontán Balestra-Ledesma, *op. cit.*, p. 466.
41. Soler, *op. cit.*, 152/3.
42. Así, Sueiro, *op. cit.*, p. 117.

En su comentario al artículo, Donna menciona que esta prohibición de informar se ha constituido a los efectos de evitar el etiquetamiento que sufre la persona cuando se informa.[43] Despierta polémica el accionar judicial mediante el cual se solicita información de registros penales a los efectos de su uso como prueba de contexto, es decir, por fuera de sus consecuencias necesarias respecto del proceso, como sucedería en casos de solicitud de antecedentes penales en causas contravencionales.

Asimismo, se han apuntado cuestiones en cuanto a la expresión "ente oficial que lleve registros penales". Se discute acerca de si se limita al Registro Nacional de Reincidencia o puede extenderse, por ejemplo, a los registros de las fuerzas de seguridad, o bien a organismos jurisdiccionales.[44]

Al decir de Creus y Buompadre:

> … quedan comprendidos por la ley como entes oficiales que llevan registros penales, el Registro Nacional de Reincidencia, las secciones de Prontuarios de las reparticiones policiales y fuerzas que llevan a cabo funciones de esa índole, las oficinas de registros de procesos de organismos jurisdiccionales, etcétera.[45]

A su vez, ellos agregan a los secretarios judiciales.

Delitos contenidos en el artículo 157 bis del Código Penal

Para comenzar, es preciso traer a colación la letra de la norma, que reza:

> Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que: 1) A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2) Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley; 3) Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

43. Donna, *op. cit.*, p. 378.
44. Ibídem.
45. Ibídem, p. 406.

El artículo fue introducido a nuestro código de fondo en materia penal mediante la Ley N° 25326, de protección de datos personales. Hasta el momento, su única modificación fue la introducida por la Ley N° 26388. Si bien dejó incólume el primero de los incisos, añadió los términos "ilegítimamente" y "proporcionare" al segundo de ellos. Mayor sustancialidad tuvo en cuanto al tercer inciso, ya que derogó una norma similar prevista en el artículo 117 bis CP, para situarla aquí, con alguna variación.

Acceso ilegítimo a bancos de datos personales

En cuanto al primero de los incisos, se trata de la figura de acceso ilegítimo a un banco de datos personales. Por tanto, el verbo típico es el de *acceder*, lo cual implica entrar o pasar a un lugar. Seguidamente al término definido, la disposición agrega "de cualquier forma", lo que amplía hacia más allá de lo físico las fronteras literales del término. Máxime teniendo en cuenta que la norma hace mención a "sistemas de confidencialidad y seguridad de datos", lo que remite a la delincuencia informática. Por si fuera poco, la informática en general es una preocupación muy específica de la ley mediante la cual se tipificara la conducta bajo análisis. Así lo manifiesta Donna, quien "intuye que en los tiempos que corren, el legislador ha querido referirse a los medios informáticos".[46]

En opinión de Ledesma, la redacción es defectuosa y debería leerse, para su mejor entendimiento, tal como se transcribe: "el que a sabiendas e ilegítimamente accediere, violando sistemas de confidencialidad, seguridad o de cualquier otra forma, a un banco de datos personales".[47]

El objeto del delito, es decir, ese *lugar* a cuyo acceso ilegítimo la norma reprime, se trata de *bancos de datos personales*. Para su caracterización, es preciso remitirse a la ley que lo insertara al código, es decir, la Ley N° 25326, que en su artículo 2 los define de esta manera: "conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuera la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso". Vale destacar que, existiendo un artículo en particular dentro de la parte general del Código Penal dedicado a definiciones que echen luz de conformidad

46. Donna, *op. cit.*, p. 380.

47. Ledesma, *op. cit.*, p. 472.

con la manda constitucional del principio de legalidad, la caracterización transcripta debió ser allí agregada.

A su vez, el artículo 1 de la ley de mención, al enunciar su objeto dice proteger los datos personales "sean estos públicos o privados", por lo que el tipo no requerirá que se trate de bancos de datos atinentes a la esfera de la administración pública.

Por lo demás, Donna aporta que la figura guarda estrecha relación con el artículo 197.2 del Código Penal Español (1995), con la diferencia de que allí es necesario el apoderamiento de los datos personales, mientras que aquí, como hemos visto, basta con acceder a ellos,[48] lo que no resulta atinado al tener en cuenta que se busca resguardar la privacidad de los datos.

Se ha resaltado la similitud entre los delitos del 153 bis y 157 bis inciso 1, que se diferencian en cuanto a la especificidad de esta última, referida a bancos de datos personales, mientras la restante figura es más genérica. En ese entendimiento, se hace hincapié en el término "personales", que implica que, en caso de que los datos no sean estrictamente personales, será de aplicación el 153 bis CP.[49]

En cuanto al sujeto activo, a diferencia de la figura anterior, no requiere ninguna cualidad especial. En relación con el sujeto pasivo, ya se ha anticipado algo al aclarar que los bancos de datos no necesariamente deben ser de uso oficial, por lo que podrán ser personas físicas o jurídicas, de entidad pública o privada. Sobre la posibilidad de otorgar a las personas jurídicas la calidad de sujeto pasivo del delito en cuestión, considero que ello debe ser así, máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo al artículo 73 CP, la presente figura es de acción privada, por lo que lo contrario implicaría dejar librada su prosecución a la voluntad de la persona física, que bien podría no llegar a tomar conocimiento en buena parte de los casos (*v. gr.* el acceso ilegítimo a un banco de datos personales en la órbita de la función pública, parece plausible, a simple vista, que el titular o los titulares de los datos en cuestión no tengan forma de tomar conocimiento de la intrusión).

Por lo demás, resta aclarar que la figura prevé una pena adicional para el caso de los funcionarios públicos de uno a cuatro años de inhabilitación especial. A los efectos de lo que debe entenderse por "funcionario público", se hace remisión al artículo 77 del CP.

48. Donna, *op. cit.*, p. 380.

49. Sueiro, *op. cit.*, p. 120

Se trata de un delito de estructura dolosa. Como punto de interés, la expresión "a sabiendas" parece actuar como elemento normativo de recorte, al excluir la posibilidad de la modalidad dolosa eventual (Ledesma,[50] Creus-Buompadre).[51] Señala Ledesma[52] que la exigencia de ilegitimidad es irrelevante. Por el contrario, Donna parece destacar la expresión considerada en su totalidad, es decir, "a sabiendas e ilegítimamente", que según él implica pleno conocimiento de la ilicitud del accionar, sin ningún tipo de permiso.[53]

Es un delito de pura actividad, por lo que se consuma con el acceso al banco de datos personales. Creus y Buompadre cuestionan esta posibilidad ya que consideran como necesario que se tome conocimiento de la información contenida en el banco de datos.[54] Se admite su tentativa (Ledesma,[55] Donna,[56] Creus- Buompadre).[57]

Revelación de información registrada en un banco de datos

Llegado a este punto, se impone pasar al análisis del segundo de los incisos de la norma en cuestión, que reprime a quien "ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en una banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley".

Así las cosas, en cuanto al término "proporcionar", queda claro que se trata de poner a disposición de un tercero la información protegida, mientras que con respecto al verbo típico "revelar" ya se ha brindado un pronunciamiento en oportunidad del estudio efectuado al tipo penal consagrado en el artículo 157 CP. A riesgo de abundar, podemos decir que ello implicará para la presente figura hacer saber la información resguardada en un banco de datos personales a un tercero que no la posee.

A mi criterio, no parece desvirtuar la tipicidad el caso de que la información fuere transmitida a un tercero que también se encuentre

50. Ledesma, *op. cit.*, p. 474.
51. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 405.
52. Ledesma, *op. cit.*, p. 474.
53. Donna, *op. cit.*, p. 380.
54. Creus- Buompadre, *op. cit.*, p. 405.
55. Ledesma, *op. cit.*, p. 474.
56. Donna, *op. cit.*, p. 381.
57. Creus- Buompadre, *op. cit.*, p. 405.

obligado a guardar secreto sobre ella, pues la norma castiga la sola entrega del dato. Habrá que analizar detenidamente en la casuística cada caso en concreto, so riesgo de incurrir en posibles violaciones al principio de lesividad consagrado por nuestra norma fundamental. Esto es, será necesario analizar, de acuerdo con las características específicas del receptor de la información, si es que existe un grado de afectación al bien jurídico lo suficientemente relevante como para habilitar la reacción penal.

En cuanto al *qué* de la revelación –es decir, a su objeto–, el legislador ha utilizado un término de lo más amplio: "información". En ese orden de ideas, a todas luces se ha buscado tutelar en forma extensiva los datos personales que se encuentren bajo resguardo. En cuanto a los *bancos de datos personales*, como también se ha visto al analizar el artículo anterior, la expresión se encuentra definida por la Ley N° 25326, que introdujo la figura al código sustantivo. Transcribimos nuevamente: "conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuera la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso".

Por lo demás, el sujeto activo deberá encontrarse obligado por la ley a guardar el secreto. Ante tal situación, la utilización del vocablo "ilegítimamente" parece ser superflua, si se tiene en cuenta que parece existir una correlación necesaria entre la obligación legal de resguardar los datos y la ilegitimidad de su revelación.

Sin perjuicio de ello, a los efectos del análisis dogmático, bien podría considerarse un elemento de recorte que adelante cuestiones relativas al ámbito de la antijuridicidad, hacia el análisis típico. Veamos, la categoría de la antijuridicidad visibiliza la tensión presente en casos en que un accionar humano autorizado por la ley se encuentra, a su vez, subsumido por un tipo penal. A tales autorizaciones, se las suele llamar, como sabemos, "causas de justificación", y se encuentran tanto dentro del código penal como en el resto del orden jurídico.

En ese entendimiento, la introducción de "ilegítimamente" parece recortar la tipicidad mediante exclusiones propias de una categoría dogmática de orden posterior. Claro está, ambas categorías son necesarias para la configuración de un injusto penal, lo relevante de que el análisis se efectúe en una o en otra se determina principalmente según los efectos que ello implicará sobre los errores; esto es, si serán

fuente de exclusión de la tipicidad subjetiva, o bien si se configurará el injusto para tratar el error dentro del ámbito de la culpabilidad.

En cuanto al sujeto activo, no se requieren cualidades especiales, con excepción de la imposición legal de resguardar el secreto. Por tal motivo, se ha sostenido que el sujeto activo se encuentra en posición de garante respecto a la información protegida.[58] Sueiro llama la atención acerca de que la responsabilidad subsiste una vez finalizada la relación laboral.[59]

Por su parte, los funcionarios públicos tendrán la sanción adicional de inhabilitación. Tal como se ha dicho con anterioridad, en el caso de los funcionarios, parece superponerse la figura cuyo examen nos ocupa y aquella prevista por el artículo 157 CP, ya estudiada previamente. La diferencia radica en si los datos revelados provienen o no de un banco de datos personales, en cuyo caso se aplicará el 157 inciso 2 CP por una cuestión de especialidad. La amenaza penal es equivalente, pero hay dos diferencias sustanciales a resaltar. En primer lugar, la cuestión de la acción: mientras el artículo 157 CP es de acción pública, el 157 bis CP es de acción privada. Por otra parte, de menor relevancia, lo ya dicho respecto del vocablo "ilegítimamente", que no se encuentra en el primero de los artículos de mención. En ese orden de ideas, quien yerre sobre la legitimidad de su revelación "pese a la disposición legal tendiente a guardar el secreto" –elemento presente en ambas normas– habrá actuado en error de tipo (siempre que se den las condiciones) según la norma prevista por el artículo 157 bis CP, mientras que tendrá configurado un injusto según la norma del 157 CP, sin descontar los análisis que puedan hacerse sobre el error en la fase correspondiente a la culpabilidad.

El sujeto pasivo se trata del titular de los datos revelados, para cuya determinación es menester remitirnos nuevamente a la Ley N° 25326, que en su artículo 2 prescribe: "Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal, o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley".

Nos encontramos ante un delito doloso. Como se ha desarrollado con anterioridad, no sólo abarca el conocimiento de que se encuentra obligado a resguardar el secreto por ley, sino además de la ilegitimidad de su revelación, teniendo en cuenta que en ciertos casos existen

58. Donna, *op. cit.*, p. 381.

59. Sueiro, *op. cit.*, p. 121.

disposiciones legales que autorizan, e incluso obligan, a revelar el secreto. Por lo expuesto, es de posible aplicación el dolo eventual, pues pueden existir dudas respecto de ambas situaciones sin perjuicio de lo cual se avance en la revelación.[60]

Por último, es dable destacar que la consumación se produce al proporcionarse o revelarse la información proveniente de un banco de datos personales. Es posible la tentativa (Sueiro,[61] Donna,[62] Ledesma).[63]

Inserción de datos en un archivo de datos personales

El verbo típico escogido por el legislador es "insertar" o "hacer insertar", lo que refiere a hacer un agregado en algo de existencia previa, por lo que, en cuanto al tipo penal cuestión, se trata de agregar información de cualquier tipo a un banco de datos personales, que pueden ser falsos o verdaderos.[64] En cuanto a "hacer insertar", convierte en autor al instigador. En tal caso, podrá tratarse de un caso de coautoría funcional, o de falta de dolo de quien efectivamente inserta.

Se repite lo ya dicho acerca del término "ilegítimamente", aunque en este tipo penal no se vislumbran posibilidades tan plausibles de *legitimidad*. Esto es, normalmente la ley obliga o autoriza a develar un secreto, no así a insertar un dato, por lo que su relevancia parece sustancialmente menor.

En cuanto al objeto de la inserción, se trata de *datos*, término que ya hemos definido con anterioridad y que refiere a información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho.

La inserción de esta información debe realizarse en un "archivo de datos personales", expresión que comparte definición con "banco de datos personales", la cual ya fuera reproducida repetidas veces con anterioridad, por lo que allí remitimos.

Este delito implica únicamente la inserción de datos, por lo que son irrelevantes las cualidades o funciones del archivo de datos personales,

60. Fontán Balestra y Ledesma, *op. cit.*, p. 476.
61. Sueiro, *op. cit.*, p. 125.
62. Donna, *op. cit.*, p. 381.
63. Ledesma, *op. cit.*, p. 476.
64. Sueiro, *op. cit.*, p. 123.

o si la inserción es susceptible de ser transmitida o generar afectaciones al honor de su titular, puesto que la protección de la norma apunta a la integridad y correcto tratamiento de los datos en cuestión.[65]

Por su parte, sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso aquellos cuya actividad laboral consista en la carga de los datos a los que la norma se refiere, en los casos en que se obrara en forma ilegítima. Como en todos los demás supuestos del artículo, el sujeto activo que fuera funcionario público tendrá una sanción adicional de inhabilitación. Sujeto pasivo pueden ser tanto los titulares de los datos como de los bancos de datos (en contra de esta postura, Sueiro sólo se refiere al titular de los datos).[66] Pueden ser personas físicas o jurídicas, y en este último supuesto, públicas o privadas.

Sobre la faz subjetiva del tipo, estamos frente a un delito de doloso, y admite el dolo eventual en términos similares a los referidos en cuanto al inciso 2 de la norma bajo examen, es decir, si el autor tuviere dudas acerca de la manda legal y no obstante ello actuare. Por supuesto, si el dato fuera insertado por un actuar negligente, quedará impune, al no existir la modalidad culposa (así, Sueiro).[67]

El delito se consuma con la mera inserción sin que sea necesario, como se adelantara, que ella sea transmitida. A su vez, admite tentativa. Sueiro la ejemplifica de la siguiente manera: "cuando el autor ha ingresado en la base y está a punto de comenzar a insertar datos y no puede realizarlo por un desperfecto en el servidor del proveedor de banda ancha".[68]

Acerca de la acción penal

De acuerdo con lo normado por el artículo 73 del Código Penal argentino, en el capítulo que nos encontramos analizando únicamente se encuentran excluidos de la necesidad de instancia privada los delitos de artículos 154 y 157. Por lo tanto, las tres figuras analizadas con anterioridad son de instancia privada.

Al respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia en oportunidad de resolver planteos a punto a las tesis del olvido legislativo y aquella que

65. Sueiro, *op. cit.*, p. 123.
66. Ibídem, p. 124.
67. Ibídem, p. 123.
68. Ibídem, p. 123.

apunta a que, al no haber reformado la Ley N° 25236 el artículo 73, el legislador pretendía que las características de la acción del artículo 157 le fueran aplicables al 157 bis, bajo el entendimiento de que el término "bis" puede interpretarse como *repetición*.

Consecuentemente, se ha dicho:

> A mi juicio la circunstancia de que no se hubiera modificado el artículo 73 en oportunidad de la mencionada reforma legislativa no puede llevar a sostener, por vía de interpretación, que el tipo penal acuñado en el artículo 157 bis se encuentre comprendido en la excepción de esa norma, esto es, asimilado a los supuestos de los artículos 154 y 157. Por lo demás, cabe destacar que la razón por la que se exceptuó a los delitos de abuso de cargo (154) y violación de secreto oficial (157) de la regla general en virtud de la cual todos los hechos alcanzados por el Capítulo III son de acción privada, es bien la prestación de un servicio de interés público, como es el correo, o la calidad de funcionario público del sujeto activo.
>
> El orden numérico que el legislador le asignó a esta figura legal (aún cierto que el término bis deba ser entendido como repetición), no puede erigirse como único baremo para establecer la naturaleza jurídica de la acción penal en este delito. Por el contrario, los distintos argumentos que *ut supra* se han desarrollado permiten convenir en que la postura adoptada por el juez de grado es la correcta y merece entonces homologación.[69]

COMENTARIO FINAL

A lo largo del presente trabajo se ha tratado de brindar un análisis acabado sobre las figuras penales propuestas tratando de poner de resalto diversas cuestiones de interés. No obstante, tal como se hiciera al comenzar la presentación, es harto necesario hacer hincapié en la relevancia que presenta el bien jurídico que se tutela en nuestra cotidianeidad.

De constante presencia en el estudio de las ciencias penales, las cuestiones atinentes a la privacidad e intimidad suelen encontrarse en ligazón con el derecho procesal, en torno a la legitimidad de medidas

69. C. Nac. Crim. y Corr., Sala IV, 08/03/2012, "Savaris Di Lorenzo, Javier s/inf. art. 157 bis, inc. 2 C.P.", voto del Seijas, al que adhirieron González y Lucini revirtiendo su postura anterior. Similar temperamento, con el que coincido, ha sido también adoptado por la Sala VII en "Retegui, Pablo Mariano s/inf. art. 157 bis. Inc. 2 C.P.", resuelta con fecha 07/05/2012.

de coerción. No tan habitual es su estudio en cuanto a los ámbitos de prohibición que buscan protegernos contra las eventuales intromisiones de terceros dentro de nuestro marco de privacidad, desde la óptica que aquí se ofrece.

Ya en el siglo XIX el maestro italiano Francesco Carrara ahondaba en las preocupaciones acerca de la problemática en cuestión, en los términos en que la realidad de su época se lo permitía. No encontramos mejor forma que transcribir sus reflexiones para dar cuenta del modo en que las intromisiones en nuestra intimidad tienen capacidad para generar afectaciones sobre nuestra libertad. Enseña el Profesor Carrara en su *Programa de Derecho Criminal*:

> El hombre, apenas vio el primer ocaso, volvió en torno la mirada para buscar un refugio donde posar los miembros cansados; después el hábito, que siempre fue su señor, le hizo grato ese lugar a que ya se había acostumbrado; y al obtener allí abrigo contra la intemperie, defensa contra los animales, y luego, poco a poco, las comodidades deseadas, puso en él sus afectos como en algo muy querido o como parte de sí mismo...[70]

En ese orden de ideas, sin mayores esfuerzos interpretativos, la exposición puede extenderse hacia todos nuestros ámbitos de privacidad, en tanto aquellos son parte de la base constitutiva de nuestra individualidad y, por tanto, su protección se torna fundamental, ya sea en los tiempos de Carrara como en los que corren, con las problemáticas adicionales que la modernidad ha traído consigo.

Con excelencia lo han expresado Fayt, Petracchi y Boggiano en su carácter de Ministros de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación:

> El sobre es muro y el muro sobre, y es verdad que esto es una metáfora; pero, lo que la metáfora cubre no es menos verdad. Detrás de los muros del domicilio y de los pliegos que envuelven la carta está contenido un universo reservado, inaccesible para todo aquel al que no se lo permita su titular.[71]

El paso del tiempo y la inevitable aparición de nuevas tecnologías representan para cada uno de los poderes del Estado un constante de-

70. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 1997, volumen II-4, p. 469.

71. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-10-1995, D. 346. XXIV, "Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus", considerando 7º del voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

safío en aras de producir respuestas útiles en términos tanto cualitativos como temporales.

Sobre el particular, tal fenómeno ha ampliado en forma extraordinaria y con notable rapidez los ámbitos que merecen protección en los términos que aquí se han estudiado. Ya no es sólo el domicilio o la correspondencia epistolar, sino que los datos inherentes a nuestra vida personal se encuentran distribuidos en computadoras, equipos de telefonía celular, correos electrónicos y demás, incluso en sistemas de datos de los que no somos titulares, por lo que no es baladí, sino todo lo contrario, adentrarse en el examen de estas ya no *nuevas*, sino plenamente actuales formas de criminalidad, sin retacear atención a su constante desarrollo y, consecuentemente, a la necesidad de generar soluciones adecuadas para el Estado de derecho que invariablemente debemos defender en cada uno de los roles en que somos llamados a desempeñarnos.

CAPÍTULO 4
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

EL APODERAMIENTO ILEGÍTIMO DE COSAS MUEBLES. HURTO Y SUS AGRAVANTES[1]

(ARTS. 162, 163 Y 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL)

Por Elizabeth A. Marum*

OBJETO

Trataré algunas cuestiones relevantes acerca del delito de hurto, tales como la insignificancia en la afectación del bien jurídico, el perfeccionamiento de la acción típica, los elementos normativos de la figura, la diferencia con la estafa y otras defraudaciones, todas las cuales originan dificultades en la aplicación del tipo a los casos concretos. Asimismo, abordaré las agravantes previstas legalmente y la jurisprudencia discordante que sobre los distintos supuestos se ha presentado.

HURTO SIMPLE

El artículo 162 dispone que "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena".

La insignificancia en la afectación del bien jurídico y la atipicidad de la conducta

El título VI abarca los delitos contra la propiedad. Esta figura tutela la tenencia de cosa muebles, sea que se trate de un simple tenedor, un

* Abogada (UBA), Licenciada en Filosofía (USAL), Especialista en Derecho Penal (USAL), Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL), Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Profesora adjunta regular de la UBA en Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal.

1. El presente es una reformulación y adaptación del comentario a los arts. 162 a 163 bis CP realizado por la autora en el *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* de Baigún-Zaffaroni, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

poseedor, un propietario o que tenga la cosa en virtud de otro derecho real; de modo que lo genéricamente protegido por el hurto es la propiedad, pero no en el sentido de dominio como derecho real, sino como patrimonio. La cosa la tiene tanto el que la porta, como quien la mantiene dentro de una esfera donde ejerce poderes de dueño, o quien la tiene simbólica o representativamente.[2] La protección se extiende no sólo a las cosas con las que la persona se halla en inmediato contacto, sino también a las que se encuentran dentro de la esfera de custodia o vigilancia –por sí o por terceros–,[3] inclusive se protege la pertenencia que tiene origen en un título vicioso y hasta ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a la pertenencia inválida o ilegítima –ej.: al ladrón se le puede hurtar la cosa que a su vez hurtó, cuando el que se la quita no es el legítimo tenedor anterior de ella–.[4]

La ley no tutela la incolumidad cuantitativa o económica del patrimonio, sino su integridad material, de modo que aunque el hecho sea patrimonialmente compensatorio, igualmente puede haber afectación del bien jurídico.[5] Enseña Soler que si una niña deseosa de un pañuelito de algodón de su compañera se lo saca y coloca, a cambio, su propio pañuelo de seda, económicamente ha existido enriquecimiento para la víctima; pero el hurto no atiende a la lesión patrimonial, sino a la lesión al derecho de propiedad que recae sobre determinado objeto y que no puede ser sustituido por un valor, aun cuando sea superior.[6]

Resulta atinenado abordar, en este punto, las consecuencias jurídicas que acarrea la mínima afectación del bien jurídico, en los casos en que la cosa objeto del hecho posee un valor ínfimo.

La CS tuvo ocasión de expedirse en "Adami, Leonardo Esteban", del 25/9/86 (Fallos: 308:1796). En el caso, los imputados fueron condenados a cuatro meses de prisión en primera instancia por haberse apoderado de tres farolitos plásticos de dos automóviles estacionados en la vía pública –hurto simple reiterado–. La Cámara revocó la decisión y

2. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Buenos Aires, Lerner, 1978, pp. 169-171.

3. Frías Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, pp. 18-19.

4. Señalan Gómez, González Roura, Manzini y Molinario que constituye hurto la acción de apoderamiento que recae sobre la cosa hurtada, robada o defraudada que el ladrón tiene en su poder. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 396; Frías Caballero, Jorge, *La acción material…*, *op. cit.*, p. 12.

5. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit*., p. 171.

6. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Buenos Aires, Tea, 1976, pp. 193-194.

los absolvió, por entender que la pena mínima de un mes de prisión no guardaba proporción con la privación de bienes de tan escasa entidad como lo eran los elementos hurtados. La CS dejó sin efecto ese pronunciamiento. Señaló que la figura protege ese derecho de propiedad en sentido amplísimo y que los farolitos en cuestión satisfacen el concepto de cosa empleado en el tipo. En consecuencia, del modo como se encuentra legislado el tipo, cualquiera sea la magnitud de la afectación del bien jurídico tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el art. 162 CP. La insignificancia sólo puede jugar cuando lleva a despojar a la cosa de tal carácter, pues no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que sólo es relevante a los fines de graduar la pena. Esta doctrina fue reiterada en Fallos: 312:2218 ("González").

Numerosos fallos de tribunales inferiores han seguido este criterio y rechazaron la aplicación del principio de insignificancia (CNCC, Sala VI, "Frank, Cristian O.", c. 1688, del 18/3/16; CNCC, Sala I, "Alderete, Jonathan J.", del 31/10/16, c. 50.442; CNCC, Sala IV, "Contartesi, Axel D.", del 28/9/15, c. 50.178; CNCC Sala IV, "Cura, Emiliano R.", del 10/7/12, c. 950; CNCC, Sala VI, "Rodríguez Córdoba, Rolando", del 8/8/12, c. 948; CNCC, Sala VI, "Bastino, Leonardo J.", del 3/12/13; CNCC, Sala VII, "Blasco, Pablo A.", del 18/3/14, c. 36.300; CNCC, Sala VII, "Del Águila Torres, Juan C.", del 17/10/14, c. 56.955; CNCC, Sala VI, "Labiento, Cristian F.", del 5/4/13, c. 50.463; CNCC Sala IV, "Alfonso, Miguel A.", c. 424, del 21/4/10).

Roxin hace referencia a la teoría de la adecuación social desarrollada por Welzel y menciona la exclusión del tipo de las acciones insignificantes, donde la solución correcta se produce en cada caso mediante una interpretación restrictiva orientada al bien jurídico protegido. Sin embargo, sostiene que una parte de las acciones insignificantes son atípicas, mientras que otra parte, como por ejemplo los hurtos de bagatela, encajan en el tipo, pues la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes, mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación.[7]

7. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-297.

Los argumentos brindados para rechazar los supuestos de insignificancia relacionados con que la figura penal no prevé grados de afectación, no parecen resultar decisivos, pues la respuesta viene dada por principios más generales del derecho penal. Así, su naturaleza fragmentaria, como también los principios de mínima intervención y *ultima ratio*, limitan el poder punitivo del Estado, el cual sólo debe intervenir en caso de ataques graves a bienes jurídicos, lo que permite excluir desde un comienzo daños de poca importancia, es decir las conductas que afectan en forma mínima los bienes jurídicos.[8]

Debe considerarse, también, el principio de lesividad contenido en el art. 19 CN que prohíbe imponer una pena por una conducta que no ofenda el bien jurídico. Señala Ferrajoli que el principio de lesividad exige al derecho penal la tutela de bienes "fundamentales", un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales, como condición de legitimidad política y jurídica. La primera restricción es de carácter cuantitativo y afecta a los delitos de bagatela, que no justifican ni el proceso penal ni la pena.[9]

Dichos principios son entendidos como una derivación de la forma republicana de gobierno, de la que se infiere directamente el principio de proporcionalidad, que demanda cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición: no es racional que apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto.[10] Por ello, no resultan acertadas las posiciones que de plano rechazan toda posibilidad de valorar la insignificancia en la afectación del bien jurídico, pues la necesidad de una vulneración de cierta relevancia no es exclusiva de la figura en estudio, sino que rige en relación con el universo de delitos cuyos bienes jurídicos admiten lesiones graduables, como condición para la intervención estatal. Ello, sin perjuicio del criterio de razonabilidad que debe regir la evaluación de la presencia de un supuesto como el que se analiza en cada caso particular.

Por otra parte, no puede soslayarse que la composición de la CS desde el dictado del citado fallo ha cambiado en su totalidad, circunstancia que ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia.

8. Baigún-Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 6, Buenos Aires, Hammurabi, Depalma, 2009, p. 37.

9. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladolid, Trotta, 1995, p. 477.

10. Zaffaroni, Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 472.

Un caso en el cual el objeto del hurto se trató de un frasco de champú, motivó la discordancia de los jueces al momento de resolver. La mayoría rechazó la aplicación del principio de insignificancia, siguiendo los lineamientos de CSJN "Adami". La disidencia entendió que resulta viable tal principio, así como también el de proporcionalidad, con cita de doctrina[11] y jurisprudencia (CCC Sala VI, c. 28.348, "Gómez Justo", 15/3/06 y 29.846, "Bueno, Sergio", 20/6/06; Sala V, c. 29.197, "Rivas, María", 26/5/06, en disidencia). Consideró que la conformación del Alto Tribunal ha variado y que su actual composición ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico ("Acosta, Alejandro Esteban", del 23/4/08, considerando 6), conforme al cual el poder penal del Estado sólo debe emplearse frente a ataques graves a los bienes jurídicos, a lo que agregó que la Cámara Nacional de Casación Penal ha receptado el principio de insignificancia en un caso de injurias (Sala III, "Ruiz de la Vega, Carolina", del 8/6/04); todo lo cual permite concluir que existen razones suficientes para apartarse del precedente "Adami" (CNCC, Sala VII, "G., A.J. s/hurto tentado", del 31/3/09, c. 36.185; "Sanguinetti, Emanuel A.", del 28/4/16, c. 66.358).

También en un supuesto en el cual se intentó sustraer, sin violencia alguna, tres atados de cigarrillos de un kiosco, se decidió que la conducta es atípica por insignificancia en la afectación del bien jurídico (CNCC, Sala V, "Córdoba, Silvio G", del 5/4/13, c. 39.671); igual que el intento de sustracción de dos leches chocolatadas y una virulana de un supermercado (CNCC, Sala V, "Díaz Tanos, Alejandro", del 11/12/12, c. 1944), y de una botella de vino (CFCP, Sala IV, "Toledo, Carlos A. s/ recurso de casación", c. 9736, del 20/12/10, voto en disidencia).

Sobre esta cuestión, debe destacarse el fallo de la Cámara Federal de Casación Penal "G., H.H. s/recurso de casación", del 31/10/12, c. 15.556, el cual receptó el principio de insignificancia, revocó la sentencia y absolvió al imputado. Se dejó constancia de que el Estado ha gastado tiempo y dinero para imponer una sanción penal de quince días de prisión respecto de una persona que habría intentado hurtar dos pedazos de carne de un supermercado. Se citaron los principios

11. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, T. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 554; García Vítor, Enrique U., *La insignificancia en el derecho penal. Los delitos de bagatela*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 40; Silvestroni, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, entre otros.

constitucionales de proporcionalidad y lesividad, pero además se vinculó el caso con la necesidad de evitar el empleo de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado o el sistema normativo en sí mismo, pues si así lo hiciera no se estaría castigando el daño, sino la infracción a un deber o la desobediencia al soberano. Esto es lo que sucede cuando el poder punitivo del Estado despliega toda su fuerza en situaciones que no constituyen un conflicto con relevancia penal. Se dejó constancia de que los sistemas inquisitivos, como el que en gran medida rige en el ámbito de la justicia federal, tienen su centro de gravedad en la infracción al deber y no en el conflicto. Es que basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos de persecución estatal; mientras que los sistemas de justicia de base más democrática se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y no de abuso de poder, con atención al daño producido, a la víctima afectada y al caso concreto. Se dijo, con cita de Bovino, que la forma en que se tramitó la causa –al igual que tantas otras que ingresan al tribunal– demuestra que quinientos años de cultura inquisitiva forjaron un sistema de justicia burocrático, rígido, secreto, lento, ineficiente y extremadamente injusto que opera sin satisfacer ningún interés legítimo. Destacó que intervinieron 11 jueces, 4 fiscales, 5 defensores y más de 8 funcionarios –además de innumerables empleados– para dictar la condena a 15 días de prisión en suspenso a un hombre confeso por haber sustraído sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas dos pedazos de carne (de tipo palomita de un peso aproximada de 3 kg) de un supermercado, quien había afirmado que "necesitaba llevarse la carne porque no tenía para comer y su hijo hacía 3 días que no comía", lo que evidencia la irracionalidad del sistema inquisitivo que no ofrece respuestas diferenciadas de acuerdo a la problemática del caso, sino que aplica automáticamente la violencia estatal frente al mero incumplimiento.

El principio de insignificancia o bagatela también ha sido aceptado por la jurisprudencia en relación con otros delitos –daño–, sin perjuicio de que no ha sido viable en el caso concreto (CAPCyF CABA, Sala I, "Benítez Vera, Norma M.", del 10/8/10; "González, Pedro", del 22/9/10; "Rodríguez, Juan P.", 11/10/16).

Por otra parte, desde la perspectiva del bien tutelado, la jurisprudencia tuvo en cuenta la ausencia de valor comercial del producto objeto del hecho. Se decidió que la acción es atípica, si el elemento sustraído se trató de una botella de perfume que decía "*tester not for sale*" y en cuya parte posterior había una etiqueta que indicaba "$00", pues no ha existido afectación del bien jurídico dado que el objeto carece de valor comercial, por lo que a la luz del principio constitucional de lesividad la conducta es atípica (CNCC, Sala V, "Torres, Federico G.", del 27/4/15, c. 41.479). Por el contrario se consideró típica la conducta de sustracción de un *tester* de perfume, por haber entendido que si bien no tiene valor comercial, el eventual perjuicio a su propietario estaría dado por el impedimento en la promoción de la fragancia. El *tester* fue cedido para su exhibición como una muestra de la línea que se ofrece. Es sabido que las marcas distribuyen esos objetos con el fin de dar a conocer sus productos y seducir al público a su compra en el comercio. Al carecer del probador se limita la posibilidad de la oferta y probable venta en el mercado, lo cual permite verificar la afectación al bien jurídico (CNCC, Sala VI, "Ríos, Pablo", del 27/11/14, c. 48.530).

Verbo típico y consumación

La norma en estudio contiene el verbo "apoderare". Esa acción debe llevarse a cabo sin el empleo de fuerza en las cosas o violencia en las personas, pues en tal caso el hecho da paso al art. 164 del Código Penal. Así, en un supuesto en el que el autor arrebató el teléfono celular de manos de la damnificada, la opinión minoritaria entendió que se configuró el delito de hurto en grado de tentativa, pues tal circunstancia no implica por sí violencia física; mientras que la mayoría consideró que el art. 164 no distingue grados de violencia, por lo que aunque sea mínima no se descarta la aplicación de esta figura (CNCC Sala V, "Díaz, Javier", del 27/2/13, c. 2223; "O., J.E.", del 4/6/13, c. 2.612; "Cuadrado, Damián A.", del 12/5/15, c. 22.050).

Asimismo, se configura el delito de hurto si la fuerza empleada no reviste las características de la exigida por el robo, es decir que sea destructiva y anormal, por lo que la apertura de la ventanilla del vehículo, sin que esta hubiera resultado dañada, con el fin de sustraer elementos que había en su interior, no implicó el empleo de fuerza destructiva que reclama el art. 164 CP (CNCC, Sala I, "F., D.O.", del 27/3/15, c.77.226). En

igual sentido se decidió que se configuró el delito previsto en el art. 162 CP, pues para perpetrar la maniobra se habría ejercido la fuerza normal y habitual que se utiliza para retirar una puerta, quitando los pernos incrustados en las bisagras; aunque la disidencia sostuvo que la acción emprendida no es la ordinaria para acceder al lugar, en la medida en que deben aplicarse golpes sobre aquellos implementos que permiten la unión de la puerta con el marco respectivo (CNCC, Sala VII, "Magallanes, Leandro V. y otro", del 31/10/16, c. 68.175; "N., H.A.", del 9/8/16, c. 12.875). Inclusive, la fuerza en las cosas empleada con posterioridad a la sustracción no tipifica el robo, pudiendo constituir un delito autónomo que concurre con el hurto (CNCC, Sala IV, "N.N.", del 15/9/14, c. 35.091).

En igual sentido, señala la doctrina que la fuerza que conforma el delito de robo debe ser anormal, aunque no necesariamente destructiva o dañosa, porque la razón de la agravante es un atentado a las cosas, para vencer la resistencia que estas ofrecen al apoderamiento.[12] Si la fuerza desplegada no reviste tales características, la figura a aplicar es la de hurto.[13]

El interrogante que surge es qué debe considerarse por apoderamiento, pues existen sobre el punto distintas posiciones.

12. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 105.

13. Las posiciones clásicas sostenían: a) *aprehensio rei* o teoría del simple tocamiento: considera que el delito se consuma en cuanto la mano del sujeto entra en contacto físico con la cosa de la cual este pretende apoderarse; b) *contrectatio* o teoría de la remoción –*amotio*–: para la que el momento consumativo es aquel en que el delincuente ha movido la cosa objeto del delito del puesto que ocupa. Sin embargo, la sustracción no siempre importa la remisión de la cosa de un lugar a otro, como sucede cuando se consuma la cosa en el lugar donde se encuentra; c) *ablatio rei* o teoría de la traslación: exige que la cosa sea sacada de la esfera de actividad de quien la tiene, es preciso un desplazamiento físico de la cosa de la órbita de acción del dueño, es decir fuera del lugar del hurto y de la esfera de custodia del perjudicado, pero también se sostuvo que la *ablatio* existía cuando era transportada por el ladrón hacia el lugar donde quería tenerla como segura; d) *illatio rei*: exige que, además de cumplir con los pasos de las tres teorías mencionadas, que el sujeto activo lleve la cosa a un lugar seguro. Algunos van más allá, como la *locupletatio* o teoría del provecho: que considera preciso que el ladrón haya sacado provecho de la cosa obtenida. Frente a ellas se ha levantado la denominada teoría del apoderamiento verdadero y propio, sostenida por el autor italiano Giuriati, quien destacó que el principio de la custodia es la base para caracterizar cuando sale la cosa de la posesión del dueño y cuando pasa a la posesión del delincuente (Molinario, Alfredo, *Derecho Penal, Segundo Curso, El libro II del Código Penal Argentino*, La Plata, 1943, pp. 443-446; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 23-27).

Según la primera –teoría del desapoderamiento–, el acto de apoderamiento del autor se produce tan pronto ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa, de modo que ella ya no se encuentre en la esfera de custodia de la víctima, pues atiende a la ofensa del bien atacado por el hurto, esto es la tenencia de la cosa. La doctrina brinda el siguiente ejemplo: un ladrón le sustrae una billetera a una persona que viaja en tren y, al ver la oposición del dueño, la arroja por la ventana, perdiendo toda posibilidad de apoderamiento. Conforme a esta teoría es un delito consumado. El hurto se consuma tan pronto como un acto de apoderamiento del autor ha privado a otro de su posesión corporal de la cosa, y esto sucede cuando la cosa ya no es portada por la víctima, o ya no está en su esfera de custodia o en la de su tenencia simbólica.[14]

La segunda –teoría de la disponibilidad–, considera que la acción de apoderarse debe consistir en poner bajo su dominio y acción inmediata una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro, de modo que no resulta suficiente con hacerle perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio –sustraer–, exige además la adquisición de poder por parte del autor,[15] de manera que tenga la posibilidad de disponer de ella. Para Soler el apoderamiento hace referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque ella estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o tenedor. A partir de ello entiende que el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición; el hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usurpar el poder sobre ella. Aclara que apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más: traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho, haciéndole perder al dueño la posibilidad de ejercer el suyo; es decir no solo la pérdida de poder de parte de la víctima, sino también la adquisición de poder de parte del autor. Concluye que la consolidación del propio poder coincide con la exclusión de hecho del poder de quien por este tenía la cosa. De allí que habrá hurto si el ladrón arroja la cosa al mar, pues ello implica un acto de disposición.[16]

14. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 180-184.
15. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, pp. 171-174.
16. Ibídem, pp. 174-175.

Por ello, afirma Soler que "esfera de custodia" es un concepto jurídico que debe ser determinado en cada situación, por lo que no puede resolverse en forma genérica la cuestión relativa al momento consumativo del hurto. A modo de ejemplo, si el ladrón no ha logrado sacar la cosa de la casa en la que ingresó con dicha finalidad, no ha destruido la tenencia anterior, aun cuando la haya escondido entre sus ropas; situación que debe distinguirse de la del ladrón conviviente en la misma casa, sea en distintas habitaciones o en la misma. Otro supuesto se da cuando el autor consume la cosa en el lugar del hecho, p. ej., quien bebe el vino de un barril, acción que no se distingue del que se la lleva del lugar; o quien pone los animales a pastar en campo ajeno, porque es lo mismo que cortar el pasto primero y después alimentarlos.[17]

Frías Caballero apunta que la figura del hurto ha sido construida acuñándose el tipo de acción desde el punto de vista del sujeto activo, esto es, de aquello que este ha de obtener para perfeccionar el delito –apoderamiento– y no desde el del sujeto pasivo –si el verbo fuese "sustraer"–. Esta peculiaridad hace que la acción consumativa de este delito deba integrarse por dos fases: pasiva, es decir privación de la cosa a quien la detenta, y activa o toma efectiva de poder sobre esta por parte del agente, mediante la cual se desapodera a la víctima, la que se perfecciona cuando el autor obtiene el poder efectivo sobre la cosa, o sea cuando se halla en condiciones de hecho tales que le permitan la inmediata posibilidad de realizar, materialmente sobre ella, actos de disposición física, aunque sea por breves instantes. Aunque tenga consigo las cosas, esa posibilidad no nace mientras pueda serle impedida por la víctima o autoridad, o un tercero que intervenga y que dependerá, en muchos casos, de la naturaleza del objeto sobre el cual recae la acción –cosas consumibles, fungibles, etcétera–.[18] Una vez transcurrido el momento en que el sujeto tuvo la posibilidad física de disponer de la cosa, el delito está irrevocablemente consumado, aunque el ladrón no haya dispuesto efectivamente de ella o haya sido impedido de hacerlo por su detención posterior.[19] Por ello, mientras el autor forcejee con el dueño, o sea perseguido llevando la cosa consigo, el delito no está consumado, pues en

17. Ibídem, pp. 177-178 y 186.

18. Frías Caballero, Jorge, *La acción material..., op. cit.*, pp. 60-61.

19. Ídem, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1956, p. 323.

momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla, ni se ha destruido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo.

En la actualidad existe en la jurisprudencia cierto consenso en relación con el hito que fija dicho momento, pues se descarta la teoría del desplazamiento y se adopta la de la disponibilidad, sin perjuicio de los problemas que surgen frente a cada caso concreto, cuando ella es objeto de aplicación.

Se decidió que la posibilidad de aprovechamiento de la cosa sustraída trasciende el umbral de la consumación para ubicarse en un tiempo posterior, por lo tanto mientras quien desapodera haya gozado, aún por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín (CFCP, Sala IV, del 5/5/14, c. 743).

Asimismo, se resolvió que el delito de hurto –y también el de robo– al requerir que el sujeto activo se apodere de la cosa, debe encontrarse en condiciones de poder ejercer actos posesorios sobre ella, es decir bajo su poder de disposición. No debe confundirse la posibilidad de realizar cualquier acto respecto de la cosa, o incluso su mera tenencia, con la posesión de ella. En consecuencia, el poder que alguien tenga de destruir la cosa en modo alguno denota su posesión, como tampoco la posibilidad de tomarla y arrojarla; para que tales actos puedan ser considerados "posesorios" habrá que afirmar previamente que la cosa estaba sometida a la voluntad del agente, esto es, que él podía comportarse respecto de ella como su propietario. Por ello, en el caso en que el autor desde que se hizo de los objetos fue perseguido en todo momento por personal policial y nunca fue perdido de vista, es decir fue perseguido ininterrumpidamente, mal pudo tener la posesión en el sentido de poder comportarse como verdadero dueño, sino que sólo la detentó por breves instantes. No obsta a ello que el objeto no hubiera sido recuperado, pues lo que pasó con él queda en el terreno de la hipótesis, pero su desaparición no significa que el sujeto activo haya dispuesto de él en el sentido expresado (CNCP, Sala IV, c. 3004, "Vallejos, Héctor Horacio s/recurso de casación", del 14/3/02).

En definitiva, la posibilidad de disposición del objeto no se configura por la sola circunstancia de que el autor del hecho haya podido arrojar lo sustraído durante la persecución.

Una posición más estricta aún entiende que no puede considerarse consumado el hurto –ni el robo– por la sola circunstancia de que el damnificado haya perdido de vista al delincuente, pues para que se perfeccione el delito, la disponibilidad de la cosa debe ser real y no ficta, situación que no se da cuando aquel es apresado en las cercanías, a los pocos minutos de ocurrido el hecho, ejerciendo así sólo un señorío efímero debido a la inmediatez de la detención (CNCC Sala V, c. 31662, "Ganduglia, Ricardo y otro", del 14/12/93; c. 32006, "Carballido, Jorge", del 29/11/93); por lo que no se puede fincar el grado consumativo en la circunstancia de que se haya perdido o no de vista al delincuente, pues ello conduce a librar la problemática de la tentativa a la suerte visual de la víctima (CNCC Sala IV, "Castillo, Alvaro", del 2/5/90, c. 37754). Asimismo, se dijo que aun cuando los perseguidores perdieran de vista en un primer momento a los perseguidos, el hurto no se consumó pues la inmediatez de la detención impidió que los bienes sustraídos salieran de la esfera de dominio de los propietarios y les permitió disponer de ellos (CNCC Sala VI, "Fernández, S.", del 6/12/90, c. 20672).

En otro supuesto se resolvió que si bien no existió solución de continuidad entre el momento en que el vigilador advirtió la presencia del imputado hasta que consiguió aprehenderlo, teniendo en cuenta que la computadora fue recuperada en el edificio, resulta evidente que no tuvo real poder de disposición sobre aquella, por lo que el delito no ha superado el conato (CNCC Sala IV, "Pérez, Maximiliano", del 18/9/12, c. 1312).

Los casos anteriores, se apartan de la jurisprudencia que entiende consumado el hurto, por la existencia del poder de disposición por breves instantes, pues deslinda los supuestos en los que, por haber sido tan breve, no existió un poder real de disposición.

La posición más restrictiva resulta la más adecuada si se toma como hito la posibilidad de disposición del objeto sustraído, pues no parece que quien por una fracción de segundo fue perdido de vista cuando era perseguido y luego apresado haya podido realizar, efectivamente, sin ningún tipo de restricciones, actos libres de disposición. Sin embargo, resulta excesivo exigir que el autor haya dispuesto realmente del objeto, bastando con que haya tenido dicha posibilidad, de modo real y no ficto, pues si sólo dura breves instantes, no puede afirmarse que esa potestad existió. Es decir que no se debe hacer depender la consumación de la real disposición sino de la real posibilidad de disposición, aunque

el autor no hubiere dispuesto. Esta teoría se aparta así correctamente, como señalan los fallos citados, de una ficción de disponibilidad.[20]

Los elementos normativos del tipo

Cabe aclarar que no siempre es posible trazar un límite firme entre características descriptivas y normativas, puesto que muy frecuentemente, aquellas contienen una cierta trama normativa. En tal sentido, señala Roxin que no importa tanto la –casi imposible– separación entre elementos normativos y descriptivos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que predomina un factor o el otro. Si se quisiera seguir manteniendo una delimitación practicable entre ambos, es recomendable calificar como normativos sólo a aquellos que "sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma" –ángulo desde el cual "cosa" es un elementos descriptivo y "ajena" de carácter normativo–.[21]

El primero que debe analizarse es la ilegitimidad del apoderamiento, el cual debe ser entendido como un elemento normativo integrante del tipo de hurto y no como un elemento de la antijuridicidad mencionado en la figura.

Así lo han afirmado diversos autores. Tanto Jiménez de Asúa,[22] como Núñez[23] afirman que "ilegítimamente" es un auténtico elemento normativo del tipo.

Para Fontán Balestra también es evidente que no comete hurto quien se apodera de la cosa legítimamente, es decir con derecho, pero no se puede pensar que la ley haya querido referirse a la ausencia de causas de justificación, porque estas juegan para todos los delitos; sino que dicho adverbio se traduce en determinadas exigencias subjetivas, a saber que el autor sepa que obra ilegítimamente.[24] Creus tampoco

20. Baigún-Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias, op. cit.*, p. 63.

21. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 307. También señala la imposibilidad de distinguir en forma precisa los elementos descriptivos y los normativos Maurach-Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 365.

22. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Buenos Aires, Losada, 1957, p. 900.

23. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 184.

24. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 408-409.

identifica la "ilegitimidad" con la ausencia de causas de justificación, pues expresa que ese requisito excluye del artículo los casos en que el agente puede jurídicamente apoderarse de la cosa, es decir ejercer derechos sobre ella; hay una referencia al ejercicio de un derecho que opera dentro de la tipicidad, mientras que las demás causas de justificación siguen girando en su propia órbita.[25] Este autor considera inútiles estas expresiones de la ley y las califica como una "impaciencia del legislador", mientras que Núñez sostiene que no todos los casos aparecen como simples impaciencias del legislador, sino que representan una característica estructurante del hecho típico.[26]

Zaffaroni-Alagia-Slockar aseveran que las expresiones como "ilícitamente", "indebidamente" o "ilegalmente" que contienen algunos tipos, que parecen implicar un juicio de valor definitivo, por regla general no se trata de redundancias que remiten a la antijuridicidad, sino que desempeñan la función de elementos individualizadores típicos o, por lo menos, cumplen una doble función, pues sirven para completar una definición que conceptualmente requiere el componente de falta de aquiescencia o acuerdo del sujeto pasivo o una precisa referencia a la antinormatividad: no se define completamente el hurto como el apoderamiento de una cosa ajena, ni la violación de domicilio como entrada al domicilio ajeno. Se trata de acciones que los particulares realizan a diario en forma habitual, de modo que el tipo demanda como elemento normativo, la precisión de que no haya acuerdo del titular o una referencia precisa a la antinormatividad. Son elementos normativos de recorte, cuya naturaleza y función los distingue de las referencias a la antijuridicidad.[27]

Roxin considera que las expresiones "antijurídicamente" o "ilícitamente" no pertenecen al tipo por el sólo hecho de estar contenidas en el tenor de una disposición legal, pues puede tratarse de una alusión superflua a la antijuridicidad. Sin embargo, allí donde la palabra "antijurídicamente" caracterice de modo más preciso un elemento concreto del tipo, como la antijuridicidad de la apropiación, los presupuestos

25. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 394.

26. Núñez, R., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 5ª edición actualizada y ampliada, 2005, pp. 204-205.

27. Zaffaroni-Alagia-Slockar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 440.

del juicio de la antijuridicidad son componentes de la clase de injusto y pertenecen al tipo.[28]

A partir de ello, es claro que la ilegitimidad del apoderamiento debe ser abarcada por el dolo, es decir, el autor debe obrar a sabiendas de que el apoderamiento es ilegítimo –aspecto subjetivo–.[29]

La ilegitimidad está ausente en los casos de consentimiento del dueño, pues la configuración del delito de hurto requiere que el agente actúe contra la voluntad, explícita o implícita, del sujeto pasivo. Sin embargo, la voluntariedad no puede ser predicada respecto de máquinas que entregan dinero. Así, esta cuestión ha sido planteada en los casos en los que el objeto de la acción recae sobre un cajero del que se extrae dinero.

Bacigalupo trata el tema y enseña que en la doctrina alemana se ha cuestionado la posibilidad de admitir que la obtención de dinero de un cajero electrónico mediante el uso no autorizado de una tarjeta de crédito sea constitutivo de hurto. No habría hurto porque la voluntad del banco, expresada en el programa instalado, es que el dinero sea entregado a todo el que introduzca la tarjeta y número de clave. A partir de ello, se puso en duda la teoría mayoritaria respecto de la voluntariedad de la entrega del dinero por el banco mediante el cajero automático. Si el banco instala un cajero que entregará dinero a quien disponga de la tarjeta y el número, sabe que es posible que personas no autorizadas obtengan el dinero. Si de todos modos asume ese riesgo, es evidente que lo hace en forma voluntaria: el cajero hace lo que su dueño quiere que haga y este acepta el riesgo pactando con el tenedor de la tarjeta normas contractuales para la distribución del dinero. Estas normas no quitan voluntariedad de instalar el cajero programado, lo que no significa que la conducta deba ser impune sino que es preciso introducir el tipo penal que establezca su sanción. Romero Casabona sostiene que el hecho será punible como hurto cuando, una vez efectuada la denuncia de sustracción por el titular de la tarjeta, el banco haya adoptado las medidas necesarias para bloquearla. En tal caso habrá una voluntad manifiesta de que la tarjeta no sea utilizada. Si a pesar de ello, por técnicas defectuosas o insuficientes del banco, el poseedor de la tarjeta

28. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 291.

29. Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 22; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 201.

logra obtener el dinero, lo hace sin la voluntad de su dueño, a pesar de que el cajero automático se lo haya entregado voluntariamente.[30]

El objeto del delito es la cosa mueble total o parcialmente ajena, que también se trata de un elemento normativo del tipo,[31] pues requiere para fijar su alcance, recurrir a otra rama del ordenamiento jurídico, aunque su carácter de mueble no se identifique totalmente con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.[32]

Según el art. 16 del Código Civil y Comercial de la Nación, los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 –derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio– pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a la cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. Por ello puede ser objeto de hurto, tanto la línea telefónica, como la señal de cable, la energía y la señal de Internet (CNCC, Sala V, "Molina, Héctor L.", del 18/3/15, c. 30.293; CNCC, Sala IV, "Montalto, Claudio J.", del 13/4/15, c. 610.053; CNCC, Sala VI, "Miller 2405 –Constructores–", del 7/3/16, c. 23.628; CNCC, Sala IV, "Colinas, Mirtha D.", del 1/4/16, c. 5770; CNCC, Sala VII, "Garín, Juan I.", del 17/9/15, c. 8.077).

En relación con el valor de la cosa, comprende tanto el valor de cambio como el valor de uso. El primero es el valor objetivo que hace la cosa apreciable para sujetos indeterminados y el segundo a una relación que puede tener hasta un puro carácter afectivo para el propietario.[33] Inclusive, pueden ser objeto de hurto los documentos, tales como la cédula de identidad, los formularios de cheques en blanco, aunque se entendió que no en el caso en que la cuenta hubiera estado cerrada por carecer de valor jurídico.[34]

30. Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Akal, 1991, pp. 179-180.

31. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 372.

32. Tozzini considera que "cosa" es un elemento descriptivo al igual que la calidad de mueble, pues pueden ser conocidos por el autor mediante sus sentidos. (*Los delitos de hurto y robo*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2002, p. 117). También Maurach-Zipf expresan que expresiones tan genéricas como "cosa" son elementos descriptivos (*Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 365).

33. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p.192; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Parte especial, op. cit.*, p. 402.

34. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Parte especial, op. cit.*, p. 403.

A los efectos del hurto, se considera cosa mueble la que puede desplazarse por sí misma o por una fuerza externa (art. 227 del Código Civil y Comercial de la Nación). Sostiene Soler que basta que la cosa, sea por acción del ladrón o de otra persona, haya sido separada y hecho transportable, es decir que la cosa haya sido de hecho movilizada, para que aquella se transforme en un objeto idóneo de hurto, sea ella civilmente mueble o inmueble.[35]

El carácter "ajeno" que debe poseer la cosa para ser objeto de este delito es un elemento normativo del tipo,[36] aunque algunos han negado que tuviera, estrictamente, dicho carácter. Jiménez de Asúa afirmaba que esta clase de elementos obliga al Juez a efectuar un juicio sobre una concreta situación de hecho, pero en el caso de la ajenidad de la cosa en el hurto y en el robo, si bien reclama una valoración jurídica, no es estrictamente normativo.[37] Contrariamente, para Roxin, el término "ajeno" es normativo.[38]

La cosa ajena es aquella que no pertenece al patrimonio del agente; es parcialmente ajena cuando el autor es condómino, de modo que su apropiación configura hurto. Según Creus-Buompadre, cosa ajena es aquella que pertenece a un patrimonio que no sea del agente. La cosa es totalmente ajena, cuando el agente no tiene ni una parte ideal de ella en comunidad con sus propietarios, y es parcialmente ajena si tiene en propiedad parte de ella, como condómino o comunero hereditario. Tratándose de cosas de una sociedad, por tratarse de una persona distinta a la de los socios, son ajenas para cada uno de ellos.[39]

La cosa sigue siendo ajena aun cuando no se conozcan ni su propietario ni quien ejerce su tenencia, por lo que la individualización del propietario de la cosa sustraída no es imprescindible para que se configure el delito de hurto.

Sin embargo, no pueden ser objeto de hurto, pese a que las cosas no pertenecen al patrimonio del agente, aquellas que tampoco se encuentran dentro de un patrimonio distinto: las cosas carentes de dueño, *res*

35. Soler, S., *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 191; Creus, C., *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p. 396.

36. Tozzini, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 117.

37. De Azúa, Jiménez, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, *op. cit.*, pp. 824 y 903-904.

38. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 306.

39. Creus, Buonpadre, *Derecho Penal. Parte Especial*, T 1, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 431.

nullius, y las cosas abandonadas por su dueño, *res derelictae* (es decir, aquellas de cuya posesión se desprende materialmente el dueño, con la mira de no continuar en el dominio de ellas). Dentro de las *res nullius* se encuentran las *res comunes omnium* (p. ej.: el aire, la luz del sol, los peces de los mares, ríos y lagos navegables, etc.), que no se hallan en el patrimonio de ninguna persona ni pueden ser desapoderadas por otro.

En un caso donde el autor intentó sustraer dinero dejado cerca de una imagen religiosa en una iglesia, pero no en el lugar dispuesto para las ofrendas, el tribunal declaró atípica la conducta por falta de configuración de la característica de total o parcialmente ajena de la cosa. Se dejó constancia de que el imputado sólo intentó tomar monedas que estaban al alcance de todos y que habían sido abandonadas por sus dueños a modo de ofrenda, quienes habían dejado el dinero voluntariamente en un lugar distinto al dispuesto para las contribuciones de la iglesia, por lo que debe considerarse que el dinero fue abandonado por sus dueños. La conducta no satisface uno de los elementos normativos del tipo, pues hay cosas que sin pertenecer al patrimonio del agente, al no pertenecer tampoco a un patrimonio distinto, no se pueden catalogar como ajenas, y por tanto no serán objeto del delito de hurto. Se trata de aquellas que son apropiables por cualquiera, como las *res derelictae*, las abandonadas por su dueño que se ha desprendido de la posesión con la mira de no continuar en el dominio de ellas (CNCC, Sala VI, "Ramírez, Matías N.", del 27/12/13, c. 66.103).

La cosa perdida no deja de pertenecer a su dueño, ni tampoco la cosa olvidada, de modo que la acción de apropiación configura el delito previsto en el art. 175 inc. 1 CP, en el primer caso, y de hurto en el segundo, pues en este último aún se encuentra en la esfera de custodia del tenedor que puede regresar a buscarla.

Se descarta entonces el apoderamiento de cosa propia, que de concurrir, en la creencia que era ajena, sólo puede constituir un delito putativo o error de tipo al revés, porque creerá que está cometiendo una conducta típica cuando en realidad no es así. Sin embargo, algunos autores consideran que se trata de una tentativa inidónea,[40] aunque, como bien destaca Zaffaroni, no hay comienzo de ejecución del delito

40. Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 268; Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1981, p. 725.

dado que la imaginación de la tipicidad no puede fundamentar el injusto, como cuando alguien supone que se lleva el paraguas ajeno y se está llevando el propio.[41]

Aspecto subjetivo

La doctrina mayoritaria afirma la necesidad del dolo directo,[42] sin embargo, hay quienes también admiten el eventual.[43]

Requiere el conocimiento por parte del autor de cada uno de los elementos típicos, a saber, que se está apoderando de una cosa, que es mueble y que es total o parcialmente ajena; como así también el querer apoderarse de ella, es decir la intención de sacar la cosa del ámbito ajeno y entrarlo al propio, contra la voluntad del dueño.

Así, la doctrina mayoritaria no efectúa distinción alguna en base al carácter descriptivo o normativo de los distintos elementos que conforman la figura, en virtud de que el dolo debe alcanzar todos ellos.

El error que recaiga sobre el alcance de los elementos normativos, como cosa mueble o ajena, también será considerado error de tipo –art. 34 inc. 1 CP–, por ello, el error acerca del carácter ajeno de la cosa, al creer el autor que le pertenece o que es una *res nullius* o *res derelictae*, origina la atipicidad de la conducta por error de tipo.

En este sentido, se resolvió que nos encontramos frente a un supuesto de error sobre los elementos normativos del tipo, esto es el carácter ajeno de los objetos tomados –mochila y bolso–, pues no puede descartarse que al encontrarlos, hayan actuado en la creencia de que estos habían sido abandonados por sus dueños, en atención a su evidente deterioro. Por ello, debe descartarse el dolo quedando, dado el carácter vencible del error, vigente la conducta culposa, pero toda vez que la ley penal no previó la figura culposa de hurto, cabe concluir que el comportamiento deviene atípico (CNCC, Sala I, "Gauna, Luis D.", del 29/11/10, c. 39.447).

En otro caso, el imputado dejó una nota informando lo que hacía y retiró de su oficina sus pertenencias y computadoras que compartía

41. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 469-470.

42. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 126; Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial, op. cit.*, p. 399; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 45.

43. Blasco Fernández de Moreda, citado por Tozzini en *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 126.

con sus socios para efectuar un *back up* ante escribano para concluir la sociedad. Se puede afirmar que el nombrado entendió en forma errónea los alcances ilegítimos del apoderamiento efectuado, para concluir la sociedad. No se advierte que se haya cumplido el tipo subjetivo de la figura de hurto ya que no tuvo intención de sacar los objetos de la esfera de custodia de sus condóminos para ingresarlos en el propio (CNCC, Sala I, "Giunta, Víctor", del 6/12/10, c. 39.460).

Otro supuesto interesante se presentó frente a la conducta de quien, tras haber sido chocado por otro vehículo, extrajo la chapa patente del rodado, con la finalidad de que el dueño le aportara los datos del seguro. La mayoría entendió que el autor no tuvo la efectiva comprensión de la ilegitimidad del comportamiento, lo que indica la existencia de un error sobre unos de los elementos del tipo objetivo, pues ya sea que se considere a ese elemento como de naturaleza normativa o como un adelanto de antijuridicidad, lo cierto es que forma parte de aquella estructura que debe ser abarcada subjetivamente por el dolo. La técnica legislativa se vale de la construcción de tipos que integran un juicio de antinormatividad que, sin agotar la ponderación total de la antijuridicidad, requieren de su análisis para sostener la tipicidad del comportamiento. La minoría consideró que la inexistencia de ánimo de apropiación en el sentido del derecho civil no afecta la existencia de ánimo de apoderamiento, sino que basta con que tuviera conciencia de que removía una chapa patente ajena, colocada en un automóvil ajeno que no presentaba indicio alguno de abandono, y de que ponía esa chapa bajo su propia custodia, aunque fuera temporariamente (CFCP, Sala III, "Pugelj, Tomás s/recurso de casación", del 8/3/10).

Expresamente afirma Roxin que el dolo es el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo, por tanto quien sustrae una cosa ajena, que confunde con la suya propia, actúa sin saber en referencia al elemento "ajena" contenido en el tipo objetivo, o sea que le falta el dolo, por lo que no puede ser castigado por hurto.[44] Posteriormente agrega que el elemento "ajena" significa que es propiedad (exclusiva o copropiedad) de otro; por lo que si alguien, por consideraciones jurídicas equivocadas, se toma a sí mismo por el propietario de la cosa (en realidad ajena) de la que aprovecha para sí o daña, no puede ser castigado

44. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 308.

por hurto o daño, pues no ha entendido siquiera de modo social-profano que la cosa pertenece a otro. Cosa distinta sucede con el dolo cuando, por ejemplo, un estudiante ha adquirido un libro conjuntamente con un compañero y, al dejar de vivir en la misma casa, se lo lleva para su uso exclusivo, sin autorización del otro; aquí existe un hurto frente al copropietario y el sujeto no puede discutir su dolo con la fundamentación de que había creído que sólo es ajena una cosa que es propiedad exclusiva de otro. Eso sería un error de subsunción producido por una falsa definición, pues el estudiante sabía que la cosa no le pertenecía a él sólo y con ello ha comprendido todo lo que ha inducido al legislador a caracterizar como "ajena" para él una cosa que es sólo copropiedad del sujeto.[45]

Otra cuestión de interés en relación al conocimiento de las circunstancias del hecho se ha planteado en torno a aquellas que son valoradas para la medición de la pena, agravándola. Sólo se puede acudir a tales circunstancias cuando fueran conocidas por el autor; por ejemplo, si el autor ha hurtado un cuadro de Picasso, creyendo que era una pintura barata de un aficionado, entonces el valor millonario del objeto hurtado no puede utilizarse para agravar la pena en el marco de la graduación judicial (arts. 40 y 41 CP), pues como afirma Roxin, si dicho valor fuera un elemento de agravación de un tipo cualificado, el dolo debería extenderse sin duda a él, por lo que no se comprende por qué ha de ser distinto cuando la agravación se produce en relación a la medición judicial de la pena.[46]

Por otra parte, la exigencia de conocimiento y voluntad de apoderamiento propia del dolo, ha generado cuestionamientos en los supuestos en los que el que toma y se lleva la cosa no tiene el fin de apoderarse de ella, sino uno distinto, por ejemplo, hacer una broma o usarla y devolverla, o comprobar la falta de vigilancia de los guardianes. Respecto del primer ejemplo, por encontrarse ausente el elemento subjetivo, no comete hurto quien se lleva una cosa con el fin de hacer una broma; sin embargo, la solución no es tan clara en el caso de hurto de uso.

Puede entenderse por hurto de uso: por un lado, el empleo de la cosa ajena sin sacarla de la esfera de custodia ni consumirla (uso de una escalera) y, por otro, dicho empleo quitándola de dicha esfera (el que toma

45. Ibídem, p. 462.

46. Ibídem, p. 484.

un automóvil para dar un paseo y luego lo devuelve o lo abandona). El primero no es un supuesto de hurto; el segundo ha traído discrepancias en la doctrina, pues justamente quienes requerían *animus rem sibi habendi*, negaban la tipicidad de tal conducta, posición que ha sido criticada por Soler, pues no hay fundamento alguno para decir que el ánimo deba consistir en el propósito de tener la cosa indefinidamente.[47]

Diferencia con la estafa y la defraudación

El hurto implica un desapoderamiento al sujeto pasivo del objeto del delito –y posterior apoderamiento–; la estafa importa una entrega de la víctima motivada en un error, que produce la disposición del objeto.

Para distinguir el hurto de la estafa (art. 172 CP) debe tomarse en cuenta si la víctima hizo entrega del objeto con la voluntad viciada por el error causado por el despliegue de algún ardid o engaño, o si el apoderamiento se realizó *invito domino*. La estafa se caracteriza por la presencia de una doble relación causal entre el ardid o engaño y el error, por un lado, y entre este y la disposición patrimonial, por otro. Sin embargo, en algunos supuestos no resulta fácil efectuar tal distinción.

A partir de tales conceptos, se decidió que se configura el delito de hurto y no el previsto en el art. 172 CP, si la conducta del autor consistió en la introducción de un dispositivo denominado "pescador", que opera reteniendo los billetes expedidos por un cajero automático, pues ello no traduce una secuencia causal asimilable al delito de estafa, en tanto no se verifica un ardid determinante de una disposición patrimonial perjudicial, motivada en el error, ni representa una técnica de manipulación informática en los términos del art. 173, inc. 16 CP, pues no altera el normal funcionamiento ni afecta la transmisión de datos (CNCC, Sala IV, "Rodríguez, Natalia", c. 385, del 19/4/12; CNCC, Sala I, "Flores Konkolowicz, Martín", c. 38.383, del 9/6/10).

En el mismo orden de ideas, se resolvió que comete el delito de hurto y no estafa, quien ingresó con posterioridad a un cajero automático y se apoderó de una determinada suma de dinero depositada en la cuenta corriente del último, pues el ardid o engaño para apropiarse del dinero no recae respecto de la persona –titular de la cuenta o institución bancaria– sino de una máquina –cajero automático– que no obra

47. Soler, Sebastián, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pp. 184 y 205.

como una proyección del banco que opera a través de ese modismo (CNCC, Sala IV, "Ronchi, Horacio R.", del 19/5/00, por mayoría, La Ley 2001-A, 440- DJ 2001-2).

Soler ha ejemplificado diciendo que el que mediante una moneda falsa u otro medio ingenioso logra sacar de un aparato automático de venta el artículo que este contiene, no comete estafa, sino hurto, porque aun cuando exista maniobra no existe ninguna mente errada.[48]

También a los fines de distinguir el delito de hurto de la estafa, se dijo que si el agente se retiró del supermercado sin abonar la mercadería, gracias a la aprobación de la cajera que debía registrar el pago, se configura el delito de previsto en el art. 162 CP y no el art. 172 CP, pues no se encuentran presentes los elementos configurativos de este último, ardid o engaño que provoque un error en el sujeto pasivo, destacándose que no existió un sujeto engañado ejecutor del desprendimiento (CNCC Sala I, c. 19283 "Leggiere, Darío Oscar", del 14/11/02).

Asimismo, se descarta la figura de estafa si la maniobra empleada por los imputados consistió en mentir a la damnificada para obtener la entrega del celular, pues no constituye ardid o engaño en los términos del art. 172 CP, sino que se trató de un apoderamiento ilegítimo logrado a través de una simple mentira, conducta que encuadraría en el delito de hurto –art. 162 CP– (CNCC, Sala I, "Sanchez, Federico", c. 42.105, del 19/3/12).

Si se trata de un elemento –celular– sustraído del interior de un vehículo que había sido dejado en un estacionamiento con entrega de llaves, constituye hurto y no defraudación porque el objeto no se encontraba bajo la relación de confianza que sí supone la entrega de un rodado, de modo que la custodia no puede extenderse a los bienes que circunstancialmente podrían encontrarse en el interior del vehículo (CNCC Sala VII, "Salinas, Edgar D.", c. 41.182, 7/7/11). Por el contrario, si se trata del vehículo entregado con sus llaves en el estacionamiento, la apropiación no es una consecuencia de un acto furtivo desplegado por el imputado, sino de una entrega voluntaria por parte de un tercero, por lo que la conducta no puede ser calificada como hurto y sólo puede avizorarse un posible abuso de confianza (CNCC, Sala VI, "Fredes, Jorge A.", c. 41.945, del 13/7/11).

48. Ídem, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 320.

Se configura el delito de hurto simple y no el de estafa, si el agente se apropió ilegítimamente de dinero de un cajero automático, con el uso de la tarjeta de débito verdadera que había sustraído a su tío, pues no se da la secuencia causal propia del delito de estafa, esto es el despliegue de una actividad engañosa que induce a error a una persona quien, como consecuencia de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para su patrimonio (CCC Sala I, "Otero, Diego S.", del 19/3/03, La Ley 2004-A, 234).

En igual sentido, se decidió que la conducta de los imputados consistente en distraer al vendedor del local a efectos de lograr el apoderamiento del celular que les fue entregado momentáneamente y en el marco de una posible venta, no reúne los elementos típicos del art. 172 CP, pues en ningún momento existió la voluntad de transferir la tenencia del teléfono, por lo que se descarta el desprendimiento patrimonial voluntario, configurándose el delito de hurto (art. 162 CP) (CNCC Sala I, "Herrera, Enrique D.", c. 42.886, del 12/7/12). En cambio, el hecho –que consistió en la entrega de dinero por parte de dos pasajeros extranjeros al conductor del taxi, que les había ofrecido cambiar los billetes por otros de menor denominación, fugándose luego con el dinero– no constituye el delito de hurto toda vez que la entrega del dinero por parte de las víctimas fue voluntaria, pudiéndose configurar la figura de estafa, en atención a que el despliegue realizado constituye el ardid que motiva el error en el sujeto pasivo (CNCC, Sala VI, "Camaño, Rodolfo A.", c. 53.875, del 16/12/13).

Otra cuestión interesante se presenta en los casos en que se produce la alteración del medidor de algún servicio, con el fin de pagar un precio menor. Se ha dicho que cuando el objeto del delito recae en una cosa que es suministrada por un tercero, se entiende que para que haya hurto de energía eléctrica, de agua o gas, el apoderamiento debe efectuarse en la red de conducción sin alterar el medidor, pues de otro modo la acción, al engañar al dependiente del suministrador que lee el consumo y lo factura, se habrá transformado en estafa.[49] Ello porque si el sujeto activo induce a error a la víctima, comete estafa y no hurto. Así, la doctrina afirma que si existieren medidores de consumo y el apoderamiento se efectúa valiéndose alguien de ardid al alterar el funcionamiento del apa-

49. Tozzini, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 148.

rato, para lograr así que el poseedor –suministrador– haga tradición de la energía al usuario, mediará un engaño en el informe que proporciona la máquina, constitutivo de estafa al locador del servicio, por intermedio de la persona que tome para su ulterior cobro las cifras fraudulentas de consumo marcadas por el medidor.[50]

Contrariamente a lo expuesto, la jurisprudencia resolvió que las maniobras realizadas sobre el medidor de energía eléctrica instalado en el domicilio que originaron un registro de menor consumo que el efectivamente utilizado, constituyen hurto y no estafa, porque el error que lleva a la lectura del medidor no es determinante de la entrega de la electricidad ya que el servicio se entrega igual, sino que es representativo de su determinación *a posteriori* (CNCC Sala I, c 20901 "Crespi, Rodolfo Horacio", del 18/12/03).

A los fines de distinguir el hurto de la defraudación –en particular las defraudaciones previstas en los incs. 2 y 7 del art. 173 CP– debe tenerse en cuenta, en primer lugar, quién se encuentra en poder del objeto del delito y, en segundo lugar, con qué grado de autonomía lo detenta.

El caso que generó mayores controversias en doctrina y jurisprudencia es el del cajero que se apodera de dinero de la caja,[51] o de cualquier otro empleado que aprovechando la facilidad de su empleo sustrae dinero y otros objetos.

Resulta esencial el análisis del vínculo que el autor posee con la cosa y si tiene un poder autónomo sobre ella, pues sólo en este último supuesto habrá defraudación. Pero no cabe deducir que el sólo hecho de que la cosa se halle en manos del autor descarta el delito de hurto, sino que es menester analizar la relación que tiene con ella. Así, si en la actividad desarrollada por el agente, este no gozaba de cierto poder autónomo respecto de los valores que recibía en el giro laboral, su desapoderamiento constituye el delito de hurto y no defraudación (CCC Sala IV c. 19458 "Roldán, Juan Osvaldo", del 5/9/02).

50. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, *op. cit.*, p. 188; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 295 y nota 42.

51. Dos plenarios de la CCC se refieren ampliamente a este punto: "Haeberli" y "Morich" (CCC Fallos: T. III, p. 125 y 226). El primero consideró que dicha conducta se subsumía en el tipo de hurto, criterio que fue modificado en el segundo por defraudación, por entender que no concurre una de las condiciones requeridas por la primera figura como es el apoderamiento, pues la cosa se encontraba legítimamente en poder del autor a quien el damnificado la había confiado.

Enseña Soler que hay custodia cuando por la naturaleza de la relación, la forma del trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función, pueda afirmarse que el sujeto no sólo maneja la cosa, sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente concedido. En el banco cada cajero responde de su propia caja, por ello la sustracción de dinero de esa caja es defraudación.[52]

Se ha decidido que la condición de empleada en relación de dependencia no habilita *per se* a descartar la figura del art. 173 inc. 7 CP, pues debe analizarse si en el caso ha sido conferido el manejo o cuidado del patrimonio ajeno y si con el accionar desplegado se quebrantó el deber impuesto en procura de un beneficio particular. Al desempeñarse como cajera de supermercado sugiere el cuidado de intereses ajenos (CNCC, Sala IV, "Maidana, Magdalena", c. 37815, del 26/10/15).

Si quien tiene es representante de la tenencia de otro con facultades dispositivas (p. ej. el administrador), no puede cometer hurto sobre las cosas que están en la esfera de su tenencia a cuyo titular representa (CNCC Sala VII c. 19555 "Juárez, Lorena", del 27/11/02).

Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica sobre el punto, por lo que se verán separadamente casos que han sido considerados defraudación y otros que han sido vistos como hurto.

Diversos fallos entendieron configurado el art. 173 CP en los siguientes casos: La empleada doméstica a quien, luego de una discusión con su empleadora, esta le solicita que se retire y entregue las llaves del inmueble, a lo que se niega expresando que lo haría luego de recibir el telegrama de despido, retirándose del lugar con las llaves, no comete el delito de hurto, porque cuando los objetos fueron entregados voluntariamente, la conducta no puede ser calificada como hurto. El hecho podría encontrar subsunción típica en el art. 173 inc. 2 CP, pues el contrato de trabajo que las vinculaba conlleva la obligación de restituir al empleador los objetos que fueron entregados en virtud de aquel (CNCC, Sala VI, "Caputto Gillihuen, Mariana", c. 40.550, del 23/11/10). Lo propio se decidió en un caso en el cual los empleados dejaron guardadas herramientas de trabajo en una peluquería y al volver a retirarlas comprobaron que el lugar se encontraba cerrado y vacío (CNCC, Sala V, "Monsalvo, Enrique T.", c. 63457, del 31/8/15).

52. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, *op. cit.*, p. 415.

En la misma línea, se decidió que debe descartarse el delito de hurto del automóvil taxi que el autor obtuvo por entrega voluntaria que le hizo la damnificada, para trabajarlo en horario nocturno sin reintegrarlo jamás, ya que no entró en posesión del vehículo *invito domino*, configurándose, en cambio, el delito de defraudación por retención indebida (CCC Sala I "Mersillian, Juan C.", del 27/5/93, La Ley 1993-C, 397 - DJ 1993-2, 740).

Por otro lado, se resolvió que quien incumplió con la obligación de trasladar bienes del damnificado a un domicilio, habiendo obtenido previamente pago por el servicio, no comete el delito de hurto, pues se advierte una entrega voluntaria de las cosas suficiente para descartar esa figura; en cambio, es susceptible de subsunción en la figura del art. 173 inc. 2 CP, pues no obsta a ello que la obligación de transportar los objetos –que nunca llegaron a destino ni fueron devueltos– se sustentara en un acuerdo verbal (CNCC, Sala IV, "Barros Vaz, Marcos J.", c. 74415, del 18/10/16). Sin embargo, entiendo que no se ha considerado aquí que el autor no gozaba de cierto poder autónomo sobre la cosa, por lo que la sola circunstancia de que le fuera entregada, no descarta el delito de hurto.

La conducta del capataz de una obra en construcción que sustrajo 59 bolsas de cemento, tras referirle al sereno del lugar que se encontraba autorizado, fue considerada por mayoría como subsumible, en principio, en el art. 173 inc. 7 CP, pues en el marco de la relación preexistente, puede sostenerse que el imputado gozaba de cierta autonomía en el manejo o cuidado de los bienes de la empresa, de donde tenía además llaves, por lo que no puede descartarse un abuso de la confianza que la empresa depositó en él. La disidencia entendió que el hecho puede encuadrarse en la figura de hurto, pues su condición de capataz no se traduce en un cuidado del patrimonio ajeno, en los términos de la figura defraudatoria que requiere la configuración de un acto infiel (CNCC, Sala VII, "Aguilar Duarte, H.", del 28/10/14).

Lo propio se analizó en un caso en el que el imputado cumplía la función de encargado del depósito de una firma y controlaba el ingreso y egreso de la mercadería, en el cual la mayoría entendió que esa función sugiere el cuidado de bienes ajenos, lo que da paso a la aplicación del art. 173 inc. 7, mientras que la disidencia afirmó que nada indica que en su rol de dependiente del comercio tuviera a su cargo la administración de la mercadería, cuando su actividad se circunscribía

a cargarla, descargarla y expenderla, por lo que se configura el delito de hurto (CNCC Sala IV, "N., C.D.", c. 54179, del 27/6/16).

Si el autor cumplía la labor de sereno de una obra, la posición que ocupaba el imputado permite tener por cierto que le había sido confiada la custodia de bienes e intereses ajenos (herramientas o elementos que se encontraban en su interior), por lo que al quebrar el mandato impuesto, procurando para sí o terceros un lucro indebido, podría incurrir en el delito de defraudación (art. 173 inc. 7° del CP) (CNCC, Sala IV, "Zárate, Jorge D. y otros", c. 325, del 12/4/12).

El caso del autor que extrae dinero de una cuenta bancaria en un cajero automático, porque la titular de la tarjeta que previamente había extraído dinero omite cerrar cesión, fue subsumido por la mayoría en el art. 173 inc. 15 CP, que requiere el uso no autorizado de los datos de la tarjeta, mediante el cual se lleva adelante una maniobra defraudatoria, pues el autor pudo haber manipulado datos que resultaron necesarios para operar la cuenta sin la tarjeta correspondiente, a través de un sistema informático, como lo es el cajero automático. La minoría entendió configurado el delito de hurto, pues no hubo fraude previo generador de un error, la eventual sustracción del dinero se debió a que la víctima olvidó cerrar cesión, y sin que mediara maquinación o despliegue de ardid alguno (CNCC, Sala V, "N.N.", c. 35.896, del 19/11/14).

Asimismo, la conducta de quien ingresa al sistema informático *homebanking* y transfiere dinero a su cuenta sin autorización del titular de cuenta, no puede descartarse que encuadre en el art. 173 inc. 16 CP, pues la manipulación de datos pudo haber permitido el acceso a su cuenta bancaria con el consiguiente perjuicio económico, circunstancia que podría importar una alteración del normal funcionamiento del sistema informático (CNCC, Sala VII, "Posworny, Esteban L.", c. 882, del 10/7/12).

En cambio, se entendió configurado el delito de hurto y se descartó la defraudación en los siguientes casos: El empleado que sustrajo mercadería del supermercado en el que se desempeña como repositor comete el delito de hurto y no el de defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2 CP), ya que es presupuesto de esta figura que la tenencia de la cosa por el agente haya sido otorgada por el anterior titular de la tenencia, en virtud de un negocio jurídico que produzca la obligación de entregar o devolver; la ley requiere la existencia de un título por el cual se haya hecho la transferencia, de modo que el poder adquirido

por el agente sobre la cosa tiene que ser un poder no usurpado. Debe tratarse de una tenencia que se ejerza autónomamente respecto de la que ejercía quien ha entregado la cosa; la mera entrega que no excluye la tenencia anterior no queda comprendida en el tipo (CNCC, Sala V, "Cáceres Romano, Eric", c. 9996, del 6/8/15).

Si el autor era un mero empleado en relación de dependencia, a quien se le encomendó el traslado de los bienes de un lugar a otro, según las órdenes impartidas, no se configura el delito de defraudación (art. 173, inc. 7 CP), que requiere que el sujeto activo tenga asignado el cuidado del patrimonio ajeno, con cierto poder autónomo respecto de él y que se exceda arbitrariamente en las facultades conferidas o incumpla las obligaciones acordadas; como así tampoco el previsto en el art. 173 inc. 2, puesto que se requiere que el sujeto activo haya recibido la cosa de parte del anterior titular de la tenencia, en virtud de un negocio jurídico que produzca la obligación de entregar o devolverla luego. Se configura el delito de hurto (CNCC, Sala V, "Gonçalvez, Hugo", c. 302, del 30/3/12). Tampoco se subsume en el art. 173 inc. 2 del CP los supuestos de entrega momentánea sin ánimo de transferir la tenencia de los objetos cuyo apoderamiento ilegítimo no pasa de ser un hurto, de manera que si el imputado recibió en préstamo el ciclomotor para dar una vuelta y no lo devolvió por habérselo vendido a un tercero se conforma aquella figura (CCC Sala I, c. 21945, "Germanier, Facundo Matías" del 24/5/04).

El empleado de una empresa de mensajería que se apropió de un sobre con dinero comete el delito de hurto simple y no el previsto en el art. 173 inc. 7 CP, al no contar el imputado con autonomía funcional sobre el bien ajeno, pues su misión específica era entregar el sobre en un lugar determinado (CNCC, Sala I, "NN", c. 52180, del 5/10/15).

El cocinero que ha sustraído diversas mercaderías del lugar donde se desempeña –vino, champagne y snacks– comete el delito de hurto y no el de administración fraudulenta previsto en el art. 173 inc. 7 CP, pues este supone la existencia de una persona en posición autónoma de manejar, cuidar, disponer o administrar bienes ajenos, y dichos extremos se encuentran fuera de las posibilidades de un simple empleado en relación de dependencia. La administración infiel es un delito especial propio, de autoría limitada a quienes tienen el manejo de bienes pecuniarios sobre los que ejercen un poder de disposición, en virtud de la relación existente con el patrimonio ajeno, según las fuentes que la ley enumera y

el imputado carecía de facultades autónomas sobre las cosas sustraídas (CNCC, Sala IV, "Russo, Gianfranco", c. 3996, del 12/8/15).

La circunstancia de que la denunciante haya entregado la llave a una conocida para que esta, a su vez, permita el ingreso de la empleada doméstica, produciéndose el desapoderamiento de joyas que se hallaban en el interior del inmueble, constituye el delito de hurto, pues para su configuración no requiere que los bienes se encuentren físicamente dentro de la esfera de custodia del damnificado, sino que la acción de desapoderar haya desplazado a la víctima del poder de disponer de la cosa que le pertenece, descartándose tanto la figura del art. 173 inc. 2, como la del art. 173 inc. 7 CP (CNCC, Sala V, "NN", c. 6613, del 23/4/14).

Para darse el delito de administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 CP), el sujeto activo debe tener asignado el cuidado del patrimonio ajeno por: a) disposición de la ley (por ej. representante legal de un incapaz, tutela testamentaria, curatela de los cónyuges incapaces, facultades del fiduciario dentro del régimen de sociedades comerciales,); b) por disposición de una autoridad (lo que abarca a quienes cumplen funciones por administración de bienes, por haber sido designados para tal misión por autoridad competente, ya sea nacional, provincial o municipal, de la órbita legislativa, ejecutiva o judicial, por ej., la designación judicial de un tutor o curador); c) por un acto jurídico (hipótesis más frecuente de administración de intereses particulares ajenos y aun de asociaciones y sociedades civiles y comerciales (el ejemplo más común es el del mandato). La empleada encomendada para recolectar dinero para los regalos de cumpleaños no reúne los requisitos señalados, pues la tarea que en particular le fue encomendada –recolección del dinero para los obsequios de cumpleaños– no resulta una tarea que haya sido designada por ninguna normativa para el cargo que reviste en el Poder Judicial, sino que lo hacía en forma voluntaria y con el consentimiento del resto de los empleados, funcionarios y jueces del tribunal. Tales circunstancias descartan que nos encontremos ante una designación por ley, de la autoridad, o por un acto jurídico, como lo exige el tipo penal en cuestión. La conducta podría encuadrarse en la figura de hurto simple (CNCC, Sala V, "Enríquez, Miriam", c. 68.534, del 25/9/14).

HURTOS CALIFICADOS

Art. 163: Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1. Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos;
2. Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;
3. Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa, u otro instrumento semejante o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida;
4. Cuando se perpetrare con escalamiento;
5. Cuando el hurto fuese de mercaderías u otra cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren;
6. Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Inciso 1

"Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos".

El tipo penal debe analizarse en dos tramos, según el objeto sobre el cual recae la acción. El primero, relativo a los productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o productos agroquímicos, fertilizantes o insumos similares, dejados en el campo y el segundo, referido a los alambres u otros elementos de los cercos.

Primera parte: productos, máquinas y agroquímicos

El fundamento de la mayor pena se sustenta en la situación de indefensión en la que se encuentran los objetos del delito, por encontrarse dejados en el campo, pues ello determina que su titular no pueda brindarles protección.

Se entiende por "campo" el lugar situado fuera del radio poblado, en el cual el titular de la tenencia de los objetos no puede ejercer una vigilancia directa o inmediata, continua o una particular defensa de ellos. No constituyen "campo las casas, habitaciones, galpones y otras dependencias (patios, graneros, tambos), por más que se encuentren en zonas rurales,[53] ni tampoco cuando se encuentran bajo una custodia inmediata del pastor o arriero, salvo que este fuere su autor.[54] Dentro del concepto de campo quedan comprendidos los caminos que circundan o cruzan los predios.[55]

Respecto del objeto de la acción, se discute en doctrina si se encuentran incluidos los productos minerales que se sacan o extraen del suelo. Algunos autores niegan que su apoderamiento sustente la agravante,[56] pues por un lado, el vocablo producto debe ser entendido en el sentido de lo que la tierra da o produce, y por otro, porque ellos no se separan sino que se sacan del suelo. Otros autores entienden que ellos se encuentran comprendidos por la ley.[57] La indistinción de la ley no permite semejante limitación, máxime cuando la expresión "separar" puede adquirir un sentido genérico de hacer cesar la adherencia del objeto a otro y la protección más intensa no se da porque se trate de actividad agropecuaria, sino por la situación de indefensión de los objetos.[58]

La figura exige que los productos se encuentren separados del suelo, es decir quitados de su natural adherencia por una acción humana que no haya sido la del propio agente, razón por la cual no es aplicable esta agravante cuando la separación es efectuada por el ladrón mismo o por un tercero que hubiere acordado con él.[59]

El apoderamiento también puede recaer sobre máquinas o instrumentos de trabajo, tratándose de las que se emplean para la labor

53. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 577-578; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 213-214; Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 434.

54. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 193.

55. Ibídem.

56. Aguirre Obarrio, citado por Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 56.

57. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 214.

58. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p.435.

59. Ibídem, p. 435; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 214; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 194.

del campo o vinculadas con él, como los arados,[60] las trilladoras y las cosechadoras. Los instrumentos son aquellos que tienen por destino el trabajo, es decir la producción, separación, recolección, extracción, de los frutos o productos.[61]

No quedan comprendidos las maquinarias o instrumentos que aunque se utilicen con ocasión del trabajo, no están destinados, por su naturaleza, específicamente a él –camionetas, automóviles– o si en el momento del apoderamiento no están afectados al trabajo, por ejemplo hurto de un tractor dejado en un camino rural por un desperfecto[62] o las herramientas dejadas en el campo después de una exposición de propaganda.[63] Con relación a este punto, señala Aguirre Obarrio que es frecuente que cuando el campesino suspende sus tareas deje las máquinas en el lugar en que se encontraban ya que llevarlas hasta la casa para volver a trasladarlas al día siguiente, implicaría recorrer con ellas largas distancias, con los consiguientes gastos de tiempo y dinero, de allí el fundamento de la agravante ya que los bienes quedan a la confianza pública por necesidad.[64]

La misma pena se aplica cuando la acción recae sobre productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, objetos que fueron incorporados por la Ley N° 25890, pues ellos también se emplean para el trabajo del campo. Puede tratarse de bactericidas, insecticidas, fertilizantes, etcétera.

Para que proceda la mayor pena aquí prevista se debe dar, entonces, una duplicidad de condiciones que deben hallarse presentes en forma conjunta: que el apoderamiento recaiga sobre los elementos descriptivos fijados taxativamente y que además estos estén dejados en el campo.

Segunda parte: alambres u otros elementos de los cercos

La razón de ser de la agravante del hurto de elementos de los cercos, ha provocado discrepancias en la doctrina. El fundamento de la mayor pena tiene, para algunos autores, el mismo sustento que el anterior,

60. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 214.

61. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p.436.

62. Ibídem, p.436.

63. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Ledesma, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 416.

64. Citado por Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pp. 57-58.

esto es, la situación en que se encuentran. Para otros, en cambio, es el interés en la función rural de los cercos, relativa a la seguridad de la riqueza ganadera y agrícola,[65] es decir que, a diferencia de los casos anteriores, esta agravante no obedece tanto a la situación del cerco sino a la función que cumple como custodia (aunque sea simbólica) del ganado, los cultivos, etcétera. Si el cerco ya estaba roto, no podía cumplir con su cometido, por lo que será hurto simple.[66]

Señalan Creus-Buompadre que el hecho de que la ley no se refiera a ellos como "dejados en el campo", como lo hace en los casos anteriores, no puede interpretarse en el sentido de que se incluyan en la agravante los cercos que no son rurales, ya que el silencio de la ley en tal sentido se justifica, puesto que los cercos no pueden ser dejados, sino que son plantados o construidos.[67]

La ley incluye todo tipo de cerco, resultando ejemplificativa la mención de alambre;[68] sin embargo, Núñez considera que sólo quedan comprendidos los de alambre.[69] No obstante, si nos atenemos al texto legal, se advierte que cuando alude a "otros elementos de los cercos", permite incluir palos, postes y tranqueras que integren los cercos.

El cerco, en el momento del hecho, debe cumplir la función de cerramiento y, al menos simbólicamente, la de seguridad; el hurto de elementos de los cercos ya destruidos constituye hurto simple.[70]

Aspecto subjetivo

El tipo subjetivo se conforma con la concurrencia del dolo, en sus aspectos cognoscitivos y volitivos, también en relación con las circunstancias que han determinado la agravante.

65. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 195; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 197.

66. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 579; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p.195.

67. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p.437.

68. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 579.

69. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 195.

70. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 438.

Inciso 2

"Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado".

El fundamento de la agravante es, por una parte, el debilitamiento de las posibilidades del tenedor de defender las cosas muebles, y por otro, el mayor desvalor de acción que demuestra quien se vale de esas circunstancias para apoderarse de lo ajeno.[71]

En todos los casos previstos en la figura, se produce una disminución sustancial de la custodia de los bienes, y es ello sumado a que el agente aprovecha esa circunstancia, lo que denota un mayor injusto que funda el aumento de punición, razón por la cual una interpretación razonable de la figura indica que ese elemento subjetivo distinto del dolo debe ser exigido en todos los supuestos, lo que, además de ser más beneficioso para el autor, excluye la arbitrariedad frente a una irrazonable distinción.

La ley prevé dos supuestos: 1) hurto cometido con ocasión y aprovechando las facilidades provenientes de un desastre o conmoción pública (entre las que se incluye el incendio, explosión, inundación, naufragio, etc.); 2) hurto cometido con ocasión y aprovechando las facilidades provenientes de un infortunio particular del damnificado.

El "desastre" a que se refiere la norma como la ocasión en que se lleva a cabo el hecho, abarca los expresamente enumerados de modo no taxativo (incendio, explosión, inundación, etc.), como cualquier otra cuestión que tenga características de tal. Es concebido como todo daño de magnitud que afecta o hace correr peligro a un número indeterminado de bienes o personas de una sociedad o comunidad. La característica que lo distingue de los daños que no se pueden calificar como tales, es la noción de peligro común, por lo que es necesario que el desastre extienda o pueda extender sus resultados a un número indeterminado de personas o bienes; no es estrago el daño que sólo puede afectar a un número determinado de personas o bienes.[72]

71. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 196; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 417.

72. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 439.

También se ha definido como una desgracia grande o suceso infeliz y lamentable en gran medida, producido por cualquier causa que afecta o hace sentir sus efectos sobre un sector o todo el público de una localidad o región, tal como pestes, sequías o terremotos. No basta que concurra uno de los sucesos, se requiere que él haga sentir sus efectos materiales o morales, no de manera limitada a una o varias personas en su intimidad, sino sobre el público, y que alcance la proporción de un desastre por la medida del mal que implica.[73]

No es indispensable que el hurto se consume sobre bienes jurídicos de las personas que materialmente han sido afectadas por el desastre; puede darse sobre objetos de personas que se ven alcanzadas de otro modo –efectos morales: temor, ansiedad, atención a la evitación de los eventuales peligros, etcétera–.[74]

La "conmoción pública" ha sido definida como toda situación de perturbación pública, o sea, generalizada a una sociedad o comunidad procedente de actividades tumultuarias producidas por grupos más o menos extensos de personas, aunque no alcancen a tener las características de asonada o motín.[75] Ella no supone una amenaza nacida de un desastre en el que prevalecen las fuerzas de la naturaleza o circunstancias fortuitas, sino de una perturbación pública que generalmente se produce con motivo de conflictos internos o externos que repercuten en el pueblo, sociedad o núcleo determinado y que se manifiesta en situaciones de confusión o alboroto general.[76]

El supuesto de "infortunio particular del damnificado" abarca toda situación de padecimiento físico –enfermedad, lesión, etc.– o moral –desgracia afectiva–, que normalmente influye sobre el tenedor del objeto, aminorando la vigilancia que suele ejercer sobre él.[77] Con mayores exigencias, se ha sostenido que equivale a adversidad o desgracia, de carácter verdaderamente grave, que sea equiparable a un desastre o conmoción pública, es decir que origine una situación de indefensión de los bienes equiparable a la que producen los desastres o conmocio-

73. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 198.

74. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 439.

75. Ibídem, p. 440.

76. Moreno, Molinario, Núñez, citado en Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 418.

77. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, 2013, p. 440.

nes públicas, y esto no cabe más que en un infortunio que prive a la víctima de su capacidad de preservación normal de la cosa, o en otras palabras, que le afecte en su persona.[78]

Es indiferente la causa de aquel, pues puede tratarse tanto de una enfermedad de la cual el sujeto es totalmente inocente –por ejemplo epilepsia–, como de un estado de inconciencia por ebriedad voluntaria; pero no se incluye en la agravante el hurto al que duerme pues dicho estado no constituye un infortunio.[79]

El infortunio puede obedecer a causas extrañas al sujeto pasivo o no, provocadas por el agente o no, previsible o no, haber sobrevenido poco antes del apoderamiento o preexistir a él, pero sí tiene que ser particular del damnificado.[80]

Se divide la doctrina en torno a si deben incluirse o no en la agravante los casos de enfermedades permanentes. En el supuesto de quien aprovecha la ceguera de la víctima para cometer el hurto, se deciden por rechazar la agravante Díaz, Moreno y Oderigo, exponiendo como sustento que la víctima ha tenido tiempo para tomar las precauciones, es decir que tales personas han debido adaptar su modo de vivir a las circunstancias impuestas por su situación. Por el contrario, admiten la calificante en tal hipótesis Soler, Núñez y Malagarriga. Estos autores señalan que la ley no puede dejar de tomar en cuenta la situación de quienes, sin ser incapaces, están imposibilitados de defender normalmente sus bienes. Dice Soler: ¿qué precauciones puede tomar un ciego para evitar que alguien se le acerque y le saque el reloj?[81] También Creus-Buompadre admite los estados crónicos –como la ceguera de nacimiento–, como fundamento de esta calificante.[82] Lo importante es que se establezca la conexión entre el infortunio y la facilidad derivada de él para el autor.

El concepto de "infortunio" abarca toda situación de padecimiento físico o moral que normalmente influye sobre el tenedor del objeto, aminorando la vigilancia que suele ejercer sobre él (CNCC Sala VII,

78. Rivacoba y Rivacoba, "La agravación del hurto por aprovechamiento de infortunio en el derecho argentino", *Doctrina Penal*, año 14, 1991-b, p. 555.

79. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 218; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 199.

80. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 581.

81. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 218.

82. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 440.

"F., M.V.", c. 964, del 31/7/12). Si el desapoderamiento del celular se produjo cuando defendía a su padre de las agresiones físicas infligidas por los agresores –ocasión en que se cayó el celular al suelo y uno de los amigos lo tomó–, no se configura la agravante (CNCC, Sala VI, "C.D.J., Y.", c. 55.216, del 25/2/14).

Se configura el hurto calamitoso en el caso en que el encargado del hotel se habría apoderado ilegítimamente de dinero que la víctima tenía en un ropero, mientras esta se encontraba descompensada en el suelo (CNCC, Sala IV, "Fernández, Leonardo", c. 697, del 19/6/12). También en el supuesto de un enfermero que tenía a su cuidado a la damnificada y aprovechó la circunstancia de que esta se hallaba postrada en la cama e inconsciente, por haber sufrido un accidente cerebro-vascular que provocó la parálisis de la mitad izquierda de su cuerpo, con pérdida del campo visual de ese mismo lado, y sustrajo dinero del interior de un mueble situado en la habitación de la víctima (CNCC, Sala I, "Anoso, Alberto A.", c. 41.554, del 2/12/11). Lo propio se dijo en el caso de quien se aprovechó del accidente sufrido por el conductor de un camión que trasladaba bebidas, para recoger productos que se hallaban sobre el asfalto y cargarlos en el vehículo que tripulaban (CNCC, Sala IV, "González Terrazas, Joaquín", c. 22.072, del 8/7/14). Asimismo, se decidió que si el damnificado se encontraba bajo los efectos de tranquilizantes suministrados por personal médico, no puede descartarse la figura del art. 163 inc. 3 CP, pues se trata de una situación de infortunio que fue aprovechada por la imputada (CNCC, Sala VII, "Fontán, Marcela V.", c. 964, del 31/7/12). Igualmente, en el caso de quien se apoderó ilegítimamente de un reloj, en oportunidad del accidente automovilístico que sufriera la víctima y por el que luego perdiera la vida, mientras se encontraba inconsciente; ocasión en la que mientras el sargento intentaba sacar al damnificado del interior del vehículo, le extrajo el reloj de la muñeca y se lo entregó al subinspector, quien no lo asentó en las actas de secuestro labradas (CNCC, Sala I, "Gómez, Gabriel", c. 43026, del 4/9/12). Asimismo, se consideró posible la aplicación de la agravante respecto de quien se apoderó de la radio que utilizaba un paciente internado en razón de padecer el síndrome Guillain-Barré, pues habría aprovechado el infortunio particular del paciente, que abarca toda situación de padecimiento físico o moral que normalmente influye sobre el tenedor del objeto, ami-

norando la vigilancia que suele ejercer sobre él (CNCC, Sala VII, c. 7282, "Vázquez, Sandra", del 21/5/15).

Se admite que la persona que ha muerto aparezca como sujeto pasivo del delito cuando ha sido precisamente la muerte el infortunio sufrido y un tercero no lo haya sustituido aún en la tenencia de la cosa que sustrae el agente.[83] Así, se decidió que comete el delito de hurto calamitoso quien, aprovechando las facilidades que le brindaba el deceso de C. O. C., sustrajo su arma reglamentaria, pues se admite la posibilidad de que la persona que ha muerto aparezca como sujeto pasivo del delito cuando el infortunio sufrido fue justamente el deceso de la víctima (CNCC, Sala V, "Meliga, Luis", c. 9645, del 16/3/16. En igual sentido se expidió la CNCC Sala IV, "Marfany, Juan M.", c. 22946, del 5/2/04). La jurisprudencia excluyó de esta agravante el caso de la simple pinchadura de un neumático, pues la víctima en ningún momento debió abandonar el automóvil, sino que se quedó junto a él y con la ayuda de terceros reparó el desperfecto, por lo que no se configuró el estado de indefensión exigido por aquella, que requiere que el padecimiento físico o moral sufrido sea de una magnitud tal que aminore la vigilancia que el tenedor posee sobre los bienes (CNCC, Sala VI, "Álvarez, Carlos y otro", c. 339, del 27/4/12).

Debe tratarse de un infortunio que afecte al damnificado y no solamente al estado en que se hallan los bienes.

El hurto debe perpetrarse con ocasión del desastre, conmoción o infortunio, o sea en la oportunidad de ocurrir el suceso y aprovechando las facilidades que de ellos provienen, es decir valiéndose de ellas. Con ello se subraya la necesidad de que el acontecimiento haya debilitado la defensa que la víctima habría podido ejercer normalmente sobre la cosa. Como consecuencia de ello, no se aplicará esta figura si la calamidad o desgracia, en lugar de hacer más fácil la labor del ladrón, la dificultara con refuerzos en la vigilancia, como sería en caso de peste, con el encierro por cuarentena de los moradores de la casa.[84]

Aspecto subjetivo

La doctrina entiende, mayoritariamente, que en todos los supuestos previstos, los hurtos no sólo deben cometerse en ocasión de los

83. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pp. 440-441.
84. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 204.

eventos indicados, sino que además se exige el aprovechamiento de las facilidades provenientes del desastre, pues la ley sigue el sistema de enunciación ejemplificativa, completada por una fórmula general, lo que indica el idéntico carácter de todos los casos comprendidos, no existiendo razón alguna para efectuar una distinción.[85]

Por ello la referencia de la fórmula al "aprovechamiento de las facilidades de cualquier otro desastre" permite extender la exigencia a cada uno de los desastres que se enuncia en forma taxativa.[86]

Esta circunstancia indica que el tipo subjetivo debe contener además del conocimiento del desastre o infortunio, la voluntad de aprovechar las facilidades que se derivan de la disminución de la vigilancia. Se trata de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, de tendencia, cuyo efecto es limitar el poder punitivo estatal, al restringir el alcance del tipo.[87]

Se discute cuál es el alcance del concepto de "aprovechamiento" a que se refiere la ley. Núñez aclara que se exige que el autor se valga de la situación de desgracia, sin que sea necesario que ella lo haya llevado a cometerlo.[88] Contrariamente a ello, señala Donna que para Polaino Navarrete el componente motivacional es decisivo para la resolución criminal, funciona como motivo-causa o motivo-fin para la adopción de la resolución subjetiva de la conducta típica.[89] No creemos que tal exigencia subjetiva sea requerida por la figura.

Fontán Balestra afirma que las circunstancias objetivas que agravan el delito han de ser conocidas por el autor, "que a los efectos de su comisión las tuvo especialmente en mira".[90] Tratándose de incendio, explosión, inundación, etcétera, el hurto debe haber tenido lugar mientras las personas se encontraban bajo la aflicción o el temor que esos hechos pueden haber causado, porque sólo así el autor puede haber obrado con el elemento subjetivo que requiere la figura, que consiste en la conciencia de que el hecho se facilita por las circunstancias

85. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 581; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 198.

86. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 441.

87. Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 518-519.

88. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 202.

89. El injusto típico en la teoría del delito, citado en Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, 2003, p. 67.

90. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 417.

concurrentes. En base a ello, se ha considerado hurto simple el desapoderamiento de una radio de un automóvil colisionado tiempo antes, porque el sujeto activo ignoraba el infortunio que padecía la víctima.[91]

Inciso 3

"Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa, u otro instrumento semejante o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida".

La razón de la calificante se debe a la mayor actividad del autor para vencer obstáculos que se oponen al apoderamiento.[92] La existencia de defensas preconstituidas y creadoras de una esfera de vigilancia que rodea el objeto de la sustracción, de modo que la acción del autor además de consistir en el apoderamiento de la cosa, abate otra defensa externa a la cosa misma y que formaba un ambiente dentro del cual la vigilancia era ejercida.[93]

Los instrumentos típicos son ganzúas, llaves falsas o instrumentos semejantes y la llave verdadera sustraída, hallada o retenida.

Con relación a los medios comisivos, la ganzúa es un instrumento que por sus características está destinado a abrir diferentes cerraduras, haciéndolas funcionar. Soler lo describe como el instrumento que, sin ser llave, actúa sobre los dispositivos de un cerrojo, haciéndolo funcionar.[94] De modo que si el elemento usado se encuentra más allá de los límites que caracterizan la habilidad, si en sí mismo encierra un modo de empleo compatible con el despliegue de la fuerza en las cosas, el hecho se desplazará al robo.

También puede llamarse ganzúa a un alambre doblado de modo que permita hacer palanca y correr los pestillos, sin que tenga relevancia la distinción precisa entre ganzúa y otro instrumento semejante, puesto que la ley los equipara como medios aptos para perpetrar este hurto agravado.[95]

---

91. Ibídem, pp. 418 y 430.

92. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 442; D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 582.

93. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 218; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 203.

94. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 219.

95. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, pp. 420-421.

"Llave" es el objeto que por su destino común y corriente, permite abrir cerraduras (descorriendo el pestillo), o permite cerrarlas (corriendo el pestillo) y con ello abrir lo que estaba cerrado y cerrar lo que estaba abierto.[96]

La llave falsa es aquella que no es la que legítimamente se usa para abrir la cerradura;[97] puede ser la llave de otra cerradura o una llave fabricada sobre el molde de la verdadera.[98] Por eso se ha equiparado a una llave falsa el duplicado de una llave verdadera que el ladrón hizo hacer por su cuenta o que, también por su cuenta, se reservó.[99]

La jurisprudencia ha considerado que se aplica este inciso por tratarse de una llave falsa, si los elementos han sido sustraídos del interior de una vivienda a la que se ingresó a través de una copia no autorizada de una llave, por parte de la empleada doméstica (CNCC, Sala V, "Perín, Graciela M.", c. 41216, del 8/10/15).

Cualquier "instrumento semejante" cuyo uso posee el mismo efecto, hace referencia a que puede tratarse de un clavo o un objeto que empleado con habilidad sirva para hacer funcionar el mecanismo, es decir una maniobra mecánica no violenta.[100] Se trata de todo aquello que sin ser llave o ganzúa resulta apto para accionar una cerradura; de manera que opere sobre sus mecanismos internos como lo hace una llave, o bien se lo utilice con el mismo resultado sobre el pestillo. La semejanza a que alude la norma es meramente funcional, porque lo importante es el vencimiento del reparo predispuesto, mediante una maniobra mecánica no violenta (CNCP, Sala II, c. 3046, "Cano, Héctor Leonardo s/recurso de casación", 1/3/01).

A su vez, "llave verdadera" es la que está destinada a abrir y cerrar una determinada cerradura por quien tiene su uso legítimo.[101] Sin embargo, aclara Núñez que "llave verdadera" no es sólo la que siendo llave en sentido propio está legítimamente destinada a abrir la cerradura,

96. Laje Anaya, Justo, "Ganzúa, llave falsa, instrumento semejante y llave verdadera sustraída, hallada o retenida, en el delito de hurto", LL C-1998-1229.

97. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 443; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 421, con cita de Gómez y Molinario.

98. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 220.

99. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 211.

100. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 219.

101. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 443.

sino también cualquier otro instrumento utilizado legítimamente para ello; la condición de verdadera no depende de la forma o aptitud del instrumento, sino de su destino.[102]

Tratándose de la llave verdadera, esta debe haber sido sustraída, hallada o retenida.

Soler afirma que no se encuentra comprendida la llave que el interesado ha dejado en la cerradura, ni tampoco la escondida en el exterior.[103] Se trata de la llave salida involuntariamente del poder de quien legítimamente la tenía.[104] Por ello se ha considerado hurto simple la sustracción de elementos que se encontraban en el interior de una valija, cuando el imputado había tomado las llaves que se encontraban en la mesita de luz y abrió el candado que la aseguraba, pues para que se aplique la agravante el autor debe vencer obstáculos mediante una conducta que, aunque no violenta, resulte compatible con el fraude, la habilidad o destreza, de manera tal que la defensa se vuelve inútil (CNCC, Sala IV, "Ceriani, Juan P.", c. 17, del 29/2/12).

Por "llave sustraída" se entiende no sólo la hurtada, sino también la obtenida por fraude o engaño.[105] Tozzini brinda un concepto más restringido afirmando que "llave sustraída" es la que el ladrón, por sí o por intermedio de otro, quitó a su tenedor furtivamente, o la que, estando en poder de la víctima del hurto, la toma *invito domino*, para cometerlo y luego la vuelve a dejar en poder de su anterior tenedor, todo lo cual permite presumir que ella estaba debidamente cuidada.[106] La jurisprudencia consideró que "llave verdadera sustraída" es la que se encuentra escondida y es apoderada para posteriormente ser utilizada por el autor, pues revela la voluntad de permitir su uso sólo a aquellas personas que conocen legítimamente su escondite (CNCC, Sala V, "Grasso, Nicolás", c. 16292, del 16/5/15).

Se decidió que la llave verdadera es sustraída cuando es sacada de la esfera de custodia de su dueño mediante apoderamiento ilegítimo por el autor del hurto o un tercero. No es llave sustraída la entregada

102. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 204.
103. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 220.
104. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 203.
105. Laje Anaya, Justo, "Ganzúa, llave falsa…", *op. cit.*
106. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 212.

erróneamente por el tenedor, ni la que este ha dejado en la cerradura, pero sí lo es la que se encuentra en un lugar escondida, que revela la voluntad de permitir su uso sólo a aquellas personas que conocen legítimamente el escondite (CNCC, Sala VI, c. 37580, "Sequeira González, Sabrina", del 25/5/09; c. 32938, "Giménez Báez, María Beatriz", del 13/8/07; Sala VII, "Aquino del Valle, Graciela", c. 19.348, del 30/8/02).

"Llave hallada", no comprende sólo aquella que fue perdida y en condición de tal, fue encontrada por quien luego se convierte en ladrón; sino que la llave es encontrada no sólo cuando se halla en situación de perdida en el sentido de que no la tiene nadie, sino también cuando en su poder la ha encontrado el autor a raíz de un hecho motivado por error o caso fortuito, en cuyo caso también estará perdida para el titular.[107] Se incluye también la llave olvidada por su tenedor u ocultada en algún lugar (maceta, debajo del felpudo), de modo de demostrar, en forma clara, la voluntad de que la llave no sea utilizada por cualquiera;[108] aunque esta última también puede considerarse sustraída.

"Llave retenida" es la llave cuya tenencia el sujeto prolonga más allá de los límites de su legitimidad;[109] es decir cuando medió tradición voluntaria de ella por parte de quien, a la postre, resultó damnificado por el delito, pero cuya tenencia se ha vuelto ilegítima porque expiró el derecho a tenerla y no fue restituida.[110]

Si el autor usó una llave retenida, luego de haber cedido el uso comercial del local a favor del querellante, se aplica la agravante, pues sería la llave verdadera cuya tenencia prolongó más allá de los límites legítimos (CNCC, Sala VI, "Casano, Adrián E.", c. 41.535, del 8/9/11). En cambio, si la imputada sustrajo bienes de la casa de su empleadora con la llave que le había sido entregada, cuando la relación laboral se encontraba vigente, no se aplica la agravante, puesto que llave retenida es aquella cuya tenencia resulta ilegítima al no haber sido restituida cuando venció su derecho a tenerla (CNCC, Sala V, "Hainard, Agustina", c. 8236, del 29/9/16).

107. Laje Anaya, Justo, "Ganzúa, llave falsa...", *op. cit.*

108. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 473.

109. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 444.

110. Laje Anaya, Justo, "Ganzúa, llave falsa...", *op. cit.*

El agravamiento exige que el autor abra la cerradura haciendo uso ilegítimo de uno de los objetos que menciona la ley, de modo que si el ladrón estaba autorizado, su uso para producir el desapoderamiento no califica el hurto, porque el titular ha renunciado voluntariamente al resguardo que defendía la cosa. Lo propio sucede si el lugar o recinto no estuviere cerrado por todos sus lados, pues la apertura ilegítima de la cerradura no viola seguridad alguna que pueda agravar el hurto.[111] En cambio, sí se configura la agravante si el autor sustrajo el llavero de su abuelo e hizo preparar un duplicado que posteriormente fue utilizado para penetrar a la vivienda y apoderarse de una suma de dinero (CNCC Sala VI, c. 18795 "Sobrero, C.", del 7/6/90).

Asimismo, requiere que los instrumentos sean utilizados como llave, es decir para hacer funcionar el mecanismo de la cerradura, pues si se los utilizara de otro modo (por ej. como palanca), podrá darse otro tipo –por ej. robo–, pero no el hurto calificado.[112]

La redacción actual no exige que la llave se emplee "para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción", a partir de lo cual cuando se abrían cofres, cajas de hierro, vitrinas, a los que no se penetraba, la doctrina unánimemente no aceptaba la conformación de la calificante,[113] o la sustracción de un objeto del baúl de un automóvil o del contenido de un tanque de combustible mediante dicho empleo, o para abrir la cerradura de algún armario en el que no se entra,[114] o cuando no se usa para entrar a la casa donde se comete el hurto, sino para abrir puertas internas.[115]

Esas limitaciones no resultan aplicables al texto actual. De modo que para su configuración alcanza con que el objeto se halle protegido por una cerradura y que ella se encuentre cerrada, se trate de una caja, vitrina, o inclusive una cadena cerrada con candado. En tal sentido afirma Laje Anaya que con la redacción actual el campo de actuación del tipo es más amplio que el anterior.[116]

111. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 203.
112. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 444.
113. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 206.
114. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T IV, Buenos Aires, Tea, 1976, p. 221.
115. Ibídem, p. 246.
116. Laje Anaya, Justo, "Ganzúa, llave falsa…", *op. cit.*

Sin embargo, no será subsumible en esta figura cuando la cerradura no es el medio de protección, sino un mecanismo para dar movimiento al objeto, como el caso de la llave de ignición del automotor; pero sí cuando la llave es empleada para abrir la puerta, sea para sustraer el mismo vehículo u otro objeto que se halla en su interior.[117]

Aspecto subjetivo

Es un tipo doloso en el que resulta necesario que el autor conozca que el elemento con el que está accionando la cerradura no es el mismo que se usa habitualmente, o que la llave que le entregaron ha sido sustraída, encontrada o no devuelta a su tiempo.[118] La falta de ese conocimiento por ignorancia o error excluye el agravamiento.

Inciso 4

"Cuando se perpetrare con escalamiento".

El escalamiento consiste en un esfuerzo, agilidad o artificio de parte del autor para violar la mayor defensa puesta por el propietario en resguardo de la cosa[119] y en ello se sustenta la mayor punibilidad.

Por ello el escalamiento no agrava la conducta si no es necesario porque el recinto donde se encuentra el objeto de hurto es discontinuo o no constituye en sí mismo una defensa efectiva.[120]

Debe tratarse de una defensa preconstituida que desempeña la función de cercamiento, por lo que si un pedazo de tapia está derrumbado no puede hablarse de escalamiento si el autor, pudiendo pasar por el boquete, ha preferido saltar unos metros.[121] Señala Tozzini que no se aplica si el autor utilizó una escalera dejada por el propietario cerca del lugar o se valió de una pila de leña o de piedras que el dueño levantó contra el cerco, pues para que la burla de la defensa privada merezca un castigo más enérgico, es necesario que las precauciones empleadas por el dueño tengan en sí mismas cierto grado de eficacia presunta. Lo que importa

117. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 442.

118. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 583.

119. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 215.

120. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Buenos Aires, Lerner, 1978, pp. 207-208; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p. 413.

121. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 226.

no es la intención protectora del propietario, sino la diligencia que puso en ese sentido.[122] En igual sentido se decidió que no se aplica la agravante cuando el autor, si bien utilizó una escalera para lograr su cometido, lo cierto es que no la colocó para perpetrar el delito, sino que esta se encontraba dispuesta en la medianera de la vivienda, por lo que no tuvo que vencer defensas dispuestas por el propietario para el resguardo de las cosas (CNCC, Sala I, "Barrera, Edgar", c. 43932, del 27/12/12).

Sin embargo, dándose la función de efectivo cercamiento, no interesa la materialidad, pueden ser construcciones sólidas, permanentes o temporales (ej. cerco de chapas de una obra en construcción) o de cercos que no permiten el paso a través de estos (como los de alambre tejido), que pueden ser vivos (ej. cerco de plantas).[123]

El escalamiento requiere que el autor cumpla cierto esfuerzo o actividad para vencer sin violencia las defensas puestas a la cosa; pero no exige que dicho esfuerzo se emplee para sobrepasar o pasar por encima de un obstáculo, sino también cuando se vencen obstáculos que están al nivel o por debajo del suelo, como cuando se utilizan vías subterráneas.[124] El escalamiento puede ser utilizado para subir o bajar, por ejemplo cuando se vale de la excavación de un túnel por debajo de los cimientos de un muro o pared.[125] En tal sentido, se resolvió que se aplica la agravante si el imputado, previo acceder al comercio a los fines de cometer la sustracción, debió efectuar un descenso desde la vía pública por un hueco de unos dos metros de altura aproximadamente, actividad esta que importa el vencimiento de una particular defensa predispuesta, pues aunque el término escalamiento da la idea de ascenso, la doctrina coincide en que también comprende el descenso (CNCC, Sala IV, c. 13644, "P., C.N.", del 8/9/16).

Sin embargo, el criterio que requiere un esfuerzo considerable, autónomamente considerado, ha planteado dudas, ya que puede depender de las características físicas del autor (un hombre alto podrá trasponer sin esfuerzos una ventana baja, pero el de pequeña estatura la escalaría), por lo que se entiende que sólo asume un sentido correcto

122. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 217.

123. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 413.

124. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 423.

125. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 77.

cuando se lo relaciona con el de defensa predispuesta, es decir que el esfuerzo o actividad se lleven a cabo para vencer aquella, pues no es la fatiga del autor lo que caracteriza la agravante, sino el vencimiento de la particular defensa.[126]

Se entendió que existe escalamiento respecto de los autores de hurto que treparon por el balcón a un primer piso de un edificio (CNCC, Sala V, "Valnzisi, Augusto", c. 19.634, del 3/9/13), como así también si el autor trepó hasta la terraza del domicilio de la víctima e ingresó por allí, a fin de apoderarse de un juguete a control remoto (CNCC, Sala IV, "M., L.F.", c. 5307, del 9/3/16).

Señala Donna que lo trascendental no es que el agente trepe, ascienda o suba, sino que lo verdaderamente relevante es que logre acceder a los bienes muebles de los que pretende apoderarse por vía insólita o desacostumbrada, es decir, valiéndose de una acción que no sea de la que usualmente se sirve el titular para llegar a los bienes.[127]

Parte de la doctrina requiere que el ladrón penetre al recinto cerrado donde se halla la cosa objeto del hurto, por lo que no se aplicaría la figura si el ladrón se apodera del objeto desde fuera del recinto, encaramándose a la pared, o introduciendo el brazo por una banderola, o valiéndose de un aparato cualquiera para tomar la cosa.[128] Mientras que otros autores entienden que nuestra ley no exige dicho requisito, de modo que se aplica la calificante si después de haber subido a la tapia, resulta suficiente la extensión de la mano para alcanzar la cosa,[129] o valiéndose de una caña para tomar la cosa.[130] Creus-Buompadre descartan la agravante, sin embargo, en los casos en que el agente utiliza aparatos, no para bajar o subir él, sino para apoderarse de la cosa no obstante el obstáculo, p. ej. lanzando un sedal con anzuelo por encima de una tapia para adquirir piezas en el gallinero.[131]

126. Creus-Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p.446.

127. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 77.

128. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 210-211; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 424.

129. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 220; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, pp. 223224.

130. González Roura, citado por Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 424.

131. *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 447.

Otra de las cuestiones planteadas finca en la distinción entre escalamiento externo e interno. La mayor parte de la doctrina sostiene que no corresponde tal diferenciación y que comprende tanto el escalamiento interno como externo, siempre y cuando lo lleve a cabo el agente y no sea para subir o bajar una cosa.[132] Otra opinión, sin embargo, afirma la imposibilidad de un escalamiento interno, por entender que la ley sólo protege el límite externo de la propiedad, pues sólo quiere resguardar a esta.[133]

Asimismo, cabe distinguir entre el escalamiento perpetrado para ingresar al lugar y el llevado a cabo para salir de él. En tal sentido, la mayor parte de la doctrina sostiene que no se aplica esta agravante si el escalamiento se emplea para salir del lugar, después de intentado o consumado el hurto.[134] Es esencial que el escalamiento se efectúe para perpetrar el hurto. Para Quintano Ripollés y Muñoz Conde el escalamiento debe hallarse en una relación de medio a fin respecto del apoderamiento y por tanto habrá de ser previo a este.[135]

No se admite el escalamiento en los casos en que se supera un obstáculo que no ha sido puesto para proteger la cosa, por ejemplo al subir a un árbol.[136] Aunque aclara Donna que el escalamiento es compatible con cualquier resguardo que exija ser superado, como sería el supuesto de un cerco de ligustros.[137]

Aspecto subjetivo

Exige el conocimiento de todos los elementos del tipo básico, más el del escalamiento empleado y la voluntad de cometer el hecho con la modalidad señalada en la figura. El agente debe haber escalado con la finalidad de hurtar, si lo hizo por otras razones o aprovecha la circunstancia para hurtar, o si se ve impedido de salir por el lugar por donde penetró

132. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 584; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 225; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 211; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 414; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 476.

133. Ramos, citado por Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 211.

134. Tozzini, Carlos, Los delitos de hurto y robo, op. cit., p. 219, Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 210/211; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 424.

135. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pp. 77 y 80.

136. Ibídem.

137. Ibídem, p. 79.

sin escalar a causa de haber sido sorprendido y escapa con la cosa escalando, se configura el hurto simple.[138]

Inciso 5

"Cuando el hurto fuese de mercaderías u otra cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren".

La agravante no procede en razón de la mercadería o cosas muebles en sí mismas, ya tuteladas suficientemente por el art. 162 CP, sino en razón del lugar en que se hallan y al momento en que se comete el hecho ilícito, situaciones que impiden una eficaz vigilancia privada. Señala Buompadre que la razón que da fundamento a la agravante radica en la especial protección que merecen ciertas cosas que en determinadas circunstancias se encuentran libradas a una mejor acción del ladrón, quien actúa sin interferencias o dificultades de ninguna clase. Es precisamente por la situación particular en que se hallan esos bienes que el dueño o tenedor aminora sus defensas o su custodia. En la situación que describe la norma, las defensas privadas se debilitan enormemente justificando de ese modo el mayor resguardo penal.[139]

El fin que tuvo en mira la ley era incrementar la pena para una forma de delincuencia aparecida con motivo del transporte de mercaderías, denominada "piratas del asfalto". Sin embargo, tal como surge del texto, no limita la agravación a los apoderamientos en vehículos automotores que circulan por asfalto, sino que la hace extensiva a cualquier medio de transporte de mercaderías incluyendo el ferroviario, el marítimo y el aéreo, en los que en nuestro país no se registran casos de piratería. De allí que, más allá de cuáles fueron los motivos concretos que llevaron a su dictado, cabe atenerse a la mayor amplitud que posee en cuanto que abarca los bienes muebles mientras son transportados, hasta tanto lleguen al destinatario.[140] Para Creus, trátase de una protección al transporte, aunque ella se extienda al momento de la carga,

138. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, op. cit.*, pp. 584-585.

139. Buompadre, Jorge E., "El hurto de cosas transportadas", LL, 1987-C-828.

140. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, pp. 221-223 y Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 212-213.

es decir a aquel en el que el medio de transporte está siendo cargado y la ocasión de la agravante se prolonga durante todo el viaje hasta que las cosas lleguen a destino, o en el caso que deban ser entregadas a un tercero, hasta que se realiza dicha entrega.[141]

El objeto material del delito son las mercaderías u otras cosas muebles, en tanto se encuentren en la situación exigida por la norma, esto es transportadas. El concepto de "mercadería" se encuentra definido en el art. 77 CP como "toda clase de efectos susceptibles de expendio" y el de cosa mueble ya ha sido tratado al analizar la figura básica.

La figura dispone que debe tratarse de mercaderías transportadas "por cualquier medio", razón por la cual es indiferente el transporte que se utilice, puede ser terrestre, acuático o aéreo;[142] abarca barco, avión, tren, camión, ómnibus, taxímetro o automóvil.

Afirma Fontán Balestra que se subsume en la figura la actividad de quien se apodera de objetos transportados en un camión de mudanzas, si se perpetró después de cargado, *in itinere* o durante alguna escala, por ejemplo la detención para descargar o cargar bultos. Tratándose de remises o taxímetros efectúa una distinción: si tales medios son empleados como transporte no acompañado de bultos que, en consecuencia, salen de la esfera de custodia del propietario o tenedor, estima que se configura el delito; pero no así cuando el transporte se efectúa por esos medios acompañados por sus dueños, porque estos permanecen bajo su vigilancia directa, puesto que la razón de ser de la agravante es la protección de objetos que, por la modalidad del transporte, no están bajo su custodia inmediata.[143]

La figura tampoco abarca los elementos que llevan personalmente los viajeros –bolsos de mano, carteras, etc.– porque estos no han sido cargados en un medio de transporte; en cambio el equipaje que transporta el viajero y que ha sido cargado fuera de la custodia directa de su dueño está comprendido en la agravante, lo mismo que el no acompañado.[144]

La jurisprudencia ha entendido que si la víctima llevó el equipaje consigo en el vehículo del hotel al aeropuerto, donde advirtió el faltante

141. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 416.

142. Ibídem, p. 416.

143. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 425-426.

144. Ibídem, p. 426.

de un bolso que contenía una cámara fotográfica, constituye el delito de hurto simple, descartándose el calificado, pues no se trata de un objeto despachado en un medio de transporte, sino que se encontraba bajo la esfera de custodia inmediata del damnificado en el momento en que ocurrió el hecho (CNCC, Sala IV, "NN", c. 42891, del 5/10/15). Si al pasajero le sustrajeron pertenencias que llevaba consigo en la butaca mientras viajaba en ómnibus, no se aplica la agravante, puesto que el pasajero no despachó el bolso ni se encontraba en la bodega del colectivo, sino que lo llevaba consigo. La calificante comprende el equipaje de viajeros que se despacha, el cual es considerado mercadería transportada (CNCC, Sala I, "Furtado, Carlos D.", c. 43.606, del 12/11/12).

También se excluyen el apoderamiento de dinero o efectos personales del chofer, con la excepción de que el hurto de mercaderías concurra con el del vehículo automotor y los efectos personales hayan estado dentro del transporte.[145] Sí comprende, en cambio, el equipaje de viajeros que se despacha, como sucede en aviones, microómnibus u otros medios de transporte, pues todos ellos son supuestos de mercadería transportada.[146]

Buompadre considera que una correcta interpretación supone, en todos los casos, un objeto de traslación, pues desde el momento en que se produce su "carga", "ya" la cosa está en "situación de transporte"; es decir ya hay cosa transportada para la ley penal, interpretación que excluye de la agravante a las cosas muebles o mercaderías que son objeto del delito en los momentos previos o posteriores al tiempo o lugares señalados en el tipo, p. ej. el hurto de las existencias en depósito.[147]

Por "momento de su carga" debe entenderse el "proceso de carga" propiamente dicho, que va desde que se inician las actividades tendientes a concretar dicho proceso, hasta que la cosa está definitivamente colocada en el medio de transporte.[148]

Tozzini descarta la jurisprudencia que deja fuera de esta figura el hurto cometido durante la carga.[149]

145. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 222.
146. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 425.
147. Buompadre, Jorge, "El hurto de cosas transportadas", *op. cit.*
148. Ídem.
149. Tozzini, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, pp. 223-224.

En igual sentido, se resolvió que si el desapoderamiento de la mercadería transportada se hubiera producido durante el tramo de descarga, resulta aplicable la figura agravada, pues los bienes se encontraban sometidos a una menor vigilancia por parte de su dueño, a lo que se agrega que la imputada conocía que se trataba de mercadería que era objeto de descarga (CNCC, Sala VII, "Bustamante, Sabrina E.", c. 544, del 8/2/12). Lo propio se decidió en el caso en que la sustracción se produjo mientras entregaba mercadería en un restaurante y dejó sobre la vereda un paquete de seis botellas de gaseosa (CNCC Sala IV, "Meza, Damián", c. 283, del 4/4/12) y en el que intentó apoderarse de dos cajas en el interior de una camioneta de una empresa estacionada, mientras su conductor descargaba mercadería en un local de la zona (CNCC, Sala VI, "Bocangel, Hipólito V.", c. 43.044, del 16/2/12). En cambio, no se verifica la calificante si la mercadería, al momento de la sustracción, no estaba en tránsito sino guardada en un depósito para ser oportunamente transportada, porque el apoderamiento se habría producido antes del inicio del proceso de carga (CNCC Sala VI, c. 48383, del 4/3/15).

El vocablo "destino" alude al momento en que se arriba al lugar preestablecido como finalización del transporte. El término "entrega" expresa el lugar donde la cosa debe ser puesta en manos del recepcionista; aunque en algunos supuestos, sin embargo, ambos pueden coincidir.[150] De modo que lugar de destino o entrega no es el sitio de arribo del tren, sino el del destino final de la mercadería o de la entrega a un tercero,[151] abarcando los supuestos en los que el hurto se produce cuando la mercadería está en la estación de tren, pero antes de que se hubiera entregado al destinatario final.

Concordantemente, la jurisprudencia resolvió que se configura la agravante cuando los objetos se encontraban en el lugar de arribo del tren que las transportaba, pues aún no habían sido entregados a su destinatario final (CNCP, Sala I, c. 5841, "Correa, Omar Dante y Araujo Walter Alberto s/ recurso de casación, del 17/3/05).

Si los artículos fueron dejados en la puerta del mercado que aún no se encontraba abierto, ellos no fueron entregados a su destinatario, razón por la cual la sustracción recaída sobre ellos constituye hurto

150. Buompadre, Jorge, "El hurto de cosas transportadas", *op. cit.*

151. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 414.

agravado, pues la norma comprende los casos en que la mercadería no llega a manos de su destinatario, aun cuando el transportista se desprende de ella, a lo que se suma que quien la sustrajo tuvo la posibilidad de apreciar que se trataba de un bien en tránsito (CNCC, Sala VI, "Bastino, Leonardo J.", del 18/6/13).

No se aplica la agravante si la mercadería ya había sido descargada y se encontraba en poder de la damnificada sobre la vereda del supermercado de la damnificada, circunstancia que permite afirmar que los *packs* de gaseosas ya no se encontraban en tránsito (CNCC, Sala I, "Visciconti, Germán", c. 43146, del 10/9/12; CNCC, Sala I, "Olguín, Alberto A.", c. 43621, del 12/11/12). Tampoco se aplica si los contenedores en cuestión no fueron sustraídos durante su carga o descarga, o en el trayecto de su transporte, sino del interior de un depósito en el que aguardaban a ser transportados, es decir que en el momento en que la mercadería fue sustraída ya había sido depositada (CNCC, Sala I, "Vega, Maximiliano", c. 43.683, del 28/11/12).

Las "escalas" son los lugares donde el transporte se detiene por un tiempo, más o menos breve, para reaprovisionamiento, descanso o por puras razones de horarios.[152] Indica Buompadre que la expresión "durante las escalas" se refiere a todo el tiempo en que el medio de transporte permanece estático en los lugares de pertenencia pública o privada, destinados generalmente por las empresas de transporte a reabastecer vehículos y permitir el descanso a los pasajeros.[153]

En síntesis, el apoderamiento debe producirse desde el momento de la carga de la mercadería o las cosas, durante el viaje y sus escalas, hasta la llegada a destino. Si las mercaderías u objetos deben ser entregados, hasta el momento en que esa entrega se realiza. Dice Soler que el hurto es calificado cuando es perpetrado en los vehículos mismos o en las estaciones o escalas de las empresas de transporte. Por estación se entiende no sólo los andenes de los trenes y ómnibus, o los muelles de atraque de los barcos, o las pistas de descenso de los aviones, sino toda la instalación que esté al servicio del viajero, comprendidos los salones, comedores, depósitos, etcétera.[154]

152. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 228.

153. Buompadre, Jorge, "El hurto de cosas transportadas", *op. cit.*

154. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 228.

Aspecto subjetivo

El autor debe saber que el objeto de la acción recae sobre mercaderías y debe conocer que se encuentran en la situación descripta por la norma, es decir transportadas o durante una escala; y en tales condiciones querer apoderarse de ellas.

La ausencia de conocimiento o error en relación con alguno de tales elementos excluirá la calificante. Por ello, si el plan del autor se limitó a la sustracción de una camioneta, no corresponde aplicar esta figura que se vería ampliada injustificadamente a todos aquellos casos en que el rodado transportara mercadería en forma accidental, lo que no está contemplado en el espíritu de la Ley N° 23468, que fue dictada para proteger las mercaderías transportadas desde el momento de la carga hasta su depósito en el lugar adonde fueron remitidas (CCC Sala IV, c. 16024 "Bitar, Nelson Adrián", del 16/5/01).

Inciso 6

"Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público".

La doctrina coincide en que la diferente protección legal no se fundamenta en la naturaleza misma del objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en situación que lleva consigo un riesgo.[155]

Si el tenedor dejó el automóvil en la vía pública con las llaves colocadas, sin asegurar las puertas y se encontraba a escasos metros del lugar sin perderlo de vista, configura el delito de hurto simpe y no agravado. La mayor protección prevista en esta norma proviene del hecho de que se aplica a bienes que, por su naturaleza, el propietario se ve en la necesidad de dejarlos expuestos a un riesgo más elevado, como lo es la vía pública, ante la imposibilidad material de someterlos a otro resguardo y no en la naturaleza del objeto. En el caso, nunca estuvo fuera de su esfera de custodia ni en las condiciones que tuvo en mira el legislador para configurar la calificante (CNCC, Sala VI, "Comba, Karina B.", c. 314, del 25/4/12).

El objeto del delito son los "vehículos", entendidos como aquellos que sirven para el transporte de pasajeros o cosas, pero un concepto tan

155. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 85; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 230; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 427.

general no queda abarcado por la figura porque no todos ellos son susceptibles de ser dejados en la vía pública o en lugares de acceso público –así, buques o aviones–. Se incluye también en la norma a elementos que carecen de tracción propia –como un acoplado, un tráiler portalanchas o portamotocicletas, o una casa rodante que es remolcada–, las bicicletas y los vehículos a tracción a sangre –coches de plaza, "sulkys", carros–.[156]

Así, la jurisprudencia decidió que un acoplado de automotor es un objeto cuya sustracción encuadra en el art. 163 inc. 6 CP, pues –según el Diccionario de la Real Academia Española– "vehículo" se refiere a medio de transporte de personas o cosas, sin distinción alguna en relación a su sistema de propulsión, y "acoplado" se define como vehículo destinado a ir remolcado por otro, a lo que se suma que el art. 5 del Decreto Ley N° 6582/58 ratificado por Ley N° 14467 incluye a los acoplados como vehículos, pues ella establece que "serán considerados automotores los siguientes vehículos: automóviles, camiones, [...] sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuviesen carrozados" (CNCC Sala VII, "NN", c. 56501, del 13/3/14). De allí que algunos lo han considerado un concepto normativo.

La doctrina afirma que por "vehículos" se entiende no sólo los automotores, sino toda clase de ellos, aunque no sean motorizados, incluyendo expresamente a la bicicleta.[157] No comprende los que el hombre arrastra o empuja por sí mismo, como la carretilla o el coche para llevar un bebé.[158]

Por ello, con la introducción del inc. 6. en el art. 163 del CP por la Ley N° 24721, la agravante ya no se encuentra circunscripta al hurto de automotores, sino que se extiende a cualquier clase de vehículos cuya utilización normal importe tenerlos que dejar en los lugares indicados en la norma.[159]

Sin embargo, el concepto de "vehículo" ha traído diversos problemas interpretativos en la jurisprudencia, en particular en los casos de hurto de bicicleta.

156. Laje Anaya, Justo, "Los vehículos que califican al hurto", LL C-1999-17.

157. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 230; Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, T. II B, p. 85.

158. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 428.

159. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 416.

Al igual que sucede en el caso, ya Hart había tratado una norma hipotética que contiene este vocablo, a los fines de abordar su distinción entre casos fáciles y difíciles. La regla dice: "está prohibida la circulación de vehículos en el parque", a partir de la cual todos estaríamos de acuerdo en que los camiones y los automóviles no podrían circular en ese lugar, porque entendemos que esos casos están incluidos en el núcleo de la palabra vehículo. Sin embargo, existe una zona de penumbra de las expresiones lingüísticas, conformada por los casos de difícil interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados. Y agrega Hart: "¿están comprendidas las bicicletas?". Sin duda encontraríamos intérpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra vehículo a este caso y otros argumentando que las bicicletas pueden circular libremente por el parque. Por ello sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje, existe cierta discrecionalidad en el juez para escoger prudentemente la opción adecuada. Este punto de vista generó el famoso debate con Dworkin, quien sostiene que aun en estos casos las partes tienen derecho a obtener una solución acorde con el orden jurídico preexistente y por tanto los jueces no poseen discrecionalidad, sino que deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico.[160]

Diversos fallos admiten que la bicicleta se encuentra comprendida dentro del concepto de vehículo, pues la preferente protección legal no se fundamenta en la naturaleza misma del objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo, por lo que sólo funciona cuando el apoderamiento recae en un vehículo dejado en la vía pública o en lugares de acceso público y no, como antes, en cualquier sitio (CFCP, Sala I, "Farías, Víctor Orlando s/recurso de casación", c. 13.758, del 22/2/12, con cita de Sala IV, "Gómez, Adrián R. s/recurso de casación", c. 11.747, del 21/11/11). Se decidió, asimismo, que el Diccionario de la Real Academia Española define a la bicicleta como un "medio de transporte de personas o cosas, de dos ruedas de igual tamaño, cuyos pedales transmiten el movimiento a la rueda trasera por medio de un plato, un piñón y una cadena", y que tampoco se trata de un vehículo abarcado por el tipo que no comprende

160. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, (estudio preliminar de César Rodríguez), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 33-37.

solamente a los automotores. Por ello, y dado que la letra de la ley no hace distingos, el intérprete no puede ir más allá de lo que el legislador estableció, por lo que tampoco corresponde efectuarlos al momento de su aplicación, a lo que se aduna que la razón de la agravante es proteger los vehículos dejados en la vía pública ante la desprotección que esta circunstancia supone y en el marco que le asigna su uso (CNCC, Sala VI, "N.N.", c. 470, del 21/4/12. También fue considerada hurto agravado por CNCC Sala VII, "Bohn Echequique, Rubén E.", c. 41.543, del 12/9/11. En igual sentido, CNCC, Sala VII, "Gómez, Eduardo M", c. 11.710, del12/7/13; CNCC, Sala I, "Inchausti, José M.", c. 23.188, del 25/8/14 –por mayoría–; CNCC, Sala VI, "Bruno, Omar H.", del 23/4/13).

En sentido contrario, se decidió que el legislador pretendió incrementar la reacción punitiva para la sustracción de vehículos de específico valor económico que, por sus características, necesariamente deben ser dejados en la vía pública y las bicicletas –más allá de su generalizado empleo y aun de su incidencia en el patrimonio de su legítimo tenedor– no parecen entrar en la *ratio legis* que debe tener el intérprete al momento de aplicar la norma con ajuste a los principios interpretativos constitucionales (*pro homine, pro libertate, ultima ratio*), de tal suerte, de consuno con su relativo valor económico, las bicicletas pueden ser resguardadas con mayor facilidad que los autos y no requieren necesariamente su estacionamiento en la vía pública. La disidencia, en cambio, incluyó la bicicleta en el concepto de vehículo empleado por la norma (CFCP, c. 15.268, del 20/11/12). También se dijo que penalizar de igual modo la sustracción de un vehículo que la de una bicicleta vulneraría el principio de igualdad ante la ley por tratar de igual manera dos afecciones tan dispares, produciendo obviamente resultados dispares, a lo que se suma que el objeto gozaría de mayor protección al ser dejado en la vía pública mientras que intimar al conductor a descender de la bicicleta y entregarla, ejerciendo violencia sobre la persona, sería conminado con una pena menor, constituyendo la agravante una pena cruel, arbitraria, vedada por inconstitucional por ser desproporcionada (TOC 18, c. 709, del 1/6/00).

Si la bicicleta que fue sustraída no se encontraba en una situación de desamparo o indefensión que amerite la protección de la agravante prevista en el art. 163 inc. 6 CP, el suceso encuadra en el delito de hurto simple (CNCC, Sala I, "N.N.", c. 42.039, del 15/3/12; CNCC, Sala I, "Bravo, Oscar", c. 149, del 7/3/13), mientras que si la bicicleta otorgada en préstamo

por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires había sido dejada en la vía pública por su tenedor mientras realizaba diligencias en el lugar, ella no se encontraba dentro del ámbito de custodia del usuario, aplicándose la agravante (CNCC, Sala VII, "Silva, Eduardo R.", c. 661, del 30/5/12).

Asimismo, se decidió que no procede la agravante si la damnificada podía visualizar la bicicleta desde su puesto de trabajo, ya que el vehículo se encontraba recostado en el frente del local que posee fachada de vidrio, lo que impide considerar que el bien estuviera en una situación de desprotección (CNCC, Sala V, "Rivero, Pedro E.", c. 29001, del 30/8/16).

La ley se refiere a vehículos "dejados" en la vía pública o en lugares de acceso público.

La doctrina señala que no se encuentra comprendido en esta calificante un vehículo que, encontrándose en la vía pública, ha quedado con personas en su interior, pues debe tratarse de vehículos "dejados" sin custodia, que es lo que fundamenta la agravante.[161] Concordantemente, afirma que si el vehículo tiene una vigilancia inmediata no se encuentra incluido en esta norma, pues "dejado" quiere decir que nadie está cerca para cuidarlo.[162]

La jurisprudencia entendió que cabe descartar la hipótesis del art. 163 inc. 6 CP, en cuanto que la circunstancia de que su propietario se hallaba a pocos metros del vehículo –que se encontraba con las llaves colocadas y el motor en marcha–, permite concluir que el vehículo no se encontraba "dejado" en la vía pública, sino dentro del ámbito de custodia del dueño (CNCC, Sala VII, "Fernández, Sergio A.", c. 1156, del 17/8/12). En cambio, si la víctima ingresó a un comercio, estacionó la motocicleta en la vereda sin las trabas ni llaves colocadas, aun cuando no tardó más de 5 minutos en salir del comercio, se configura la agravante, pues la cercanía existente entre el bien y su dueño al tiempo del desapoderamiento, no implica suponer que el rodado se encontraba protegido o bajo la esfera de custodia del damnificado, pues este había ingresado al local y el vehículo se hallaba con el motor apagado y sin llaves colocadas (CNCC, Sala VII, "D.R.M., D.C.", c. 74674, del 26/2/16).

"Vía pública" es todo lugar por el cual la gente tiene frecuente necesidad de transitar o estacionar. La ley presume que las cosas que las

161. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 427.

162. "Los vehículos que califican al hurto", LL C-1999-17.

personas se ven obligadas a dejar allí quedan disminuidas en la custodia y defensa que normalmente le presta su dueño o tenedor.[163] Pertenecen a la vía pública las autopistas, semiautopistas, las banquinas, los caminos como vía rural de circulación, las zonas de caminos y, en general, las calles en sentido amplio.[164]

"Lugares de acceso público" alude a todo sitio al cual pueden entrar o pasar personas, como ocurre con las llamadas playas de estacionamiento, plazas u otros lugares públicos, que no sean la vía pública.[165] En tal sentido, parte de la doctrina ha entendido que lugares de acceso público son también las playas de estacionamiento,[166] mientras que otros autores han sostenido que quedan fuera de la disposición agravada los vehículos guardados en garaje, galpones y otros lugares cerrados, sometidos a la tutela del dueño del lugar, su locatario o encargado,[167] porque en tales casos la cosa es objeto de la tutela natural y necesaria.[168]

La cuestión se centra en el tipo de estacionamiento de que se trate, pues algunos –en general gratuitos– carecen de medidas de aseguramiento, de modo tal que puede ingresar el público en general –por ejemplo perteneciente a algún comercio–; mientras que otros poseen controles que impiden el acceso irrestricto de cualquier persona. Sólo los primeros pueden subsumirse en "lugares de acceso público".

Así, se decidió que si el rodado fue sustraído del interior del "G. C.", donde lo había dejado estacionado con las llaves puestas, y no en la calle o lugar de acceso público, no resulta aplicable la agravante que se sustenta en la mayor desprotección del bien. La jurisprudencia ha establecido que se encuentran fuera del alcance de la disposición legal los vehículos guardados en garaje, galpones u otros lugares cerrados sometidos a la tutela del dueño del lugar, su locatario o encargado, por lo que el hecho configura hurto simple (CNCC, Sala V, "NN", c. 27613, del 30/6/16).

163. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 227.

164. Laje Anaya, Justo, "Los vehículos que califican al hurto", LL C-1999-17.

165. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 227; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 426.

166. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, p. 230; Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 85.

167. Tozzini, Carlos, *Los delitos de hurto y robo, op. cit.*, p. 228.

168. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 427.

Asimismo, se resolvió que el garaje de un centro comercial no constituye un lugar de acceso público, pues este término se circunscribe a los casos en los que el ingreso resulta expedito y sin ningún tipo de limitación, situación que no se configura si para ingresar al estacionamiento del sitio se debe traspasar, como mínimo, una barrera (CNCC Sala V, c. 25115, "Molfese, Luis Augusto", del 30/9/04). Tampoco constituye tal el taller mecánico donde el damnificado dejó el automóvil en reparación (CNCC Sala IV, "Megri, Julio E.", del 8/4/97, LL 29/5/98); ni el garaje particular del damnificado (CNCC Sala V, "NN s/hurto", del 12/6/02, La Ley 2002-F, 697).

Aspecto subjetivo

La faz subjetiva del tipo se conforma con el conocimiento y la voluntad del autor de apoderarse de un vehículo dejado en la vía pública o en un lugar de acceso público. Sin embargo, parte de la jurisprudencia exigió un plus de subjetividad que va más allá del dolo, al requerir no sólo que el automóvil se encuentre en situación de riesgo por su ubicación sin protección, sino también que el autor haya actuado movido por dicha circunstancia.

Sin embargo, la ley no contiene tales exigencias, ni requiere que el autor aproveche la ausencia de custodia del vehículo, ni que ello lo haya motivado a actuar, por lo que creemos suficiente para la configuración típica, la presencia de dolo, es decir el conocimiento de que el vehículo se encuentre en el lugar descripto y sin protección, más la voluntad de apoderarse de él.

Artículo 163 bis

> Art. 163 bis. En los casos enunciados en el presente capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

El fundamento de la agravante reside en la calidad del sujeto activo. Las personas enunciadas poseen una situación jurídica distinta, pues tienen una mayor obligación de cumplir determinadas normas, y de allí su mayor punibilidad; se trata de una valoración particular efectuada por el legislador teniendo en cuenta que son portadores de deberes especiales.

D'Alessio afirma que su incorporación a la ley penal se debió a que en los meses anteriores a la promulgación de esta reforma se había descubierto la participación de miembros de fuerzas de seguridad en varios hechos delictivos, y a fin de aplacar una supuesta alarma social, el legislador entendió que agravar las penas era una forma idónea de resolver un problema cuya permanencia en el tiempo es dudosa y de evidente naturaleza política, como puede ser la dificultad investigativa en el esclarecimiento de ilícitos.[169]

Se trata de un delito especial "impropio", porque el carácter exigido en la figura para el autor es el que determina la agravante. En efecto, a diferencia de los "propios" en los que la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando ella el hecho sería atípico, en los "impropios" la calidad especial posee la virtud de agravar la pena,[170] pero existe, como en el caso, una correspondencia fáctica con un delito común, que es el que puede ser cometido por cualquier persona que no tuviera aquella calidad especial. Es decir que el elemento especial de autoría funciona, en relación con el tipo de hurto, agravando la pena, dado el deber especial que sobre aquellos recae, cuya lesión determina un mayor contenido de injusto.[171]

Los sujetos enunciados en la norma son los únicos que pueden ser autores de esta figura agravada, enumeración que es de carácter taxativo.

D'Alessio considera que se trata de un elemento normativo del tipo, pues a fin de determinar quiénes se encuentran comprendidos en las fuerzas de seguridad, cabe acudir a la ley de seguridad interior (N° 24059) que entiende por "fuerzas de seguridad" a la Policía Federal Argentina y las policías provinciales, a la Gendarmería Nacional y a la Prefectura Naval Argentina, a todos los miembros de estos organismos, más los que revistan en la Policía Aeronáutica militar, en el Servicio Penitenciario Federal y los provinciales.[172]

La jurisprudencia rechazó un planteo de inconstitucionalidad de esta figura, por entender que la norma no resulta violatoria del princi-

169. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, op. cit.*, p. 401.

170. Quintero Olivares, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, ed. Cymys, 1974, p. 31; Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 338.

171. Baigún-Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias, op. cit.*, p. 160.

172. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, op. cit.*, pp. 401-402.

pio consagrado en el art. 16 CN, pues existen argumentos suficientes y razonables para agravar la responsabilidad del agente que se valiere de su posición frente a la sociedad para llevar a cabo la comisión de una conducta disvaliosa, y que no puede asemejarse de manera alguna a la cometida por un ciudadano que no ostente tal posición (CNCC, Sala IV, c. 25.042 "Regina, Jorge Alejandro y otros", del 26/11/04).

En cuanto al grado de participación en el hecho, la ley expresa que la pena se aumentará cuando quien "ejecutare" el delito fuere una de las personas enumeradas. La doctrina señala que el que "ejecuta" el hecho es, sin duda, su autor o coautor, no así los partícipes primarios ni secundarios que prestan al autor un auxilio al hecho de otro, de distinta importancia.[173]

Sólo el *intraneus* –persona comprendida en la esfera de autores determinada por el tipo– puede ser autor de este delito agravado, sin embargo, es posible la participación punible de quien no reviste dicha calidad –*extraneus*–, aunque no la coautoría.[174]

Tratándose de la participación en el hecho cometido por el intraneus, en la medida en que el cómplice conozca la calidad especial que detenta el autor, además de los restantes elementos típicos, será partícipe del injusto agravado y como tal deberá responder.

Se discute si resulta suficiente que el hurto sea perpetrado por un integrante de las fuerzas de seguridad, o si se requiere que al momento de comisión del hecho ellos se encuentren en el ejercicio de sus funciones.

D'Alessio entiende que como el tipo no exige que el delito sea cometido en ocasión de estar cumpliendo funciones, basta integrar una de las fuerzas mencionadas para aplicar esta agravante, sin que sea relevante que el numerario se encuentre fuera de servicio o de licencia; aunque sí lo será si goza de retiro efectivo, destacándose que, si bien ha ocurrido, no es tan probable que un miembro uniformado mientras esté afectado a una tarea de servicio, cometa algunos de los delitos contemplados.[175]

173. Leif Guardia, Diego, "Las agravantes por la calidad del sujeto. Leyes 25.601 y 25.816", en Donna, Edgardo Alberto (Dir.), *Reformas penales actualizadas. (Hasta la ley 26.087)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

174. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, 1968, pp. 256-257.

175. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 402.

Refuerza tal posición que el art. 1 de la misma ley que incorporó la figura en estudio (Ley N° 25816), también agregó el inciso 9 del art. 80 que agrava el homicidio cuando "abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario". Se advierte así que si el legislador hubiera querido efectuar igual limitación en relación con el delito de hurto, lo hubiera incorporado expresamente tal como lo hizo en aquel supuesto, a diferencia de la figura en estudio que no exige el abuso de las funciones.

Lo propio surge de la jurisprudencia en cuanto decidió que el tipo del art. 163 bis, incorporado por la Ley N° 25816, no exige que el delito haya sido cometido con abuso o en ocasión del ejercicio de la función pública; basta con que el autor detente el cargo (CFCP, Sala I, "Romero, Simón s/recurso de casación", del 22/10/10).

Aspecto subjetivo

Es un delito doloso, exige que el autor sepa que reviste el carácter exigido por ella la ley y que tenga la voluntad de actuar. Admite sólo dolo directo.

Sin embargo, el dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan cada una de las calidades señaladas, sin exigir que el sujeto se califique a sí mismo como tal, es decir, si alguien sabe que desempeña las funciones propias de tales cargos, pero no se considera a sí mismo integrante de alguna de las fuerzas, ello se trataría de un mero error de subsunción, pues conoce el significado social decisivo para el legislador de su puesto, careciendo de importancia su correcta denominación jurídico penal.[176]

176. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 467.

ROBO

(ARTS. 164, 166, 167 Y 167 BIS DEL CÓDIGO PENAL)

Por Martín D. Haissiner y Gonzalo J. Vázquez*

CRITERIOS METODOLÓGICOS SEGUIDOS EN LA INTERPRETACIÓN

- En materia legal rigen los principios de máxima taxatividad penal y de legalidad. Asimismo, tal como lo expuso reiteradamente la CSJN,[1] la primera fuente de interpretación de una norma es su propia letra.
- La posibilidad de interpretar por fuera de la ley siempre quedará limitada a los casos en que: a) se deba interpretar el artículo de modo que su constitucionalidad quede preservada;[2] b) no se recaiga en una analogía *in malam partem*; y c) las dudas sean resueltas *favor rei*.

* **Martín D. Haissiner**: Abogado (UBA). Docente de Derecho Penal y Filosofía del Derecho (UBA). Investigador (UBA). Relator de la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Gonzalo J. Vázquez: Abogado (UBA). Doctorando (Universidad de Morón - Université Paris Ouest). Docente de Filosofía del Derecho (UBA). Prosecretario Letrado de la Sala III de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. "... la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador" (Fallos: 200:165).

2. Esta formulación integra lo que se conoce como "*avoidance doctrine*" o "doctrina de le evitación" y fue propuesta por el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Ministro Brandeis, en el caso "Ashwander v. Tennessee Valley Authority".

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Código Penal de la Nación castiga a quien se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena. Tal conducta, prevista en el artículo 162, se denomina "hurto". Seguidamente, este cuerpo normativo dispone, en el artículo 164 que aquí comentamos, una figura independiente, en la que se castiga más severamente a quien realice el comportamiento antes descripto, pero con "fuerzas en las cosas o con violencia física en las personas". Es decir, en nuestro Código Penal, el robo se erige como un *hurto agravado*[3] por la modalidad comisiva, aunque tipificado de forma independiente.

Sin embargo, tal como señala Buompadre, no siempre estuvieron diferenciadas ambas conductas. Por el contrario, en el Derecho romano, ambas figuras eran contenidas en el concepto de *furtum*. Recién hacia el fin de la República se pueden escindir con claridad ambos comportamientos. Es decir, fue el legislador romano quien calificó por primera vez determinados tipos de apoderamientos por la presencia de violencia (*vis*). Donna recuerda que en el Derecho romano se distinguía entre rapiña –arrebato violento de la cosa– de la llamada sustracción clandestina, que era el hurto. Los germanos distinguieron entre el hurto (*Diebsthal*) y el hurto violento (*Rauub*), diferencia que se mantiene en el código actual. Tal distinción se dio también en las Siete Partidas, pasó luego al Código español y, de este, al nuestro.

El fundamento del aumento de la pena para el robo con relación al hurto es el mayor disvalor que implica el uso de fuerza en las cosas o violencia en las personas, por cuanto implican mayor sacrificio por parte del autor –lo que Donna llama mayor energía criminal– y porque tal comportamiento podría acarrear perjuicios adicionales en la propiedad, que podrían circunscribirse en otros delitos, como los de daños o lesiones.

Entonces corresponde que nos avoquemos a esta especie autónomamente regulada del género hurto, la que, por lo demás, ha sido extensamente trabajada por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia. Es que, en efecto, tanto por ser uno de los delitos más frecuentes en nuestra sociedad como por las dificultades de algunos conceptos que hacen a su construcción normativa, el delito de robo ha sido objeto de estudio de numerosos juristas a lo largo de nuestra

3. Cfr. Núñez, Tozzini, Creus y Donna, entre muchos otros.

historia. Por lo tanto, sin pasar por alto los elementos definitorios del delito, concentraremos la mayor parte de nuestra atención en aquellos elementos incorporados más recientemente o cuyo debate jurisprudencial ha sido materia de una construcción diferente en el último tiempo. Asimismo, en diversos pasajes remitiremos a lo expresado en este Código al referirse al delito de hurto.

ANÁLISIS DE LA FIGURA BÁSICA

Artículo 164:
Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

Tipicidad objetiva

Bien jurídico protegido

La figura penal bajo estudio se encuentra comprendida bajo el título "Delitos contra la propiedad", lo que representa en sí un anticipo del bien jurídico que se buscará proteger. Sin embargo, corresponde hacer algunas consideraciones que permitan establecer los límites del delito de robo.

En primer lugar, se advierte con la lectura del artículo que se tutela la propiedad de "una cosa mueble", la que, por lo demás, deberá ser "total o parcialmente ajena". Es importante que el apoderamiento recaiga sobre un bien de naturaleza mueble, pues de lo contrario, podríamos estar en presencia de una figura diferente, como por ejemplo la usurpación.

Asimismo, el objeto sobre el que recaiga la conducta deberá tener valor, aunque no necesariamente económico, al menos el suficiente como para formar parte del patrimonio. Ello, puesto que lo que se tutela no es en sí la relación de disponibilidad del sujeto pasivo con un determinado objeto, sino la existencia de un atributo de la personalidad, como lo es el patrimonio. Entonces, sustraer una manta deteriorada y roída podría configurar un robo si recae sobre una persona para quien dicho objeto

representa el único abrigo que posee en la intemperie, dado su estado de indigencia, o, por el contrario, podría ser atípica si fuera contra una persona para quien dicha bien no tiene ningún valor y, por lo tanto, la acción cometida contra él no niega el señorío sobre su patrimonio.

Así, por ejemplo, en el fallo de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en autos "T., P. L. y otro s/nulidad-procesamientos-robo tentado", causa N° 72.298/2016, resuelta el 28/03/2017, se entendió que el robo de un volante de un auto abandonado, sobre el que existía un aviso del Gobierno de la Ciudad que anunciaba que sería removido de la vía pública, no configuraba delito por no reunir el objeto del hecho las condiciones necesarias para ser considerado un bien de valor.

Por otro lado, se exige que la cosa no sea íntegramente de la titularidad de quien comete el robo. La solución es absolutamente lógica, al ser analizada desde puntos de vista binarios. Es decir, es claro que no podemos hablar de robo si la cosa le pertenecía al sujeto activo y que debemos proteger los casos en los que el autor es completamente ajeno al objeto. Sin embargo, es más controvertida la posición adoptada en lo atinente a lo "parcialmente ajeno". Entendemos que la posición escogida por el legislador se vincula con la expectativa razonable que el dueño de un objeto, aunque sea parcialmente, debe tener en relación a la disponibilidad de los componentes que integran su patrimonio. Además, lo cierto es que existe una pretensión subyacente del legislador de que la conducta restitutiva de quien se considera que detenta también parcialmente la titularidad de un bien sea encausada por vía de un proceso institucional que no implique el ejercicio unilateral del apoderamiento.

Al respecto, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el 14 de octubre de 2015, resolvió absolver al imputado por entender que no había actuado con conocimiento sobre la totalidad de los elementos típicos. En el caso, se le imputaba el delito de robo a una persona que le quitó las zapatillas a otro individuo, aunque bajo la alegación de que "sólo quiso llevar lo que era de él (sic)". Así, el agente preventor que encontró al imputado en flagrancia, declaró que este "...reconoció la escena (...) pero aclaró en su defensa que 'yo tenía unas iguales que me había sacado antes el sujeto' y por eso decidió actuar: 'quise llevar lo mío'...". En base a estos antecedentes, el Tribunal afirmó que incumbía al acusador demostrar, fuera de toda duda razonable, que

la cosa fuera ajena y que, dado en que aquellas actuaciones no se podía afirmar tal circunstancia, correspondía sobreseer al encausado.

De cualquier forma, es relevante analizar el componente "ilegítimamente" que utiliza nuestro Código, por cuanto en ciertos casos es posible pensar que el apoderamiento de una cosa que no es propia puede hallarse por fuera de este tipo por encontrar una causal de justificación suficiente. Pensemos, por ejemplo, el caso de una mujer que, tras una tumultuosa separación, recupera el auto que su pareja habíase llevado consigo tras la última pelea, a efectos de ponerlo a disposición del procedimiento de separación de bienes propio del divorcio. En este caso, aunque la cosa sea parcialmente ajena, lo cierto es que no parece ilegítimo el apoderamiento descripto.

Por último, resta decir que en los casos en los que el robo se utiliza con violencia en las personas, la doctrina tiende a hablar de un delito pluriofensivo,[4] por cuanto con la misma conducta se afectaría no solamente al patrimonio, sino también la integridad física del sujeto afectado o de un tercero.

Verbo típico

La figura básica analizada hace referencia como verbo típico al *apoderamiento*. Es determinante, para comprender los alcances de lo que se reprocha, que se comprenda la diferencia entre este verbo y el concepto más genérico de *apropiación*. Así, mientras es posible realizar este último comportamiento –es decir, literalmente adueñarse de algo– sin un apoderamiento, la situación inversa resulta impensada. Por lo tanto, diremos que existe entre el uno y el otro una relación de género-especie.

Ahora bien, y para clarificar, una persona podrá incorporar ilegítimamente a su patrimonio un objeto ajeno de dos formas tradicionales: la primera es a partir de la sustracción de quien la tenía su guarda; la otra, a partir de un abuso de confianza y la posterior indebida retención de aquello que debería haberse restituido (art. 173, inc. 2 del CP).

Respecto al momento en que comienza la ejecución de la acción y al momento en que el hecho se encuentra consumado, autores como

4. Marum, Elizabeth A., "Robo", en Zaffaroni, Eugenio Raúl (dir.), *Código Penal comentado*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, Tomo II-B.

Núñez sostienen que el acto se consuma tan pronto como haya desapoderamiento de la posesión corporal de la cosa, en concurrencia con la intención de hacerlo. En cambio otros como Jiménez de Asúa, Donna, Soler, Tozzini y Creus ponen el foco en el apoderamiento efectivo por parte del sujeto activo. Es decir, no basta con el mero desapoderamiento, sino que lo que se requiere es que quien sustrae se encuentre en condiciones de realizar actos de disposición. Por lo tanto, muchos introducen el concepto de "esfera de custodia", ya que entienden que será de este ámbito de protección del que deberá salirse el reo para consumar el acto.

Así, por ejemplo, en el fallo "V., E. O. s/recurso de casación", los jueces Piombo y Maidana del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires entendieron que

> En concreto, lo cierto es que el nombrado fue perdido de vista durante algunos minutos por los damnificados y sólo fue habido en razón de su propia impericia para darse a la fuga, que lo llevó a permanecer en las cercanías del sitio donde tuvo lugar el injusto, y en virtud de que éstos encontraron rápidamente un patrullero que salió en su búsqueda. Por lo que, en definitiva, no puede negarse que por unos breves instantes ejercicio su señorío sobre los despojos y, de esta forma, completó el *iter criminis*.

Esta posición es fuertemente criticada por autores como Fernando Ávila, quien argumenta que dicha idea es:

> … particularmente ingenua con respecto a sus pretensiones. Se sostiene que no debe mediar –para que se mantenga en tentativa el delito– ni un segundo de tiempo en el que el sujeto haya sido perdido de vista. Entendemos que lo razonable es no valerse de precisiones absurdas sino determinar en cada caso concreto si puede suponerse válida y lógicamente que el espacio de tiempo entre ambos momentos es suficiente como para sostener que el autor dispuso del bien consumando el hecho, siempre teniendo como punto de ingreso que si no fue perdido de vista, no importa cuánto tiempo haya pasado, no podrá tenerse por consumado el delito.[5]

Al parecer, una tesis similar a la de Ávila es la que el juez Niño asumió en el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 23 de septiembre de

5. Ávila, Fernando, "Robo simple", en Vitale, Gabriel M. A. (dir.) / Garberi, Patricia y Ávila, Fernando (coords.), *Código Penal comentado* (publicación virtual), Asociación Pensamiento Penal. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37765-art-164-robo-simple

2017, en autos "Aguilar Vera, Diego Gerard s/robo". Allí sostuvo, al referirse al apoderamiento de un vehículo ajeno, que

> … aun habiendo sido perdido de vista por unos instantes, la distancia recorrida por Aguilar Vera, en el tiempo cronometrado, da cuenta de que le fue imposible ocultar, desprenderse o realizar cualquier otra conducta que implicara tener posibilidad de disponer del bien en cuestión.

En el mismo caso, el juez Sarrabayrouse disintió y calificó como consumado el delito, tras analizar "…que el objeto sustraído era un vehículo en el que el autor pudo desplazarse libremente y que la persecución no fue inmediata y constante durante la comisión del hecho".

En otro orden de ideas, es preciso recordar que, tal como admite la mayor parte de la doctrina, existe un supuesto en que el robo se concreta con posterioridad al apoderamiento. Tal caso es el de aquel en que existe "violencia después de cometido, para procurar su impunidad", en el que, lógicamente, no se encontrarán reunidos los elementos del tipo hasta tanto no se manifieste el ejercicio de la referida violencia.

En lo referido al comienzo de la ejecución, consideramos pertinente traer a colación lo expresado en el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dictado en la causa "ALFONSO BRAVO, Agustín Aurelio s/recurso de casación", Nº 70.833/2014, Reg. nº 718/2016, rta. el 16/09/2016, en el que se estableció que para determinar el momento en que comienza la ejecución del delito de robo (es decir, cuando dejamos de estar frente a actos preparatorios y comienza el ámbito de la tentativa) debe usarse la teoría objetiva-individual, objetiva-subjetiva o mixta. En otras palabras, el tribunal sostuvo que debe tenerse en cuenta "…aquella actividad con la que el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo objetivo…". Lo relevante, entonces, es que

> … el enjuiciamiento del principio de ejecución resulta sobre la base del plan individual del autor (teoría objetiva individual), y no desde el punto de vista de un observador hipotético que no conoce el plan delictivo (teoría objetiva general). Ya que las vías para la realización del delito son de variedad ilimitada, el principio de ejecución depende siempre del plan individual del autor.

En igual sentindo se expresaron autores como Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck y Elena Farré Trepat.

Elementos normativos del tipo

FUERZA EN LAS COSAS

Lo primero que debe decirse con relación al término "fuerza" es que no estamos haciendo referencia a un concepto puramente biológico o físico, sino a uno de tipo normativo. Por lo tanto, para la correcta comprensión de lo que implica dicha palabra debe realizarse una exégesis legal que permita arribar a soluciones coherentes y acordes a derecho. Donna, en tal sentido, sostiene que la palabra "fuerza" no puede ser entendida por fuera de la propia estructura dogmática del delito de robo, pues se encuentra operando en función de dicho delito.

Hablaremos de fuerza, en definitiva, cuando exista un despliegue de energía, ya sea sobre la cosa misma o sobre sus defensas. La enorme mayoría de la doctrina acuerda que no es necesario que se ejerza fuerza sobre el objeto mismo que se sustrae, aunque como bien sostienen doctrinarios como Buompadre o Marum, no es necesario que los reparos hayan sido dispuestos intencionalmente para la protección del objeto del delito. Sin embargo, también existe un importante consenso con relación a que no es posible que este elemento opere como agravante, si es que no se vincula con el ilícito que se comete. Al respecto, autores como Creus, explican que la fuerza

> ... tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento en alguna de las circunstancias enumeradas en la parte final de la norma. La vinculación objetiva requiere que la fuerza haya sido el procedimiento empleado para perpetrar o consolidar el apoderamiento, pero no es indispensable que haya sido un procedimiento necesario en el caso (...). Subjetivamente, la fuerza debe haber sido querida por el agente (con cualquier especie de dolo: directo, necesario o eventual) como procedimiento relacionado con el apoderamiento.

En la cuestión temporal, es importante recalcar que, a diferencia de lo que sucede con la violencia, no agrava el hurto la fuerza ejercida con posterioridad al apoderamiento, a los fines de asegurar el producto del hecho.

En materia de resistencias, se dirá que la cosa opone resistencia en sí misma cuando, por sus características, requiere una actividad del sujeto activo que va más allá del esfuerzo necesario para transportarla o simplemente removerla del lugar donde estaba (el esfuerzo necesario para

transportarla no es fuerza, según Soler y Núñez). Opone resistencia por sus reparos cuando estos son los que exigen del agente aquella actividad.

Existen grandes controversias alrededor del tipo de fuerza que debe encontrarse presente. Mientras que un grupo sostiene que la fuerza debe ser destructiva y anormal, otros, como por ejemplo Marum, disienten y expresan que "...el espíritu de la ley es el de calificar el apoderamiento como robo cuando, para consumarlo, el ladrón debe vencer una resistencia ofrecida por una cosa utilizando, normal o anormalmente, una fuerza".

Por último, también se sostiene que ella puede ser desplegada a través de un esfuerzo físico o por medio de mecanismos u otros procedimientos dañadores, pero debe tratarse de una actividad realizada por el agente o por un tercero que actúa por él o participa en su hecho. La fuerza utilizada por un tercero ajeno al plan criminal no califica como robo.

En lo personal, creemos que la interpretación que mejor se ajusta a las disposiciones de nuestro código, interpretadas de forma armónica, es aquella que entiende que el robo por utilización de fuerza equivale a un concurso aparente entre hurto y daños. Por ello, la fuerza en las cosas que se requerirá deberá ser la suficiente para producir los daños sobre, como ya se dijo, la cosa misma o sus defensas.

VIOLENCIA EN LAS PERSONAS. PRIMERA PARTE

La violencia sobre las personas es la segunda forma comisiva con la que se puede concretar un robo, aunque, en términos históricos, esta es la forma típica que permitía agravar la sanción de un hurto. Es que, como ya se ha dicho –y aunque según la posición explicada por Donna, la fuerza en las cosas represente un "mayor despliegue de energía criminal"–, lo cierto es que es en el ejercicio de violencia sobre individuos donde existe un mayor incremento del riesgo para los bienes que nuestro ordenamiento tutela. Ello pues, además de la lesión en la propiedad, en estos casos hay un ataque a la libertad individual.[6]

Se suele hablar de *violencia* cuando existe "[d]espliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone

6. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo A. C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, T. II.

o puede oponer al apoderamiento (*vis* absoluta)".[7] Dicha energía, sostiene la doctrina, puede encontrarse destinada a superar una resistencia actual o, en cambio, puede dirigirse a efectos de evitar una reacción potencial, lo que es conocido como "violencia ablativa". Asimismo, se aclara que también es admisible aquella que se dirige contra un tercero, siempre que el comportamiento mantenga vinculación *objetiva* y subjetiva con el hecho. Sobre este último punto, conviene aclarar que la objetiva, refiere a incidencia real que la violencia haya tenido en la materialización del robo, mientras que la *subjetiva* tiene que ver con la intención del reo de que su despliegue de energía facilite su delito.

Uno de los juristas que presenta una definición diferente a la proporcionada por la doctrina mayoritaria es Donna, quien establece que

> ... [l]a violencia consiste en el despliegue, por parte del autor o de los autores del delito de robo, de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente su libertad de acción, y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento. Ello, aun cuando no se afecte la integridad personal del sujeto agredido.

D'Alessio, por su parte, agrega que es irrelevante la intensidad de la energía y que tampoco es necesario que medie contacto físico entre el agente y la víctima, como en el caso del arrebato de la carteta de un tirón.

En relación con el momento en que la violencia se debe materializar, ya hemos dicho que es posible agravar el hurto tanto si se la ejerce con anterioridad, en concomitancia o con posterioridad al hecho, a los fines de procurar impunidad del ilícito.

Al igual que Creus, entendemos que entre las lesiones leves y el delito de robo existe un concurso aparente, puesto que aquellas se encuentran comprendidas en el comportamiento ya reprochado por este. Ello se hace manifiesto en el hecho de que existan agravantes para los casos de robos con lesiones graves, gravísimas y de los que resultare el homicidio. Así, la expresa exclusión de las lesiones leves debe ser entendida como un supuesto comprendido en el artículo 164.

VIOLENCIA EN LAS PERSONAS. SEGUNDA PARTE: INTIMIDACIÓN

Debido a los debates que se han generado en torno a la intimidación, consideramos conveniente darle un tratamiento separado. En particular,

7. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 7ª edición, 2007, T. I.

la discusión central se vincula con la posibilidad de considerar como violencia física la intimidación o, al menos, algunas formas de ella.

Para que quede claro a qué nos referimos, recordemos en primer lugar que Fontán Balestra y Ledesma[8] la definen como la vis moral que se utiliza para infundir temor a través de un mal con el que se amenaza, ya sea de forma real o creída real por el sujeto pasivo, mediante la que se vence la voluntad y se consigue el apoderamiento de la cosa.

El punto central, entonces, es delimitar si cuando se presenta este amedrentamiento nos encontramos frente a una extorsión, un robo o un concurso real entre hurto y amenazas.

Para dilucidarlo, no debemos olvidar que el Código Penal excluyó expresamente la intimidación como forma de ejercicio de la violencia. Así, por ejemplo, lo manifestó Gonzalez Roura, quien fue de gran importancia en la redacción de la Ley N° 11179, al decir que

> … la violencia en las personas es sólo la física: la moral ha dejado de figurar en el robo. El código ha adoptado un sistema sencillo y neto que evita toda posible confusión del robo con la extorsión. Ha tomado para el robo la violencia física, y ha dejado la violencia moral para la extorsión. Esta reforma fue propuesta por mí al doctor Rodolfo Moreno hijo y ha sido incorporada a la ley.[9]

Sin embargo, la doctrina mayoritaria coincide en que existen ciertos casos de ausencia de contacto material en los que de todas formas puede existir un supuesto de violencia. Así, por ejemplo, Núñez considera que en el caso de la intimidación con arma, se despliega una verdadera violencia física, puesto que se supera materialmente la resistencia opuesta. Soler coincide en que la intimidación paralizante y no motivante de la voluntad debería encontrarse comprendida en el concepto de violencia, aunque no la limita necesariamente a los casos en los que se emplean armas. La distinción para él entre extorsión y robo está dada por el intervalo de tiempo que separa la intimidación de la disposición patrimonial. Donna, por su parte, manifiesta que la violencia no debe recaer "encima" del cuerpo de la víctima porque, de todas formas, también entiende que es energía física la amenaza

8. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo A.C. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, T. II.

9. González Roura, Octavio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, T. III.

desplegada de manera inmediata en contra del sujeto pasivo del hecho criminal. Esta violencia debe ser efectiva, no puede ponderarse aquella que es hipotética o presumible.

La diferencia entre el robo y la extorsión, según la posición mayoritaria, que sigue probablemente a Carrara, está dada por el intervalo que separa el momento de la intimidación del correspondiente a la disposición patrimonial.

Al igual que ellos, Creus admite la violencia sin contacto, pero se diferencia por delimitar los delitos de extorsión y robo dejando de lado las consideraciones temporales. Desde su perspectiva, lo relevante es observar la acción producida. Cuando hay apoderamiento del agente, hay robo; cuando hay disposición de la víctima, extorsión.

A modo de referencia, es posible citar autores como Juan Carlos Rúa, que rechazan de plano la posibilidad de comprender en el término violencia las diferentes formas de intimidación que usualmente se aceptan como constitutivas del delito de robo.

Finalmente, recordamos una interesante resolución de fecha 26 de mayo de 2009, correspondiente a la Sala II de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que a raíz de un supuesto concurso entre los delitos de amenazas y hurto, los magistrados expresaron que debía evaluarse qué efectos tuvo en la víctima la violencia ejercida, dado que no bastaba con una mera amenaza para calificar la conducta como robo. Por lo tanto, y habida cuenta de que en el caso las frases "...operaron como la 'razón que permite, facilita o asegura el apoderamiento'... la calificación *prima facie* del hecho debe ser la de robo".[10]

ILEGÍTIMAMENTE

Resulta evidente de la sola lectura del artículo que el apoderamiento debe ser ilegítimo, puesto que el término se encuentra extensamente desarrollado en el comentario realizado en el mismo Código, al tratarse el delito de hurto. Nos remitimos a lo que allí fue expuesto por Elizabeth Marum.

10. AR/JUR/36199/2009, publicado en LLCABA2010 (abril), 230.

Tipicidad subjetiva

Aquí corresponde tener particularmente presente la posición adoptada por autores como D'Alessio o Creus, quienes sostienen que tanto la fuerza como la violencia tienen que estar vinculadas objetiva y subjetivamente con el apoderamiento. Es decir, para el agente, la finalidad de la fuerza o de la violencia deben ser el apoderamiento o su consolidación. No basta que ese haya sido el resultado de la acción, si el agente no la ejerció con ese sentido. Para que la violencia ejercida con posterioridad al desapoderamiento sea típica, es indispensable que esté destinada a lograr impunidad. La violencia posterior, si no busca impunidad, no agrava.

Artículo 166:
Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años: 1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91. 2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión. (Artículo sustituido por art. 1 de la Ley N° 25882 BO. 26/04/2004)

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS AGRAVADAS

Los fundamentos de los agravantes del robo responden principalmente a dos razones de orden legislativas: en el primer grupo se contemplan agravantes que toman en cuenta los resultados que la acción violenta del agente produce sobre las personas; en el segundo se exponen los casos en que las agravantes tienen presente la mayor indefensión de los objetos, sea por los medios o los modos de comisión, por el lugar, por la mayor actividad del agente dirigida a superar defensas predispuestas o a colocar al sujeto pasivo en situación de indefensión por el aprovechamiento de circunstancias personales que dificultan la protección de las cosas.[11]

11. Creus, *op. cit.*

Lesiones graves y gravísimas

La característica principal de la figura típica prevista por el artículo 166 inciso 1 del CP es la *violencia*. En estos supuestos, las lesiones graves o gravísimas califican cuando han sido causadas por las violencias ejercidas *para realizar* el robo. Por lo tanto, quedan al margen de la agravante todas las que no procedan estrictamente de las violencias llevadas a cabo por el agente del robo, en cualquiera de las circunstancias enunciadas en la parte final del artículo 164.[12]

En este mismo sentido se ha dicho que, a diferencia del agravante previsto por el artículo 165, la calificante analizada no habla de causar, sino que las lesiones deben resultar con motivo u ocasión del robo, esto es, contiene una directa referencia a la violencia.[13]

Asimismo, Fontán Balestra señala que la figura comprende todos los supuestos de lesiones producidas en las distintas oportunidades en que la violencia es constitutiva del robo, es decir *antes* de este para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar la impunidad, tal como lo requiere el artículo 164.[14] De tal modo, la violencia en cuestión puede ser ejercida por el sujeto en cualquier momento y atendiendo cualquiera de las finalidades previstas por el artículo 164 del CP. En este sentido se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo "Nodar, E. M." (rta. 10/07/1997), en cuanto manifestó que

> … [l]a figura del art. 166, inc. 1, C.P., requiere que las lesiones sean inferidas durante las circunstancias de tiempo y con alguno de los fines a que se refiere el tipo básico contenido en el artículo 164 ibídem, sin interrupción del *iter criminis*.

A su vez, cabe señalar que según autores como Ñúñez, Soler, Creus, Buompadre y Donna, quedan comprendidas como agravantes dentro de este tipo penal las lesiones de carácter culposo, las lesiones accidentales y preterintencionales (aquellas objetivamente causadas y subjetivamente previsibles).[15]

12. Creus, *op. cit.*

13. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, T. II-B.

14. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo A. C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2014, T. II.

15. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, primera edición 1945/6, tercera reimpresión 1956.

Sin embargo, en virtud del principio de máxima taxatividad penal, no adherimos a aquella corriente de la doctrina pues consideramos que sólo pueden tipificar este delito las lesiones graves y gravísimas con dolo directo para realizar el robo, es decir a los fines de facilitar el apoderamiento o facilitar la impunidad. En este sentido, coincidimos con Gustavo L. Vitale en cuanto expresa que

> … la propia interpretación literal del texto del art. 166 inc. 1 requiere el dolo de lesiones agravadas, pues tal disposición describe la conducta de quien, por las violencias ejercidas "para realizar el robo", causa lesiones graves o gravísimas previstas en los artículos 90 y 91 (que son lesiones agravadas dolosas), mientras que las culposas son aquellas que se producen sin querer y sólo por un obrar violatorio de un deber legal de cuidado (y que, por ende, no son aquellas queridas con el propósito de robar). Es decir, la exigencia legal de ocasionar lesiones agravadas "previstas en los artículos 90 y 91" (que son dolosas), unida al requerimiento de que sean producidas "para realizar el robo", impide incluir en este tipo penal a las lesiones graves o gravísimas no buscadas por el autor de robo.[16]

Finalmente, en cuanto a este agravante, existe un interesante debate doctrinal y jurisprudencial con relación a la consumación y tentativa del tipo penal. Básicamente podemos encontrar dos posturas, a saber, aquella que niega la existencia de tentativa y aquella que reconoce la posibilidad de aplicación de dicho instituto. Es importante señalar que resulta predominante la primera de ellas. En este sentido, Tozzini entiende que

> … agravado el delito por el resultado de las violencias efectuadas para facilitar el robo, el inc. 1 del art. 166 no exige, pues, la consumación de este último delito, por lo que queda excluida la tentativa en el delito contra la propiedad cuando el ladrón consumó el grave atentado a la incolumidad física de una persona".[17] De igual forma, Donna considera que "como las violencias ejercidas para facilitar el robo ya agravan el delito, la calificante no exige la consumación del apoderamiento y, por ende, como en el caso

16. Vitale, Gustavo L., *Código Comentado. Asociación Pensamiento Penal. Robo Agravado por Lesiones Graves y Gravísimas*.

17. Tozzini, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.

> del robo con homicidio, el robo con lesiones se consuma cuando concurren el apoderamiento o su tentativa, y la lesión grave o gravísima".[18]

Esta postura dominante fue receptada también por la jurisprudencia. De tal modo, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, ante la existencia de sentencias contradictorias, resolvió en pleno, el 29 de agosto de 1967, en la causa "Salvini o Gómez, J. C.", que

> … si por las violencias ejercidas para realizar un robo, que queda en grado de tentativa, se causan algunas de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 del C. Penal, la calificación legal correspondiente es la que prescribe el art. 166, inc. 1, del C. Penal, consumada.

En este sentido, la Sala I de dicho tribunal (CCCCF, Sala I (Def.) - Tozzini, Donna, Rivarola. Sent. "M", sec. l3. c. 34.845, "Calderon", J.D. Rta: 29/05/89), sostuvo que

> … la existencia de lesiones graves excluye la posibilidad de aplicación de las reglas de tentativa, dado que juzgar como meramente tentado al robo, lleva a ponderar una sanción mucho menor al accionar constituido por dos injustos típicos -robo tentado y lesiones graves consumadas-, que al delito de lesiones graves cometidas para procurar la impunidad para sí o para un tercero durante el robo.

Armas. Primera parte: concepto, exhibición y concurso

Uno de los términos más controvertidos de nuestro ordenamiento es el de "arma". Por un lado, por lo que se conoce como el debate entre armas propias e impropias. Por el otro, en lo referido al empleo que debe hacerse de dicho instrumento y las características que debe poseer el arma de fuego para encontrarse comprendida dentro de la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2. Sin embargo, y a efectos de no extendernos en demasía, únicamente reseñaremos algunas de las controversias más salientes y mencionaremos materiales de consulta que serán de utilidad para profundizar en la cuestión.

Preliminarmente, debemos recordar que los fundamentos del agravante han sido tradicionalmente divididos en dos. De un lado, los subjetivistas entienden que lo que se reprocha es el mayor poder intimidante que la exhibición de un arma puede causar. Esta teoría,

18. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. II-B.

tal como explica Penna, centra su atención en la situación psicológica provocada en el atacado, que facilita el desapoderamiento.[19] Es claro, entonces, que para quienes sostengan esta posición será irrelevante la real capacidad lesiva del arma empleada, puesto que, a los ojos del sujeto pasivo, el efecto generado será idéntico al causado por un arma funcional. Del otro lado del espectro encontramos a los objetivistas, quienes entienden que la agravante se funda en el peligro concreto y real corrido por el individuo y, por lo tanto, consideran esencial la capacidad ofensiva del arma. Tal posición es la adoptada, entre otros, por Núñez, Soler, Tozzini y Donna. De hecho, estos últimos dos autores interpretan que el concepto de arma impropia debe incorporar a cualquier objeto con capacidad para ser utilizado como medio contundente, como piedras, palos o una lapicera.

Un ejemplo de esta discusión se dio en el fallo "Cordero", del 30 de octubre de 2015, en donde la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional discutía si la utilización de una botella rota para la comisión de un robo podía implicar la aplicación de la agravante referida. El juez García, con adhesión del juez Días, sostuvo que el concepto de arma refería a:

> … un elemento descriptivo que denota un objeto físico. Al no tratarse de un elemento descriptivo de carácter normativo, sino de carácter natural, la interpretación exige partir del sentido literal de un término que pertenece al lenguaje natural. Aquí es necesario advertir que es ineludible una cierta vaguedad o textura abierta de cualquier término del lenguaje natural que describa una cosa física.

Por tal razón, entendió que correspondía interpretar los fundamentos sobre los que la ley reposaba y, de esa forma, estableció que

> … [l]a razón de la agravación reposa en que el agente comete el robo empleando un instrumento que aumenta su poder ofensivo, con riesgo para la integridad corporal o la vida del sujeto pasivo. No se trata sólo de constatar las características constitutivas del objeto, sino de su modo concreto de empleo, pues es éste el que define si tal riesgo se ha creado. En síntesis, lo que constituye al empleo de un instrumento en arma es su capacidad objetiva para aumentar el poder ofensivo del agente, y su empleo concreto

19. Penna, Cristian D., *Robo con armas y armas impropias. Armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012.

> usando de esa capacidad ofensiva. De modo que la elección y empleo de un instrumento para incrementar la capacidad humana de causar daños corporales y afectar la integridad física y la salud, y la constatación de que el instrumento tiene objetivamente capacidad para provocar un daño o afectación de ese tipo.

En disidencia, el juez Sarrabayrouse explicó, haciendo referencia al error lógico en el que habitualmente incurren la jurisprudencia y la doctrina, que no era válida la utilización del término arma impropia. De forma sintética, el argumento central reside en que

> ... se sostiene que sólo son armas impropias todas las armas que no son armas propias, y a la vez se sostiene que armas son las propias, entonces la categoría armas impropias carece de contenido dentro del término arma, es decir, los objetos categorizados como armas impropias no puede ser abarcadas por el concepto armas, son otra cosa.

En consecuencia, entendió que correspondía apartarse del concepto de "arma impropia" y, dado que el trozo de botella empleado en la comisión del hecho no era un arma, correspondía considerar al hecho como constitutivo del delito de robo simple. Aclaró, finalmente, que si bien el objeto había otorgado una mayor capacidad ofensiva a los imputados, por esa sola circunstancia no podía ser incluido en el concepto de arma. La mayor gravedad que el hecho reconoce debía ser valorada al momento de fijar la pena.

Este último juez, el 22 de mayo de 2017, en un caso de la Sala II caratulado como "R., C. S. y otros s/robo en poblado y en banda s/recurso de casación" reafirmó la postura sentada anteriormente, pero en este caso para entender que un cuchillo tipo "Tramontina" sí configuraba un arma en los términos del artículo 166, inciso 2 del CP. Su fundamento, en ambos casos, residió en que debía establecerse si el objeto era o no un "artificio naturalmente destinado a herir o agredir". Así, mientras que una botella no lo era, sí podía decirse lo propio de un cuchillo.

Por otro lado, vale aclarar que en la mayor parte de los casos se exige que el arma sea, al menos, exhibida. Ello por cuanto, de lo contrario, no reuniría la entidad suficiente como para afectar la psiquis de la víctima. Así lo entendió, verbigracia, la Sala IV de la cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el

fallo "B., L. J., s/procesamiento", del 1º de agosto de 2012, en donde se asentó que "la falta de utilización efectiva del arma en el hecho indica la ausencia de un mayor peligro".

Finalmente, se discutió también si el robo con arma admite el concurso real con la portación del arma o, en cambio, este último delito queda comprendido en el primero. Aunque las posiciones son variadas y recorren la totalidad de las alternativas posibles, citaremos aquella que nos parece más acertada y que consideramos que mejor resuelve el asunto.

El 23 de diciembre de 2015, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Nacional optó por admitir el concurso real entre ambos tipos. En dicha resolución se recurrió previamente a una cita de Soler, que decía:

> En general, debemos considerar consumido por la figura principal todo aquello que, en cuanto acción (anterior o posterior) está concebido por la ley como explícitamente o implícitamente necesario; como así también aquello que dentro del sentido de una figura constituya *quod plerumque accidit*. Ahora bien, el acto posterior será impune solamente cuando con toda estrictez pueda ser considerado como tal, es decir, que sea un verdadero acto posterior y no una acción autónoma ejecutada en otra dirección, lo cual no se caracteriza solamente por el hecho de que recaiga sobre otra persona, sino por la naturaleza del nuevo hecho cometido con relación al poder de absorción de la figura anterior.

Sentado el presupuesto teórico, seguidamente el Tribunal dispuso que

> … dado que es posible robar con un arma de fuego de la que el autor [no] tenga la portación, es necesario convenir que no exista esa confluencia necesaria entre las dos figuras. En segundo término, porque, en realidad, el robo es sólo una de las hipótesis que, como figura de peligro sobre otros bienes jurídicos, protege el art. 189 bis del C.P., pero también es posible afectar otros bienes jurídicos después del vulnerar la seguridad común. En rigor de verdad, considero que no se verifica el puesto de concurso aparente entre estas dos figuras.

Finalmente, los magistrados entendieron que la determinación de la forma en que concurrían las conductas debía hacerse ponderando las circunstancias de cada caso concreto.

Armas. Segunda parte: arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada

Hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 25882, el inciso 2 del artículo 166 no hacía ninguna alusión específica a las características que debía poseer el arma para ser tenida como agravante. Así, era indistinto para la ley si esta tenía o no aptitud para el disparo, o si era auténtica o de utilería. A raíz de las discordancias que en torno a estos asuntos se generaban, en 1986 la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictó el plenario "Costas", en el que entendió que la razón de ser del agravante era el mayor peligro para la integridad personal de las víctimas o para sus vidas. Por lo tanto, no procedía agravar la conducta de robo si el arma no era operativa (es decir, si su funcionamiento no era correcto ni se hallaba cargada con proyectiles aptos para ser disparados).

Este plenario fue particularmente novedoso en su momento pues se oponía diametralmente a lo establecido por aquel dictado diez años antes, "Scioscia, Carlos A.", en la que adoptándose la tesis subjetiva, la Cámara consideró que lo relevante era observar el mayor poder intimidatorio del arma y que, por lo tanto, aun el arma descargada podía configurar el agravante en cuestión.

Sin perjuicio de ello, aun con la introducción de la última modificación, no han cesado las diferencias que existen en el entendimiento de los requisitos que el arma debe tener. Es cierto que, en adelante, no se produjeron tantas disputas en torno al arma cuya aptitud para el disparo no podía acreditarse. Empero, sí hubo diversos debates en relación a los proyectiles de la misma, indistintamente de si el arma era o no apta para el disparo.

Ciertamente, es presumible que si el legislador aumentó la escala para aquellas personas que roben con un arma, independientemente de si es posible demostrar que esta se encontraba en condiciones de ser disparada, también aumentaría la pena si el arma fuera apta aunque sus balas no. De cualquier forma, gran parte de la jurisprudencia, apoyada en la prohibición de interpretación *in malam partem*, ha entendido la cuestión de forma opuesta. A modo ilustrativo, citaremos dos decisiones que reflejan esta última posición.

El 22 de junio de 2012, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional decidió calificar el hecho cometido

con un arma apta pero con balas no funcionales como constitutivo del delito de robo simple. Ello, por cuanto:

> … la norma no incluyó con claridad la conducta aquí analizada. Nótese que al dictarse la ley 25.882 no se contempló el arma que no funciona o descargada, y a la luz del principio de máxima taxatividad interpretativa, derivado del principio de legalidad, debe subsumírsela en el delito de robo simple.

En otro fallo, del 23 de septiembre de 2016, la Sala de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional sostuvo que el hecho cometido con un arma cuya aptitud de sus municiones no fue acreditada es un robo simple. La razón de tal decisión fue, principalmente, que no se encontraba en las previsiones del artículo 166, inciso 2 del CP, pues la aptitud para el disparo del arma había sido debidamente peritada.

Contrariamente, ante un caso similar, la Sala V de la Cámara del Crimen, el 15 de junio de 2012, en autos por mayoría "R. D., V. M. s/ calificación legal", manifestó que los casos de un arma de fuego descargada deben encuadrarse como equiparables al concepto de arma de utilería y, por lo tanto, como constitutiva del delito de robo con armas.

Despoblado y banda

En este caso, para que ocurra el agravante, tienen que darse dos circunstancias: una relativa al lugar del hecho –en despoblado–, otra a la pluralidad y al modo de actuar de los agentes –en banda–.[20]

Por otra parte, cabe señalar que Donna destaca que esta agravante fue separada del uso del arma mediante una "o", lo que indica que ambas agravantes pueden darse en forma independiente.

Ahora bien, la noción de *despoblado* y su vinculación como un calificante de la figura de robo hace alusión a los lugares donde la víctima tiene grandes dificultades para proveerse de auxilio de terceros o el apoderamiento de la cosa se ve facilitado por la impunidad en que se lo puede perpetrar. La doctrina ha construido la noción de despoblado sobre la base de las siguientes pautas: a) exige un lugar fuera del radio poblado de las ciudades, villas o parajes; el hecho de que un sitio, dentro de esos radios, pueda catalogarse como despoblado por la ausencia de personas (por ejemplo, baldíos o parques) no convierte el lugar en despoblado, según el tipo; b) los sitios fuera de esos radios son

20. Creus, *op. cit.*

despoblados si se dan las circunstancias de las dificultades del auxilio de terceros o del favorecimiento de la impunidad por ausencia de pobladores (un campamento, compuesto por un gran número de personas en campo abierto, no es por tanto un lugar despoblado); y c) el concepto no requiere que se trate de campo abierto; no es la ausencia de construcciones la nota exigida para que un lugar sea típicamente despoblado, sino la ausencia de pobladores (un casco o un puesto de estancia pueden, por tano, ser un lugar despoblado).[21]

De tal modo, tal como lo expresa Donna con cita a Tozzini, el despoblado es, entonces, el lugar poco poblado o frecuentado y distante de casas habitadas, lo cual constituye un elemento que significa desamparo para la víctima o sus bienes, e impunidad para el ofensor.[22] Asimismo, Donna repara en que, de acuerdo con Núñez, el concepto de despoblado se integra con un criterio absoluto y otro relativo. En este sentido, en lo que atañe al criterio absoluto, se entiende que sólo puede haber despoblado fuera del radio poblado (ciudades, villas, pueblos, etc.). Mientras que, en cuanto criterio relativo, deben atenderse las dificultades para el auxilio inmediato, en tanto que un paraje fuera de poblado puede no ser solitario. Al respecto, Núñez aporta el siguiente ejemplo: el asalto al tren de correo en un lugar solitario es un robo en despoblado, pero no lo es el cometido en presencia de otras personas en un vagón del tren.[23]

Luego de este ejemplo, Donna sintetiza en modo muy esclarecedor que no hay que confundir esta agravante con falta de casas, sino que se trata de que la víctima no pueda recibir ayuda de otras personas.

Por su parte, Fontán Balestra considera que el verdadero sentido de la calificante lo da la dificultad para recibir amparo o socorro, situación que se dará tanto cuando la víctima carece de refugio como cuando este último, por su ubicación, resulta insuficiente para brindarle protección.[24] El mencionado jurista aporta un ejemplo al respecto de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en la causa "Giménez, F." del 26/02/1997 en la que el tribunal negó la aplicación de la agravante en un caso en que se

21. Creus, *op. cit.*

22. Donna, Edgardo A. (con cita a Tozzini), *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, T. II-B.

23. Donna (con cita a Núñez), *op. cit.*

24. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*

cometió un robo en un local comercial que no se encontraba habitado por persona alguna en el momento de comisión del delito, al entender que tal circunstancia no convertía al lugar en despoblado.

Asimismo, Fontán Balestra sostiene que por despoblado debe entenderse el lugar solitario en el cual no hay otras personas, además de la víctima del robo, de su familia o del pequeño grupo del que aquella forma parte, que puedan prestar auxilio, tal como lo plasmó la Cámara Penal de Rosario, Sala I el 29/06/1977.[25]

Ahora bien, en lo que atañe a la noción de banda es importante destacar que ha existido un fuerte debate doctrinal y jurisprudencial con relación al alcance de la "pluralidad" requerida para este agravante. Por un lado, lo que se plantea es cuántas personas tienen que participar del hecho ilícito para poder estar en presencia de una banda. Asimismo, el debate gira en torno a la relación que debe existir entre aquellas personas. Al respecto, resulta menester señalar el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Nro. 11.357, "Hernández, John Gabriel y otro s/recurso de casación", resuelto el 2 de mayo de 2011, cuyo voto que lideró el acuerdo y conformó la mayoría expresó:

> … no basta la mera confluencia de una pluralidad de intervinientes en el ilícito en cuestión, pues no cualquier actividad concurrente de tres o más personas dará lugar a la aplicación de la agravante bajo análisis. Adviértase, por ejemplo, que cuando la ley reprime ciertos delitos por la simple cantidad de perpetradores, no emplea el término ´banda´, sino que se refiere a ´cuando el hecho fuera cometido por dos o más personas´ (art. 119, cuarto párrafo, inc. d del C.P.) o cuando ´participen en el hecho tres (3) o más personas´ (art. 167 quater, inc. 6 del C.P.)(…) La noción legal de ´banda´ (arts. 166, inc. 2 y 167, inc. 2) exige un acuerdo previo entre las partes para la realización del delito en cuestión. Precisamente, esa actividad organizada, preordenada de acuerdo a un plan común y efectivizada a través de una división de roles y funciones, es la que se traducirá en una mayor peligrosidad al bien jurídico protegido y no en una mayor eficacia delictiva. Sólo en la medida en que una pluralidad de sujetos activos actúen coordinadamente, es que se configura la mayor capacidad de agresión al bien jurídico que castiga la norma en análisis.

En este sentido, lo que se encuentra en el centro del debate es si el concepto de *banda* debe adecuarse al tipo penal de la asociación ilícita

25. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*

(art. 210 CP) o si se trata de un tipo autónomo. Esta discusión también se vio afectada por la reforma introducida por la Ley N° 21338 –que introdujo el art. 167 inc. 4 al CP–. Los vaivenes interpretativos fueron desde la consideración de la autonomía del concepto analizado a la necesaria vinculación con el artículo 210 CP. De todos modos, autores como Creus optan por considerar que el concepto de banda no hace otra cosa que indicar una pluralidad de partícipes ejecutivos de por lo menos tres sujetos, aunque no se den en ella los demás requisitos típicos del artículo 210 CP. Sin embargo, otro sector de la doctrina, como Donna o Villada, considera que el concepto de banda está equiparado al de asociación ilícita del artículo 210.[26]

Al respecto, Donna expresa que es difícil decir que banda no es lo mismo que asociación ilícita. Dicho jurista considera que se ha hecho una interpretación analógica, *in malam partem*. Agrega que ni es histórica, ni ha respondido a las críticas que se le han hecho. Se ha sostenido sin fundamento que son cosas distintas, sobre la base de una aparente laguna de punibilidad, que obviamente no es función de los jueces llenar.[27]

Así pues, retomando las dos posturas doctrinales y jurisprudenciales mencionadas anteriormente, debe reiterarse que para algunos doctrinarios una banda no es más que una agrupación de tres o más individuos que se reúnen para cometer un delito determinado y sólo requiere preordenación para ese delito particular, a diferencia de la asociación ilícita, que exige una planificación y un conjunto de personas que se reúnen para cometer delitos indeterminados.[28] Este fue el criterio plasmado por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en 1963 en el plenario "Coronel, Rogelio y otros" y fue ratificado en 1989 en el plenario "Quiroz, Julio A.".

Puede destacarse, entre el voto de la mayoría, el argumento según el cual el sustantivo "banda" se empleó en forma distinta a la derogada calificante de "tres o más personas", así como también a la asociación ilícita. En este sentido, el juez Tozzini manifestó en su voto que, caso contrario, nada le hubiese impedido al legislador utilizar tales otras denominaciones y, así, suprimir desinteligencias como esta, que

26. Creus, *op. cit.*
27. Donna, *op. cit.*
28. Ibídem.

lesionan el principio de certeza jurídica. Asimismo, el mencionado jurista considera que el concepto de banda debe integrarse con otras características, además de la mera reunión accidental de tres o más personas. Según él, tales características son, por un lado, un número mínimo de personas –tres– como para crear mayor vulnerabilidad en la que dicho grupo coloca al bien jurídico y en que radica la razón de ser de la agravante y, por otro lado, que todos los integrantes tomen parte en la ejecución del hecho como coautores, es decir, con un acuerdo previo de voluntades, siquiera para cometer ese hecho delictivo, con su división de tareas y su condominio del hecho final, que es lo que otorga a la banda su más grande capacidad de infundir temor y eficacia frente al bien jurídico protegido.[29]

Dentro de este sector de la doctrina puede mencionarse también a Fontán Balestra, quien sostiene que una banda y una asociación ilícita no son la misma cosa para la ley argentina porque, la agravación del delito *en banda* se realiza como consecuencia del modo de obrar de los culpables. Atañe a la *manera de cometer el delito*, al modo de ejecución, el cual concurre con otro elemento que se refiere también a la *comisión del delito*, como es el lugar donde este se perpetra, es decir, en despoblado. Además, no es lo mismo que el delito sea cometido *en banda* que perpetrado *por una banda*. Por lo tanto, habrá banda cuando el robo sea cometido por tres o más personas que de común acuerdo participan en el delito.

Sin embargo, como representante de la visión doctrinaria opuesta, Donna sostiene la equivalencia de los términos "banda" y "asociación ilícita", postura asumida también por Ramos, González Roura, Malagarriga, Molinario y Aguirre Obarrio, Moreno, Soler y Núñez. A su vez, en 1944 la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el plenario "Mouzo, José y otro" adoptó también esta perspectiva por medio de argumentos que Donna entiende que no han sido refutados. Uno de los argumentos más relevantes es que en caso de interpretación de un concepto con una acepción popular y una técnica, debe prevalecer esta última, pues es una interpretación auténtica, la más próxima a la aportada por el legislador. Al respecto, Donna repara en que toda cuestión de política criminal, atendible, por supuesto, que no esté basada en la ley, debe quedar fuera de toda discusión en

29. Donna, *op. cit.*

la interpretación del texto legal. Tampoco debe entenderse que esta interpretación legal tiene la intención de favorecer a los imputados, que sería otro error, igual al que tiende a castigar más gravemente, porque, en este sentido, la interpretación no debe ser con esa intención, sino sólo teniendo en cuenta si es o no ajustada a una dogmática auténtica.[30] En base a ello, el citado jurista considera que se está ante una interpretación sistemática del Código Penal, que no ha definido, aparentemente, qué es banda, ya que expresamente se sacó esta definición, tal como se dijo, habida cuenta de que estaba definida en el artículo 210 del Código Penal.[31]

Donna ilustra lo absurdo de la postura criticada mediante el siguiente caso hipotético: de acurdo con esta postura, se verían obligados a aceptar que un matrimonio con un hijo mayor de 16 años que realiza un robo es una banda. No se puede afirmar que un grupo de jóvenes que se juntan con el objeto de apoderarse de objetos de un quiosco constituyan una banda y que merezcan una pena de prisión de cinco a quince años (art. 166 CP). Por lo tanto, concluye Donna, esta agravante requiere algo más que tres personas que se juntan a los efectos de apoderarse de lo ajeno.

En igual sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala Tercera, en la causa N° 6179, caratulada "Carrazana, Diego Armando y Carrazana, Guillermo Luis s/rec. de casación", consideró por mayoría:

> En cuanto al alcance que habrá de otorgarse al concepto 'banda' y en consecuencia al encuadre legal del hecho en juzgamiento, he sostenido... sintéticamente que 'una correcta interpretación histórico-sistemática de las normas analizadas tiene como resultado que la expresión 'en banda' es sinónimo de la asociación ilícita...' 'estimo que la solución que propicio brinda absoluta seguridad jurídica al establecer que sólo al reunirse las circunstancias que tipifican la 'asociación ilícita' nos encontramos en la presencia de la denominada 'banda', respetándose, de este modo, el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, principio que, en mi sentir, vulnera la postura contraria a la que propicio (voto mayoritario de Guillermo José Tragant).

30. Donna, *op. cit.*
31. Ibídem.

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime al respecto. En este sentido, puede señalarse un fallo más reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala de Feria A, en la Causa N° 8 A, "R., M. E. y otros s/robo en poblado y en banda", que fue resuelta el 4 de enero de 2012. En esta resolución la mayoría adoptó la postura opuesta a la mencionada anteriormente:

> … coincidimos con la calificación legal adoptada en el sumario, pues se adecua a las previsiones del plenario nro. 111 "Quiroz" de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 4/9/89, en el sentido de que a los fines de la aplicación de la agravante del artículo 167, inciso 2do. el Código Penal es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho -empleado ese término en el sentido del artículo 45 de ese mismo cuerpo legal-, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210, tal como se vislumbra en la especie.

Artículo 167:
Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años: 1º. Si se cometiere el robo en despoblado; 2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda; 3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas; 4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

Robo en despoblado y robo en poblado y en banda

En lo que atañe al primer inciso de este tipo penal, cabe señalar que a diferencia de lo analizado en el artículo 166 inciso 2 CP, en este caso es la sola circunstancia del lugar en que el robo se perpetra lo que califica; ese robo puede o no ser cometido por una pluralidad de agentes, siempre que no constituyan una *banda*,[32] pues en ese caso se estaría en presencia del tipo penal mencionado anteriormente (art. 166, inc. 2).

Por su parte, respecto al segundo inciso del artículo 167, según Creus lo que constituye la razón de ser de la agravante es la actuación en banda. La mención de la ley de lugares poblados es sólo una forma de distinguir sin dificultades esta agravante de la del artículo 166, inciso 2.[33]

32. Creus, *op. cit.*
33. Ibídem.

Cabe señalar que en cuanto al concepto de *banda*, es el mismo al que se aludió al desarrollar el artículo 166 inciso 2, motivo por el cual a fin de profundizar sobre aquel, debe hacerse una remisión al mencionado artículo.

Sin embargo, el concepto *poblado* se refiere –por oposición al anteriormente desarrollado *despoblado*– a aquel lugar dentro del radio urbano, esto es, de las ciudades, villas, pueblos, aldeas y sus calles, plazas y baldíos inmediatos, donde le es posible a la víctima obtener auxilio de terceros para sí y para sus bienes.[34]

Robo con perforación o fractura

Ahora bien, con relación al tercer inciso, la agravante se funda tanto en la peligrosidad revelada por el agente, al utilizar medios muy vulnerantes para vencer las defensas que se oponen al apoderamiento, como en el hecho de que con su acción viola el domicilio del sujeto pasivo, pudiendo crear eventualmente peligro para las personas.[35]

Señalamos, además, que Creus considera que existe en este caso una confluencia de figuras debido a que este tipo se refiere al ejercicio de la fuerza enunciada al desarrollar el tipo de apoderamiento –art. 164 CP–. Al respecto, Creus ilustra lo anterior con el siguiente ejemplo: quien perforó una ventana para acceder a la casa donde está la cosa comete robo calificado, aunque después la haya removido sin dificultad y sin necesidad de emplear otra fuerza.

Esto demuestra, además, que la perforación o la fractura a las que se agregan violencia sobre las personas, anterior, concomitante o posterior al apoderamiento, según la parte final del artículo 164, obligan a la aplicación del artículo 167 inciso 3, exclusivamente: la calificante, aunque constituida por una fuerza particular, se refiere también a los robos en que se conjugan de manera plural los medios comisivos contemplados por el artículo 164.[36] Aquella "fuerza particular" que agrava el tipo penal es la perforación o la fractura. Así, se estará en presencia de fractura ante el quebrantamiento, corte, destrucción con daño de características especiales (romper a hachazos una puerta, hacer volar

34. Donna (con cita a Tozzini), *op. cit.*

35. Creus, *op. cit.*

36. Ibídem.

con explosivos los barrotes de una reja); sin embargo, no habrá fractura cuando la defensa no se haya quebrantado destructivamente (por ejemplo, cuando se han separado los barrotes sin quebrarlos).[37]

Por su parte, la *perforación* no es un concepto tan estricto. En este sentido, importa la idea de horadar o atravesar la defensa por cualquier medio (fuerza humana, mecánica, química –ácidos– o energía de otras clases, como el fuego).[38] Cabe señalar que Núñez considera que los supuestos de ácidos y fuego no son casos de fuerza.

Por su parte, Creus sostiene que tanto la perforación como la fractura tienen que ser realizadas por el autor del apoderamiento o por un tercero con connivencia con él, sin que importe la oportunidad, mientras que estén relacionadas con la perpetración del robo (por ejemplo, el que días antes perforó el cerco, para poder penetrar cuando decida apoderarse de la cosa).[39] En este sentido, en el supuesto de que alguien se valga de la perforación o fractura realizada por un tercero y ninguno de los dos se encuentre relacionado entre sí en cuanto a la participación, entonces no califica en el tipo previsto por el artículo 167 inciso 3, aun cuando el tercero haya practicado la perforación o fractura para perpetrar, con anterioridad, otro robo.[40]

Por otro lado, resulta menester reparar en un aspecto adicional. Anteriormente se mencionó que la perforación o fractura se ejerce sobre una *defensa*. En cuanto a este concepto, debe tenerse presente que las defensas que deben ser perforadas o fracturadas para que se presente la calificante son las paredes, cercos, techos, pisos, puertas o ventanas. La fuerza tiene que recaer sobre los elementos que forman y dotan de seguridad y solidez al conjunto (tableros, jambas, cemento, tirantes, cubiertas, etc.), o incluso sobre los sistemas de seguridad que están adheridos a las defensas y que forman un todo con ellas (por ejemplo, el pestillo de la cerradura).[41] Sin embargo, no será considerada como fuerza aquella que recaiga sobre accesorios que, si bien buscan aumentar la seguridad, no forman parte de la defensa misma, como por ejemplo un candado colocado fuera de la puerta.

37. Creus, *op. cit.*
38. Ibídem.
39. Ibídem.
40. Ibídem.
41. Ibídem.

A modo ilustrativo, resulta menester mencionar el Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Plata (18/07/2007) en el marco del pronunciamiento en la causa P. 84.249, "D. G. B. Tentativa de robo". En esta resolución se pueden advertir dos posturas antagónicas, en orden a qué se considera una *defensa* a los fines de considerar si se trató de una perforación o fractura y, por lo tanto, si se califica la figura básica analizada. Cabe aclarar que la defensa en ese caso fue el mosquitero de una ventana. Al respecto, la mayoría, que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por la Fiscalía frente a la calificación del hecho en cuestión como robo simple, expresó:

> … no está de más recordar que esta Corte también ha indicado que 'Cierto es que la existencia de fractura no requiere determinada especie de fuerza. Pero ello no significa que pueda constituir la calificante cualquier violencia. Pues fracturar requiere romper o quebrar (y esto no es incompatible con los precedentes P. 36.100, P. 37.143 y P. 37.313) (cf. P. 50.107, sent. del 28 IV 1998; P. 65.642, sent. del 30 VI 2004) (…) Para la configuración de la agravante en cuestión Sebastián Soler indica que lo importante "es que se trate de rompimiento de cosas dotadas de alguna resistencia física, defensiva, que cierren o delimiten un ambiente y que cumplan esa función de manera evidente e intencional" (autor cit., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, T. IV, Buenos Aires, TEA, 1996, p. 295). Sencillamente, no advierto que el mosquitero sea tributario de dichas cualidades. Antes bien, como su nombre lo indica, su función resulta ser propiamente la de impedir el ingreso de mosquitos u otro tipo de insectos. En esta línea de pensamiento se inscribía Francesco Carrara, quien apuntaba que 'La violencia que no recae sobre la persona del dueño ni sobre la cosa robada, califica el hurto cuando recae sobre las defensas que el dueño haya puesto para proteger sus bienes, y sobre las cuales se ejerce violencia… ese peligro de las cosas crece siempre que el hurto se comete con medios tales que superen las defensas con que el propietario había protegido sus bienes de la mano del ladrón, pues con ello disminuye el poder de la defensa privada, aumenta la alarma, y este aumento exige el mayor castigo, para restablecer la opinión acerca de la seguridad' y luego afirmaba que '… para que haya fractura es preciso que la violencia se efectúe sobre las cosas destinadas a defender las propiedades… ' y además, agregaba que estas deben "presentar cierta solidez" (autor cit., *Programa de Derecho Criminal*, v. IV, Bogotá, Ed. Temis, 1966, párrafos 2153, 2155 y 2159, respectivamente).

Por su parte, la minoría del acuerdo que no compartió los argumentos mayoritarios expresó:

> Esta Corte ha resuelto –con otra integración– que "la calificante por fractura del vidrio de un inmueble, en cuyo interior se practicó el robo, no se vincula necesariamente con el grado de violencia empleada sea o no la ordinaria constitutiva del art. 164 del Código Penal; sino que la acción resulta atrapada por la circunstancia agravante en tanto, mediante ésta, el legislador ha venido a expresar ciertas condiciones objetivas en las que aquella violencia se refleja; en el caso, para vulnerar la protección propia de la morada que fuera objeto de la acción típica" (P. 37.313, sent. del 20-VI-1989; P 47063 sent. del 15 VII 1997). Un alambre tejido de los denominados ´mosquitero´, es decir una malla metálica integrante de una ventana (empotrada en ella), puede dificultar la entrada de mosquitos, pero también sirve para permitir el ingreso de aire sin que desaparezca, aunque se vea menguada, la esfera defensiva del inmueble. En el caso no pudo cumplirse este último designio merced a la horadación de la que fuera objeto por parte de quienes tentaran perpetrar por tales medios el robo en la vivienda. Debe repararse en la propia amplitud de la figura, que no solo abarca como objeto de la fractura o perforación la pared, piso, techo o puerta, sino además las ventanas y los cercos. Ello me convence de que la razón de la agravante no yace en que se hayan violentado especiales medios defensivos sino que éstos se encuentran dispuestos a favor de la seguridad de quienes habitan el lugar donde se perpetra el hecho. Y una ventana integrada con una malla de alambre evidentemente está abarcada por dicha tipicidad objetiva.

Asimismo, la minoría manifestó que

> … si bien es cierto que el denominado "mosquitero" evita el ingreso de mosquitos u otros insectos, no lo es menos que la circunstancia de estar empotrado a una ventana tiende también a defender la propiedad. En mi parecer, el elemento bajo análisis además de protección contra insectos lleva una clara intención de impedir o por lo menos dar resguardo a la propiedad. Máxime si como surge de la pericia de fs. 19 y vta. la ventana no tenía otro medio que pueda procurar seguridad.

Por lo demás, debe advertirse que para calificar el robo del modo en que se ha analizado, tiene que darse una circunstancia adicional, a saber, el lugar que las defensas mencionadas cierran tiene que ser un *lugar habitado*, aun cuando al momento del hecho los habitantes no se encuentren presentes. En este inteligencia, Creus considera que

no hay calificante cuando el robo se perpetra en lugares destinados a ser habitados, pero en los que actualmente nadie habita, aunque el abandono actual de ese destino sea temporal (casas de fin de semana cuando no están habitadas, casas cerradas durante la temporada de vacaciones por ausencia de sus dueños, etcétera).[42] El mencionado autor agrega que no sólo se da el agravante en casos de lugar habitado, sino también cuando la perforación o fractura se ejerzan sobre las *dependencias inmediatas* al lugar habitado (cocheras, patios, etc.), con la aclaración de que aquellas dependencias deben ser destinadas a la habitación. Por tal motivo, no se considera calificado el caso de un galpón de herramientas o el gallinero, por ejemplo.

A mayor abundamiento sobre este tipo penal, resulta interesante señalar que el robo calificado, o su tentativa mediante perforación o fractura, absorben el delito de daños –art. 183 CP–. El delito de daño sólo opera cuando el robo o su tentativa resultan impunes.[43]

Artículo 167 bis:
En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario (Artículo incorporado por art. 3 de la Ley N° 25816 BO 09/12/2003).

En primer lugar debe mencionarse que este artículo fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 25815, sancionada el 12/11/2003 y promulgada el 05/12/2003, que tuvo lugar a partir de los proyectos presentados por los senadores Halak y Maqueda. La principal finalidad de aquella norma era:

> … elevar las penas para los autores de las conductas delictivas que cometan homicidios abusando de sus funciones o que substrajeren, retuvieren u ocultaren a una persona para sacar rescate, siendo jefes o miembros de las fuerzas de seguridad pública, policiales, o penitenciarias…no podemos condenar por la comisión de un mismo hecho, con igual dureza a un ciudadano común que a un integrante de las instituciones de seguridad ya que el mismo, justamente, ocupa ese lugar para evitar la comisión de delitos.[44]

42. Donna, *op. cit.*

43. Ibídem.

44. Grasso, Mariana, "El artículo 167 del Código Penal", en Niño, Luis F., *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2011.

Asimismo, resulta ilustrativo mencionar la reflexión efectuada por el senador Agúndez con relación a las razones de la reforma:

> ¿Por qué se trata, en definitiva, del aumento de pena en el homicidio, en el robo, en el hurto y en el secuestro extorsivo cuando los delitos son cometidos por fuerzas de seguridad? Esto es así porque son los delitos que más violan los derechos fundamentales de la Constitución Nacional, que son el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad.[45]

Es importante señalar que, en torno a este tipo penal, existe un debate en la doctrina sobre si el miembro de alguna de las fuerzas de seguridad en cuestión debe encontrarse en ejercicio de sus funciones al momento del hecho (Grasso) o no (Goerner).

Como antecedente jurisprudencial de este tipo penal puede mencionarse la causa Nro. 31016298/2012, caratulada: "MORA, Roberto Fernando y otros s/inf. Ley N° 23737", del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1 de San Isidro, Secretaría N° 1, resuelta el 23 de mayo de 2014. En el marco de esta causa el magistrado señaló que

> … la acreditación de los eventos señalados, con los alcances propios de esta etapa del proceso, no puede más que generar honda preocupación desde que no sólo integrantes de una fuerza con la historia y trascendencia de la Policía Federal Argentina se organizaron para atentar justamente contra aquello que juraron proteger: la seguridad ciudadana; sino también porque aquel plural concierto de actos disvaliosos, organizados y permanentes en el tiempo sólo pudieron realizarse frente a una –cuanto menos– llamativa pasividad de los estamentos superiores y de contralor de la propia institución.

Para mayor abundamiento sobre el presente agravante, sugerimos recurrir a lo expresado por la autora del comentario al delito de hurto que figura en este Código.

45. Grasso, Mariana, *op. cit.*, con referencia a la Reunión 16°, 10ª sesión ordinaria de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación (06/08/2003).

EL DELITO DE EXTORSIÓN

(ARTS. 168, 169, 170 Y 171 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Omar Breglia Arias*

INTRODUCCIÓN

Me atrevo a decir que el delito de extorsión es uno de los más difíciles del Código. Tanto en su interpretación como en su aplicación a través de los jueces.

En 1982 publiqué un libro llamado *Los delitos de extorsión* en la ya desaparecida editorial Ábaco, de Rodolfo Depalma. Más de sesenta años después, y nueve libros (entre ellos el *Código Penal Comentado*, en colaboración con mi discípulo de ese tiempo, Omar Ramón Gauna), volví a publicar un libro sobre este delito. Se llamó simplemente *Extorsión* (Editorial Astrea). La razón visible era la completa reforma del secuestro extorsivo, artículo 170, el más importante, por la pena, delito de extorsión. Pero esto no hubiera alcanzado más que para el desarrollo de un artículo extenso, no de un libro. Estaban también los nuevos fallos, a veces contradictorios con los anteriores, la advertencia de otros problemas que se presentaban, y las nuevas operatorias con soluciones contradichas: el llamado "secuestro virtual", que con una interpretación equivocada ciertos jueces han considerado estafa, y el llamado "secuestro *express*", que es un robo calificado.

* Es actualmente profesor titular de Derecho Penal, P.E., en la Universidad del Este, La Plata. Es coautor del *Código Penal Comentado*, dos tomos (Buenos Aires, Astrea) y 9 libros más. Por su primer libro ganó el Premio "Osvaldo Loudet", de la Sociedad Argentina de Criminología. Durante 20 años organizó cursos y dio más de 80 conferencias. Fue conjuez de la Cámara Federal de La Plata. Está en prensa su libro *Homicidios atenuados*.

LA EXTORSIÓN Y LOS DELITOS "VECINOS". DIFERENCIACIÓN

Los delitos "vecinos"

Son otras las dificultades que se presentan ahora con los que yo he llamado "delitos vecinos" de la extorsión, no porque estén ubicados cerca en el catálogo delictivo, sino porque tienen una estructura parecida con la extorsión, con el mismo bien jurídico, y a veces incluso con otros bienes jurídicos en protección. Esto último ocurre con las exacciones ilegales y la concusión, delitos contra la administración pública que también atacan la propiedad.

La extorsión básica aparece descripta en el artículo 168 del Código Penal de esta forma:

> Será reprimido con prisión o reclusión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulación de autoridad o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, o la de un tercer, cosas, dineros o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Con el *robo* se presentó un problema distintivo

Ello ocurrió cuando se agregó a este delito una forma de consumación a través de la intimidación que, como sabemos, es el núcleo de la extorsión. Durante varios períodos legislativos, la intimidación ha estado saliendo y entrando del delito de robo:

a. Desde 1921 a 1968, Ley N° 11729, Código Penal base hasta ahora, con antecedentes en este sentido en el Código de 1885: violencia en el robo e intimidación en la extorsión.
b. Desde 1968 a 1973, la Ley N° 17567 incluye la intimidación en la extorsión e *intimidación* y violencia en el robo.
c. Desde 1973 a 1976, la Ley N° 20642 vuelve a la fórmula de 1921: intimidación en la extorsión y violencia en el robo.
d. Desde 1976 a 1984, Ley N° 21338, se retorna a la fórmula de 1968: intimidación en la extorsión e *intimidación* y violencia en el robo.
e. Desde 1984 en adelante, Ley N° 23.077, otra vez la fórmula de 1921: intimidación en la extorsión y violencia en el robo.

En 1921 la opinión de González Roura incidió en las fórmulas de la extorsión y el robo. La intimidación aparecía sólo en la extorsión y en el robo estaba la violencia. Esto le pareció a González Roura una separación tajante, y así lo expresó: "un método sencillo y neto para la

separación entre ambos delitos". Pero no ocurrió de esa forma, pues al considerarse en esa época el *modo de desplazamiento del objeto*, entrega obligada en la extorsión y *apoderamiento* en el robo (lo que es relativo, según se apreció después), se advirtió la existencia de un doble vacío punitivo.

En definitiva, la intimidación estuvo incluida en el robo durante dos períodos, 1968 a 1973, y 1976 a 1984. A partir de ese año, la intimidación desapareció del delito de robo. Hay que precisar que durante todos estos períodos *la fuerza en las cosas* estuvo presente en el robo.

Otra dificultad fue la opinión, entre otros, de Gerardo Peña Guzmán. El maestro tucumano, después camarista federal, afirmaba que quien amenaza con armas, intimida, y por lo tanto realiza una extorsión.[1] En esta misma línea de pensamiento estuvo Carlos Malagarriga.[2] En ese momento, para más, incidía en la discusión la forma en que se desplazaba la cosa obtenida.

Más tarde Soler estableció otro parámetro: según él, la amenaza con armas era una intimidación *inmediata*, se le impone al sujeto asaltado elegir entre dar lo que se le ordena contra el funcionamiento del arma en su contra. En cambio la intimidación de la extorsión –y se vuelve en este punto a los precedentes del Código de 1921– *no era inmediata* en sus fines, el sujeto activo establece un intervalo para el aprovechamiento de la amenaza (Código de 1891), el sujeto está aquí con su trácala extorsiva y el provecho allá. Señala así una diferencia temporal o "mediación de tiempo". Más tarde, el mismo Soler perfeccionó su idea. La intimidación de la extorsión debía ocurrir "sin continuidad"; es decir, con interrupción en el tiempo, en forma "discontinua". Aparecía así un notable paradigma de la extorsión: un delito que da a la víctima, con tiempo, la posibilidad de defenderse, y que en consecuencia requiere mayor capacidad delictiva del autor, sobre todo intelectual, que le da, sin quererlo, mayor oportunidad de decisión a la víctima, y sin embargo no debilita ni elimina el rigor de la coacción sobre su persona. La desarticulación de la extorsión fue un decir más expresivo sobre la discontinuidad en los tramos en que se presenta: el de la coacción y el del provecho.

1. Peña Guzmán, Gerardo, "Un caso de extorsión", en *Revista de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Año 1, Buenos Aires, Ediar, 1945, p. 344.

2. Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1923, T. IV.

Algunos autores no coinciden en esto del intervalo, creen que no es una exigencia que esté en la ley. Esto es lo que ocurrió con Núñez y con Creus, que lo siguió. Otro autor, Chiesa, que no consideraba válido el intervalo en su libro sobre extorsión publicado por Depalma en 1984, analizaba el hipotético caso de un policía de frontera que le dice al hombre que regresa el país: "Usted tiene antecedentes y captura, tengo que detenerlo", y luego le pide una importante suma de dinero para dejarlo entrar al país. Esta extorsión, dice Chiesa, se presenta sin el intervalo, y razona: "es posible entonces una extorsión sin el intervalo". Pero la confusión de Chiesa consiste en que, precisamente, no se trata de una extorsión, sino del delito de concusión (art. 266, según la interpretación de Enrique Ramos Mejía). Por eso no existe la exigibilidad del intervalo.

Otro "delito vecino" contra la propiedad es la *estafa*

Se puede plantear entre estos delitos una analogía, tienen en común que ambos delitos suponen una *entrega*, no un apoderamiento. Por otra parte, hay algo más que los vincula: también la extorsión se hace *simulando autoridad pública o falsa orden de autoridad pública*. Estas circunstancias tienen que ver con la estafa porque son de *fraude*, tal como es la naturaleza de este último delito, la estafa.

La estafa tiene como núcleo el error, así como la extorsión tiene como núcleo el miedo. Quien es objeto de una estafa cree que lo que le hacen es legítimo (el falso inspector que llega a una joyería, dice que las piezas son robadas y se las lleva; el joyero es consciente de que se las lleva). En la extorsión, en cambio, la víctima *sabe que lo que le sacan no es debido*. Pero no siempre las cosas están tan claras.

La jurisprudencia se ha expresado al respecto: "El siguiente caso fue presentado por el defensor como estafa: un menor, con el ánimo obtener de su progenitor, dinero, simuló un secuestro. Se entendió que el ilícito era extorsión" (CN Crim. Corr., Sala Especial, 27/02/1972; BICCC, 1972-5-57)". El *modus operandi* de este caso se repitió en "Tracz, P. A.", T. Oral Crim. Nº 25, 18/08/2004, citado por Colombo-Divito, en Baigún, David y Zaffaroni, Raúl (dir.); Terragni, Marco A. (coord.), *Código Penal*, comentario al art. 170, T. 6, p. 799; también fue similar en CN Crim. Corr. Fed., Sala de Cámara, 27/05/72, BICCC, 1972-5-57; y en CN Crim. Corr. Fed., Sala II, "Dos Santos, Bruno S., y otros s/extorsión", Causa 27.758, 28/04/2009, con cita de CN Crim. Corr. Fed., Sala I, 03/09/2008, "Franco, Pablo E. s/

averiguación de secuestro extorsivo", Causa 42.220; y CN. Crim. Corr., Sala 4ª, "Fernández, Susana", Causa 26.034, 31/03/2005.

También se ha expresado: "incurren en extorsión quienes titulándose funcionarios policiales exigen a un comerciante del ramo una suma de dinero, de la cual perciben la primera cuota, para evitar problemas judiciales y comerciales, con motivo de haber adquirido el comerciante una máquina fotográfica producto de un robo" (CN. Crim. Corr., Sala Especial, "Mobando, Armando L. y otros", causa 6124, 26/06/1976). Otro fallo establece:

> Por estar ausente el factor psicológico de la intimidación, comete estafa y no extorsión, quien para obtener dinero, gestiona la contratación de avisos de propaganda comercial invocando mentidamente la colaboración para una obra social, así como el carácter oficial de la publicación, cuya propia denominación induce a engaño sobre esa condición, o anuncia como represalia para decidir a los remisos, diligencias o inspecciones administrativas (CCrim La Plata, 22/04/1952; LL, 66-425).

En el mismo sentido:

> … si la víctima ha sido inducida a error, obligándola contra su voluntad a efectuar una prestación no debida, haciéndole creer que la sanción correspondiente a la supuesta infracción podía evitarse mediante el soborno de funcionarios públicos, y ello ha sido efectuado por un funcionario público, simulando autoridad, pero sin condicionar al sujeto pasivo, estamos ante un caso de estafa (CCrim. Corr. Cap., 26/05/1959: JA, 1959-VI-459; LL, 95-118).

En cambio, en otro caso se expresó:

> Tipifica el delito de extorsión el beneficio patrimonial obtenido mediante el temor de hacer caer en desobediencia (delito de) al sujeto pasivo, porque esa trácala es suficientemente idónea para torcer su libre determinación y constituye asimismo el factor diferencial del ardid o engaño exigido por la estafa (en el caso el procesado, trajeado con uniforme policial, y exhibiendo una falsa orden de allanamiento, consiguió que la víctima le entregara diversas alhajas. El supuesto policía le decía que éstas habían introducidas de contrabando (C. Crim. Corr. Cap., Sala 3ª, 24/11/1959, causa "Desto, Ezio", K, Nº 8327, Juzg. 11, Sec. Venini, Vera Ocampo-Panelo-Frías Caballero).

Y por último:

> Configura el delito de extorsión en grado de tentativa, y no el de estafa, la acción del procesado que, titulándose policía –que no lo era– mediante

> la exhibición de chapa correspondiente, retuvo al damnificado el documento de identidad, diciéndole, antes de llegar a la seccional policial, que se lo devolvería previa entrega de dinero; o sea, que la disposición patrimonial a que se encontraba obligado el denunciante, frustrada por la intervención policial, tuvo como factor determinante no el error, sino el temor que acarreaba la extorsión" (CN.Crim.Corr, Sala 2ª, 22/09/1987, "Goncalvez Díaz").

En este último fallo, lo que establece que se trata una extorsión es la falsa condición de policía; si se tratase de un policía verdadero, el delito sería *concusión* (según la tesis de Enrique Ramos Mejía sobre el art. 266 del Cód. Penal desarrollada en *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963).

Son del área de los delitos contra la libertad los de *amenaza, coacción y privación ilegítima de la libertad*

Estos delitos tienen notorias zonas comunes, pero en el último caso el acercamiento es con el delito de secuestro extorsivo del artículo 170, que comienza con una privación de libertad que incluye la exigencia de rescate. La *coacción* como delito, por ejemplo, es una forma agravada de la *amenaza*. El artículo 149 bis del Código Penal, "Amenazas y Coacciones", se refiere en el primer párrafo al delito de *amenazas* y en el segundo, al delito de *coacción*, llamado también de "amenazas agravadas". Frecuentemente, en la reseña de fallos judiciales, vemos llamar de la misma manera a lo que es *intimidación* y a lo que es *amenaza*. Se dice inadecuadamente, por ejemplo, que el "sujeto pasivo de la extorsión es quien sufre los efectos de la intimidación". Con más propiedad debiera haberse dicho: "el que sufre los efectos de la amenaza" porque la intimidación es un concepto transitivo, comprende la amenaza más su efecto, el miedo.

La intimidación es entonces una realidad compartida entre el delincuente y el sujeto pasivo; es una transformación de la psiquis del sujeto pasivo por un estado de temor, de angustia. En cambio en la *amenaza* como delito, esta puede estar sola en el sujeto activo y no obstante ser ello suficiente, aunque el amenazado no haya sentido miedo. En el Capítulo I, "Delitos contra la libertad individual", del Título V, "Delitos contra la libertad", el artículo 149 bis dice:

> Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este

caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas". "Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años, el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

El delito de *amenazas* puede quedar como "tipo de recogida" cuando se abandona la extorsión. Esto ocurrió en el recordado caso "Jancowski". Él envió, aprovechando máquinas de escribir de un compañero –era estudiante–, esquelas de intimidación. Solicitaba dinero. Pero luego desistió, no concurrió al lugar fijado. Se consideró que no existió el delito de extorsión, pero quedó la amenaza.

El delito de *coacción* es una forma agravada del delito de *amenazas*. En él lo que se castiga *es la prepotencia en el método de requerimiento*. Se impone a otro *un hacer, no hacer o tolerar algo*. El mal puede, incluso, recaer sobre sí mismo: el sujeto activo (hijo) que amenaza con matarse frente al padre, si este no accede a lo que le impone, siempre que no sea un provecho en dinero. La exigencia como tal, es decir el modo asocial de exigir, diferencia al delito de coacción de la extorsión porque en este último se castiga lo exigido, la ventaja económica.

El delito de *coacción* o *coacciones*, como lo llaman en España, no tiene nada que ver con la coacción del artículo 34, inciso 2, del Código Penal. Este es un mandato a delinquir bajo amenaza de un grave mal. El texto dice: "El que hubiere obrado violentado por fuerza física irresistible o amenaza de sufrir un grave mal e inminente". Tiene una redacción defectuosa porque pone juntas la fuerza física irresistible, que concluye en la ausencia de acto, y "las amenazas de sufrir un mal grave e inminente", que deja subsistente el acto.

Más problemas se presentan con las *exacciones ilegales* y su forma variante la concusión, que son delitos contra la administración pública, aunque en ellos se ataca también la propiedad

Con estos delitos la extorsión tiene una serie de coincidencias en determinadas hipótesis de conductas que nos llevan inmediatamente a establecer los aspectos diferenciales. Las coincidencias se dan porque la extorsión, en su etapa más remota en Roma, se vincula al uso indebido de la potestad pública para obtener beneficios ilícitos (*metu publicae potestatis*). Esto también ocurrió con las exacciones ilegales y la concusión.

Vale decir, entonces, que extorsión, exacciones ilegales y concusión tuvieron el mismo origen. Era de esperar entonces la dificultad para diferenciar entre unos y otros delitos. El artículo referido a las exacciones ilegales, 266, 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 si o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o mayores derechos que los que correspondan.

Es un delito especial porque el autor tiene que ser un funcionario público. La palabra "exigiere" acerca a la extorsión, por la palabra intimidación, muy parecida, del artículo 168; Pero sobre todo porque la misma palabra "intimidación" se halla presente en el artículo 267, exacción agravada *por el modo*. Además existe la forma agravada *por el destino del tributo*, para la que se establece: "*será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en derecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores*" (art. 268).

Según Enrique Ramos Mejía, *dentro* de la figura del delito de exacciones ilegales, artículo 266 del Código Penal, está el delito de concusión. En esa corriente interpretativa se ha dicho:

> La suma de dinero exigida por el imputado –por persona interpuesta– lo fue a título personal para su provecho propio, no para la administración pública. En definitiva, quien exigiere una dádiva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede "convertir para sí" lo por él requerido en su calidad de funcionario público, pues que ese dinero está dirigido *de inicio* hacía él. El texto del art. 266 del Cód. Penal, entonces, ofrece la particularidad de legislar la *concusión* junto con la hipótesis de *exacciones ilegales*. El elemento diferenciador entre ambos delitos está dado por el objeto sobre cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales se versa sobre una contribución, un derecho, o mayores derechos a los que correspondan.

En estos supuestos el agente tiene un título legítimo para formular la *exigencia*, mas no para exigir en demasía; en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima. También se ha dictado:

> Configura concusión agravada por empleo de intimidación, la acción del director de la Auditoría Fiscal de la DGI que, por intermedio de un tercero,

requirió a los integrantes de una empresa petrolera la suma de 1.500.000 pesos, a cambio de presentar un informe favorable a esta, haciéndoles saber que, de no aceptar a ello, presentaría un dictamen sumamente perjudicial para la firma, toda vez que le podría significar un ajuste fiscal que, con intereses y demás accesorios, alcanzaría la suma de 60.000.000 pesos" (TOral.Crim.Fed., 27/08/1996; JPBA, 99-21).

Pero, además:

… cuando el funcionario no reclame para la Administración, sino directamente para sí, desaparece la exacción ilegal, en razón de que ésta requiere que tal exigencia tenga como destino los fondos públicos, y si en el caso, los imputados han exigido para sí, y se lo manifestaron al damnificado, se deja el terreno de los delitos contra la Administración para ingresar en el de los delitos contra la propiedad (art. 168, extorsión, si hay un intervalo entre coerción y provecho).

Dice Enrique Ramos Mejía:

El elemento fundamental y que realmente señala la distinción entre ambos delitos consiste en aquello que es objeto de la exigencia ilícita del funcionario, pues es cierto sí, que en tal aspecto no es lo mismo exigir una contribución o un derecho o cobrar mayores derechos que los que corresponden, que exigir una dádiva, ni es en todos los casos lo recibido es producto de una exacción (como parece deducirse de lo dispuesto en el art, 268), ni es posible por ello convertir ese producto en todos los casos en provecho propio o de tercero (como lo estatuye el mismo artículo). El error de nuestra ley, a consecuencia del cual se ha producido esa confusión entre ambos delitos, reside en haber equiparado en el artículo 266, la exigencia de una contribución o de un derecho con la exigencia de una dádiva, confusión agravada por el artículo 268, al considerar a todas esas exigencias como exacciones. *Exacción*, vocablo que tiene una firme tradición etimológica y jurídica, vale tanto como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, esto es, de algo que sólo se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa y debe actuar el agente, como lo sostienen por ejemplo, Moreno, Gómez y Carnelli. Por eso, ese tipo de exigencia importa una exacción ilegal y se halla reprimida en el mismo artículo 266 del Código Penal, agravando la pena el art. 268 en caso en que el propio funcionario convirtiere la respectiva exacción en provecho propio o de tercero, desviándola del destino primitivo: las arcas fiscales. La mafiosa combinación original de extorsión y engaño ha concluido así en beneficio exclusivo del reo. Pero cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto

> es, algo que nunca pudo suponerse la víctima, como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad por lo tanto, de *convertir luego* en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el artículo 268 sino el artículo 266 (...) Hay en la razón del delito de concusión un verdadero delito de extorsión, pero aquélla se separa de éste, adquiriendo una individualidad propia, a consecuencia de la calidad funcional del autor y del medio abusivo empleado, el llamado *metu publicae potestatis, y por la inexistencia del "intervalo" presente en la extorsión*.[3]

Lo que hemos expuesto hasta aquí tiene origen en la posición de Ramos Mejía, tal como adelantamos. Es que para establecer las diferencias entre estas figuras hay dos teorías interpretativas, que giran en torno de la interpretación que ha de dársele a la palabra "dádiva" del artículo 266, en relación con el artículo 268 del Código Penal. De acuerdo a la primera de esas teorías, autores como Núñez, Creus y Rimondi[4] consideran que las exacciones ilegales se encuentran tipificadas en el artículo 266 y que el artículo 268 agrava la conducta cuando lo que es requerido por el Estado, por medio de aquellas, es llevado al bolsillo del funcionario. La segunda teoría proviene de Enrique Ramos Mejía. En un libro de 1964 (*El delito de concusión*, Depalma), él ve en las expresiones "una contribución, un derecho (...) o mayores derechos que los que corresponden" del artículo 266, "verdaderas exacciones", y no en la *dádiva*, que no lo es por su propia naturaleza, y que inicialmente va –de manera natural y directa– al bolsillo del funcionario, una vez requerida por este y entregada por la víctima. Según esta teoría, entonces, el delito de concusión es *una figura autónoma* ubicada dentro del artículo 266 junto a las exacciones ilegales, *pero no es una de ellas*. Ergo, cuando el artículo 268 habla de las "exacciones de los artículos anteriores", que

3. Ramos Mejía, Enrique, *El delito de concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 38 y ss.

4. Rimondi, Jorge Luis, *La problemática actual de la concusión*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 62 y ss. El autor expresa: "Soler, por su parte, entiende que la concusión tiene su encuadre en el artículo 268. Considera que el verbo *convertir* empleado por la norma no implica doble actividad sino una simple negación. Así, si el funcionario público no ingresa a las arcas del Estado el fruto de la exigencia, infringirá el art. 268, con absoluta prescindencia de cuál hubiese sido el objeto exigido (contribución, derecho, o dádiva) y de su motivación inicial (celo fiscalista excesivo). Frente a normas redactadas con una técnica tan clara y armónica, la respuesta a estas doctrinas se encuentra en la propia letra de la ley".

se agravan, no incluye la dádiva porque ella no es una exacción y porque *no puede convertirse* por parte del funcionario en provecho propio o de un tercero, ya que, por su propia naturaleza, de antemano es cobrada por este para sí. Va *directamente* a su bolsillo.

Así, es posible decir que el artículo 266 del Código sustantivo no solamente contempla la exigencia indebida de una contribución a favor del Estado, sino también la acción del funcionario que exige para sí una dádiva, que de antemano no va encaminada sino al bolsillo del funcionario. En cuanto a la extorsión, cuando el funcionario no la reclame para la Administración sino directamente para sí, desaparece la exacción ilegal en razón de que esta requiere que la exigencia tenga como destino los fondos públicos. Si se ha exigido para sí y se lo manifestaron al damnificado, se deja el terreno de los delitos contra la administración pública para ingresar en el delito contra la propiedad, y siempre que exista una mediación de tiempo, el intervalo propio de la extorsión, entre intimidación y provecho.

Según nuestra opinión, la diferencia con la extorsión es por *el intervalo* existente en el delito del artículo 168 entre intimidación y provecho, que no se da en las exacciones ilegales. En segundo lugar, el beneficio en las exacciones ilegales es para la administración pública, es decir, "una contribución, derecho (…) o mayores derechos que los que corresponden", que son cobrados para ella por el funcionario público (no hay que olvidar que también puede ser un funcionario público el que participe en la extorsión, o sea que por esto no ha de hacerse la diferencia). Ahora, entre las palabras, "una contribución, un derecho (…) o mayores derechos que los que corresponden", no hemos puesto la palabra "dádiva" (que debió estar sobre los puntos suspensivos) no por error, sino por entender –desde la teoría de Ramos Mejía–[5] que la concusión se ubica dentro del art. 266. El ilícito se centra precisamente en esa palabra, y no es una exacción, sino que tiene una naturaleza diferente, en la que se incluye que lo percibido sea cobrado por el funcionario "y para él". No es "que se lo lleva para su bolsillo", como dice la primera teoría (Núñez, Creus y Rimondi), entre los otros objetos del delito de exacciones ilegales, que ubica la conducta de todos en el artículo 268 sobre exacciones agrava-

5. Ramos Mejía, Enrique, *op. cit.*, p. 50 y ss.

das, sino que directamente va a su bolsillo porque esa es la naturaleza y la característica primigenia de la dádiva.

Por lo tanto, es imposible "que se la lleve a su bolsillo", o sea "convierta" su destino, *porque ese era su destino natural y único*. Vale decir que, cuando en el artículo 268 se dice que las "exacciones ilegales de los artículos anteriores" se agravan en el caso de que el funcionario *convierta* en provecho propio o de terceros esas exacciones, debe interpretarse que no se está refiriendo a la dádiva porque ella no es una exacción. Se refiriere a "una contribución, un derecho (...) o cobrase mayores derechos que los que corresponden", esas son las verdaderas exacciones. Consecuencia de esto es que en la palabra "dádiva" se asiente la construcción de un delito diferente a las exacciones ilegales, la *concusión*.

De tal manera, y siempre siguiendo esta segunda teoría, la de Ramos Mejía, este delito aparece como una cuña entre las exacciones ilegales y la extorsión. ¿Cómo ocurre esto? Con las siguientes consideraciones: 1) que una persona –funcionario público– utilizando el *metus publicae potestatis*, o sea, el miedo a la potestad pública –o, vale decir, el miedo a la función pública, auténtica y real–, en este caso obtenga beneficios ilícitos; si estos no constituyen lo que se llama "una exacción", es decir, una "contribución, un derecho (...) o mayores derechos que los que corresponden", el que se cometa será el delito de concusión, que se diferenciará de la extorsión porque mientras en esta última hay un intervalo entre la intimidación y el provecho, en la concusión no lo hay; 2) cuando una persona –funcionario público– obtenga por intimidación cosas, dinero o documentos como beneficio o provecho ilícito, será una *extorsión*, siempre que haya un intervalo entre intimidación y provecho, porque en caso contrario será una concusión; y 3) que una persona, mediante exigencia (¿cómo separarla tajantemente, y en todos los casos, de la intimidación?) obtenga beneficio ilícito consistente en "una contribución, un derecho (...) o mayores derechos que los que corresponden"; si esa persona es funcionario público, será el delito de *exacciones ilegales, siempre que ese beneficio vaya para la administración pública*.

Así, se ha dictado:

> Si los encartados, como oficiales de policía, deben brindar seguridad, pueden clausurar locales comerciales y efectuar traslados de oficiales reticentes a colaborar con sus actividades, la *concusión*, como delito de actividad se configuró con la sola exigencia (Tribunal de Casación de la Provincia

de Buenos Aires, Sala 3ra., "Ortega, Carlos Alberto s/recurso de casación", magistrados Borinsky-Violini, La Plata, causa 66170, 20/8/2015).

LA EXTORSIÓN SIMPLE O BÁSICA

- El texto: El artículo 168 del Código Penal argentino (Título VI, "Delitos contra la propiedad", Cap. III, "Extorsión"), en su primera parte dice:

  Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos…

- Las modificaciones: La Ley N° 20642 del 25/01/1974 estableció la pena actual de "prisión o reclusión de cinco a diez años". La extorsión resulta así más castigada que el robo simple. La pena originaria (Código Penal de 1921) era de *uno a cuatro años*. Fue modificada en 1968 por el Decreto-ley N° 17567, que fijó la pena "de reclusión o prisión de dos a ocho años". La pena de *uno a cuatro años* fue restablecida por la Ley N° 20509. A ella le siguió la Ley N°20642, poco tiempo después, con la actual pena: reclusión o prisión de cinco a diez años, muy agravada con respecto a la anterior, *por la proliferación y gravedad de la extorsión* en ese momento.
- El tope mensurativo de cinco años de mínimo ha sido considerado por algún autor como un tanto alto, sin embargo se ha declarado constitucional. Quien considera alto el mínimo es Aguirre Obarrio: "Nuestro derecho –dijo– está confundiendo años de prisión con glóbulos rojos". Debe señalarse que en los últimos años viene imponiéndose un punto de vista por el cual, en casos especiales, la pena mínima puede ser motivo de disminución.
- Esta figura como genérica propiamente dicha, o común, tiene básicamente los elementos de las otras especies de extorsión. Sin embargo esto debe considerarse con la relatividad que señaló Jiménez de Asúa: "la heterogeneidad de las especies que el Código Penal incluye bajo el título de extorsión

hace que Gómez considere imposible definirla con la bastante generalidad para que queden abarcadas todas estas figuras.[6]

- Mantovani destaca que "las especies de extorsión son típicos delitos que se consuman con la cooperación artificiosa de la víctima, vale decir, contrayendo ésta a producir el resultado patrimonialmente perjudicial, no limitándose a sufrir la ofensa, sino también convirtiéndose en su protagonista.[7]

La acción y los medios

La acción

La acción es la de *intimidar*, o sea, "coartar apreciablemente la libertad de decisión" (según Soler).

Los medios

Son: 1. la intimidación lisa y llana, o genérica, que es la hecha por cualquier conducta que no sea por simulación de autoridad pública o falsa orden de autoridad pública; 2. La simulación de autoridad pública; y 3. La falsa orden de la autoridad pública. En los supuestos 2 y 3, se habla de "intimidación engañosa".

En realidad, la intimidación es el procedimiento genérico de todas las figuras salvo, según Soler, la extorsión mediante sustracción de cadáver del artículo 171 del Código Penal.[8] El autor no da razones para esa distinción. Tenemos opinión contraria: la sustracción de cadáver *intimida* con la posibilidad de la desaparición definitiva del cadáver o de su profanación.

En las hipótesis de extorsión, el desplazamiento de la cosa objeto del delito se produce por la actividad de la misma víctima, que es quien *entrega o pone la cosa a disposición del autor*, pero con su voluntad viciada por coerción.[9] Pero la intimidación es necesaria para que se

6. Jiménez de Asúa, *Comentario al "Tratado de derecho penal", tomo IV"*, por Eusebio Gómez"; LL, 35-1174.

7. Citado por Buompadre, *Tratado. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2009, T. 2, p. 93.

8. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, T. IV, p. 303, parág. 115, V.

9. Cfme, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 1, p. 487.

entienda que ha existido extorsión.[10] Para que exista extorsión es necesario que medie intimidación y, además, que se obligue a la víctima a realizar el acto lesivo de su patrimonio. No hay extorsión en el caso de quien, habiendo pagado la deuda, logra por medios intimidatorios la destrucción del pagaré retenido por el acreedor; pero, según las circunstancias, *podría ser coacción*.[11] No existe intimidación y, por tanto extorsión, cuando la supuesta damnificada manifiesta que sabía que por hallarse su hotel en condiciones reglamentarias para funcionar, nada tenía que temer de la amenaza de ser molestada por inspectores, con que se le intimó la entrega del dinero (CCrim.Corr.Cap, 7/7/39; *LL*, 15-249). Por eso, se ha dicho que "si la entrega del dinero al presunto autor de la extorsión se produce a raíz de una celada tendida por la policía –en la cual la víctima aparente es un empleado de la policía que voluntariamente provoca la conducta del acusado–, tal entrega no obedece a la intimidación que requiere la figura del artículo 168 del Código Penal, sino que resulta del propósito de obtener la prueba de la actividad delictiva, por lo que en el caso no se configura una extorsión; por lo menos en el grado de consumación (C2ª Crim. Córdoba, 05/08/1957; *RepLL*, 1959-1303- Nº 8).[12] En el mismo sentido, "La acción del procesado que actuando como 'intermediario´ entre los supuestos secuestradores de la hija del damnificado, y éste, recibió dinero para ser entregado a aquéllos, cuya real existencia no se determinó, configura el delito de estafa y no el de extorsión, pues no medió intimidación de parte del sujeto activo del engaño. Al no poder vincularse al procesado con la desaparición de la joven, ocurrida en 1977, resulta imposible imputarle participación en la extorsión" (CN. Crim. Corr, Sala 4ª, 03/10/1984, "Lorenzo, Miguel"; *BICCC*, 1984, Nº 4).

10. "La intimidación propia del delito de extorsión se materializa con una víctima desesperada por recuperar un efecto –en el caso, de gran valor económico– y la exigencia injusta de otros, de un dinero, a cambio de la entrega" (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala 3ª La Plata, "Proverbio, Osvaldo Fabián s/recurso de casación", causa 72305, 31/05/2016, magistrados Borinsky-Violini).

11. Buompadre, *op. cit.*, T. II, p. 95.

12. Ver Baigún, David, "Tentativa, 'delito experimental', punibilidad", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Año 5, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 342 y ss.

La intimidación. El intervalo entre amenaza y provecho

No se necesita que la intimidación llegue a un grado que la voluntad quede reducida, o sea que el autor sea llevado a hacer lo que el agente quiere. Por el contrario, la doctrina ha aceptado que basta con *atemorizar*. Soler dice que basta con que la libertad "esté apreciablemente coartada".

La intimidación es un medio puramente moral, por lo menos en su ejercicio inmediato. La presión que se ejerce sobre la decisión libre de la persona es inmediata. *Mediato* será el mal a recaer como amenaza si no se la atiende.

Por el contrario, se dice que en el robo existe *amenaza de un despliegue físico inmediato*. Ya hemos dicho que en el artículo 34 hay un tipo de coacción que es un mandato a delinquir inculpable. Nada tiene que ver en estos casos con la intimidación de la extorsión. Al ocuparnos de la diferencia entre robo y extorsión, hemos expresado que el primero presenta una intimidación física de *ejercicio inmediato* (amenaza con armas) que no es propia de la intimidación de la extorsión. Allí nos remitimos.

La existencia de un intervalo, de la mediación de un tiempo, entre intimidación y provecho es discutida aún hoy por algunos autores, pero la mayoría la acepta. Citando a Carrara, Soler decía:

> La extorsión opera por vía psíquica en el sentido que presenta el proceso en la forma desarticulada propia de la amenaza; amenaza de mal futuro para el logro de la prestación actual; amenaza de mal actual para el logro de prestación futura (Carrara).

Y para fundar su opinión explicaba que este sistema es característico del Código toscano y del italiano de 1890, y que a él se refiere la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, en Argentina. Carlos Fontán Balestra comparte el criterio.[13] En cambio Peña Guzmán se ubica en contra de la existencia de un intervalo en la extorsión. Pese a la característica perfección de sus argumentos, el lúcido maestro tucumano no encuentra apoyo a lo que formula. Es más, dice algo que se vuelve definitivamente contra lo que pretende demostrar: "nadie discutiría la calificación de extorsión del hecho cometido por quien amenaza publicar un libelo difamatorio, y recibe, en el acto mismo de la primera amenaza, el dinero". Nadie lo discute, exacto; pero es que, en realidad, en el caso, el intervalo de tiempo está presente. El error de Peña Guzmán es que *amenaza*, en el

13. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado, Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, T. V, p. 528, 119-II-1

sentido de expresión de esta amenaza, y provecho, se sitúa contemporáneamente; no ve el maestro el intervalo de tiempo. Pero la confusión consiste en apreciar como cosas iguales la *amenaza* como su *expresión* y *amenaza* como el *mal a acontecer*. Aquello con lo que se amenaza, la publicación del libelo, es una *cosa futura*. Precisamente, se trata entonces del *mal amenazado, futuro, mediato,* que en armonía con la exigencia o provecho actual, define la extorsión conforme el requerimiento de un intervalo de tiempo. El caso corresponde perfectamente a la fórmula: "mal futuro y lucro presente".

La intimidación diferenciadora

Hay una intimidación por muchísimos y variados motivos y hay una intimidación que depende de la simulación de autoridad pública o falsa orden de la autoridad pública. Por ambas intimidaciones, el sujeto obra disponiendo o entregando, con el vicio de su voluntad coaccionada. La intimidación es lo que diferencia a la extorsión de la estafa. Esta necesita de un ardid o engaño:

> Se configura el delito de extorsión, art. 168, C.P. y no el de estafa, art. 172, C.P. si el objeto del ilícito fue habido bajo amenaza, es decir infundiendo temor, pues para que se configure la estafa no juega como elemento decisivo el temor, sino el engaño (Trib. de Casación Penal, Pcia. de Buenos Aires, La Plata, Sala 5ª, causa 65443, "Martínez, Felix R. s/recurso de casación", 07/05/2015, jueces Ordoqui-Celesia).
>
> El funcionario público que organiza la contribución periódica de otros funcionarios o empleados públicos, con destino a la caja de un partido político, no incurre en el delito de extorsión, aunque los aportantes hubieren contribuido por temor a verse privados de sus puestos o perjudicados de otra manera, pues esta circunstancia puramente subjetiva y ajena a manifestaciones exteriores, claras, categóricas e idóneas como medios intimidatorios, no constituye coacción extorsiva (S.C.Catamarca, 17/11/43; *LL*, 34-656; JA, 1943-IV- p- 622, causa 17.138, "Andrada, Ernesto M. y otros").
>
> El descuento de los empleados públicos no encuadra en el delito de extorsión si no concurre la intimidación idónea, en la forma de emplazamiento o amenaza, que exige el art. 168, del Cód. Penal, para configurarlo, ya que el aporte, según las constancias de autos, era voluntario y revestía el carácter de cuota de afiliado a determinado partido político (Juzg. Crim. Mendoza, 4/5/45; *LL*, 38-660, causa 18.992, "Vicchi, Adolfo"; ídem, S.T.Santa Fe, 17/9/43; LL, 34-643).

La situación dilemática como núcleo central

La característica principal de la extorsión es la *situación dilemática* en que se coloca a la víctima (González Roura): debe elegir entre dos males. El que se presenta para ella como de menor importancia es el que elige para sacrificarlo. Por eso González Roura da esta definición:

> La extorsión consiste en procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la víctima ante un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio patrimonial que ella o un tercero ha de sufrir, y el otro, el daño que, en caso contrario, a ella o a una persona de su familia, ha de deparársele.[14]

El desplazamiento del objeto

En una época, se tuvo muy en cuenta la manera en que se desplazaba la cosa objeto del delito: si era *entregada* por el sujeto pasivo, o el sujeto activo se *apoderaba* de ella. Así, se dijo que en el robo la cosa es apoderada por el delincuente (conf. Sagarna) mientras en la extorsión la víctima se desprende de ella o la entrega (enviar, entregar, depositar o poner a disposición la cosa). Esta distinción fue vista después como débil. La frase tradicional y típica del robo, "la bolsa o la vida", que pronunciaba el ladrón, hace ver que en el delito de robo es la víctima quien entrega. Peña Guzmán y Núñez habían criticado, por tanto, la distinción.[15]

El mal con que se amenaza

El mal tiene que ser *futuro*.[16] Se ha dicho que un ladrón que, comunicándose con su víctima, exigiera una suma de dinero a cambio de devolver lo hurtado, no cometería extorsión. No se trataría allí de amenazar con un mal, sino de exigir una prestación para reparar *un mal ya hecho* (cfme. CCrimCorr Cap, Def. Crim. 5ª, 5/8/77, "Thomas, H. M.", causa 9116, Almeyra-Madueño; otro: CCrimCorrCaop, Def. Crim. 2ª, 19/04/1949, "Cuadrelli", causa 834). No compartimos el criterio expuesto. Se trata de

14. González Roura, Octavio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, V. Abeledo, 1925, T. III, p. 236.

15. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, T. V, p. 260.

16. González Roura, *op. cit.*, T. III, p. 171, b, 240; Soler, *Derecho Penal Argentino*, *op. cit.*, T. IV, p. 261, parág. 115; CNCrimCorr, "Fallos", VI, p. 162.

robo o de extorsión, según las distintas opiniones. Prefiero lo segundo: la suma de dinero que se pide es un nuevo mal, *futuro*, por lo tanto.

Pero el mal no está estrictamente en el futuro: "Carece de poder intimidante para obligar la entrega de un terreno, la amenaza de iniciar la acción criminal, por un cheque que no se había abonado" (C. Crim. Corr. Cap., Int. Crim. 3ª, 11/06/57, causa 5807, "Cereijo, R.", jueces Oderigo-Vera Ocampo-Durrieu).

El mal tiene que ser suficiente

En *Once nuevos delitos* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968), Ure, E. J. precisa que

> … pone en peligro la amenaza de un bien jurídicamente valioso para la persona (integridad personal, honor, familia, patrimonio, pudor). No lo será, entonces, la amenaza de un mal que recaerá sobre algo que no reúna aquella condición (quitar el saludo, retirar la amistad) porque deja indemnes los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Es importante señalar que

> … la amenaza de denunciar a alguno ante las autoridades judiciales constituye un elemento de violencia moral requerido para el delito de extorsión, aunque los hechos con cuya denuncia se amenaza sean insubsistentes, pues hay violencia también cuando el mal que se amenaza en concreto es sólo virtual, posible, inverosímil, según el concepto de la amenazada. No importa que la persona amenazada se sienta inocente del mal que se le atribuye y no tenga que temer sus consecuencias. Constituye amenaza injusta la de denunciar, aun por un delito insubsistente, *pues a pesar de toda la confianza que se tenga en los jueces, un proceso penal perturba el ánimo de la persona más tranquila y de conciencia más segura*.[17]

La tentativa y la forma de determinar si la intimidación ha sido idónea

Cuando el delito no se consuma "por circunstancias ajenas al autor" (tentativa) habrá que mensurar si el medio de la intimidación fue idóneo. Si no lo fue, el delito será imposible. Cuando la inadecuación de los actos provenientes de la absoluta imposibilidad del fin sean el motivo de la imposibilidad del delito, la imposición de una pena vulneraría el principio fundamental *cogitationes poena nemo patitur*: el pensamiento no

17. Maggiore, G., *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, T. V, p. 96.

puede ser motivo de pena. Por otra parte, al no investir dicha acción el carácter de peligroso, debe ser impune (a tales acciones se refiere Beling, cuando dice: "Tal como eran y bajo las circunstancias del caso, no podían llegar nunca a una realización del tipo".[18] Al sostener Soler que "la idoneidad del medio no debe medirse sobre la base de crear un peligro real, sino sólo el temor de un peligro",[19] concluye su argumentación diciendo que "por eso, el error del coacto no excluye la extorsión, cuando el error mismo forma parte de la maniobra intimidante, como claramente ocurre en el caso de simulación de autoridad".[20]

Lo correcto de este criterio tiene el siguiente fundamento: en la estafa, delito de extremo paralelo por partir de un vicio de la voluntad (estafa-engaño-extorsión-intimidación), se ha denunciado el error básico[21] que parte de Carmignani y Carrara, y pasa por Longhi, Geib y Pessina, por el cual se sostiene la necesidad de merituación de la empresa engañosa para considerar si es suficiente o no a los efectos de la concreción de la conducta típica. Para valorar esa postura como valedera, se ha dicho que sólo tendría asidero si el bien jurídico de la estafa no fuera el patrimonio, sino la fe pública; observación muy sagaz que ilumina la cuestión.

El mal amenazado como una acción o una omisión

El mal amenazado puede consistir en una acción o en una omisión. Pero hacer un mal no es lo mismo que no reparar el mal. Para que la omisión constituya un delito, deberá existir previamente una *obligación* de actuar.

Núñez cita el caso del inspector municipal que exige una suma de dinero a cambio de comunicar al propietario del automóvil el lugar al que ha sido llevado por una infracción. La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional decidió que existía delito.[22] Según Núñez no hay extorsión, pues de "de esa negativa no provenía la situación creada".[23]

18. Binding, Ernst von, *Esquema de Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, parág. 29-II, pp. 102-103.

19. Soler,Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, *op. cit.*, T. IV, p. 305.

20. Cfme, Blasco de Moreda, nota en *LL*, 1º de junio de 1957, citado por Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. IV, p. 529, parág. 119-II-1).

21. Finzi, *La estafa y otros fraudes*, Buenos Aires, Depalma, p. 40.

22. Crim. Corr. Cap., 02/04/1963; *LL*, 111, p. 193

23. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, p. 257, n. 22.

En cambio, si la obligación de hacer algo existe para el sujeto activo, su omisión constituirá extorsión. El caso del señalero que amenaza al maquinista con no hacer la señal correspondiente, o la enfermera profesional que amenaza al enfermo solitario e incapacitado con no aplicar la inyección que evitará el ataque, son ejemplos en este sentido.

El mal amenazado como un ataque a un interés legítimo de la víctima

Si el interés de la víctima es ilegítimo, no merece la protección de la norma: no hay extorsión. Por ejemplo, si con amenazas se exige a una persona *que deje de levantar juego en un determinado lugar*, el que acceda a ello puede dar ventajas a otro levantador de juegos prohibidos de la misma zona, que quedaría sólo. Pero no existe un interés legítimo de la víctima que sea el atacado.

Sin embargo no debe confundirse el proyecto ilegítimo con la repercusión en el patrimonio ajeno. El autor, sin cometer extorsión, no sólo puede exigir intimidatoriamente lo que se le debe, sino que también puede exigir o negar todo lo que a otro título está en su derecho, aunque repercuta en el patrimonio ajeno, por ejemplo, amenazar con no cumplir el boleto privado de venta si no se da un sobreprecio.[24]

Esta distinción aparece en la jurisprudencia: "Resulta indiferente la verdad o falsedad, ilicitud o licitud, pues lo reprimible es que con la amenaza se persiga un beneficio" (CCrim. Santa Fe, 24/6/52; Rep*LL*, 1953:396., n. 20). Y también:

> No configura el delito de extorsión la carta en que empleado del querellante le reclama el pago de sueldos atrasados, previéndole que si no se pagan, divulgará en los bancos, y entre las personas relacionadas comercialmente con él, datos sobre su conducta comercial y privada, por cuanto la carta no presenta la a exigencia de algo que no se debe, pero puede ser el delito de coacción.

El mal amenazado como legítimo o ilegítimo

Esto es indiferente: si se amenaza con algo que es legítimo, y aun con lo que es obligatorio para el amenazado, hay extorsión. Por eso se ha dicho que la característica de la extorsión no consiste tanto en la injusticia de la amenaza cuanto en la injusticia del provecho que se trata

24. Núñez, *Derecho Penal Argentino, op. cit.*, T. V, p. 258, nota 29.

de realizar por medio de la amenaza.[25] "Lo que torna extorsivo el hecho no es la ilicitud de lo amenazado sino la ilegitimidad de lo exigido", afirma Fontán Balestra.[26]

Cabe advertir que Núñez habla siempre del mal "sobre la persona de la víctima", no menciona al tercero.[27] Sin embargo, hemos dicho que se puede matar con ensañamiento al hacer que la víctima presencie la muerte de una persona de su afecto o de su familia.[28] Consecuentemente, no puede haber duda de que, cuando el mal recae sobre un tercero, en la intimidación que se efectúa, la obtención de un provecho ilegítimo para evitar que esto pase construye perfectamente la extorsión.

El mal tiene que ser de cierta importancia aun cuando no sea inminente

Se decidió que

> … si lo que se atribuye a los imputados es el hecho consistente en haber realizado maniobras extorsivos mediante las cuales se exigió a los directivos de una empresa el pago de sumas de dinero para finalizar con la actividad difamatoria que se desarrollaba en su perjuicio, dicha conducta no reúne el grado de gravedad que la figura de extorsión requiere, en tanto las notas informativas que se le hicieran llegar a las entidades bancarias, no generaron mayor preocupación.[29]

Además, el mal no suprime la voluntad de la víctima, como en el robo con armas, pero sí la vicia. Los romanos dijeron *"coactus voluit sed voluit"* ("quiso coaccionado, pero quiso").

Basta que esté en el ánimo de la víctima la existencia del mal amenazado

En tal sentido, basta con que la víctima crea que puede ser así. Esto es diferente al caso del que dice tener secuestrada a una persona y solicita

25. Maggiore, G., *Derecho Penal, op. cit.*, vol. V, p. 110, n. 136.

26. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, 1969, T. V, p. 531, parág. 119, II-3.

27. Núñez, *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1966, p. 262.

28. Breglia Arias, Omar, *Homicidios Agravados*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 141.

29. CN Crim. Corr., Sala I, 27/04/2005, "Cruz, Manuel J.P. y otros", elDíal, A12079.

dinero al familiar. Se ha interpretado equivocadamente que esto puede ser una estafa. *Ex ante* no cabe duda de que el mal (daño o muerte del secuestrado) puede tener gravitación intimidante. Y el hecho que prontamente el familiar acuda al lugar indicado (la puerta de una casa deshabitada) para dejar el dinero que se le pide, habla a las claras de que se intimidó y de que fue extorsionado. Tanto es así que en la estafa siempre hay un "anzuelo", que es inculcarle a la víctima que *hay un gran provecho en la conducta que ha de emprender*, y esto no ocurre en la extorsión. No es en esa situación anímica que procede el sujeto pasivo en un secuestro virtual, sino en el estado de temor por el familiar.

Hay un error robusto en la disidencia de calificación por el delito de estafa. Que se diga que el error "cuya producción es posible" es la base de la extorsión no está en la letra del artículo 168. Y no tiene ningún respaldo en la doctrina interpretativa de esa figura. La víctima cree en esa producción, por eso "pone" el dinero. Se intimida y eso es suficiente. Que el secuestrado no exista, y que por consecuencia, no se le pueda lesionar o matarlo, no es cuestión que interese a la extorsión. De eso no se dice una palabra en el artículo 168. Basta que haya en el ánimo del sujeto pasivo un gran temor, miedo, una intimidación y *la existencia de un mal mayor que aún pueda ocurrirle al "secuestrado"*. Que lo lesionen o lo maten, por ejemplo. A veces, hemos llegado a creer que los jueces formulan esas interpretaciones, tan creativas, por la pena muy distinta que corresponde a los dos delitos. El mínimo de la estafa es de *un mes*, y el mínimo de la extorsión es de *cinco años*, y si se piensa que ese mínimo es muy alto... Pero los jueces no están para modificar el Código Penal a través de sus votos. El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (Sala 3ra., 01/10/2009, *LLBA*, 2009-1005), se pronunció por extorsión. Tuvo en cuenta, en casos así, que en la estafa los medios están dirigidos al intelecto, en cambio en la extorsión, a los afectos.[30]

La confusión en las palabras en la extorsión

Una de las cosas que más han dañado a la verdadera interpretación del artículo 168 es confundir el sentido y la aplicación de palabras como *exigencia, amenaza, intimidación y provecho*. Es un error decir "que

30. Laje Anaya, Justo, "La mentira, la estafa y la extorsión", en *Zeus online*, Córdoba, Zeus, 13-533.

el concepto de intimidación del art. 168 no consiste en cualquier exigencia más o menos injusta"; debió decirse: "cualquier amenaza más o menos injusta". Otro error es asegurar que "la intimidación es lo que produce el estado angustioso del ánimo", cuando la intimidación *es ese mismo estado del ánimo*. O que "La amenaza debe ser injusta", cuando *es el provecho el que debe ser injusto*.

La entrega en la extorsión

No hay apoderamiento en la extorsión, sino entrega, que comprende además envío, depósito o puesta a disposición de cosas, dinero documentos que produzcan efectos jurídicos. Eso es lo que hace el sujeto pasivo, obligado por la intimidación general o por la intimidación especial o particularizada de simulación de autoridad pública o falsa orden de autoridad pública.

Los actos obligados

Los actos que en la extorsión son impuestos al sujeto pasivo son: entregar, enviar, depositar o poner a disposición. La síntesis de todos esos actos puede ser la *entrega*. Específicamente esta es una dación del objeto, de mano en mano. El envío consiste en que la cosa es dirigida o llevada por otra persona. El depósito es colocar la cosa en un lugar "señalado por el autor", según Núñez.[31] No consideramos que se requiera tanto. Basta que se lo comunique al autor y sea accesible para él. A diferencia del depósito, en la "puesta a disposición", el objeto puede no haber sido movido del lugar y, por una orden que se comunique al autor o que se ponga en sus manos, pueda retirarlo.

Fontán Balestra dice que en todos los casos "*hay un comportamiento del autor constituido por actos positivos*".[32] No estamos de acuerdo, creemos que es un error de redacción. En efecto, el que hace, obligado, los actos que le impone el agente es el sujeto pasivo, la victima. Cosas, dinero o documentos son los distintos elementos que se entregan, pero los documentos tienen que ser de "los que produzcan efectos jurídicos". En el siguiente delito, extorsión documental, sólo una especie

31. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, *op. cit.*, T. V, p. 260.

32. Fontán Balestra, *op. cit.*, T. V, p. 531, parág. 119, II-3.

de esos documentos que produzcan efectos jurídicos son los que se suscriben o se destruyen: "documentos de obligación o de crédito".

EXTORSIÓN DOCUMENTAL

Extorsión documental o *seudo extorsión*

El artículo 168, párrafo segundo del Código Penal se refiere a la extorsión documental, llamada también *seudo extorsión*: "Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito". Los medios eran "la intimidación o la simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma" (párr. 1º); se agrega ahora *la violencia*. Los documentos eran "los que produzcan efectos jurídicos"; ahora, dentro de ellos, son los "de obligación o de crédito". Finalmente, la conducta ahora es "suscribir o destruir" esos documentos.

Si lo que el autor consigue es un documento que ya estaba suscripto y este es entregado, enviado, depositado o puesto a disposición, la conducta es la del 168, párrafo 1º. Si se trata de "destruir" un documento, este ya existía. Los documentos de este artículo[33] son los que nos obligan, carga patrimonial a favor de un tercero, o de crédito, carga patrimonial a favor nuestro, de un tercero. Los documentos que tienen por objeto el honor o la honestidad están al margen.[34] Está también el caso del abogado, político de nota y exdiputado que obtuvo un escrito, por medios coercitivos, por el cual se desistió de una querella. Se

33. "Para distinguir la sustracción de documentos propia del robo, de la extorsión documental del art. 168, párr. 2º, del Cód. Penal, cabe tener en cuenta que los documentos a que se refiere esta última figura son aquellos en los que se reconoce por escrito una obligación de hacer, de no hacer o de dar una cosa favor del autor o de un tercero" (TSJ Córdoba, Sala Penal, 30/11/83; LLC, 1984-1276, citado por Laje Anaya-Laje Ros, Código Penal, p. 190).

34. Aguirre Obarrio cuenta el siguiente caso: "un marido entró inopinadamente a su casa. Encontró a su mujer hablando por teléfono con un amante. Apuntando con un revólver a su esposa la intimó para que invitara al amante a llegarse a su casa. Cuando llegó, apuntando a ambos con el arma los obligó a que firmaran un documento donde admitían el adulterio. No había extorsión porque el documento no producía efectos jurídicos por la firma bajo amenaza. Tampoco era de obligación o de crédito. El ejemplo es anterior a la incorporación del delito de coacciones al Código Penal (Molinario, Alfredo-Aguirre Obarrio, Eduardo, *Los Delitos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1999, T. II, p. 302).

creyó que había extorsión y eso impidió la excarcelación en esa época. El abogado estuvo largo tiempo preso. Después se vio que no había extorsión, y sí, delito de coacción o "coacciones".[35] Si el documento es público importa una falsedad ideológica (arts. 54 y 293).

Violencia y firma

En cuanto a la violencia, no es posible imaginar a una persona que mientras la están castigando, firme. Violencia y firma no pueden ser exactamente *simultáneas*. Pero la violencia puede estar antes del acto de firmar y, prometido que se firmará, continuar la violencia si no se firma[36] (Fontán Balestra, *Tratado. Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1999, T. V., p. 537; Chiesa, *El delito de extorsión y sus especies en el Código Penal argentino; LL*. 1990-C-1224).[37]

Esto ha traído una discusión doctrinaria. Soler negaba la violencia física, "toda vez que es absolutamente imposible obtener por la violencia la firma de un documento, porque el acto de firmar debe ser voluntario". Esto lo dice exactamente así Soler, pero no acierta. Naturalmente, y como señalamos antes, el sujeto pasivo no puede estar firmando y al mismo tiempo recibiendo golpes. Pero lo que se llama violencia física es la que puede recibir antes de firmar hasta la promesa de la víctima de hacerlo y, si esta vuelve a negarse a firmar, retornar a los golpes. Núñez y Fontán Balestra están de acuerdo con esto. Dice Fontán Balestra:

> En verdad no se ven razones para excluir la violencia física. Quien golpe de puño obliga a otro a firmar un documento o que lo quite de donde lo tiene guardado y lo destruya, lo está obligando con la fuerza física a que suscriba o destruya un documento; a que esas acciones las cumpla el extorsionado, caracterizando así la exigencia típica de la extorsión.[38]

35. CN Crim. Corr., Sala 5ª, 21/12/1979, "Colom, Eduardo", *BICCC*, 1980-V-87.

36. Núñez, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, T. V., p. 266.

37. Knodel, Schönke-Schröeder: "La violencia es todo proceder destinado o adecuado a superar la resistencia efectiva o esperada del coaccionado, que le imposibilite sin su consentimiento, la formación y actuación de su voluntad o le arrebate su libertad de decisión, infligiéndole un mal de cierta gravedad" (*Strafgesetzbuch*, Kommentar, 12ª edición, 1965).

38. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. V, 119-III-2, p. 537.

Extorsión documental y robo

Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre señalan que es preciso tener muy en cuenta que

> … el hecho de la violencia compulsiva se ejerza sin intermitencia con respecto al logro de los objetivos del autor y ello hace que no se confunda esta extorsión con el robo, ya que las acciones son completamente distintas: en éste es el apoderamiento de la cosa mueble, en aquella la destrucción o la firma del documento; el apoderamiento posterior del documento después su suscripción.[39]

Pero además hay que tener en cuenta que la diferencia con el robo se remite en este tipo de extorsión a que, lograda en el documento la firma, o sea en el *documento coactivamente suscripto*, el efecto dañino se producirá más adelante: cuando el documento se exija o se ejecute. En cambio en el caso de *destrucción* del documento, ese aspecto diferencial no funciona, y en esto reside que sea considerado como *robo*, en anteriores legislaciones o proyectos, el caso presentado.

Puede ocurrir que sea alguien a suscribir un documento y el perjudicado de esa suscripción sea otra persona

Refiriéndose a esto, dice Núñez:

> La extorsión del art. 168, 2ª parte, ofende la propiedad ajena, sea positivamente mediante la documentación de una carga patrimonial en favor de un tercero, o sea negativamente mediante la eliminación de una carga patrimonial a costa de un tercero. El ofendido por el delito es el titular del patrimonio afectado por el documento o destrucción. Ese titular puede ser o no la víctima de la intimidación, simulación, falsedad o violencia. Por ejemplo, el ofendido por el delito no es la víctima del modo extorsionador, si por la vinculación jurídica de aquélla con un tercero, es obligado a destruirlo.[40]

Documentos de obligación o de crédito

El derecho de exigir la cosa que es el objeto de la obligación es un crédito, y la obligación de hacer, no hacer o dar una cosa, es una deuda. Vale decir que la ofensa a la propiedad ajena en esta figura se produce positivamente, mediante la documentación de una carga patrimonial

39. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, T. 1, pp. 497-498.
40. Núñez, Ricardo, *op cit.* p. 265.

a favor de un tercero. Eso es lo que traduce la expresión "documentos de obligación o *de crédito*". O sea, aquel instrumento que representa el derecho de exigir la cosa.

La firma en el documento

La firma, en cuanto a su lugar en el documento, ha originado opiniones dispares. Se ha dicho que la firma debe estar abajo, pero esto es discutible. Las indagatorias, por ejemplo, son firmadas por el indagado y por su abogado abajo, pero también en la parte superior de cada foja.

Gómez afirma que no existe documento sin un texto escrito y firmado. Chiesa tiene opinión más amplia: una ficha contable o de un libro de contabilidad pueden carecer de firma, pues las reformas de la Ley N°19550, eximen de rubricación a todos los libros de comercio, excepto el de inventario y balances.[41]

Destrucción del documento

Es hacer cesar su existencia material. Romperlo, quemarlo, tirarlo al rio o al mar, a un sanatorio, borrando de eficiente manera la firma, es destruirlo. También que se arranque del papel la parte donde está la firma.

Documento en blanco o firma en blanco

Aquí Soler y Núñez difieren. Para Soler, mientras el documento permanezca en blanco, el hecho queda en el grado de tentativa del artículo 168, 2ª parte. Núñez, por su parte, dice que

> No siendo el reconocimiento de una obligación o la concesión de un crédito, los contenidos indefectibles o posibles del documento en blanco, el agente estará protegido por la duda; ello, con referencia al segundo párrafo del artículo 168. Sin embargo, el delito estará consumado, aunque en relación con el art. 168, 1ª parte.

Gómez participa del criterio por el cual constituye tentativa si se establece que la pieza en blanco debía contener ulteriormente una obligación o descargo. En cambio Molinario opina que la sustracción o destrucción de un documento en blanco constituye un delito

41. Chiesa, *El delito de extorsión y sus especies*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 57.

consumado.[42] Sin embargo ambos autores, Gómez y Molinario, se refieren a la figura del artículo 168, segunda parte. Sobre la primera parte se explicita sólo Núñez.

El principio es a favor del agente, mientras una prueba independiente no decida sobre la intención real que lo guió al exigir esa firma. Molinario y Aguirre Obarrio dicen lo siguiente:

> En nuestra opinión, los que sostienen que la obtención coacta de una firma en blanco, constituye el delito de extorsión están en lo cierto. Nadie a no ser un maniático coleccionista de autógrafos, se pondrá en la empresa de obtener firmas en blanco, sin perseguir un objetivo ulterior. Por otra parte, admitir la solución contraria, hubiese implicado, antes de la incorporación del art. 149 bis, "amenazas calificadas o coacción" abrir una ancha puerta a la extorsión.

El documento nulo

Al documento *nulo* el Derecho no le reconoce valor. Naturalmente, en virtud de la regla *quod metus causa*, el documento extorsionado siempre será oponible en su ejercicio. Pero si la nulidad fuera completa, la extorsión no se daría por cometida. Se trata de un caso de *inidoneidad del objeto* o *carencia de tipo* (los alemanes llaman a esta ausencia: *Manguel am Tatbestand*).

Según Núñez,[43] este caso no se ubica siquiera en el *delito imposible*. Aquí se da una situación muy particular: naturalmente, si la invalidez que surge de la propia obtención forzada del documento podría ser opuesta por el malhechor para decir que él no ha cometido delito alguno porque lo obtenido es un documento absolutamente inválido, se produciría un injusto círculo vicioso. Por eso dice Maggiore que es un caso "fabuloso"[44] (evitando hablar de delito imposible), en lo que coincide con el pensamiento de Angelotti expuesto en *Delitti contro el patrimonio*.[45] "Se ha tornado imposible el delito",[46] dice Fontán Balestra. Pero no hay duda de que si

42. Gómez, Eusebio, *Tratado*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, T. IV, p. 178.

43. Núñez, *Delitos contra la propiedad*, *op. cit.*, p. 271.

44. Maggiore, G, *Derecho Penal, op. cit.*, T. V, p. 99.

45. Angelotti , Dante, *Delitti contro el patrimonio*, Milán, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936 p. 301.

46. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. V, p. 540, 119-III-3.

el delito es imposible, no existirá, aun para alegría del delincuente.[47] Sin embargo el hecho puede constituir otro delito, el de coacción, artículo 149 bis del Código Penal, que no es mencionado por algunos de los autores citados porque se incorporó después al Código Penal.

EXTORSIÓN MEDIANTE AMENAZA DE IMPUTACIONES CONTRA EL HONOR O DE VIOLACIÓN DE SECRETOS

Nombre del delito

El artículo 169 del Código Penal dice: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los delitos expresados en los artículos precedentes".

Se trata del denominado "chantaje",[48] palabra que proviene del francés *chantage*, pues al acto de sonsacar dinero se lo denomina *chanter* (cantar) y a los que a eso se dedican se los llama *maitres chanteurs*, o sea "maestros cantores",[49] lo que debería traducirse mejor como "maestros de canto" pero que –en definitiva– creemos que tendría que interpretarse como el "amenazar con cantar", con decir cómo son las cosas o cómo se puede mentir bien.[50]

47. González Roura, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1925, T. IV, p. 177.

48. "La extorsión es un atentado contra la propiedad cometido mediante una ofensa a la libertad, siendo el "chanjaje" su forma más especial común, cuya característica diferenciadora está dada por los medios empleados, amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos o intimidades de una persona" (CCrim. Gualeguay, 12/4/77; JA, 1978-II-472).

49. Cabanellas, *Diccionario de Derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996, T. 1, p. 572. En realidad no existe acuerdo con respecto al origen de la palabra *chantage*. Alec Mellor señala un número considerable de opiniones divergentes al respecto (*Le chantage*, p. 47 y ss.) y Manzini también desarrolla consideraciones acerca del origen de esta palabra (Manzini, Vincenzo, *Trattato dei furto*, Torino, 1923, vol. 3, p. 521). En inglés, la palabra chantaje encuentra su equivalente en la expresión *blackmail* (correo negro). Pero antiguamente *mail* significaba "pago", por lo que aquí encontramos la relación con el chantaje y aun con toda forma de extorsión: "pago negro".

50. Aguirre Obarrio se remonta a la razón primera del término *chantage*, pero acepta que el origen no es del todo claro (ver, en general, *El delito de chantaje*). Así, algunos autores en Francia lo han referido a un modo especial de pesca (ruidos en varios lugares para ahuyentar al cardumen y redes en otros, esperando a los peces). La actitud del chantajista es *amenazar con cantar*.

El escándalo

Otra característica de la figura es el escándalo. Viene de la mano de esto que las propias víctimas, en la mayor parte de los casos, no soliciten la protección policial o efectúen con posterioridad la denuncia.

Las imputaciones con el honor o la violación de secretos

El artículo 169 anuncia dos medios distintos: 1) la amenaza de imputaciones contra el honor, y 2) la amenaza de violación de secretos. Las primeras pueden ser falsas o reales, esto no interesa. Esta indiferencia con respecto a la veracidad o falsedad de las imputaciones contra el honor puede ser refrendada con lo que ocurre con la violación de secretos. En efecto, si los secretos pueden referirse a hechos reales, no deshonrosos pero claramente íntimos, este criterio se aplica y vale para las imputaciones contra el honor, de manera que no pueden excusarse ellas por ser *reales*.[51]

La especificidad del delito en relación con el artículo 168, párr. 1 y 2

En la extorsión básica (art. 168, 1ª parte) lo que se pretende son *cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos*. En la extorsión documental (art. 168, 2ª parte) lo que se trata de lograr son *documentos de obligación o de crédito*. Por el contrario, en el chantaje (art. 169) el medio es distinto: "amenazas de imputaciones contra el honor y de violación de secretos",[52] y los objetos son los expresados en párrafos anteriores, vale decir: "cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos" y "documentos de obligación o de crédito".

Cuando hablamos de amenazas de imputaciones *contra el honor*, deben recordarse palabras de Beccaria, que tal vez no sean tan ciertas, aun en aquellos tiempos, pero son hermosas: "Honor es una condición que muchísimos hombres ponen a la propia existencia".

Se ha dictado que "Atribuir la comisión de un delito es hacer una imputación contra el honor" (S. T. Entre Ríos, 19/11/42, RepLL, IV-554-1).

51. Díaz, Emilio C, *El Código Penal para la República Argentina*, Buenos Aires, J. Roldán y Cía., 1928, p. 330; Soler, Sebastián, *op.cit.*, p. 312, IX.

52. "El hecho de que la damnificada, al recibir la nota manuscripta en la cual se le exigía una suma de dinero, a fin de no divulgar cuestiones relativas a su intimidad, haya decidido efectuar una denuncia, evidencia que la acción intimidatoria desplegada tuvo la idoneidad requerida" (CN Crim. Corr., Sala 6ª, 29/05/2006, "Amarante, Ramiro M.", causa 26619).

También: "La mujer que, para obtener un provecho patrimonial, amenaza con poner en conocimiento de la esposa de la víctima las relaciones sexuales mantenidas, incurre en extorsión (chantaje)" (C Crim. Corr. Cap., Sala 4ª, 23/04/1976, causa 813, "Szlany, Dora"). Asimismo:

> El abogado que mantiene una discusión con un familiar de un defendido suyo, y amenaza con poner en conocimiento de la autoridad, ciertos aspectos perjudiciales para su cliente si no le abonan los honorarios, no comete extorsión. La extorsión es un delito contra la propiedad, y como tal requiere una lesión dolosa del patrimonio, por lo que no asomando nítidamente el ilegítimo despojo patrimonial, desde que el acusado pretende percibir lo que había convenido por su labor profesional, aun cuando para conseguirlo hubiere utilizado algún medio intimidatorio, corresponde su absolución por imperio del art. 13, Cód. de Procedimientos (C. Crim. Corr. Cap., Sala 4ta., 01/07/1966, causa 12.508, "Valente Grondona").

Pero después de la inclusión en el Código Penal del delito de coacción (art. 149 bis), podría ser este delito.

Para que exista extorsión (chantaje) es necesario que el móvil de *avidez ilegítima* sea el elemento constitutivo de este delito; la jurisprudencia en general consagra este principio (Chaveau Helié y Villery Bouhomme, *Du chantage*, p. 75); (CCrimCorrCao, t. 14, p. 505, "Cerminari y otro").

La cuantía delictual del chantaje

Se ha dicho que, en este delito, "la amenaza está en un grado más abajo que la intimidación";[53] a lo que Núñez agrega que

> … la cuestión consiste en saber, precisamente, si la menor pena obedece a que los bienes considerados en el art. 168 son de más valor que el honor y la esfera de secretos, o si, lo que no es algo raro en nuestro tiempo, la mayor pena del art. 168 se debe al menosprecio del honor y el secreto.[54]

El honor y el secreto

El honor

Es la honra o crédito de que goza una persona. Por lo tanto, con esto queda precisado que una injuria privada, efectuada en forma

53. Díaz, Emilio, *El Código Penal para la República Argentina, op. cit.*, p. 330.
54. Nuñez, Ricardo, *Delitos contra la propiedad, op. cit.*, p. 265, nro 23.

personal y directa, y fuera del conocimiento de terceros *no puede ser la base de la acción criminosa del chantaje. Se necesita el escándalo*,[55] por lo que la amenaza ha de ser pública.[56] Ello puede sintetizarse diciendo que la ley encuentra el poder extorsivo no en la lesión de la propia estimación, sino en la esfera de la estimación de terceros.

El secreto

En cuanto al secreto, *no se trata de un secreto industrial*. No es el secreto violado en las distintas figuras del artículo 158 y los siguientes. Se trata del secreto referido a la esfera personal o íntima de las personas, que interesa a su tranquilidad. Al igual que en las imputaciones de amenazas contra el honor, el secreto puede pertenecer al amenazado o a un tercero.

La "*exceptio veritatis*"

Aquí es necesario establecer la diferencia que existe en materia de delitos contra el honor, donde la *exceptio veritatis* para exceptuarse permite demostrar la veracidad de lo afirmado: "1º) si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal, y "2º) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él (art. 111, Cód. Penal, según ley 26.551, art. 3º)" (C. Crim. Corr. Gualeguay, 12/04/1977: *JA*, 1978-II-472).

EXTORSIÓN MEDIANTE SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES

Generalidades

El artículo 171 del Código Penal dice que "sufrirá prisión de dos a seis años el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución".

El caso de "Los Caballeros de la Noche"

El artículo 171 del Código Penal tiene que ver con un suceso policial sucedido en 1981. El 25 de agosto de ese año, la señora Felisa Dorrego de Miró recibió un cajón y una carta dirigida a ella y a su familia, con la firma y sello de "Los Caballeros de la Noche". Se les hacía saber que la

55. Moreno, Rodolfo (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 169.
56. Oderigo, Mario A., *Código Penal Anotado*, Buenos Aires, Ideas, 1941, p. 21.

noche anterior había sido sacada del Cementerio de la Recoleta, Buenos Aires, el cadáver de la madre de la destinataria de la carta.

Los Dorrego vivían en la manzana que actualmente hace cruz con el teatro Colón, entre Libertad, Córdoba, Talcahuano y Viamonte, llamada hoy Plaza Lavalle. Se le ponía la condición a la señora Dorrego de Miró que en el plazo de 24 horas debería entregar la suma de dos millones de pesos (obsérvese lo desmesurado de la suma para esa época), y el cadáver sería restituido a su sepulcro. En caso de negativa, las cenizas serían aventadas y los miembros de la familia de la intimidada "sufrirían la venganza de sus asociados, que eran numerosos, resueltos y poderosos".

Según la carta, al día siguiente iría una persona a recibir el cajón adjunto, en el que debían depositar la suma requerida. Como se advierte, la trama era débil, carecía de plan de resguardo para "Los Caballeros de la Noche" y hacía ver que serían fácilmente descubiertos. Se determinó en primer lugar que el cadáver no había salido del cementerio, sino llevado a una bóveda vecina. Efectivamente, al día siguiente un muchacho apareció en la casa de los Dorrego de Miró y se entregó el dinero. El mozo fue seguido por los policías hasta la estación Retiro y tres hombres que lo esperaban se hicieron de la plata. Los delincuentes subieron al ferrocarril y fueron seguidos por dos comisarios y otros policías. En una curva donde el tren reducía obligadamente su marcha, cercana a estación actual Belgrano, arrojaron el cajón con el dinero, y un individuo que lo recibió y trataba de huir del lugar fue detenido por los comisarios de apellidos Sufern y Tasso. Posteriormente, otro malviviente que lo esperaba en un carruaje tomó a escape el Camino Real, en el presente la Avenida Cabildo.

En *Los delitos*, de Molinario y Aguirre Obarrio, cuenta este último que los delincuentes, que eran más de diez y que fueron defendidos algunos de ellos por su bisabuelo, Marcelino Aguirre, y otros por un abogado, "si mal no recuerdo, de apellido Seguí", fueron todos aprehendidos.

El problema fue para la justicia, porque la conducta imputada parecida no tener encaje en lugar alguno del Código. Se consideraba robo la retención de una persona para sacar rescate (art. 317, inc. 4). Se habló entre otras cosas del respeto que imponen los muertos, pero el hecho de que el cadáver no fuera desposeído totalmente por los delincuentes, sino llevado a una bóveda vecina, complicaba el encaje. La Cámara terminó por decir que sólo consideraba cometido el delito de

amenaza y afirmó que "la violación de sepulcros y el secuestro de cadáver no pueden ser castigados como delito según la legislación vigente".

Ausencia de tipificación de la conducta y su remedio

Ciertamente, la conducta no estaba tipificada. El Proyecto Tejedor (Parte II, Libro II, Título IV, art. 5) incluía el atentado a un cadáver como un delito común contra la religión. Era lo que se llamaba en otros países "vilipendio de cadáver". Pero lo dicho en el Proyecto Tejedor, sólo con proximidad a lo ocurrido, había desaparecido al ser adaptado el Proyecto como Código para la Provincia de Buenos Aires. En el Código de1886, la sustracción de un cadáver apareció como robo. En el Proyecto de 1891 y se lo consideró como una forma de extorsión: la obtención del cadáver, si era para tener un beneficio económico por su devolución, era un medio de violencia moral para ejecutar un delito contra la propiedad. Otros avatares tuvo la ubicación de la conducta de "Los Caballeros de la Noche" en los años después.

La materialidad del hecho

Gómez habló de la "remoción" del cadáver, lo que no convence a Núñez. Más que de una remoción, se trata de una *sustracción por la que exista alguna dificultad en hallarlo*. Colocarlo dentro de un muero sería una sustracción. No es indispensable que la persona que se lleva el cadáver lo mantenga para sí, de modo que pueda devolverlo. La clave es que se lo sustraiga para hacerse pagar por la devolución. Y así concreta la figura, finalmente, como una forma de extorsión. La intención tiene que estar, según la letra del artículo 171, en el momento que se sustrae el cadáver: "para hacerse pagar su devolución".

"Cadáver" son los restos de una persona muerta, aunque se trate sólo de segmentos de su cuerpo. En cuanto a las cenizas, Núñez piensa que no se puede hablar de cadáver. No estamos de acuerdo en eso, y nos acompaña Laje Anaya, quien afirma que, según los fundamentos de la infracción dados por el Proyecto de 1891 y la racional interpretación de la norma, no hay duda alguna de que las cenizas son sinónimo de cadáver.

Buompadre no está de acuerdo, con respecto a nuestra opinión señala que "este autor" tampoco se ha pronunciado en forma expresa sobre el tema. Lo haremos: creemos que las cenizas son el cadáver

porque les caben las mismas consideraciones usadas para los "huesos" o "partes del cuerpo". Si se sustraen las cenizas, ellas podrán ser motivo de extorsión para personas que tienen temor de que estas sean aventadas o desaparecidas, no para otras personas que no se sensibilizarían en algo así. Naturalmente, lo que ocurrirá con las cenizas no hará distingo en el "vilipendio" de otras partes del cuerpo del cadáver y, en ese caso, lo que se tiene por firme es que "partes del cadáver" merecen el mismo respeto que "todo el cadáver". Se asimilan las cenizas al respeto por "las partes del cuerpo". Unos y otros son el cadáver para los que tienen temor del vilipendi;, y para los que no lo tienen, ni las partes del cuerpo ni las cenizas son el cadáver.

A diferencia del secuestro extorsivo, que es un delito *permanente*, este delito es *instantáneo y de efectos permanentes*. Por ello, la intención de solicitar rescate tiene que estar en el momento de la sustracción. No se requiere que la sustracción se haya producido de los deudos de la persona fallecida. Si lo tiene un tercero, como un estudiante de medicina, y lo retiene para pedir rescate s un tercero, el delito se haya cometido. Núñez piensa de otra manera.[57] Soler y Fontán Balestra dicen que el delito se consuma con los actos tendientes a hacer pagar el rescate.[58] González Roura manifiesta dudas.[59] La mayoría de los autores dicen que no es así: el delito se consuma en el momento de la sustracción.[60] Nuñez, con respecto a las dudas de González Roura y a la opinión de Fontán Balestra, dice lapidariamente que "la fórmula legal no incluye en el tipo delictivo los actos a que se refiere Fontán Balestra, ni permite las dudas de González Roura".[61]

También son cadáveres las momias. No así los fetos.

57. Núñez, Ricardo, *Delitos contra la propiedad, op. cit.*, p. 314.

58. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, T. 4, p. 333; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado, Parte Especial, op. cit.*, T.V, pp. 548/549.

59. González, Roura, *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, 1925, T. III, p. 240.

60. Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, T. V, p. 172; *Gómez, Tratado*, T. IV, nro. 980; Molinario, *Apuntes de Derecho Penal*, p. 518; Oderigo, *Código Penal Anotado*, nota 808.

61. Núñez, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Buenos Aires, Ediciones Bibliográficas Argentinas, 1967, T. V, p. 279.

DEFRAUDACIÓN CON TARJETA DE COMPRA, CRÉDITO O DÉBITO AJENA Y DEFRAUDACIÓN INFORMÁTICA

(ART. 173, INCISOS 15 Y 16 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Jonatan Robert*

INTRODUCCIÓN

Las figuras que a continuación se desarrollarán –"defraudación mediante la utilización de tarjeta de compra, crédito o débito", prevista en el inciso 15 y la "estafa informática", contemplada en el inciso 16, ambas del artículo 173 del Digesto de Fondo– cuentan con menos de dos décadas de vigencia[1] y su incorporación al espectro penal es consecuencia directa de las nuevas maniobras utilizadas –dirigidas en oportunidades hacia cajeros automáticos, o aprovechando las innovaciones tecnológicas, entre ellas, Internet– para desplegar conductas que perjudiquen los intereses pecuniarios ajenos o, más precisamente, la propiedad. Estas –en virtud de la letra de la Ley– en ocasiones resultaban subsumidas en otros tipos penales que afectaban la propiedad –por ejemplo, los delitos de hurto o estafa previstos en los artículos 162[2] o

* Agente Fiscal (Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Departamento Judicial de Dolores). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral Argentina). Secretario del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. Docente –contratado– del Centro de Altos Estudios en Especialidades Policiales, sede La Plata (Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires).

1. El inc. 15 fue incorporado por art. 1 de la Ley N° 25930 (BO 21/09/2004), mientras que el inc. 16, por art. 9 de la Ley N° 26388 (BO 25/06/2008).

2. A modo de ejemplo puede citarse lo resuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el marco de los autos "NN", causa nro. 23.154–6, del 05/02/2004, que afirmó en esa oportunidad: "La conducta del imputado de apropiarse de dinero de un cajero automático mediante la utilización de una tarjeta de débito verdadera que había sido retenida anteriormente a su propietario encuadra en las

172[3] del Código Penal– o en otras se propugnaba la atipicidad del hecho constatado, denunciado, dada la imposibilidad físico–jurídica de considerar que un ordenador o máquina podían ser destinatarios de un error –fruto de un accionar engañoso–, o por no evidenciarse los extremos de la figura básica de la estafa: ardid o engaño, error –a otro– y perjuicio patrimonial.

Con el agregado de ambos incisos al articulado del Código Penal se pretendió abarcar las nuevas metodologías delictuales que afectaban el patrimonio de aquellas personas que utilizan tarjetas en sus giros comerciales –en cualquiera de las modalidades enunciadas–, realizan operatorias a través cajeros automáticos –cobro de sueldos, transferencias, pago de impuestos o servicios, etc.– o páginas web –compras a distancia, entre otras– usando Internet como herramienta principal en muchas de ellas, herramienta que como lo ha demostrado la experiencia, termina siendo vulnerable a los ataques de los expertos.[4]

DEFRAUDACIÓN CON TARJETA DE COMPRA, CRÉDITO O DÉBITO

> Artículo 173 inciso 15:
> Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:
> 15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño,

previsiones del art. 162 del C.P., pues el objeto utilizado para la extracción no es una ganzúa, una llave falsa o verdadera".

3. La Sala de Feria de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Gimenez, Marcelo D. y otro", causa nro. 48, del 15/01/2002 sostuvo: "Encuadran en la figura del art. 172, C.P. las maniobras defraudatorias consistentes en conectar instrumental tecnológico para capturar los datos impresos en las bandas magnéticas de tarjetas de débito y/o crédito, tanto en el sistema de apertura de puerta, como también en el teclado del cajero automático, posibilitando grabar los datos del titular de la cuenta bancaria, y su código de acceso de seguridad, los que permiten crear tarjetas 'mellizas' y extraer dinero de los cajeros en perjuicio de sus titulares".

4. Para una mayor profundización de los motivos que acompañaron la sanción de las Leyes N° 25930 y 26388 se recomienda acceder a los diarios de cesión de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: http://www.diputados.gov.ar/proyectos/buscador2016–99.html (consulta: 25 de julio de 2017).

o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática.

Bien jurídico protegido

Dada la ubicación de este delito entre aquellos que afectan la propiedad, es más que claro que en esa dirección debe enmarcarse el bien tutelado, al igual que la figura básica contenida en el artículo 172 del Código Penal –"estafa"– y las otras previstas en el presente –"defraudaciones especiales"–. La propiedad como objeto de tutela penal debe ser interpretada de forma amplia, a la luz de lo establecido por el artículo 17 del Constitución Nacional, por lo cual las figuras referidas sancionarán "conductas que afectan a cualquier derecho patrimonial (derechos reales, posesión, tenencia, derechos personales, créditos, y hasta la mera pertenencia originada en título vicioso o ilícito), frente a terceros sin derecho a poner fin a tal pertenencia inválida o ilegítima".[5]

Tipo objetivo

Concepto y acción típica

La acción que desplegará el sujeto activo –descripta en la norma– es *defraudar*, que debe ser interpretado como un proceder que aquel llevará adelante con la intención de ocasionar un error en otro –el sujeto pasivo– para así lograr el ilegítimo desplazamiento patrimonial. Dicho concepto necesariamente se modifica cuando la maniobra se materializa con una operación automática, ya que en este caso el sujeto pasivo no tendrá un rol preponderante –fruto del error inducido, como si ocurre en el caso anterior–; el accionar tendrá como destinatario una máquina en pos de obtener el ilegítimo desplazamiento patrimonial, por ejemplo, un cajero automático.[6] Véase que la conducta típica se desarrolla sin la intervención de terceras personas, pese a lo cual se produce el resultado típico.

5. D'Alessio, Andrés José (dir.), Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, Le Ley, 2004, p. 385.

6. Por el ejemplo, cuando una persona utiliza una tarjeta de débito –adquirida en alguna de las situaciones descriptas en la norma– en un cajero automático para extraer dinero de la cuenta del titular de la tarjeta o realizar transferencias de fondos a su favor.

Sujetos del delito

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona ya que la normativa no exige circunstancias o calidades especiales para esta figura. Sujeto pasivo será aquel que sufra un menoscabo patrimonial como consecuencia de la utilización de una tarjeta de compra, crédito o débito –en las circunstancias descriptas en el tipo objetivo–. Dicho rol, luego de constatado el perjuicio económico, podrá estar en cabeza del titular del comercio o establecimiento donde se haya llevado adelante la defraudación –por ejemplo en los casos donde se utilicen tarjetas apócrifas para llevar adelante compras–; recaer en la persona del titular de las tarjetas, cuando sean usadas directamente por el sujeto activo –y deba pagar los consumos realizados– o se utilicen para extraer dinero de cajeros automáticos –como ser los casos de tarjetas extraviadas–; y también podrá desempeñarlo la empresa emisora de los plásticos, cuando deba responder por los consumos o pagos ilegítimamente realizados.

Medios de comisión

El precepto contempla dos modalidades de llevar adelante la defraudación: la primera de ellas delimitada por el uso material de la tarjeta –ya sea de compra, crédito o débito–, lo que implica que sea pasada por lectoras que habilitan la trasmisión de datos financieros, concretándose de esta manera el pago por los bienes o servicios consumidos por el sujeto activo –operatoria posible en virtud de la banda magnética o chip que registra y contiene los datos de quien es su titular–. La otra modalidad se da cuando se utilizan los datos de figuración en los plásticos, no ya de forma presencial, que implica un contacto entre dos sujetos, como ocurriría en el primer supuesto, sino más bien de forma remota valiéndose de medios electrónicos para la trasmisión de datos.

En la Ley N° 25065 se pueden encontrar los conceptos de tarjetas de compra, crédito o débito, a la cual corresponde acudir para su correcta interpretación. El artículo 1 define el concepto de *tarjeta de crédito*:

> Se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es: a) Posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos. b) Diferir para el titular responsable el

pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato. c) Abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.

En el inciso d del artículo 2 se encuentra definida la *tarjeta de compra* como aquella que "las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en su establecimiento o sucursales". La *tarjeta de débito* se encuentra delimitada en el inciso e del artículo 2 y es la "que las instituciones bancarias entregan a sus clientes para que al efectuar compras o locaciones, los importes de las mismas sean debitados directamente de una cuenta de ahorro o corriente bancaria del titular".

Estas tarjetas –acorde la normativa penal– deberán haber sido falsificadas, adulteradas, hurtadas, robadas, perdidas u obtenidas del legítimo emisor mediante ardid o engaño, enunciación que debe ser interpretada como de carácter taxativo. Una tarjeta es *falsificada* cuando fue creada en todo o en parte;[7] la *adulteración* se da en los supuestos en los cuales se modifican los datos –verdaderos– que le corresponden. La significación de *hurtadas* y *robadas* es la propia de los artículos 162 y 164 del Código Penal; esto es, tarjetas que fueran desapoderadas ilegítimamente a su propietario o tenedor, ya sea sin el empleo de fuerza en las cosas o violencia física en las personas, en el primero supuesto, o mediante su utilización, en el segundo. El término *perdidas* necesariamente remite al Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto legisla dicho tipo bienes en su articulado.[8] Amén de ello, no escapa a la lógica que son las que han sido extraviadas por quien las detentaba –y cuya causa no se identifique con alguno de los supuestos anteriores–. Por último, se encuentran las que han sido "obtenidas del legítimo emisor mediante ardid o engaño"; y el legítimo emisor es "la entidad financiera, comercial o bancaria que emita Tarjetas de Crédito, o que haga efectivo el pago".[9] Serán los supuestos en los que el sujeto activo falsea los datos requeridos por el emisor para

7. Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición actualizada, 2008, p. 480.

8. Así, en el art. 1955 puede leerse: "Hallazgo. El que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a título oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez".

9. Art. 2, inc. a de la Ley N° 25065.

lograr su otorgamiento –por ejemplo, nombre o apellido, domicilio real, situación financiera, etc. –. Sobre esto último afirma Edgardo Alberto Donna que "debe repararse en que hasta tanto no sea realmente empleada en perjuicio de otro –esa tarjeta obtenida con ardid o engaño de su legítimo emisor–, este tipo penal no quedará perfeccionado, porque se requiere el perjuicio de toda defraudación".[10]

La redacción escogida por el legislador para el precepto da la pauta de que su utilización será de forma presencial, es decir mediante un contacto personal entre los sujetos –según lo expresado en la primera parte del enunciado–, y que el sujeto activo se vale del sustento físico –plástico– para desarrollarla, por ejemplo cuando la presenta para el pago en un local comercial, luego de consumir un determinado servicio o adquirir un producto.

La otra modalidad que contempla la norma se da cuando la maniobra se comete mediante "el uso no autorizado de los datos" propios de la tarjeta –es decir, de los datos verdaderos que le corresponden, y que cuentan con un respaldo de autenticidad registrados en las bases de datos correspondientes–, sea de compra, crédito o débito, aunque se hiciere "por medio de una operación automática". Esto da la pauta de que la defraudación se realiza de forma remota –si no existe el antedicho contacto– utilizando los consignados en la tarjeta, y sería el caso de operaciones llevadas adelante mediante comunicaciones telefónicas o Internet.

Por *operación automática* se ha entendido:

> ... aquellas en las que no interviene un tercero y en las que no resulta posible hablar de la existencia de una maniobra engañosa (a modo de ejemplo, pueden mencionarse distintas operaciones que se realizan a través del cajero automático: extracción de dinero, pago de un servicio, aceptación de un crédito preacordado, etc.).[11]

Anteriormente este tipo de conductas desarrolladas en torno a un cajero automático eran subsumidas en la figura de hurto –por ejemplo, cuando se extraía dinero utilizando una tarjeta de ajena proceden-

10. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª edición actualizada, 2012, II–B, p. 578.

11. Arce Aggeo, Miguel Á. y Báez, Julio C. (dirs.), Asturias, Miguel Á. (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte Especial*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2013, II, pp. 757/758.

cia–,[12] o cuando se propugnaba su atipicidad al no poder constatarse los extremos de la figura básica de la estafa: ardid o engaño, error –a otro– y perjuicio patrimonial.

Tipo subjetivo

La figura en estudio –en cualquiera de sus modalidades de comisión– resulta ser dolosa, requiere que el sujeto activo vea guiado su proceder por un "dolo directo". En la primera de las alternativas de comisión, debe conocer y guiar su voluntad en pos de cometer una defraudación mediante una tarjeta de compra, crédito o débito –ajenas– obtenida mediante alguna de las formas descriptas en el texto legal. La otra modalidad implica conocer y dirigir su voluntad hacia la utilización –sin contar con la debida autorización– de los datos correspondientes a una de las tarjetas de figuración. En ambos casos se requiere que, fruto del actuar desplegado, se cause un perjuicio patrimonial.

Consumación y tentativa

Nos encontramos ante un delito de resultado material, por lo cual su consumación deberá situarse en el momento en que se produce el perjuicio patrimonial –en el sujeto pasivo– fruto de las acciones desplegadas por el sujeto activo. Ejemplo de ello se advertirá en el caso en que una persona utilice –sin autorización– los datos propios de una tarjeta de crédito para realizar compras por Internet en la cual se suele solicitar, por parte del sistema para completar la operatoria, los números de la tarjeta, el pin, el número de documento nacional de identidad del titular, y en ocasiones la fecha de vencimiento –deben completarse con

12. Así, la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Garau, Mario G. y otro", causa nro. 24.206, del 16/07/04 sostuvo: "Si el hecho enrostrado a los imputados consiste en la realización de una maniobra llevada adelante en el cajero automático, destinada a desapoderar del dinero allí guardado en las cuentas personales de los usuarios que entraban al mismo, aquél no puede ser constitutivo del delito de estafa, pues se encuentra ausente uno de los elementos objetivos configurativos de este tipo penal, la disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo del ardid o engaño. Si bien existe una maniobra ardidosa que induce a error a otro, ese yerro no se encuentra conectado causalmente con ninguna disposición patrimonial, sino que sirve de base para un posterior apoderamiento ilegítimo del dinero de la víctima, mediante la utilización de su tarjeta, es decir, un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble constitutiva del delito de hurto que por su forma de comisión resulta agravada en los términos del inc. 3° del art. 163 del C.P."

estos datos campos que se encuentran en la página de Internet–. Acto seguido, se autoriza por parte del sistema la compra y se envían los datos a una casilla de mail que se solicita o se remite a otra pantalla de la página para su impresión. En ese momento debe situarse la consumación de la maniobra, que genera el consecuente perjuicio patrimonial.[13]

En virtud de la característica del ilícito, la tentativa es perfectamente admisible. Un ejemplo de ello es cuando el sujeto activo intenta llevar adelante la maniobra presentando una tarjeta de crédito para abonar una compra realizada en un local comercial, y al efectuarse la verificación de seguridad por parte del empleado –en el sistema respectivo– surge que la tarjeta fue reportada como robada. En este supuesto la maniobra es frustrada por razones ajenas a la voluntad del autor.

Vinculada a la consumación o tentativa de estas figuras se encuentra la temática –de orden procesal– que atañe a la jurisdicción donde se tendrán que investigar los ilícitos acaecidos. Nótese que suelen aflorar maniobras realizadas en distintos puntos geográficos, por ejemplo con una tarjeta se realizan compras en comercios o se procede a realizar extracciones en cajeros automáticos en localidades diversas a las que se radicó en definitiva la denuncia o, en su caso, donde habita el presunto damnificado (muchas veces coincidente con la sede bancaria en la cual se registra su caja de ahorros, o cuenta corriente, entre otros).

En cuanto a las operaciones realizadas con tarjetas, ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que

> …cuando la defraudación se consuma con la entrega de bienes obtenidos mediante el uso ilegítimo de una tarjeta de compra, el delito debe reputarse cometido en cada uno de los lugares donde se ejecutó la disposición patrimonial constitutiva del perjuicio, del mismo modo que la falsificación de los documentos privados, que concurriría idealmente con aquélla…[14]

13. Situaciones como la ejemplificada han llegado a conocimiento de la justicia. La Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Herrera, Carlos A.", causa nro. 43.169/13, del 24/09/2015, supo tener por acreditad la siguiente maniobra: "A partir de los informes brindados por la firmas "VISA" y "Lan Argentina S.A.", se determinó que con fecha 25 y de 26 de julio de 2013, R. A. I. y C. A. H., efectuaron a través de Internet, la compra de dos pasajes aéreos con partida desde Buenos Aires y con destino a la provincia de Mendoza, por el importe de $ (…) y $ (…), respectivamente, utilizando los datos de la tarjeta de la querellante (Hecho I, ver fs. …)…".

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Nievas, Mario Guillermo y otros s/estafa" –Competencia N° 874. XXXVIII–, resuelta el 20/03/2003,

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que cuando la maniobra se realiza mediante la utilización de un documento de identidad falsificado o adulterado como medio para cometer la defraudación –ello comporta una única conducta, conforme lo prescripto por el art. 54 del Código Penal, la cual no puede juzgarse de forma escindida–, al tratarse el primero de los delitos de índole federal, corresponde que sea la justicia de excepción quien conozca en la investigación.[15]

Otro de los temperamentos adoptados en fraudes cometidos mediante la utilización de tarjetas de crédito tuvo su eje central en el lugar donde se habrían desplegado las maniobras tendientes a obtener los datos de las tarjetas –describiendo para ello como "denominador común" compras legítimas realizadas por diversos damnificados en un comercio determinado, en la ocasión, situado en la Provincia de Buenos Aires–; de esta forma, y aludiendo como fundamentación la posibilidad de un único marco delictivo, razones de economía procesal y mejor administración de justicia, se atribuyó competencia al Juzgado de Garantías N°2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.[16]

En lo que respecta a la extracción de fondos realizados en cajeros automáticos, el Superior Tribunal de Justicia de la Nación en el precedente "Pereyra, Maximiliano de la Cruz s/defraudación", competencia N° 224. XLIV, dictado en fecha 8 de julio de 2008 –mediante la remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal– atribuyó competencia para conocer en los hechos denunciados en la justicia de la Provincia de Santa Cruz –más precisamente, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería, de Menores, en lo Criminal y Correccional de El Calafate– al

Fallos 326:912 –en el caso, mediante la remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal–. También se citaron los siguientes precedentes: Fallos: 307:452; 312:317; 314:1141; 316:2378; 318:393; 319:54 y 323:382 en el referido dictamen.

15. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Gaitán, Maximiliano Esteban s/arts. 172 y 292 del Código Penal", Competencia Nº 221. XLIII, resuelta el 22/05/2007 –en el caso, mediante la remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal–.

16. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Lerman, Marcelo David y otro s/denuncia defraudación, (art. 173, inc. 15 del C.P.)", resuelta el 30/05/2017, Fallos 340:737 –en el caso, mediante la remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal–. En este mismo marco se citaron los precedentes "Competencia N° 1249, L. XLI in re "López, Santiago Albelio s/delito de acción pública", resuelta el 20/12/2005 y Fallos: 334:796 en el mentado dictamen.

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 21 –de la CABA–. Para atribuir competencia a la Justicia Nacional se tuvo en cuenta que "las constancias agregadas dan cuenta de dos extracciones dinerarias efectuadas desde un cajero automático de la red Banelco, asignado a una sucursal del Banco Comafi situada en esta ciudad (ver fs. 14/21)…".[17]

DEFRAUDACIÓN INFORMÁTICA

> Artículo 173 inciso 16:
> Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

Bien jurídico protegido

La reciente incorporación de la figura de la "defraudación informática" al Código Penal es consecuencia de la sanción de la Ley N° 26338 durante 2008, la cual pasó a formar parte del artículo 173 –inciso 16–, y quedó redactada de la siguiente forma: "El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos".

Con dicho precepto el legislador se apartó de los parámetros tradicionales que conforman la defraudación, ardid o engaño, error –a otro– y perjuicio patrimonial, y trató de abarcar una mayor cantidad de conductas que anteriormente terminaban en situaciones de atipicidad en virtud de no que no era una persona humana la destinataria directa de la maniobra, sino una máquina, la cual por principio no podía ser sujeto de error o engaño.[18]

17. En el marco de dicho proceso se había denunciado por parte de la damnificada que al intentar extraer dinero de su caja de ahorros, advirtió que no contaba con fondos disponibles. De la pesquisa surgió que mediante dos extracciones efectuadas en un cajero automático, presuntamente con su tarjeta de débito, retiraron la suma de mil quinientos pesos, operación realizada en el ámbito de la Capital Federal.

18. En el ámbito penal español se encuentra el art. 248, que en sus incisos aborda la temática en estudio, y está redactado de la siguiente forma: "Art. 248. 1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se

En la actualidad –fruto de dicha incorporación– se prevé que la maniobra defraudatoria sea llevada adelante mediante cualquier técnica de "manipulación informática" y de esta forma se genere una disposición patrimonial perjudicial en los intereses ajenos.[19]

Al igual que la figura prevista en el inciso 15 del artículo 173 del Código Penal –antes tratada–, el bien jurídico protegido es la propiedad, por lo que son de aplicación al presente las consideraciones vertidas al respecto, a las cuales corresponde remitirse.

Tipo objetivo

Concepto y acción típica

La acción que desplegará el sujeto activo, al igual que en el inciso anterior, implicará *defraudar* a otro –alterando el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos–, pero en este supuesto, al decir de Marco Antonio Terragni:

> … corresponde interpretarlo desde una acepción amplia, y ello porque, en principio no habrá aquí una persona que sufra el error y tampoco el engaño propio de la estafa genérica (art. 172 Cód. Penal), porque es imposible engañar –entendiendo la palabra en el sentido psicológico– a una máquina.[20]

---

consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero". A las claras se aprecia una mayor amplitud de supuestos, a diferencia de la legislación nacional.

19. La jurisprudencia española, en la oportunidad, el Tribunal Supremo –Sede Madrid–, Sala de lo Penal, Roj: ATS 7336/2017, del 15/06/17, sostuvo en torno a la estafa informática: "En similar dirección la doctrina más autorizada considera que los elementos del delito, con las salvedades señaladas, siendo semejante a los de estafa genérica. Se requiere ánimo de lucro; la manipulación informática o el artificio semejante equivale al engaño bastante y al error; la transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio, elemento que también se requiere. Igualmente, se precisa la relación causal entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio ajeno". Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8109811&links=estafa%20inform%C3%A1tica%20Y%20248.2&optimize=20170728&publicinterface=true (consulta: 20 de agosto de 2017).

20. Terragni, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial I*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 657.

Ello ha sabido ser receptado por la jurisprudencia de la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, y se afirmó al respecto que

> … estimamos que corresponde ordenar el procesamiento del encausado en orden al delito de defraudación mediante manipulación de un sistema informático (artículo 173, inciso 16, del Código Penal), sin perjuicio de las medidas que deban llevarse a cabo para completar la instrucción. Cuadra recordar que el damnificado J. P. D. T. señaló que ninguna persona tenía conocimiento de sus claves para operar en su cuenta bancaria (ver reclamo de fs. …), por lo que el acceso a la plataforma "*homebanking*" del Banco Ciudad relacionada con su caja de ahorros se logró merced al quebranto de dicha medida de seguridad.[21]

Esto permite comprender cómo las nuevas modalidades delictivas se apartan de los parámetros tradicionales de los delitos contra la propiedad –en el supuesto, una persona que sufra directamente el ardid o engaño–, sin perjuicio de que los resultados terminan siendo los mismos: el perjuicio patrimonial. Así, el eje del delito se corre hacia la forma en que se causa el mentado perjuicio, es decir, mediante cualquier técnica de manipulación informática.

Sujetos del delito

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona ya que la normativa no hace distinciones al respecto. Amén de ello, es dable destacar que quien lleve adelante la conducta tendrá que poseer conocimientos de informática para poder realizarla, ya que no se concibe –a la luz de la lógica– una manipulación de ese estilo carente de dichos conocimientos.[22] Cabe aclarar que no obsta a la configuración de este ilícito que la persona que desarrolle la manipulación informática cuente o no con permiso para operar el sistema o base de datos que resulte afectada como consecuencia de aquella. Un ejemplo de ello se podría dar en el caso en que la defraudación sea llevada adelante

21. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Metti, Juan Carlos s/sobreseimiento", causa nro. 62.817/15, del 15/11/2016.

22. Sobre el tópico resulta interesante lo sostenido por la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Oyeniyi Oladele, Isaiah. s/defraudación informática", causa nro. 60.892/14, del 02/03/2016, en cuanto sostuvo que: "De otro lado, entre los datos curriculares que plasmara el inculpado en el portal de Internet "Linkedin", puede apreciarse una alusión a su desempeño laboral en sistemas del ramo hotelero (…) circunstancia que hace presumir su idoneidad para la manipulación informática…".

por el encargado –o personal autorizado– del área de sistemas de una compañía, o por quien le realice los mantenimientos correspondientes perteneciente a una empresa externa de soportes informáticos.

En ocasiones podrá suceder que el rol activo se halle en cabeza de más de un sujeto, y se dividen de esta forma las tareas de la empresa criminal en pos de lograr los fines defraudatorios.[23]

Sujeto pasivo será aquel que sufra un menoscabo patrimonial como consecuencia de la maniobra desplegada, rol que puede recaer tanto en una persona física o de existencia ideal.[24]

Medios de comisión

El medio para llevar adelante el delito se encuentra dado por la *manipulación informática*, la cual bien puede interpretarse como:

> … la conducta de alterar, modificar u ocultar datos informáticos de manera que, se realicen operaciones de forma incorrecta o que no se lleven a cabo, y también con la conducta de modificar las instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado que se espera obtener.[25]

23. A modo de ejemplo puede apreciarse un extracto del fallo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Peyrano, Gabriela Soledad", causa nro. 28.537/14, del 11/08/14, donde dio por acreditado: "se le imputa a (…), el haber facilitado su cuenta bancaria para que un tercero –con conocimientos en informática– extraiga la suma de $ 26.000, cuya disposición obtuvo manipulando el sistema informático del Banco Supervielle y tras haber accedido a la cuenta corriente N° (…) a nombre de (…), radicada en el Banco Supervielle, (…) ingresando su usuario y contraseña, y mediante el sistema denominado "*homebanking*", desde donde la cual, (…), se realizó dicha transferencia bancaria con destino a la cuenta de la imputada radicada en el Banco de Galicia CBU N° (…), extrayendo la incusa dicho importe el mismo (…), conforme surge del resumen bancario obrante a (fs. …), logrando de este modo un lucro indebido en su provecho y en provecho del mencionado tercero, y en perjuicio patrimonio del titular de la cuenta desde donde se extrajo el dinero y de la entidad bancaria Banco Supervielle, por el total del importe referido…".

24. A modo de ejemplo se puede mencionar lo acontecido en el marco de la causa n° CCC 51772/2011/TO1/CFC1 –registro de la Sala–, en el marco de los autos "Castelo, Pablo Alejandro s/recurso de casación" donde la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dejo constancia en el fallo que: "…También apreciaron que luego de reconocer la manipulación informática referida, el Banco Francés asumió la pérdida y acreditó el monto defraudado en la cuenta corriente de Carlos Marcelo Bianchi…". Nótese como en el caso –en última instancia– el perjuicio patrimonial terminó recayendo en la entidad bancaria aludida.

25. Figari, Rubén Enrique, "Reflexiones sobre la defraudación informática ley 26.388", disponible en: http://www.saij.gob.ar/ruben–enrique–figari–reflexiones–sobre–de-

Este medio tendrá como objetivo alterar –entiéndase cambiar, modificar– el "normal funcionamiento de un sistema informático", el cual es comprensivo del *hardware* –elemento material compuesto por soportes de almacenamiento y lectores de información, entre otros– como así del *software* –elemento lógico que comprende el sistema operativo, aplicaciones para la utilización de programas, que permiten el funcionamiento del *hardware* y la conexión en red del ordenador para el intercambio de datos–, o "la transmisión de datos" entre los diversos ordenadores o terminales informáticas. Pedro Rodríguez explica dicho proceder diciendo que implica "acceder en forma oculta a bases de datos, bien sea con modificación del programa, simulando operar con la identidad de otra persona real o inexistente o consignando datos falsos (como solvencia, titularidad de bienes) o introducir virus o troyanos (en definitiva pequeños programas ocultos) que afecten sus funciones".[26] Para desarrollar esta manipulación se podrá acceder al sistema de forma remota –utilizando Internet o redes de conectividad entre los ordenadores–[27] o personalmente. En este último caso se abre la alternativa de que sea desplegada por un usuario autorizado a manipularlo, como por ejemplo el empleado de una empresa o repartición pública.

---

fraudacion–informatica–ley–26388–dacf100073–2009–08–12/123456789–0abc–defg3700–01fcanirtcod?&o=11&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=22 (consulta: 21 de agosto de 2017).

26. Rodríguez, Pedro, "Art. 173, casos especiales de defraudación", en Vitale, Gabriel M. A. (dir.), Garberi, Patricia y Avila, Fernando (coords.), *Código Penal Comentado de Acceso Libre*, p. 32, disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37768.pdf (consulta: 9 de agosto de 2017).

27. A modo de ejemplo, se trae a colación el fallo dictado por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la Causa N° CCC 51772/2011/TO1/CFC1 –registro de la Sala–, en el marco de los autos "Castelo, Pablo Alejandro s/recurso de casación" –ya citado– donde se pudo acreditar que la manipulación informática sobre la cuenta corriente del damnificado se había desarrollado desde la ciudad de Guadalajara, en México. Pero a párrafo seguido se afirmó: "En dicho sentido, destacaron que 'de acuerdo a la nueva tecnología de que dispone cualquier persona con conocimientos de informática puede operar un 'IP' situado en otro país desde la República Argentina, tal como se explica, incluso, mediante tutoriales en Internet… que brindan instrucciones no sólo para navegar con un IP de otro país sino también para hacerlo en forma anónima, esto es, sin poder ser identificado".

En lo concerniente a la trasmisión de datos, Palazzi sostiene que "no se altera el sistema informático, pero se lo engaña en la recepción de información, por ejemplo al impedir el funcionamiento de rutinas de chequeo o validación de datos".[28]

Para lograr la alteración del normal funcionamiento o la trasmisión de datos se suelen desplegar técnicas de infiltración, en caso de que la conducta se origine por parte de agentes externos –sin autorización para operar los sistemas informáticos o bases de datos–, quienes se valen de páginas imitadas o virus para acceder a los usuarios y contraseñas que permitan su ingreso y posterior manipulación. En este campo suele enmarcarse los casos de *phishing*,[29] técnica para acceder a la información sensible que permite la operatoria, por ejemplo del sistema de *homebanking*, que posibilita la realización de transferencias bancarias a cuentas de terceras personas, materializando de esta forma el perjuicio patrimonial.

Dicha modalidad no conoce de fronteras, en el ámbito de la justicia penal española no han sido pocas las defraudaciones cometidas valiéndose de técnicas de *phishing*, y se afirmó en torno a ellas:

> Se trata de que personas desconocidas utilizando un correo electrónico, envían una carta ofreciendo un puesto de trabajo, en este caso a Plácido, quien sin otras comprobaciones acerca del supuesto trabajo, contesta afirmativamente facilitando los datos de su cuenta corriente (BBVA de Madrid) y resto de datos que le fueron requeridos, y poco después, recibe las instrucciones para iniciar operaciones financieras, recibiendo una primera transferencia (1971,63 euros), y las instrucciones para hacer una remisión del metálico previamente extraído de su cuenta de donde debe descontar su comisión (138 euros) y enviar el resto del dinero (1833 euros) a través de las empresas Money Gram y Western Unión a una tal Valle a Ucrania, que el mismo día que recibió el dinero envió el importe como estaba acordado y recibió un mensaje de texto en el que se le comunicaba que el dinero había sido recepcionado, posteriormente al dirigirse a su oficina bancaria a realizar unas

28. Palazzi, Pablo A., *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley 26.338*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 81.

29. En su obra *Defraudaciones Informáticas* (Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 85, nota 76) Marcelo E. Riquert la explica de la siguiente forma: "El atacante utiliza contra la víctima el propio código de programa del banco o servicio por el que se hace pasar, obteniendo los datos y contraseñas que, en definitiva, le permiten acceder y producir el perjuicio patrimonial".

> gestiones, es informado que su cuenta está bloqueada por estar involucrado en una estafa, acudiendo a la comisaría, donde es detenido.[30]

Parte de la doctrina sostiene que los supuestos de ingeniería social, entre los cuales enmarcan al *phishing*, no podrían quedar abarcados como supuestos de manipulación informática a los efectos de este delito, ya que "el autor no se vale de ninguna manipulación informática para obtener los datos que requiere del sujeto pasivo".[31]

Otro de los métodos que se han evidenciado en la práctica judicial son las de los "troyanos" –o *trojan horse*, modalidad de virus informático–, que consisten en "incluir instrucciones en un programa a fin de que se lleven a cabo funciones no autorizadas, sin dejar de realizar aquéllas para las que el mismo estaba diseñado, con autoeliminación después de su uso, no quedando así vestigios o rastros".[32] Al acudir nuevamente a la jurisprudencia española se puede advertir respecto de este tipo de maniobras que

> … se trata de estafas efectuadas mediante manipulaciones informáticas, introducidas por personas desconocidas contra cuentas corrientes

30. Tribunal Supremo –Sede Madrid–, Sala de lo Penal, Roj: ATS 10038/2012, del 26/09/2012, disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6528894&links=&optimize=20121106&publicinterface=true (consulta: 18 de agosto de 2017). La mencionada judicatura, tiempo después, supo sostener en torno a un hecho semejante, en el cual confirmó la sentencia dictada en la instancia anterior: "– El hecho de abrir una cuenta corriente concreta para recibir un importe e inmediatamente transmitirlo a otro destino, indica que el acusado conocía el origen ilícito del dinero, ya que es una operación inusual en el tráfico mercantil, recibir en una cuenta una suma de dinero importante sin conocer su procedencia. – La relación laboral es totalmente ilógica. Si se atiende al contrato de trabajo, no consta la identidad del empleador, ni la sede laboral, ni medios técnicos sobre ella y sobre todo hay una indefinición total de la función laboral…" (Roj: STS 5102/2015, disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7557487&links=&optimize=20151218&publicinterface=true [consulta: 18 de agosto de 2017]).

31. Sueiro, Carlos Christian, *Criminalidad informática. La eficacia político-criminal de la reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos. Análisis de la leyes 26.338, 26.685 y 26.904*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 131. También, Palazzi, Pablo A., *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley 26.338, op. cit.*, pp. 182-183.

32. Lilli, Alicia Raquel, "Delitos Informáticos", en *La Ley* (cita *online*: AR/DOC/7110/2001, consulta 8 de agosto de 2017), p. 6. Sobre dicha modalidad la autora sostiene que "son aquellos casos de fraude mediante la incorporación de instrucciones que hacen que para determinados clientes se conceden descuentos no autorizados o se transfieran créditos a quienes no le corresponden".

> bancarias operadas por Internet (banca–on line), tras apoderarse de los datos de identificación y de operaciones de sus legítimos titulares. Una vez en poder de los atacantes, éstos accedían a las cuentas corrientes por medio de otros ordenadores, cuyo control se obtenía mediante la introducción e instalación en los mismos –de forma remota– de programas conocidos con los nombres genéricos de virus troyanos o rootkits. Estos ordenadores, bajo control remoto de los autores de las manipulaciones se denominan en el argot criminal y policial 'redes *zombies*' y '*botnets*'...".[33]

También se puede desplegar este tipo de conductas, no ya de forma remota, sino utilizando técnicas de manipulación para lograr la alteración del normal funcionamiento o la trasmisión de datos, llevadas a cabo por personas con acceso permitido a los sistemas o bases de datos, como agentes encargados de brindar el soporte y mantenimiento informático, entre otros. Son los casos que se presentan cuando sujetos con acceso al sistema alteran, desde terminales internas, registros contables, de sueldos, ya sea de empresas, entidades bancarias o financieras, o reparticiones públicas del Estado y generan así deudas ficticias, modifican los montos de las reales, cambian las fechas de vencimiento de aquellas que traen aparejadas sanciones con mora, o imputan a uno o varios empleados remuneraciones superiores a las asignadas, todo lo cual se ve traducido en un perjuicio patrimonial como consecuencia de la maniobra llevada adelante.

Tipo subjetivo

La figura en estudio –en cualquiera de sus modalidades de comisión– resulta ser dolosa, requiere que el sujeto activo vea guiado su proceder por un "dolo directo", por lo que es necesario el conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo y la correspondiente voluntad para su materialización, traducida en el perjuicio patrimonial descripto en la norma.

Probar esto, atendiendo a las formas de comisión que admite la figura penal y sus particularidades, en ocasiones no resulta tarea sencilla. En este marco, la jurisprudencia nacional lo tuvo por acreditado en

33. Tribunal Supremo –Sede Madrid–, Sala en lo Penal, Roj: ATS 188/2015, del 29/01/15. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7278276&links=TROYANO&optimize=20150206&publicinterface=true (consulta: 18 de agosto de 2017).

el siguiente marco fáctico: una persona transfirió mediante el sistema de *homebanking* una determinada suma de dinero hacia otra cuenta, a la postre del imputado, quien retiró personalmente la totalidad del montos transferido una hora más tarde de acreditarse en su caja de ahorros. En dicha oportunidad, la Sala IV, Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Oyeniyi Oladele, Isaiah s/defraudación informática", Causa N° 60.892/14, del 02/03/2016 sostuvo:

> Así, la cercanía temporal de la transferencia antedicha con relación a un crédito concedido a la víctima materializado en su "cuenta de sueldo" y la presurosa extracción de la mayor parte del dinero resultante, permiten inferir, prima facie, que el encausado actuó con pleno conocimiento de la ilicitud de la maniobra y la voluntad de llevarla a cabo, a lo que debe unirse que ningún dato preciso aportó sobre el individuo a quien generosamente le habría facilitado su cuenta bancaria para la concreción del ardid; es más, ha mostrado imprecisiones hasta con el nombre de dicha persona, que surgen al cotejar su referencia inicial a la perjudicada (…) con su presentación por escrito de…

Por el contrario, no pudo acreditarse el dolo exigido por la figura en el marco de los autos "Pemow y Otros" –Causa N° 36.742/13, resuelta el 24 de octubre de 2013– tal como lo sostuviera la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional. En aquella oportunidad, se investigó el accionar de un grupo de personas, quienes recibían en sus cuentas personales fondos ajenos en la creencia de actuar legítimamente –en virtud de contratos de trabajos suscriptos con presuntas empresas internacionales–, fondos que con posterioridad a su acreditación debían ser retirados y girados mediante empresas postales privadas al exterior a nombre de terceras personas, todo ello a cambio de una supuesta remuneración, que no fue abonada. Se sostuvo en consecuencia:

> … surge con meridiana claridad que éstos, al igual que los damnificados que sufrieron sustracciones dinerarias de sus cuentas bancarias, habrían sido engañados por los verdaderos autores de la maniobra, de momento desconocidos. Ello así pues, de los dichos vertidos por todos ellos al momento de ser convocados a prestar declaración indagatoria surge un denominador común y varios puntos de coincidencia que marcan la pauta de que todos han sido víctimas de una misma maniobra delictiva en la cual actuaron –engañados– como meros instrumentos que obraron sin dolo de los verdaderos autores del ilícito que, de ser detectados, serán considerados autores mediatos. Al respecto, ha explicado la doctrina que

> "el rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato", que en este caso en particular se verifica a través de la relación laboral simulada.

Se concluyó en el precedente citado que los imputados habían obrado de buena fe y sin conciencia de la ilicitud de los actos desplegados, con lo que se confirmó el sobreseimiento dictado en la primera instancia.

El proceder antes enunciado –modalidad comisiva que desconoce fronteras– también fue advertido en otros países, como España, y llegó a conocimiento de la justicia. En aquel país el rol de los sujetos que reciben el dinero en sus cuentas y luego mediante correo postal la transfieren, por lo general, al extranjero son denominados "muleros". Respecto de su intención al desarrollar sus conductas se ha sostenido:

> Como ha dicho esta Sala en asuntos similares (vid. auto de 6 de abril de 2011 citado por el Fiscal en la instancia y luego recogido en algunos de los pasajes de la exposición elevada) se trata de determinar la responsabilidad penal de este intermediario, conocido como "mulero". Los encargados de la sustracción y posterior ingreso permanecen sin identificar. Suelen residir en el extranjero. La conducta se englobaría en la figura de la estafa informática, salvo que actúen bajo error. La propia dinámica comisiva está pensada para hacer verosímil el engaño, dando al intermediario la condición de víctima de los "scammers", que son quienes desde el extranjero transfieren el dinero apropiado a las cuentas de colaboradores, conscientes o inconscientes, situados en España. La responsabilidad de los "muleros" dependerá de si tienen o no conciencia del origen ilícito del dinero.[34]

Los casos someramente expuestos –donde se advierte una pluralidad de personas que forman parte de la maniobra– dan cuenta de la necesidad de un correcto y exhaustivo análisis de los elementos objetivos que se hayan incorporado a los legajos judiciales en pos de acreditar si el sujeto –eventualmente, activo en su rol– obró con dolo de llevar adelante la figura en estudio, o si por el contrario, padeció un error de tipo al desplegar la conducta reprochada.

34. Tribunal Supremo –Sede Madrid–, Sala de lo Penal, Roj: ATS2032/2014, del 19/02/2014. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7002734&links=mulero%20y%20estafa&optimize=20140326&publicinterface=true (consulta: 21 de agosto de 2017).

Consumación y tentativa

El presente es un delito de resultado material, por lo cual su consumación deberá situarse en el momento en que se produce el perjuicio patrimonial –en el sujeto pasivo– fruto de las acciones desplegadas por el sujeto activo. Según los casos que se verifiquen –algunos antes enunciados– la defraudación se tendrá por consumada con el ilegitimo traspaso de fondos de una cuenta bancaria a otra; cuando se alteren los registros contables, de sueldo, etc., se dará en la fecha en que se abonen las obligaciones asumidas e ilegítimamente modificadas.

De la misma forma que ocurre con la figura antes tratada, determinar la jurisdicción donde se tendrán que investigar los ilícitos acaecidos no será –dependiendo de los casos– materia de sencilla determinación. Ello es consecuencia directa de la utilización de Internet en alguna de las maniobras delictivas que se enmarcan en este inciso. En dichos supuestos, entre las medidas de prueba necesarias aflora aquella vinculada a la determinación de la dirección IP –*Internet protocol* o protocolo de Internet– para de esta forma poder determinar o identificar desde dónde se realizó la conexión a la red para desplegar la maniobra –primer paso lógico de investigación– y quién la llevó a cabo –como segundo estadio, vinculado necesariamente al primero–.[35] Pero puede ocurrir que la tarea de determinación se tope con escollos, tal como se sostuvo por parte de la jurisprudencia:

> En dichas operaciones se habrían utilizado direcciones "IP" ubicadas en Francia y Alemania, sin que sea posible establecer si las que surgen del informe de (…) son las verdaderas o falsas, ya que el seguimiento resulta prácticamente imposible desde que el servicio de Internet se presta por satélite, en lugar de hacerlo por fibra óptica, y debido al probable enmas-

35. Vaninetti, Hugo A., "Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP", en *La Ley* (cita *online*: AR/DOC/2052/2013, consulta: 13 de julio de 2017), explica con gran claridad y amplitud el objeto de la prueba informática, que gira en torno de: "establecer fecha de creación y modificación o no de documentos. Es decir, fijar la integridad de los documentos; determinar la IP dónde se originó el chat o el correo electrónico; fijar patrones de navegación o últimos movimientos de un usuario; restauración de información borrada; empleo o no de *software* mediante copias que no respeten los derechos de autos; registro de logs, lo que implica detectar todos los movimientos del usuario de una herramienta informática; secuestro de disco rígido y otros dispositivos de almacenamiento".

caramiento de las direcciones de conexión merced a programas del tipo "TOR", gratuitos y disponibles en la red…[36]

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de dilucidar una cuestión de competencia –en una defraudación mediante una presunta maniobra de *phishing*– entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 24 y el Juzgado de Garantías N° 2 del departamento judicial de Lomas de Zamora –Provincia de Buenos Aires–, consideró con remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal que el segundo de los órganos debía continuar interviniendo en el proceso. Sostuvo en consecuencia que

> … atendiendo a que se desconoce el autor o los autores del ataque informático, quienes utilizaron para acceder a Internet una conexión, probablemente simulada, en el extranjero (fs. …), entiendo que corresponde al magistrado local continuar con la investigación de la causa, en atención a que en su ámbito territorial se encuentra la cuenta donde se transfirió y se extrajo el dinero (fs. …) y se domicilia su titular (fs. …); quien –por otra parte– también estaría vinculado a un hecho con similares características que investiga la justicia bonaerense (fs. … y …)…[37]

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Defraudación con tarjeta de compra, crédito o débito

Existencia de dos tarjetas de crédito idénticas. Utilización ilegítima de DNI para la obtención de la tarjeta de crédito en sede bancaria. Juzgado Federal

Fallo: "…Tuvieron su génesis los presentes actuados con motivo de la denuncia formulada por (…), quien manifestó que el día 19 de marzo

36. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Metti, Juan Carlos s/ sobreseimiento", causa nro. 62.817/15, del 15/11/16.

37. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Pavón, Cristian Sebastián s/incidente de competencia", resuelta el 29/11/2016, Fallos 339:1654. En dicho precedente se investigaba la obtención de la clave bancaria del damnificado, con la cual realizaron una transferencia electrónica –ilegal– desde la cuenta de aquel, radicada en el Banco Galicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hacia otra del mismo banco pero en la Localidad de Monte Grande –Provincia de Buenos Aires–, donde su titular recibió los fondos y procedió a su extracción.

pasado se dirigió al supermercado (…), situado en la intersección de las calles (…) y (…) de esta ciudad y al intentar abonar las mercaderías, fue rechazada su tarjeta de crédito "MasterCard". Así, al dirigirse al Banco Macro le informaron que existía otra tarjeta idéntica a la suya y por tal motivo debía dar de baja la que poseía. Finalmente, al regresar a su domicilio constató que su Documento Nacional de Identidad no se hallaba en el lugar donde lo guardaba habitualmente.

El señor juez de instrucción se declaró incompetente en el entendimiento de que se utilizó ilegítimamente el Documento Nacional de Identidad de la denunciante, puesto que tal instrumento es esencial para el otorgamiento de la tarjeta en cuestión.

A su turno, el juez federal no aceptó la competencia atribuida, ya que la estimó prematura, toda vez que no se cuenta con una mínima investigación previa que permita establecer si para la gestión de la tarjeta de crédito cuestionada se habría utilizado el Documento Nacional de Identidad a nombre de la denunciante.

En tal sentido, sin soslayar que esta Sala ya se ha pronunciado en la inteligencia de que las cuestiones probatorias que pudiesen suscitarse en el legajo no deben incidir en la determinación de la competencia (1), ante la posibilidad de una defraudación cometida mediante la falsificación, adulteración o utilización ilegítima de un Documento Nacional de Identidad ajeno, o de que solamente se hubiera incurrido en esta última infracción, corresponde declinar la competencia al fuero de excepción (art. 33, inc. 1, apartado c del Código Procesal Penal y arts. 33, inc. d y 42 de la Ley N° 20974 de Identificación del Potencial Humano Nacional).

En consecuencia, se comparte el criterio asumido por el señor juez de instrucción (…) y la opinión brindada por el señor fiscal general ante esta Alzada (…), pues para gestionar una tarjeta de crédito ante una entidad bancaria resulta indispensable la exhibición de un Documento Nacional de Identidad.

(…) este Tribunal RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones corresponde intervenir al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal…"

C. N. Crim y Correc., Sala VII, Divito, Cicciaro, Pociello Argerich. [Prosec. Cám.: Larcher]. C. 671/12_7, N.N.. Rta.: 06/06/2012.

Defraudación. Tenencia de instrumentos destinados a la falsificación. Tarjeta de crédito falsificada. Tentativa. Procesamiento

"Si los dispositivos utilizados, unidos a una laptop y disimulados en el cajero automático, eran utilizados para copiar datos sensibles de diferentes clientes de tarjetas de crédito para, posteriormente, proceder a su duplicación, se configura el delito de tenencia de instrumentos destinados a la falsificación. Aun cuando no se haya acreditado la existencia de movimientos no autorizados en las cuentas individualizadas, el mecanismo era idóneo para cometer una defraudación (art. 173, inc. 15 del C.P.).

Por ello, debe confirmarse el procesamiento de los imputados en orden al delito de tenencia de elementos destinados a cometer falsificaciones en concurso material con tentativa de defraudación."

C. N. Crim. y Correc., Sala VI., Bunge Campos, Escobar, Gerome. (Prosec. Cám.: Rizzi). C. 26638_6, CASTELLINI, Alfredo José y otros. Rta.: 30/03/2005.

Estafa. Requisitos para su configuración. Ley N° 25930. Defraudación con tarjeta de compra. Formas particulares de estafa. Procesamiento

El delito de estafa requiere para su configuración la existencia de tres requisitos fundamentales: ardid o engaño, error y disposición patrimonial.

"Tales elementos deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad –o si se prefiere de imputación objetiva–, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, en base a dicho error, realice una disposición patrimonial.[38] Algunas de las conductas que encuentran adecuación típica en el artículo 173 inciso 15 del Código Penal encuadran también en el delito de estafa. Por ello, toda vez que entre tales figuras existe un concurso aparente de leyes, en virtud del principio de especialidad para todos aquellos hechos cometidos con posterioridad a la sanción de la Ley N° 25930 se aplica el inciso 15 del artículo 173.

Los tipos penales que se incorporaron mediante la Ley N° 25930 son formas particulares de estafa, que ya se encontraban tipificadas en el art. 172 –aunque de modo menos específico.[39]

38. Donna, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. II–B, p. 273.

39. Gottheil, Diego F y López, Santiago A., "A propósito de las modificaciones al Código Penal introducidas por la ley 25.930", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos

Se encuentra configurado el delito si el imputado desplegó un ardid idóneo al invocar ante los vendedores de los distintos comercios un nombre supuesto y presentar una tarjeta de crédito falsa, quienes en la creencia que trataban con el verdadero titular de la tarjeta formalizaron diferentes operaciones de compra venta, ocasionándose el pertinente perjuicio patrimonial. Por ello, corresponde confirmar el auto que decreta el procesamiento del imputado, por resultar autor del delito de estafas reiteradas".

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Bunge Campos, Nocetti de Angeleri, Lucini. (Sec.: Paisan). C. 27703_6, YUN, Pablo. Rta.: 10/02/2006.

Hurto. Manipulación de cajero automático. Dispositivo denominado "pescador". Confirmación

Fallo: "...tal como lo sostuviera el a quo la acción del delito que se investiga, en principio, encuadra en la figura de hurto (art. 162 del CP), y no en estafa calificada (art. 173, inc. 15 del CP), como lo postula el fiscal, en tanto que no se configura en el presente caso los elementos que exige dicha figura, dado que el ardid o engaño, elemento esencial de aquélla, se encuentra ausente en la operatoria llevada a cabo. Asimismo, en el suceso que se investiga no se utilizó tarjeta alguna –como requiere el tipo penal– para apoderarse del dinero de los clientes de la entidad bancaria, sino que se manipuló un cajero automático, de modo tal, que los damnificados introdujeron su tarjeta, el código personal y solicitaron determinada suma de dinero, no pudiendo disponer del mismo, debido a que la salida del dinero habría sido obstruida, con el dispositivo conocido como "pescador", el cual fue colocado en la ranura del cajero automático impidiendo la salida del efectivo, para luego apropiarse ilegítimamente del dinero ajero, razón por la cual nos encontramos frente a un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble constitutiva del delito de hurto, por lo que habrá de homologarse el auto apelado.*[40] Por último, también debemos descartar la posible aplicación del tipo requerido por la fiscalía bajo la modalidad de autoría mediata, ya que la conducta desplegada por el titular de la tarjeta no fue manipulada en la forma allí descripta, limitándose el autor a evitar que se pudiera percibir el dinero

Aires, Lexis Nexis, diciembre 2004, N° 4, pp. 727-734.

40. C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 38.263 "NN–Eroth", Rta.: 17/05/2010.

en ese momento producto del dispositivo colocado, desapoderándolo posteriormente de la suma extraída. En consecuencia, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de fs. (…) en cuanto fuera materia de recurso (art. 455 del CPPN)…"

C. N. Crim. y Correc. Sala I, Rimondi, Bruzzone. [Sec.: Biuso]. C. 38383_1, FLORES KONKOLOWICZ, Martín. Rta.: 9/06/2010.

Sobreseimiento. Excusa absolutoria. Esposa que denuncia a su cónyuge. Confirmación

Fallo: "En cuanto al fondo del asunto, entendemos que no es posible un análisis sobre la tipicidad del hecho sin soslayar que el inicio de este expediente tenía por objeto la investigación del presunto detrimento patrimonial que habría sufrido la querellante con motivo del pago de servicios no autorizados desde su cuenta bancaria. A fs. (…), al prestar declaración en la fiscalía de grado, (…) señaló a su cónyuge (…) como el autor de tal conducta, precisando que lo reconoció en las filmaciones del hecho exhibidas por personal del Banco (…).

En ese marco, habiéndose constatado en autos el vínculo entre la querellante y el imputado, tiene lugar el sobreseimiento recurrido.

Pues bien, la conducta enrostrada a (…) reúne los requisitos típicos de la figura contenida en el artículo 173 inc. 15 del Código Penal. Siguiendo el texto de dicha norma, se advierte que existen dos modalidades distintas de perpetrar el fraude: 1) mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, que haya sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida, u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño; o 2) mediante el uso no autorizado de los datos de la tarjeta. El caso aquí a estudio se encuentra abarcado por la segunda de las hipótesis habida cuenta el uso de los datos necesarios para operar la cuenta sin la tarjeta correspondiente –DNI y PIN de su titular– a través de un sistema informático.

No es posible concebir la restricción que propone la recurrente en torno a que no es aplicable esa figura porque el imputado no ha utilizado aquí un "cajero automático", en tanto el tipo penal en cuestión no descarta la utilización otros medios automáticos distintos. Véase que incluso abarca aquellas maniobras que pudieran efectuarse mediante una compra telefónica o por Internet. La única diferencia entre una terminal de autoservicio y un cajero automático, es que este último expende

billetes a requerimiento de sus usuarios, pero en concreto ambos no son más que computadoras con software específico conectadas a la red bancaria y mediante las cuales los usuarios pueden acceder a sus cuentas y efectuar distintas operaciones como, por ejemplo, el pago de servicios.

De otro lado, es dable descartar la calificación que propone la querella, pues amén de que la figura que contempla el artículo 153 bis del Código Penal es de acción privada, y que no esa parte no ha adoptado los medios que prevé el código de forma para el inicio de una querella de ese tipo, debe repararse que (…) no es titular del sistema o dato informático presuntamente vulnerado. En todo caso, el afectado por el acceso ilegítimo sería el Banco (…), mientras que la propiedad de la nombrada se limita a la suma de dinero depositada en su cuenta, y cuyo desvío o apropiación se atribuye a su cónyuge.

"Respecto de lo señalado por la recurrente en cuanto a que la excusa aquí analizada no puede abarcar a los partícipes, es del caso mencionar que la resolución de grado no se expide sobre tal cuestión, de manera que mal podríamos aquí efectuar un análisis sobre ese tópico.

Así las cosas, en tanto surgen de autos elementos que permiten sostener prima facie que (…) intervino en el hecho de fraude denunciado por la querellante, y que a la fecha del hecho eran cónyuges, resulta aplicable al caso la excusa absolutoria que contempla el artículo 185 del Código Penal, motivo por el cual debe confirmarse la resolución de grado, lo que así se RESUELVE…"

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, Seijas, Lucini. (Sec.: Barros). C. 1877/11_4, PUGLIESE, Marcelo. Rta.: 01/03/2012.

Defraudación mediante operaciones efectuadas con tarjetas de crédito y débito. Art. 173 inc. 15 CP. Innecesariedad de ardid o engaño para perfeccionarse el delito. Justicia de instrucción

Fallo: "(…) entre el Juzgado (…) Correccional nro. (…) y el Juzgado (…) de Instrucción nro. (…). (…) tal como lo señalara el Sr. fiscal, a partir de la ley 25.930, se introdujo el inciso 15 del art. 173 del CP, a efectos de garantizar la seguridad de las operaciones efectuadas con tarjetas de crédito y débito en beneficio de sus usuarios, castigando a quien "defraudare a otro mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido… perdida, aunque lo hiciere por medio de una operación automática". De ese modo, la conducta

atribuida a (…) podría encuadrar en la figura descripta, sin que sea necesario (…) un ardid o engaño para el perfeccionamiento del delito. En mérito a lo expuesto, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en un futuro en cuanto al hecho aquí atribuido al imputado, cuya situación procesal deberá resolverse, el tribunal RESUELVE: ASIGNAR la competencia al Juzgado (…) de Instrucción n°…"

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Sec.: Peluffo). C. 4122_13_1, ROTTA, Marcelo E. Rta.: 27/03/2013.

Procesamiento y embargo. Mediante el uso de tarjeta de débito. Imputado que cometió la maniobra de fraude al utilizar una tarjeta de débito olvidada en un cajero automático con la sesión abierta y retiró el importe aludido. Tipicidad. Confirmación

Fallo: "(…) contra el auto (…) por el que se procesó a (…) en orden al delito de defraudación mediante el uso de tarjeta de débito perdida (…) y se trabó embargo contra sus bienes por la suma de (…). Se atribuye a (…) haber cometido la maniobra de fraude por la suma de $(…), pertenecientes a (…). Dicho suceso habría ocurrido (…) luego de que la damnificada olvidó al retirarse inserta su tarjeta de débito y la sesión abierta de modo que el causante se aprovechó de la situación y retiró de la cuenta el importe aludido (…) entendemos que el auto recurrido debe ser homologado por cuanto las pruebas producidas resultan suficientes (…) el acontecer histórico se encuentra suficientemente reconstruido a partir de la versión de la propia damnificada (…) los movimientos de su cuenta y las operaciones del cajero en cuestión entre las que no se haya ninguna a nombre del imputado (…). En este sentido se encuentra acreditado que el imputado se dirigió hasta el cajero entre las (…) conforme surge de la filmación (…). En este orden de ideas, las probanzas incorporadas a la causa permiten sostener la imputación con el grado de convencimiento que requiere el art. 306 del código adjetivo (…). En cuanto a la apelación respecto del monto de embargo, el cual fue fijado por el a quo en la suma de (…) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR los puntos (…) del auto de (…) en todo cuanto fuera materia de recurso".

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Castrillón). C. 4122_13_1, ROTTA, Marcelo E. Rta.: 02/07/2013.

Defraudación Mediante uso no autorizado de los datos de una tarjeta de crédito. Procesamiento. Compras realizadas por Internet desde una dirección de correo electrónico que corresponde a los imputados. Elementos de prueba suficientes. Tipicidad. Confirmación.

Fallo: "(…) M.Q. manifestó que el 15 de agosto de 2013 detectó en el resumen de cuenta de su tarjeta de crédito adicional "Visa" nº (…) del "Banco Itaú", que se encuentra a nombre de su hijo, consumos no realizados por ella ni por aquél (fs. …), agregando que dicha tarjeta no había sido extraviada. A partir de los informes brindados por la firmas "VISA" y "Lan Argentina S.A.", se determinó que con fecha 25 y de 26 de julio de 2013, R. A. I. y C. A. H., efectuaron a través e Internet, la compra de dos pasajes aéreos con partida desde Buenos Aires y con destino a la provincia de Mendoza, por el importe de $ (…) y $ (…), respectivamente, utilizando los datos de la tarjeta de la querellante (Hecho I, ver fs. …).

Por su parte, las compañías "Universal Assistance S.A." y "Coram Advantage SRL", dieron cuenta que el 27 y 29 de julio de 2013, los imputados contrataron mediante la "página web" de las firmas los servicios de asistencia al viajero que éstas ofrecen, por los importes de $ (…) y $ (…), implantando en el sistema los datos relativos a la tarjeta en cuestión (Hecho II, fs.…).

Frente a ello, los imputados admitieron efectuar las compras, aunque alegaron haberlas realizado con la intermediación de C. C., quien ofrecía a la venta pasajes en el sitio "Mercado Libre", y abonarlas en efectivo mediante el servicio de transferencias que brinda "Western Union" a M. I. T., con domicilio en la provincia de Salta (fs. …), sin aportar constancia alguna. Esta última circunstancia ha sido desvirtuada con el testimonio de F. D., apoderado de "Western Union Financial Services Argentina SRL", quien dio cuenta de la inexistencia de dicha transacción (fs. …).

En esas condiciones, y en tanto los elementos reunidos conforman el grado de probabilidad positiva que requiere el dictado del temperamento previsto en el artículo 306 del ordenamiento adjetivo, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el decisorio de (fs. …), punto I, en cuanto fue materia de recurso. (…)".

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, Seijas, González Palazzo. (Prosec. Cám.: Godnjavec). C. 43169_13_4, HERRERA, Carlos A. Rta.: 24/09/2015.

Defraudación. Por el uso no autorizado de los datos de una tarjeta de crédito. Imputado empleado de un restaurante que utilizaba sin autorización de la damnificada los datos de su tarjeta para efectuar pagos. Confirmación

Fallo: "(…) dispuso ampliar su procesamiento en orden al delito de defraudación por el uso no autorizado de los datos de una tarjeta de crédito reiterado (…). (…) a contrario de lo sostenido por la parte recurrente, en este estado del proceso no se requiere una vinculación "fehaciente" o cierta de su pupilo con las maniobras investigadas, siendo prueba válida para acreditar los extremos del art. 306 del C.P.P.N., la similitud con los otros hechos por los que ya se encuentra procesado –pronunciamiento que fuera confirmado por esta Sala, aunque con una integración parcialmente diferente–, los testimonios de (…), socio gerente del restaurant "(…)" (…), como así también la de los empleados (…), (…) y (…), que señalan a (…) como la persona que habría usado indebidamente los datos de las tarjetas en cuestión. De ese modo, sin perjuicio de profundizar la investigación a fin de establecer los vínculos existentes entre los supuestos beneficiarios de los pagos efectuados mediante el uso no autorizado de los datos de la tarjeta "MasterCard" nro. (…) del "Banco (…)", a nombre de (…), el modus operandi similar a los otros eventos, sumado a que la nombrada reconoció haber concurrido al restaurant "(…)", donde trabajaba el imputado y se registraran las restantes operaciones observadas por los titulares de las tarjetas "Visa", permiten habilitar el camino hacia la eventual realización de un debate (…). (…) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto (…) del auto glosado a fs. (…), en todo cuanto fuera materia de recurso. (…)".

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Souto). C. 41899_1, OVIEDO, Javier Daniel y otros. Rta.: 23/02/2012.

Defraudación informática

Defraudación. Estafa informática o mediante un sistema informático. Maniobra de fraude mediante la técnica de manipulación informática "phishing" –página paralela–. Procesamiento. Confirmación

Hechos: las defensas apelaron los procesamientos de los encausados como coautores del delito de defraudación previsto en el art. 173 inc. 16 del Código Penal. Se les imputa haber llevado a cabo maniobras

de fraude mediante la técnica de manipulación informática conocida por "phishing" –página paralela–, por la que obtuvieron los datos necesarios –código de transferencia y número de tarjeta de crédito–para poder operar en las cuentas bancarias del damnificado, efectuando dos transferencias.

Fallo: "(…) Compartimos el temperamento incriminatorio adoptado por la instancia anterior, por cuanto la evaluación conjunta de las pruebas agregadas a la causa acreditan la materialidad del hecho y la intervención de los imputados.

(…) En ese contexto, la circunstancia que el dinero de (…) haya ingresado en la cuenta de (…) al día siguiente de la obtención de los datos, mediante la manipulación informática (página paralela) denunciada (…) es suficiente como para agravar su situación procesal de los indagados.

Que no se hayan verificado, en el caso, todos los pasos del procedimiento del Phishing" como alega especialmente la asistencia técnica de (…) o que no se haya determinado de qué computadora se realizó las transferencias, no altera de momento los graves indicios cargosos.

(…), el Tribunal RESUELVE: I.– Confirmar los puntos I y II del auto de fs. (…), en cuanto fuera materia de recurso. (…)".

C. N. Crim. y Correc. Sala VI, Lucini, Filozof. (Sec.: Williams). C. 39779_6, GÓMEZ, Rubén y otro. Rta.: 3/08/2010.

Defraudación. Estafa informática o mediante un sistema informático. Técnica "phishing". Sobreseimiento. Participación de varios imputados. Elementos que permitirían sostener que los imputados habrían sido engañados por los verdaderos autores "desconocidos" de la maniobra. *Modus operandi*: obtención de datos de cuentas bancarias mediante inserción de virus informáticos, contratación simulada de agentes de transferencia de dinero. Confirmación

Fallo: "(…) Sobre el análisis del fondo.- (…) los agravios expuestos por la fiscalía y la querella, (…) no logran conmover la decisión que se cuestiona, por lo que habrá de ser homologada.

(…) nos encontraríamos frente a un claro caso de lo que en materia informática se conoce como phishing, técnica utilizada por distintas agencias criminales multinacionales para la obtención ilícita de datos sensibles –en el caso cuentas bancarias de terceros– que, manipulados en forma remota, permiten el acceso a sistemas informáticos ajenos

en los que los autores logran operar libremente y en beneficio propio, y en evidente perjuicio a sus verdaderos titulares.

Dicho ello, cabe ahora efectuar un distingo en las atribuciones delictivas que recaen sobre cada uno de los imputados, puesto que si bien coincidimos en que la decisión desvinculante debe abarcar a todos ellos, lo cierto es que son distintas las participaciones achacadas a algunos de los sujetos que, de alguna u otra forma, se han visto involucrados en la maniobra.

a) En este sentido, debe diferenciarse la situación de (...) y de los hermanos (...) y (...) de la del resto de los imputados puesto que estos tres, a diferencia de los demás, no habrían percibido fondos de terceros en sus cuentas bancarias personales, sino que su actuación habría consistido en la manipulación de las claves de home-banking de los damnificados para materializar las transferencias de dinero, y ello en base a que se ha detectado que algunas de las operaciones registran sus direcciones I.P. como el lugar desde el cual se habría efectuado la conexión a Internet para pergeñar la maniobra delictiva.

Al respecto, no sólo lucen verosímiles y coherentes los descargos brindados por cada uno de ellos al ser legitimados pasivamente (fs....) sino que, al mismo tiempo, se adecuan a las explicaciones brindadas por el perito informático (...), de la División Delitos Tecnológicos de la P.F.A., quien explicó que por lo general, y acorde a su experiencia en el tópico, estas maniobras defraudatorias son realizadas por personas con vastos conocimientos técnicos informáticos que se encuentran en países extranjeros, y que los verdaderos titulares de las I.P. no son más que herramientas de los autores, quienes infectan los softwares de éstas personas a través de virus troyanos y la controlan mediante aplicaciones de la más variada índole allí instaladas, que no suelen dar a conocer su origen, o si lo hacen remiten a servidores en el exterior (cfr. Declaración testimonial de fs....).

Estos virus a los que se hace referencia permiten el acceso a un sistema remoto en el que se pueden realizar distintas acciones sin contar con permiso alguno de su titular, quien en la mayoría de estos casos siquiera tiene conocimiento de la invasión a sus datos personales.

Estas explicaciones y las que brindaron (...) y los hermanos (...) en sus declaraciones indagatorias nos dejan entrever que el supuesto aludido se da en el *sub examine*.

Al mismo tiempo, su ajenidad en los fraudes a los que se hace referencia también se puede deducir por lógica de la naturaleza misma de la maniobra, puesto que quien posee los conocimientos técnicos suficientes como para llevar adelante semejante accionar ilícito, difícilmente desconozca la facilidad con la que se pueden revelar las direcciones I.P. a través de las cuales se suele llegar a un determinado usuario de Internet.

b) Sentado lo expuesto, corresponde ahora adentrarse en la situación del resto de los imputados, quienes a diferencia de lo explicitado en el apartado anterior, habrían percibido capital ajeno en sus cuentas bancarias personales y, la mayoría de ellos, los habría extraído voluntariamente del sistema bancario para girarlo al exterior a través de distintos servicios postales privados.

A lo largo de la encuesta se ha acreditado que la maniobra denunciada efectivamente ocurrió de la manera descripta, y su consideración y análisis en abstracto sin valorar el contexto y las explicaciones brindadas por cada uno de los imputados en sus indagatorias, que muchos de ellos sustentaron documentalmente, podría llevarnos a atribuirles algún grado de participación criminal de los enunciados en el art. 45 del C.P. en los hechos materia de conocimiento de la presente, tesis que los acusadores estiman inapropiado descartar a esta altura del proceso.

Sin embargo, es aquí donde hemos de remarcar el concepto de phishing pues, acorde a las explicaciones brindadas por los imputados y la documentación que han logrado aportar a efectos de sustentar sus dichos, surge con meridiana claridad que éstos, al igual que los damnificados que sufrieron sustracciones dinerarias de sus cuentas bancarias, habrían sido engañados por los verdaderos autores de la maniobra, de momento desconocidos.

Ello así pues, de los dichos vertidos por todos ellos al momento de ser convocados a prestar declaración indagatoria surge un denominador común y varios puntos de coincidencia que marcan la pauta de que todos han sido víctimas de una misma maniobra delictiva en la cual actuaron –engañados– como meros instrumentos que obraron sin dolo de los verdaderos autores del ilícito que, de ser detectados, serán considerados autores mediatos. Al respecto, ha explicado la doctrina que "el rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante

otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato", que en este caso en particular se verifica a través de la relación laboral simulada.

En este mismo contexto, 'la primera hipótesis de la autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción –por el contrario– no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera. El dolo del instrumento faltará siempre que este obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo'.

En efecto, es cierto que la percepción de fondos ajenos en sus cuentas bancarias personales, el posterior extracto del sistema bancario y, en algunos casos, el giro de ese dinero hacia el exterior fueron voluntarios y conscientes, pero ello bajo la creencia de que actuaban legítimamente en razón del supuesto contrato de trabajo suscripto con empresas internacionales con las que se contactaron a través de Internet, las que impartían las directivas prometiendo a cambio una remuneración.

En esta línea, surge como un dato en común entre todos los implicados que de alguna u otra manera aprovecharon la oportunidad laboral que se les presentaba, siendo que algunos de ellos tomaron conocimiento de esta oferta a través de correos electrónicos recibidos en sus casillas de e–mail, mientras que otros fueron contactados directamente por personas físicas luego de publicar en la web su interés en conseguir empleo.

De esta manera, no podemos pasar por alto que casi todos los imputados fueron contactados por las mismas empresas presumiblemente ficticias (...) y, en muchos casos también, por personas que se dieron a conocer bajo la misma identidad. Tal es el caso de los imputados (...), (...), (...), (...) y (...), por ejemplo, quienes refirieron haber sido contactados por personas con acento centroamericano que se identificaron como (...) y (...), entre otros.

Del mismo modo, (...) explicó que se puso en contacto vía mail con la firma (...), en donde pudo hablar con una persona "de tonada rusa" que se dio a conocer como (...), quien le indicó en qué consistía el trabajo que debía realizar y los pasos a seguir para girar fondos al exterior (cfr. fs....).

Más allá de estas coincidencias, y si bien en cada caso diferían los supuestos orígenes de los fondos (en algunos se hicieron pasar las

transferencias fraudulentas como donaciones de terceros, en otras por reservas de hoteles, y en otras siquiera se explicaba el origen de ellas), el idéntico *modus operandi* detectado en cada una de las maniobras nos lleva a concluir que se trató de una estafa masiva en la que los "agentes de transferencia de dinero", figura bajo la cual se simuló la contratación de estas personas, fueron inducidos a error mediante un engaño para lograr el apoderamiento patrimonial indebido, en perjuicio de los titulares de las cuentas bancarias afectadas.

Así, insistimos, el *modus operandi* desplegado por los verdaderos autores –que aún se desconocen– se repite de igual forma en todos los casos: obtención de datos de cuentas bancarias mediante la inserción de virus informáticos, contratación simulada de agentes de transferencia de dinero, giro de dinero a Barcelona, España, a nombre de terceros y a través de empresas de correo postal privadas como 'Western Union'.

A la vista de estas constancias, y atento a que los imputados brindaron declaraciones coincidentes con los puntos en común ya señalados, y en la medida de sus posibilidades fueron aportando sucesivamente las ofertas de trabajo que recibieron, los contratos suscriptos y los correos electrónicos intercambiados con la empresa ficticia que supuestamente los contrataba, en los que se advierten incluso la preocupación demostrada por algunos de ellos luego de advertidas ciertas irregularidades en la operatoria, podemos concluir que obraron de buena fe y sin conciencia de ilicitud, máxime si se tiene en cuenta también que otros tantos se comunicaron directamente con sus bancos y autorizaron el regreso de esos fondos depositados en sus cuentas a sus verdaderos titulares.

Nótese que en todos los casos los imputados refirieron sentirse engañados y utilizados, y la actitud posterior que asumieron al ser convocados por la judicatura da sustento suficiente a esa hipótesis; mientras que el argumento que esboza la fiscalía para mantener la sospecha que recae sobre ellos no puede sostenerse, puesto que en definitiva ninguno percibió la comisión previamente acordada por la 'gestión' que realizaron creyendo que actuaban lícitamente bajo una relación laboral.

En consecuencia, toda vez que respecto de ellos no se ha podido acreditar el elemento subjetivo del tipo penal en juego, y acorde al principio constitucional de presunción de inocencia y el in dubio pro reo, corresponde confirmar el sobreseimiento recaído en favor de todos los imputados.

VI. No obstante lo expuesto precedentemente, devuelto que sea el asunto a la instancia de origen deberá remitirse a la fiscalía actuante para que continúe tramitando conforme a las reglas de la delegación (art. 196 CPPN), debiendo destacar por otro lado que se cuenta en autos con los nombres de algunas de las personas que supuestamente habrían recepcionado los fondos en el exterior (por ejemplo casos de (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) e (...), precisamente en la ciudad de Barcelona, España, por lo que la investigación deberá ser direccionada en ese sentido para continuar la línea investigativa trazada por la fiscalía para establecer la ruta del dinero, como así también respecto de otros elementos que pudieran seguir surgiendo a medida que se avance en la pesquisa.

(...) el tribunal RESUELVE: I) RECHAZAR *in limine* la nulidad deducida por la parte querellante contra el auto de fs. (...). II) CONFIRMAR la resolución de fs. 4489/4493 en todo cuanto ha sido materia de recurso".

C. N. Crim. y Correc. Sala V, López González, Bruzzone, Pociello Argerich. (Sec.: Poleri). C. 36742_13_5, PEMOW y Otros. Rta.: 24/10/2013.

Defraudación. Mediante manipulación informática. Procesamiento. Imputada que facilita su cuenta bancaria a un tercero, para que este extraiga una suma de dinero de una cuenta hacia otra de su propiedad en otro banco, manipulando el sistema informático mediante el uso del *homebanking*, logrando así un lucro indebido en su provecho. Elementos de prueba suficientes. Complicidad con terceras partes. Confirmación

Fallo: "(...), contra la resolución de (fs. ...), que dispuso el procesamiento de la nombrada, por hallarla partícipe necesaria del delito de defraudación informática, previsto en el art. 173, inc. 16°, del Código Penal. (...) Conforme se desprende de la declaración indagatoria agregada a (fs. ...), "se le imputa a (...), el haber facilitado su cuenta bancaria para que un tercero –con conocimientos en informática– extraiga la suma de $ 26.000, cuya disposición obtuvo manipulando el sistema informático del Banco Supervielle y tras haber accedido a la cuenta corriente N° (...) a nombre de (...), radicada en el Banco Supervielle, (...) ingresando su usuario y contraseña, y mediante el sistema denominado "*homebanking*", desde donde la cual, (...), se realizó dicha transferencia bancaria con destino a la cuenta de la imputada radicada en el Banco de Galicia CBU N° (...), extrayendo la incusa dicho importe el

mismo (...), conforme surge del resumen bancario obrante a (fs. ...), logrando de este modo un lucro indebido en su provecho y en provecho del mencionado tercero, y en perjuicio patrimonio del titular de la cuenta desde donde se extrajo el dinero y de la entidad bancaria Banco Supervielle, por el total del importe referido...". (...). En efecto, la defensa alegó que la imputada actuó de buena fe con el convencimiento de que le estaba prestando ayuda a un amigo de su pareja (...), a quien identificó como (...); y si bien, tal descargo podría resultar plausible, debe tenerse en cuenta la sincronización con que se desarrollaron los hechos que aquí se investigan, lo cual permite, en principio, descartar que (...) haya actuado sin conocimiento de la maniobra. Efectivamente, tal como lo ha expuesto el Sr. juez de grado, del informe agregado a (fs. ...) se desprende que (...). Es decir que, en el término de un poco más de una hora y media lograron concretar, desde esta ciudad, una transferencia bancaria mediante el sistema de home banking (en realidad dos si se tiene en cuenta la que se investiga en la causa en trámite por ante el Tribunal Oral N° 4, –ver certificación de (fs....), y retirar el dinero obtenido desde la sucursal de (...), por lo que no cabe más que concluir –al igual que lo hizo el Sr. juez actuante–, que (...) actuó en complicidad con terceras personas para lograr consumar la defraudación ya que, de lo contrario, la maniobra podría ser advertida –como efectivamente sucedió– y, por ende, frustrada. En consecuencia y por la valoración efectuada de las evidencias colectadas en su confrontación con el descargo de la imputada, consideramos que se encuentra satisfecho el estándar probatorio requerido (...). Por todo ello, se RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de (fs. ...), en todo cuanto ha sido materia de recurso (art. 455, del Código Procesal Penal de la Nación)".

C. N. Crim. y Correc. Sala I., Rimondi, Bunge Campos. (Sec.: Peluffo). C. 28537_14_1, PEYRANO, Gabriela Soledad. Rta.: 11/08/2014.–

Defraudación. Procesamiento. Transferencias sin autorización realizadas por homebanking desde la cuenta de los damnificados a cuenta de la imputada a quien desconocían. Manipulación informática. Art. 173 inciso 16 del C.P. Confirmación

Fallo: "(...) convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión extendida a fs. (...), punto I, en cuanto se dispuso el procesamiento de G. X. F. Según la intimación formulada

a fs. (...), se le atribuyó a la nombrada el hecho denunciado por M. O. A., quien desconoció una transferencia de $ 6.900 realizada el 28 de junio de 2013 desde su caja de ahorros nro. X del Banco Galicia hacia la cuenta nro. X de dicha entidad bancaria, a nombre de G. X. F.

Asimismo, se le endilgó el suceso denunciado por E. G. A., quien desconoció una operación de $ 10.000 que se concretó ese mismo día desde su cuenta corriente nro. X hacia la de la imputada F. Dichas transferencias fueron realizadas a través del sistema *homebanking* desde las cuentas bancarias de los damnificados, que habrían sido manipuladas a tal fin.

Por otro lado, se determinó que en la misma fecha la imputada se constituyó en la sucursal del banco y extrajo el dinero que había sido transferido a su cuenta.

Al respecto, se comparten los fundamentos de la decisión puesta en crisis, siempre que los elementos reunidos permiten tener por acreditadas tanto la existencia de los sucesos atribuidos como la intervención de la imputada F.

En esa senda, se cuenta con las declaraciones de A. (...) y de A. (...), quienes fueron contestes en indicar que a través del sistema homebanking se procedió, sin la autorización de ellos, a transferir dinero a la cuenta de la nombrada F., a quien desconocían.

A ello se adiciona la declaración testimonial de P. R. D. –quien se desempeña en el área de Seguridad de la Información, Sector de Fraude Online del Banco Galicia– (...) quien expuso que además del caso de Aguilera se tomó conocimiento a través de los clientes M. C. G. S. y D. H. N. que el 28 de junio de 2013 una persona sin su autorización había realizado a través del sistema *homebanking* dos transferencias por los montos de $ 3.000 y $ 6.200 desde sus cuentas bancarias a la caja de ahorro de G. X. F., por lo cual les solicitó que realizaran la correspondiente denuncia penal en la seccional respectiva de la provincia de San Luis.

D. narró que con posterioridad a los hechos referidos tomó conocimiento del suceso denunciado por A., ante lo cual explicó que "al advertir que cuatro clientes del banco denunciaron que personas no autorizadas realizaron transferencias desde sus cuentas y por *homebanking* a la caja de ahorro de G. X. F., concluimos que en dichas operaciones existía una posibilidad de fraude alto" (...).

De los movimientos de las cuentas de los damnificados surgen las transferencias de dinero a la caja de ahorro de la imputada, que fue abierta el 12 de diciembre de 2012 por "G. L. S.A." (...). Asimismo, se encuentra acreditado a través de los comprobantes de fs. (...) y del peritaje caligráfico agregado a fs. (...) que F. extrajo las sumas referidas.

El cuadro probatorio aludido neutraliza –al menos de momento– las explicaciones brindadas por la encausada al tiempo de ser legitimada pasivamente de modo que se estima acreditada la intervención de Flores en las maniobras defraudatorias reprochadas, sin perjuicio del grado de participación que en definitiva se establezca y de la necesidad de profundizar la investigación a partir de los datos propuestos a fs. (...) en torno a "D. M. C. S.".

Finalmente, de adverso a lo sostenido por la defensa, la conducta atribuida a la imputada se subsume típicamente en el delito previsto por el artículo 173, inciso 16 del Código Penal, ya que los elementos referidos permiten estimar que se habrían manipulado mediante el sistema informático *homebanking* las cuentas bancarias de los damnificados –esto es usuario y contraseña–, para concretar las transferencias.

Por ello, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado a fs. (...), punto I, en cuanto fuera materia de recurso".

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Divito, Cicciaro, Scotto. (Prosec.: Larcher), C. 33892_13_7, FLORES, Graciela X. Rta.:19/08/2015.

Defraudación. Estafa informática. Manipulación de un sistema informático. Sobreseimiento. Sustracción de dinero de una cuenta bancaria, a través de la utilización de IP en el extranjero, siendo acreditado el importe para la cancelación de deudas de patente cuya titularidad corresponde al imputado. Elementos de prueba suficientes para afirmar la participación en el hecho de quien resultara beneficiado en la maniobra. Revocatoria. Procesamiento

Fallo: "(...) No existe controversia sobre la materialidad de los sucesos que damnificaran a J. P. D. T., en tanto la documentación aportada por el denunciante y por el Banco Ciudad demuestra la existencia de distintas operaciones realizadas con fecha 10 de agosto de 2014 mediante el sistema "*homebanking*" vinculado con la cuenta bancaria del primero, a raíz de las cuales le fue debitada de su caja de ahorros número XX la suma de seis mil cuatrocientos veinticuatro pesos con setenta y siete centavos

(fs. …). Dichas transacciones fueron desconocidas por D. T. por no haberlas efectuado, denunciando el consecuente perjuicio patrimonial.

El dinero deducido fue utilizado para efectivizar pagos ante la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires y la Agencia Gubernamental de Ingresos Públicos (fs. …) y benefició en su mayor parte a J. C. M., titular del rodado 'Nissan X Terra', dominio XX, cuyo impuesto de patentes fue saldado por un total de seis mil ciento veintiséis pesos con sesenta centavos.

En dichas operaciones se habrían utilizado direcciones 'IP' ubicadas en Francia y Alemania, sin que sea posible establecer si las que surgen del informe de (fs. …) son las verdaderas o falsas, ya que el seguimiento resulta prácticamente imposible desde que el servicio de Internet se presta por satélite, en lugar de hacerlo por fibra óptica, y debido al probable enmascaramiento de las direcciones de conexión merced a programas del tipo 'TOR', gratuitos y disponibles en la red (ver declaración de fs. …).

No obstante este último dato, la innegable condición de M. de beneficiario de las operaciones impide arribar a un juicio de certeza negativa respecto de su responsabilidad en el hecho y, por lo tanto, no puede confirmarse el sobreseimiento dictado.

Cabe señalar que no se desprende de lo indicado a (fs. …) que desde las IP utilizadas en estos casos se hubiesen concretado otras maniobras distintas a las desconocidas por D. T. Por otro lado, si bien no pudo individualizarse a quién favoreció la primera de las transacciones, por un monto sustancialmente menor a las restantes vinculadas con M., ello no obsta para imputarle su participación por aquellas que saldaron deudas a su cargo.

Es dable tener en cuenta que para efectuar los pagos era necesario contar con ciertos datos relativos al automotor de M. Además, tal como señala el recurrente, el análisis a la luz de la sana crítica impide dar favorable recepción a las explicaciones del imputado vertidas en su descargo de (fs. …). Consecuentemente, evaluando en conjunto la totalidad de la prueba agregada, estimamos que corresponde ordenar el procesamiento del encausado en orden al delito de defraudación mediante manipulación de un sistema informático (artículo 173, inciso 16, del Código Penal), sin perjuicio de las medidas que deban llevarse a cabo para completar la instrucción.

Cuadra recordar que el damnificado J. P. D. T. señaló que ninguna persona tenía conocimiento de sus claves para operar en su cuenta bancaria (ver reclamo de fs. ...), por lo que el acceso a la plataforma "*homebanking*" del Banco Ciudad relacionada con su caja de ahorros se logró merced al quebranto de dicha medida de seguridad.

Sentado lo expuesto, a fin de no privar de instancia, dispondremos que el Sr. juez de grado se expida respecto de las medidas cautelares una vez que sean devueltas las presentes actuaciones al juzgado de origen.

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: REVOCAR el auto de (fs. ...) y DICTAR EL PROCESAMIENTO DE J. C. M. por considerarlo autor del delito de defraudación mediante manipulación de un sistema informático (artículos 45 y 173, inciso 16, del Código Penal y 306 y sstes. del Código Procesal Penal de la Nación), debiendo el Sr. juez de grado adoptar las medidas cautelares que considere procedentes, a fin de no privar de instancia".

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Sec.: Morillo Guglielmi). C. 62817_15_4, METTI, Juan Carlos s/ sobreseimiento. Rta.: 15/11/2016.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE AGGEO, Miguel Á. y BÁEZ, Julio C. (dirs.), ASTURIAS, Miguel Á. (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte Especial*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2013, T. II.

D'ALESSIO, Andrés José, (dir.), DIVITO, Mauro A. (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición actualizada, 2012, T. II–B.

FÍGARI, Rubén Enrique, "Reflexiones sobre la defraudación informática Ley N° 26388". Disponible en: http://www.saij.gob.ar/ruben–enrique–figari–reflexiones–sobre–defraudacion–informatica–ley–26388–dacf100073–2009–08–12/123456789–0abc–0efg3700–01fcanirtcod?&o=11&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5

%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=22 (consulta: 21 de agosto de 2017).

LILLI, Alicia Raquel, "Delitos Informáticos", en *La Ley* (cita *online*: AR/DOC/7110/2001, consulta: 8 de agosto de 2017).

MARÍN, Jorge Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición actualizada, 2008.

PALAZZI, Pablo A., *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley 26.338*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

RIQUERT, Marcelo E., *Defraudaciones Informáticas*, Buenos Aires, Ediar, 2016.

RODRÍGUEZ, Pedro, "Art. 173, casos especiales de defraudación", en VITALE, Gabriel M. A. (dir.), GARBERI, Patricia y ÁVILA, Fernando (coords.), *Código Penal Comentado de Acceso Libre*. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37768.pdf (consulta: 9 de agosto de 2017).

SUEIRO, Carlos Christian, *Criminalidad Informática. La eficacia político-criminal de la reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos. Análisis de la leyes 26.338, 26.685 y 26.904*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

VANINETTI, Hugo A., "Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP", en *La Ley* (cita *online*: AR/DOC/2052/2013, consulta: 13 de julio de 2017).

CAPÍTULO 5
DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS. APOLOGÍA DEL DELITO[1]

(ARTS. 209 Y 213 DEL CÓDIGO PENAL)

Por María Cecilia Liporace*

INTRODUCCIÓN

Los delitos que serán aquí analizados se encuentran incluidos dentro del género de los delitos contra el orden público.

El título VIII del Código Penal abarca supuestos diferentes: 1) *instigación a cometer delitos*; 2) la asociación ilícita; 3) la intimidación pública; 4) *la apología del crimen*; 5) otros atentados contra el orden público, las asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo.

Los delitos que ofenden al orden público no reparan determinantemente en lesiones a la integridad de las personas o a los bienes, sino que sus efectos tienen relación directa con la serenidad del ánimo social que puede verse agredido por la agitación que los tipos penales de mención irradian.

Se los ha denominado "delitos de alarma colectiva", capaces de generar un riesgo que agrede la seguridad de la sociedad en conjunto.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En cuanto a la evolución legislativa de la instigación, hemos de destacar que el primer proyecto del Código Penal realizado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo en 1891, en el

* Abogada (Universidad Nacional de La Matanza). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Funcionaria judicial. Docente universitaria (UNLaM).

1. El presente trabajo es una adaptación y ampliación realizada por la autora del artículo que fue publicado en el Código Penal Comentado de la Asociación Pensamiento Penal, disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado

artículo 251 castigaba al que públicamente instigare a otro a cometer un hecho punible, y la pena se agravaba en los casos en que el hecho se producía efectivamente.

Al respecto, la "Exposición de motivos", aseveraba:

> … el que públicamente instiga a cometer un hecho punible, aunque no asuma el carácter de autor o cómplice de un delito tentado o consumado, comete un acto digno de represión, porque ocasiona un verdadero peligro para la tranquilidad general, excitando las pasiones o tendencias criminales de un número indeterminado de personas, entre las cuales puede haber muchas a quienes la instigación mueva, tarde o temprano, a ejecutar el delito a que se refiere otro análogo. La libertad de palabra hablada o escrita no puede razonablemente extenderse hasta esos excesos. Como los principales códigos extranjeros, reprimimos, pues, la instigación, aunque no vaya seguida de un efecto inmediato, y declaramos para evitar dudas de interpretación, que, si produjera efecto, el instigador debe ser penado como autor del hecho ejecutado, porque es lo que corresponde con sujeción a los principios de responsabilidad criminal.[2]

Ese proyecto no fue sancionado, pero sobre su base se produjo una reforma parcial a través de la Ley N° 4189 en 1903. Por su parte, en el proyecto realizado en 1906 por una comisión integrada por Rivarola, Piñero, Saavedra y Ramos Mejía, entre otros, la sanción a la instigación a cometer delitos varió en su redacción pero mantuvo el concepto, se cambió la expresión "hecho punible" por "cometer un delito".

El tercer proyecto a destacar fue elaborado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados. A diferencia de los otros proyectos, se exigió que la instigación fuera contra determinada persona y suprimió la agravante en caso de que el delito se cometa. Puntualmente, la Comisión refirió:

> … concordante con las observaciones que se han hecho en la parte relativa a los delitos contra la libertad, entiende que la instigación, para ser castigada, debe hacerse en forma determinada contra una persona o una institución. Sería sumamente peligroso castigar, como lo hace el proyecto de 1906, a quien instigare en forma indeterminada, pues eso podría prestarse a numerosos abusos contra la libertad individual y contra la libertad de propaganda. Debe, además, tenerse en cuenta que esas instigaciones

2. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, T. II-C, p. 280.

> no dependen, principalmente, de la persona que habla o ejercita el derecho de difundir sus ideas, sino de las personas que la oyen, las cuales, por razones diversas o por encontrarse preparadas para el delito, pueden incurrir en las infracciones, aun cuando la propaganda no haya debido llevarlas a cometerlas. Por las mismas razones se ha suprimido el artículo 227 del proyecto. Debe tenerse, por lo demás, en cuenta, que todas estas cuestiones son más bien propias de una legislación de "faltas", y que, si a causa de esos excesos se produjeran desórdenes, sería a ese título que podrían ser aquellos castigados.[3]

Con posterioridad, se sancionó la Ley N° 20509, que fue la que le atribuyó el nombre de "orden público" al Título bajo estudio. La Ley N° 20642 aumentó la pena del delito, que era de un mes a cuatro años de prisión, y pasó a ser prisión de dos a seis años. Luego se sancionó la Ley N° 23077, en la que se restableció el texto original del Código de 1921 con la penalidad modificada por la Ley N° 20642.

El actual Código Penal prevé: "El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41".

Por otra parte, cabe realizar un breve detalle sobre la evolución legislativa del delito de *apología del crimen*. En primer lugar, debemos recordar que el Código Penal de 1886 no preveía esta figura. Con el dictado de la Ley N° 7029 se incluyó la represión con prisión de uno a tres años a quien verbalmente, por escrito, por impresos, o por cualquier medio o por hechos hiciera apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley preveía como delito (conforme su art. 12).

Con el proyecto de 1917 se introdujeron cambios en el Código Penal, que derivaron en que el delito de apología fuera incorporado en el Capítulo IV del Título VIII (con idéntica redacción que la actual).

En 1937, el Proyecto Coll-Gómez, dentro del Título X, contempló dos artículos: el artículo 299, que castigaba al que públicamente o en forma privada de propaganda, hiciere, por cualquier medio, la apología de un delito o del condenado por un delito; y el artículo 300, que contenía agravantes que elevaban la pena.

3. Según la "Exposición de motivos", cuya versión digital se encuentra disponible en: www.bibliotecadigital.csjn.gov.ar [consulta: 21 de agosto de 2017].

En el Proyecto Peco (de 1941) el delito de apología se encontraba dentro de la Sección III "De los delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad", y contemplaba la agravante cuando la apología recaía sobre un delito contra la personalidad del Estado o de un condenado por ese tipo de delitos.

El Proyecto De Benedetti de 1951 sistematizó los delitos contra el orden público, mantuvo la figura en su artículo 379, eliminó la agravante y modificó la penalidad. En 1953, con el Proyecto Levene-Maldonado-Laplaza se mantuvo la denominación de 1951 y se realizaron modificaciones a la redacción del tipo penal.

Ya en 1961, el Proyecto Soler realizó otras modificaciones terminológicas. El Decreto-Ley N° 788/63, si bien detallaba los delitos contra la seguridad pública, nada decía respecto de la apología del crimen (la Ley N° 16648 derogó el decreto pero no produjo modificaciones sobre el delito en cuestión).

Luego del dictado de diversas leyes relacionadas con los delitos contra la seguridad pública, la Ley N° 21338 modificó sensiblemente la redacción del artículo 213: cuando la apología fuera hecha por quien, en razón de su estado, profesión, cargo público o condición análoga, pudiera tener natural ascendiente sobre otras personas, de tres a seis años de prisión; cuando la apología fuere de ilícitos vinculados con las finalidades subversivas o condenados por delitos de esa naturaleza, o incluso de autores no condenados, la pena general sería de tres a cinco años de prisión o reclusión; y en caso de que fuera hecha por las personas que ya tenían pena agravada por razón de su cargo o profesión, sería de reclusión o prisión de seis a quince años.

En el Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio de 1979 se mantuvo la redacción de la ley anteriormente mencionada. Con el dictado de la Ley N° 23077 se reestableció el texto originario del Código de 1921.

Finalmente el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación (2006) eliminó la figura de la apología del crimen.[4] Actualmente el Código Penal establece en su artículo 213: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito".

4. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010, T. 9. Artículos 200/236, Parte Especial, pp. 478-480.

BIEN JURÍDICO

Como ya adelantamos, bajo el Título VIII del Código Penal se encuentran legislados una serie de delitos que tienen como común denominador la afectación al orden público.

Como punto de partida debemos destacar que durante años no hubo disposición alguna que regulara los delitos contra el orden público, pero con el Proyecto de 1891 se comenzó a pensar en leyes que protegieran ese bien jurídico. Definir el término "orden público" siempre ha resultado complejo.

Al utilizar el legislador tipos penales abiertos, ambiguos o indeterminados provoca, como señalaré, serias dificultades interpretativas. A ello debe sumarse que la construcción de estas infracciones como de peligro dificultan superar aún más el estándar de constitucionalidad, a la que debe someterse la descripción de una conducta que el Estado pretende criminalizar.

Si partimos de la premisa de considerar que una de las principales funciones del bien jurídico, es limitar la pretensión punitiva estatal y permitir una correcta interpretación de los tipos penales, teniendo en cuenta cuales son los intereses que el Estado intenta proteger; nos encontramos, al tratar estos delitos, con serias dificultades al pretender definir "orden público".

Esta amplitud, ambivalencia e indeterminación del bien jurídico protegido, ha provocado diversas opiniones por parte de los autores que, en la mayoría de los casos, aspiran a limitar y dar precisión al concepto.

Así, Carrara, Soler, Fontán Balestra, Núñez y Buompadre, entre otros, sostienen que ante la ambigüedad del término resulta preferible considerar la tranquilidad pública como el bien jurídico protegido.[5] "Orden público" significa tranquilidad y confianza social en el desenvolvimiento pacífico de la vida civil, pero no se trata de defender la seguridad social misma, sino la opinión de seguridad que constituye un factor más de refuerzo.[6]

Los delitos contenidos en este título quiebran la tranquilidad pública, que es una percepción subjetiva, comprendida por la sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza en

5. Donna, *op. cit.*, p. 277 y ss.

6. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1983, p. 695 y ss.

que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de convivencia.[7]

En definitiva, el bien jurídico garantizado con la incriminación de los delitos contra el orden público es la paz o la tranquilidad colectiva.[8] Concretamente, entonces, el bien jurídico tutelado es la tranquilidad pública, definida por los autores clásicos[9] como *la sensación o la situación subjetiva de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que puedan vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de su convivencia*.

Asimismo, la jurisprudencia ha determinado que la apología del crimen y la instigación a cometer delitos atacan el orden y la seguridad social, y como delitos contra la tranquilidad pública, vulneran el orden sociopolítico y la marcha regular y pacífica de la convivencia comunitaria.[10]

En ese mismo sentido, Creus[11] encuentra el fundamento de la punibilidad de estos delitos en que *la tranquilidad pública es atacada por el enaltecimiento de aquellos procederes que son, precisamente, los que se oponen a la normalidad de las relaciones sociales*.

Debe tenerse en cuenta que en este tipo de ilícitos, como el previsto en los artículos 210 y 210 bis del CP –asociación ilícita–, entre otros, no se protegen bienes jurídicos primarios o inmediatos, sino que actúan solo en forma mediata, resguardando a la sociedad de conductas que provocarían perturbación social y alteraciones en el desenvolvimiento normal de la vida civil.

Señala Buompadre que

> Las conductas definidas en este título configuran hechos criminales perturbadores de la vida colectiva, por los efectos (miedo, temor,

7. Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 1999, 6ª edición actualizada y ampliada, p. 103; Donna, Edgardo, "Asociación Ilícita" en *Revista de Derecho Penal*, Fundación de Cultura Universitaria Nº 13, diciembre 2002, T. 2, p. 277.

8. Molinario, Alfredo, "El bien jurídico garantizado con la incriminación de los delitos contra el orden público o la paz pública", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. XLVII, vol. 47, Montevideo, 1949, pp. 1-6.

9. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1992, T. V, Vol. I, p. 173; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1992, T. IV, p. 695; Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1982, T. IV, p. 453.

10. CFed. CCorr., "Antonio J.", sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312.

11. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 1ra reimpresión, 1998, T. II, p. 128.

intranquilidad) que producen en el sentimiento de los individuos en general, frente a la incertidumbre de que tales hechos se llevarán a cabo.[12]

Si a las dificultades antes señaladas les sumamos que los tipos penales mencionados resultan en su mayoría delitos de peligro o de pura actividad, estamos frente a un verdadero "cóctel explosivo", que nos coloca frente a un derecho penal autoritario que lleva a punir actos que el legislador, sin mayor constatación empírica, considera peligrosos.

Es aquí donde surge la problemática que se presenta frente al principio de lesividad, entendido como necesario para cualquier tipo penal, cuando está dirigido exclusivamente a que el poder coercitivo únicamente podrá activarse cuando un bien jurídico tutelado se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado, siempre y cuando no medie una causa de justificación.[13] En idéntico sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que: "en el *principio de lesividad*, según el cual ningún Derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo".[14]

En esos términos, las disposiciones contendidas en el título de los delitos contra el orden público se enfrentan a ello toda vez que están encaminadas a la prevención de otros delitos; es decir, existe un anticipo de punibilidad en ausencia de lesiones o daños concretos.

Nos encontramos con tipos delictivos, que según Roxin[15] forman parte de un derecho penal simbólico que amplía la punibilidad hasta los extremos en que no existe una lesión concreta.

Frente al problema introducido, cabe preguntarse y tomar posición respecto a si es suficiente con la configuración de ese peligro como fundamento de la tipicidad. Es decir, el interrogante concreto sería si los sentimientos de alarma o temor resultan suficientes para hacer

12. Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea. 2009, T II, p. 552.

13. Figueroa, Francisco, *El regreso al Derecho Penal Inquisitivo*, disponible en: *eldial.com* DC1648, publicado el 19/07/2011.

14. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª ed., 2008, p. 128. Un criterio similar es el expuesto en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2009, pp. 43-44.

15. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 59.

emerger el componente objetivo de la lesividad. Cabe recordar que Carrara[16] enseña que estos delitos deberían ser entendidos como aquellos en los que este estado de ánimo constituye un verdadero daño, que absorbe o comprende al daño que se quisiera causar a un determinado individuo o familia.

Por lo tanto, y como sostiene Soler, si se considera este tipo de delitos como preparatorios de otros (instigación indirecta), se deberá acreditar que ellos están dirigidos de manera directa a lesionar otros bienes jurídicos, a partir de la magnitud de la alarma que representan para la convivencia pacífica de la sociedad. Este es uno de los fundamentos por los cuales, en ciertas ocasiones, resulta necesario castigar no sólo el daño, sino también el peligro a ese daño.[17]

El orden público es un bien jurídico *per se* y, si bien es cierto que las figuras allí contenidas determinan un peligro para otros bienes, también causan alarma social y por ende lesionan la tranquilidad pública independientemente de la propiedad, la vida u otros bienes también amparados por el Derecho Penal que pueden ser puestos en peligro o lesionados por el actuar de una organización criminal.

La tranquilidad se afecta con los hechos que producen en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos emociones de dolor o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de una multitud de ciudadanos.[18]

Es cierto que la comisión de cualquier delito perturba la tranquilidad, la seguridad y la paz pública de manera mediata, pero algunos la afectan de forma inmediata, ya que el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o de paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad, nacida de la confianza en que pueden vivir en una atmósfera de paz social, por lo que los delitos que la afectan directamente enfrentan a los integrantes de la sociedad con hechos extraordinarios, que los pueden afectar directamente, y entonces producen una alarma colectiva.[19]

16. Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Ed. EJEA, 11ª edición, 1944, vol. I.

17. Soler, *op. cit.*, p. 698.

18. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Rodamillans, 2010, vol. VI, pp. 115-130.

19. CSJN, Fallos: 324:3952, "Stancanelli, Néstor E. y otro s/inc. de apel. de Yoma, Emir F.", 20/11/2001.

TENSIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La tipificación de estos delitos nos lleva a pensar críticamente la libertad de expresión y su respaldo constitucional, como un gran obstáculo a atravesar para el Derecho Penal. Existe una clara tensión entre la instigación y la apología, y el derecho a la libertad de expresión.

Nos encontramos entonces de un lado con el Derecho Penal, y del otro, con el derecho constitucional que resguarda la libertad expresiva. En una vereda, se penan ciertas expresiones (con las características objetivas de los tipos analizados), y en la otra nos encontramos con un derecho que resguarda la expresión pública de manifestaciones, opiniones e ideas.

Para intentar realizar un análisis coherente y sistemático, concluyo entonces que la interpretación de los artículos 209 y 213 del CP jamás podría implicar un cercenamiento a que los individuos difundan y comuniquen sus ideas (aunque estas sean contrarias a los estándares propuestos por la política criminal del Estado).

Como brevemente expuse en la introducción, la libertad de expresión garantiza el derecho de todo ser humano a comunicar públicamente sus ideales, pensamientos y opiniones, por cualquier medio. Este derecho está resguardado por nuestra Carta Magna, que establece que todos los individuos que habiten el territorio nacional pueden publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y prohíbe la restricción de la libertad de prensa a través de leyes del Congreso (art. 32).[20] En esa dirección y continuando con una interpretación dinámica de la Constitución y de los tratados internaciones de derechos humanos, cabe concluir que nuestra Ley Fundamental brinda un resguardo amplio y genérico de la libertad de expresión.

Ahora bien, en la actualidad no es posible sostener que en nuestra Constitución o en los tratados internacionales existan derechos de

20. De la regulación que realiza la Constitución Nacional, sorpresivamente no existe una protección estricta de la libertad de expresión, sino que se refiere sólo a una forma de expresión relacionada con la prensa. En la actualidad, aquella cuestión se ve "salvada" por la inclusión de los tratados internacionales, que dejan el derecho a salvo en todas sus aristas. En este sentido, ver Bertoni, Eduardo, "La libertad de expresión en la Constitución y los riesgos de abrir una 'caja de pandora'", en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

carácter absoluto. En ese sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia, como principal intérprete de la Constitución, ha sostenido la relatividad de los derechos fundamentales (como la vida, la propiedad y la libertad, entre otros) en infinidad de fallos.[21] La realidad demuestra que ante la colisión de derechos, uno debe ceder.

Frente a esa situación, no se me ocurre otra pregunta más que: ¿cuál es el límite? Y para dar respuesta a mi interrogante, debo recordar las palabras de Roberto Gargarella,[22] quien considera que la limitación a los derechos es una declaración inicial, vaga, tan abstracta que de alguna manera muestra como necesario condenar a tal persona o impedir tal marcha sólo porque los derechos tienen un límite; aunque en realidad nadie de ningún modo ha dicho por qué se debe tomar una decisión tan drástica. Asimismo expresó con atino que si se va a restringir un derecho en pos de resguardar otro (considerando que los derechos tienen un peso extraordinario), los jueces deberían dar una razón muy fuerte para justificar esa remoción. Y afirmó claramente: "dos derechos reclamando por el mismo espacio, peleando por el mismo lugar, y que sólo uno de ellos puede perseverar. Alguno de los dos derechos va a perder. Por algún lado vamos a sangrar, por algún lado vamos a sufrir".

Si bien resulta imposible sostener el carácter absoluto, ante un choque de derechos, comparto la sugerencia del especialista y considero que debe resguardarse el derecho que esté más cerca del nervio democrático de la Constitución. Y en esos términos, qué otro derecho podría resultar más cercano que la libertad expresiva.

Lo cierto es que esa libertad de expresión ocupa un lugar preferencial en nuestro ordenamiento y ante la situación de relatividad de los derechos fundamentales (que obviamente la incluye), resulta necesario determinar si la restricción a la libertad de expresión que denotan los tipos penales aquí analizados resultan o no legítimas.

---

21. CSJN 199:483; 304:319; 304:1293; 312:318, causa R. 320. XLII, "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ejecución hipotecaria", Rta.: 15/3/2007; causa D. 346. XXIV, "Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus", Rta.: 19/10/1995; causa A. 891. XLIV, "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080"; causa H. 90. XXXIV, "Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", Rta.: 13/3/01; del dictamen del Procurador General en la causa P.1156, L. XLIII, "Pagano, Walter Salvador Dionisio s/causa n° 7737"; entre muchos otros.

22. Gargarella, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006.

En virtud de su amplia protección en los tratados internacionales, cualquier cercenamiento o limitación debe ser tomada con gran cautela y con una interpretación restrictiva, para interferir lo menos posible.[23] Es decir, la libertad de expresión debe ser la regla y deben tomarse todas las precauciones antes de proceder a su restricción, para resguardar así la esencia del derecho y su carácter fundamental.

Sin embargo, en la medida en que los derechos humanos no pueden restringirse tan fácilmente, el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión y otros intereses se tendrá que establecer según si esas restricciones están permitidas, en qué términos, si son necesarias para preservar un interés legítimo y si además resultan proporcionadas al daño que se pretende evitar.

En esos términos y con relación a los problemas que se generan respecto a los delitos aquí tratados, debemos recordar el test creado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, denominado del "peligro cierto e inminente".[24] De acuerdo con los estándares allí establecidos, el Estado podría restringir ciertas formas de expresión –en salvaguarda del derecho amenazado– cuando el discurso esté dirigido a promover en forma inmediata acciones contrarias a la ley, siempre y cuando el discurso pueda razonablemente derivar en ese tipo de acciones. Además, la restricción, para ser válida, debe ser impuesta en función de la protección de un interés estatal serio. Las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa no permiten al Estado prohibir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley, excepto cuando tal defensa está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que ella incite o produzca tal acción.[25] La doctrina del *peligro cierto e inminente* ha sido receptada por nuestros tribunales en diferentes fallos.[26]

23. Cabe recordar, en ese sentido, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "New York Times co. Sullivan", donde se aceptaron ciertos mensajes políticos "descuidados", con la sola condición de que no hayan sido vertidos con mala intención, en pos de resguardar la libertad de expresión.

24. "Brandenburg v. Ohio" (reg. 395 US 444, 1969).

25. Gullco, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.

26. CNCCFed., "Caviasca, Martín y otros s/procesamiento", Sala I, Rta.: 03/07/1997 y "Vita, Leonado G. s/procesamiento", Sala I, Rta.: 13/03/2002.

En síntesis, el Estado podría cercenar algunos discursos, siempre que ellos generen en forma inmediata y clara una acción contraria a la ley. Por ende, si un discurso no genera la acción contraria, debe ser acaparado por el derecho constitucional, toda vez que no corresponde al Estado (no es su función legítima) decidir cuáles discursos, ideas, pensamientos u opiniones son aceptables y cuáles no.

De algún modo se intenta limitar el poder punitivo, y así surge la doctrina nacional de la *idoneidad* del discurso, que no es otra cosa que la capacidad de la apología para suscitar imitaciones, provocar la comisión de delitos o tender a debilitar la moral de la sociedad y que los individuos se levanten contra la ley. Aquellos datos deben ser tratados como circunstancias objetivas requeridas para la imputación.

La jurisprudencia norteamericana, a diferencia de la doctrina de la idoneidad, intentó poner límites a las expresiones apologéticas orientadas al contexto donde las expresiones se sitúan como clave de una lesión grave para el orden constitucional y la vida en democracia.

Lo cierto es que ese peligro claro y presente no puede de ningún modo compensar la lesión a la libertad de expresión en el contexto de un sistema democrático. Las reglas expuestas entonces no son claras respecto a cómo las expresiones apologéticas se relacionan o se ligan con violaciones a derechos individuales o colectivos; es decir, cuando esas expresiones tiene una real capacidad para producir una acción ilícita inminente y actual que incite o produzca esa acción.

Nos encontramos entonces frente a un peligro abstracto que, de alguna manera, nos aleja del derecho penal de mínima intervención, toda vez que la pauta de lesividad se basa en la intencionalidad del autor de producir en otros una acción ilícita inminente.

Resulta igualmente desechable la doctrina desde la perspectiva de que no puede imputarse al considerado apologista por los hechos que eventualmente podrían generar aquellas personas que creyeron y tomaron como propias las ideas y sus razones porque entendieron que valía la pena realizarla. No es posible la censura punitiva de algunas expresiones (por ejemplo, opiniones a favor del aborto) fundada en que un individuo o grupo de individuos, con motivo de las manifestaciones apologéticas, adoptó esos puntos de vista y, siguiendo con el ejemplo, realizaron abortos. Entiendo que no existe una base objetiva de imputación para que el orden público pueda verse en peligro por una expresión considerada primigeniamente como apologética.

Sin perjuicio de las críticas, la doctrina del peligro claro e inminente, en mi opinión, únicamente podría ser utilizada como fundamento para limitar la libertad de expresión y resguardar el bien jurídico protegido (orden público) cuando el discurso se expresa en un contexto de fragilidad institucional, en virtud de que en esa situación, las ideas expresadas no pueden ser discutidas, evaluadas y analizadas por el resto de los individuos. En esos casos podría estar justificada si se tiene en cuenta que el mal es realmente inminente y real, y que no genera tiempo razonable para su abierta discusión.

Entonces, a modo de conclusión, entiendo que únicamente podría limitarse la libertad de expresión, sin perjuicio de las expresas restricciones que surgen de los tratados de derecho internacional,[27] si el propio derecho fundamental se encuentra en riesgo.

Ahora bien, nuestro Código Penal mantiene dentro de sus artículos los delitos de instigación a cometer delitos y la apología del delito. Entonces, con las limitaciones ya enunciadas y teniendo en consideración que la inconstitucionalidad de las normas debe ser la última solución posible, analizaremos ambos tipos penales.

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS

Aspecto objetivo

Descripción del tipo: acción típica

La instigación consiste en impulsar, determinar o crear en el sujeto pasivo, mediante manifestaciones, la voluntad de cometer un delito determinado y concreto, contra una persona o institución determinada; no basta la instigación a "intentar un delito" ni la instigación a proceder contra un grupo indeterminado de personas.[28] Se instiga a cometer un delito específico y determinado, pero no respecto de una persona concreta, sino que debe ser formulada de manera tal que

27. Como por ejemplo los discursos de odio, discriminación racial, religiosa, sexual, etc. (conf. lo establece el art. 13, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los arts. 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

28. D'Alessio, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Parte Especial*, T. II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p. 1021.

sea apta para alcanzar a un grupo de personas indeterminadas, o en palabras de Creus, a la generalidad.

Vale señalar que el tipo no comprende las contravenciones y faltas; y que serían atípicas las conductas en las que se instigue a cometer delitos de manera indeterminada. Asimismo, no podrán ser consideradas como instigaciones el simple consejo, la mera propaganda ideológica, las expresiones de voluntad o deseo, o las tendientes a encender el odio, fomentar o fortalecer la hostilidad contra alguien.

La instigación debe ser seria, por lo que quedan excluidos los simples consejos, la propaganda de ideas, las manifestaciones indeterminadas o accidentales, las sugerencias ambiguas o veladas. En definitiva la instigación debe ser clara, determinada y revelar la intención del sujeto activo de que el delito se cometa.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado atípica la conducta de un ex presidente de facto que, en una carta publicada en un sitio de Internet, consignó la frase "terminen lo que nosotros no supimos ni pudimos terminar", y ello así en tanto:

> … difícilmente las expresiones de B., aun teniendo en cuenta la actuación que tuvo durante los oscuros años de la dictadura militar, podían promover inmediatamente alguna acción contraria a la ley (…) no se observa que la frase –ni el texto completo– mencione un hecho ilícito a cometer ni se identifique a persona o institución alguna a la que habría de dañar, circunstancias suficientes para despejar las hipótesis de los arts. 209 y 212 del Código Penal.[29]

Las diferencias con la instigación como forma de participación criminal

En el caso puntual del delito de instigación, la construcción de este tipo penal tiene una importante similitud con la instigación prevista en el artículo 45 (participación criminal), pero con algunas diferencias destacables.

El mencionado artículo dice:

> Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

29. D'Alessio, Andrés José, *op. cit.*, p. 1021.

Como señala Bacigalupo, el instigador es quien crea el dolo en la cabeza del autor, dicho en otras palabras: genera la idea de la comisión dolosa del delito en el autor.[30]

Las dos grandes diferencias entre la instigación común y la prevista en este artículo son que: 1) debe ser pública y 2) se dirige a una generalidad de personas.

El verbo típico es instigar. Puede ser contra un individuo o una institución, pero siempre públicamente, para que los sujetos receptores de esa idea cometan un delito determinado.

Sujeto activo

El autor puede ser cualquier sujeto que realice la conducta típica.

Según Molinario y Aguirre Obarrio, el instigador debe tener tres finalidades relacionadas: la primera, ser escuchado, o sea que varias personas conozcan su idea; segundo, influir sobre la mente del público, lo que lleva a que la instigación deba ser razonablemente seria; y tercero, que alguien recoja la idea y pase a la acción; todo lo cual lleva a que sólo sea admisible el dolo directo.[31]

Sujeto pasivo

Por un lado, nos encontramos con el sujeto pasivo de la instigación, que debe ser una generalidad indeterminada de destinatarios; por el otro, el sujeto pasivo del delito que eventualmente cometa el instigado, que –conforme lo establece el tipo penal– debe ser una persona determinada (individual o colectiva), una institución (pública o privada) o el propio Estado.

Cabe aclarar que, si el sujeto pasivo –al que se pretende instigar– fuera un sujeto determinado, se trataría de la instigación que prevé y sanciona el ya mencionado artículo 45 del Código Penal.

Como ya dijimos, la instigación siempre debe ser dirigida a una generalidad de sujetos indeterminados, pero es uno de ellos –un sujeto determinado– el que ejecutará el hecho, y lo puede hacer en grado de autor, partícipe o cómplice.

30. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª edición renovada y ampliada, 1999, p. 519.

31. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, T. II-C, p. 287.

Aspecto subjetivo

El autor del delito debe saber que con su conducta mueve o determina a un sujeto pasivo que, como dijimos, en un primer momento es indeterminado, a la realización de un delito concreto, con la particularidad de que se exige que tenga la voluntad de que el hecho objeto de la instigación se realice efectivamente.

Dicha exigencia constituirá un elemento subjetivo distinto del dolo, denominado "cortado delito de resultado". También es requisito que sepa que el medio que eligió para exteriorizar su voluntad es de trascendencia pública y que, por tanto, existe la peligrosa posibilidad de que alguien acoja la instigación.

La figura admite sólo dolo directo. El dolo eventual no es admisible, tampoco la forma culposa ya que la instigación no puede consistir en una mera manifestación imprudente o accidental, sino que lo determinante estará en la voluntad del sujeto activo.

Por último y en función de lo explicado anteriormente, resaltamos que si no se dan los requisitos mencionados, la conducta quedaría amparada por el derecho constitucional a la libre expresión, por lo tanto la acción resultaría atípica.

Consumación y tentativa

Para consumarse, es necesario que alguien reciba la instigación, y es indistinto que el sujeto lleve a cabo la acción u omisión proclamada. Por dicha razón, la instigación es independiente del delito realizado.

APOLOGÍA DEL CRIMEN

Aspecto objetivo

Descripción del tipo: acción típica

La apología es la exposición de ideas o doctrinas que defienden el crimen o ensalzan a su autor ante una multitud de personas, por cualquier medio de difusión. Se trata entonces de la alabanza o exaltación de un delito o de su autor, presentándolo como meritorio y digno de aceptación por todos.[32]

32. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 483.

La jurisprudencia ha dicho que el obrar consiste en hacer públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito. Se entiende por "apología" la exaltación, ponderación o elogio, la presentación como meritorio, digno de defensa y aceptación por todos.[33] Con mayor precisión, se sostuvo que los elogios de un proceder delictivo sobre hechos ocurridos justificándolos en su contexto histórico sobre la base de la ineficiencia o imposibilidad de que la justicia pudiera probar y sancionar las conductas delictivas que las víctimas habrían cometido, volcados para su divulgación, configuran el delito de apología del delito.[34]

Concretamente, se deben presentar actos criminosos como legales y dignos de encomio de forma pública, y que provoquen una incitación por demás perniciosa, pues la exaltación que comporta conduce a la confusión del sentido moral del deber y la legalidad en el grupo social determinado al que presuntamente se dirige, y tuerce su comprensión mediante la justificación aviesa de un delito como meritorio. Indudablemente, quienes así publiquen tal calidad de actos exceden los cánones que la norma determina, pues nada hace razonablemente aceptables tales propósitos.[35]

Con atino Donna[36] afirma que la apología no comprende la defensa, habida cuenta de que esto implica que se demuestre que una persona no cometió el hecho delictivo, o que se encontraba justificada de algún modo.

Cuando el artículo 213 del CP alude a *delito*, se refiere específicamente a una acción típica, antijurídica, culpable y punible, con un sentido jurídico, quedan excluidas las contravenciones y faltas.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina se han dividido: una parte opina que se glorifica o venera uno o varios delitos en abstracto, como por ejemplo alabar los homicidios; y, por el contrario, otro grupo sostiene que la apología del crimen es una forma indirecta de inducirlo. Es decir, que se refiere a un delito determinado, al igual que se requiere para los casos del art. 209 del CP. Adhiero a la última de

33. CFed.CCorr., "V.L.G y otro s/procesamiento", sala II, c. 20.336, Rta.: 29/08/2003.

34. CFed. CCorr., "A.A.s/procesamiento", sala I, Rta.: 02/12/1998.

35. CFed. CCorr., "Antonio J.", sala I, Rta.: 13/12/1979, LL 1980-C-312 (del voto del Dr. Mántaras).

36. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 357. En igual sentido se manifiesta Molinario, ver: Molinario, Alfredo J., *Los delitos. Act. Por Eduardo Aguirre Obarrio*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1999, T. III, p.187.

las posiciones, y entiendo que debe tratarse de un hecho determinado y concreto; o, en términos de Soler, un hecho pasado y declarado delictivo.

Respecto al supuesto de exaltación de un condenado, resulta requisito para la configuración del tipo penal que se trate de una persona determinada con relación a un hecho concreto y que haya sido declarada como tal por sentencia firme[37] (sin importar bajo qué carácter o figura de participación), si bien el texto del artículo no lo prevé en forma expresa.

La apología debe ser realizada en público y llegar a un número indeterminado de personas. Respecto de ese requisito, en un fallo de la Cámara Federal se sostuvo que no quedaba configurado el delito reprimido por el artículo 213 del Código Penal por faltar un elemento del tipo objetivo del delito, cual es el carácter de público del ámbito en donde se han vertido los términos denunciados, pues quedó probado que se trataba de una cena particular con expresa prohibición de entrada al público.[38]

Sujeto activo

El autor puede ser cualquier sujeto que realice la acción típica.

Aspecto subjetivo

El delito requiere de un obrar doloso, y debe abarcar el conocimiento sobre aquello que se exalta o alaba. Corresponde que el autor del hecho punible actúe con discernimiento y voluntad de elogiar públicamente la comisión de un delito (concreto y determinado) o al autor de un hecho delictivo (así declarado por sentencia firme).

En un fallo anteriormente mencionado,[39] el Dr. Mántaras a través de su voto manifestó:

> No constituye la figura del artículo 213 del Código Penal la prédica partidista, por osada que fuere, sino aquella que, indirectamente, comporta dolo

37. Donna, Edgardo A. y Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 358 y 130 respectivamente. También se inclinan por que la sentencia del condenado debe estar firme al momento de la exaltación o alabanza. En ese sentido, cualquier expresión realizada respecto de un simple procesado queda resguardada bajo la exteriorización de opiniones, es decir, dentro de la libertad de expresión. No cabe la posibilidad de que se encuadre un hecho como apología si la exaltación fue respecto de un "procesado", toda vez que propongo un derecho penal de mínima intervención.

38. CNCCorr., "Videla, Jorge R. s/apología del delito", sala I, Rta.: 16/05/1994; CFed. CCorr., "Verbitsky, H.", sala I, Rta.: 10/11/1987, LL 1988-C-247, DJ 988-2-707; y CSJN, "A.A. s/apología del crimen", Rta.: 21/08/2003.

39. CFed. CCorr., "Antonio J.", sala I, Rta.: 13/12/1979, LL 1980-C-312.

por la peligrosa posibilidad de que alguien se sienta movido a producir el hecho elogiado, por el consejo que oblicuamente emana de esa prédica.

Por último, algunos autores admiten el dolo eventual, aunque la doctrina en su mayoría postula la atipicidad de las figuras culposas.

Consumación y tentativa

La apología del crimen es un delito de pura actividad, que se consuma al momento en que la expresión apologética se emite, sin admitir tentativa.

Apología, libertad de expresión y cultura

En febrero de 1996 se presentó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 12, a cargo del Dr. Raúl García, una denuncia contra los autores de un video musical, en el que se hacían manifestaciones de admiración, elogio y reconocimiento de José Mario Ferreyra ("Malevo"), un exjefe de policía de la provincia de Tucumán que se encontraba cumpliendo condena por haber sido autor de tres homicidios agravados por alevosía.

En esos términos se presentó la denuncia: considerando que la obra musical (tanto la letra como sus imágenes) constituía apología de un condenado por delito.

En el antecedente se hizo un análisis de la relación entre la apología del crimen, el ejercicio de la libertad de expresión y la cultura. Además, se consideró el principio de la idoneidad como el recurso más confiable para ponderar el peligro de lesión del bien jurídico que se afecta en el injusto que prevé el artículo 213 del CP.

El fallo intentó establecer parámetros ciertos del peligro que requiere la apología cuando se expresa por medio del ejercicio de la libertad de expresión de ideas.

El contenido de la canción tildada de apologética tenía pasajes que mostraban a un personaje de los tiempos del malaje, de látigo y cuchillo; y el video exponía imágenes de un hombre fuerte, que llevaba un sombrero panamá, pañuelo en el cuello y pistola en la cintura. Era una expresión artística algo burlesca, con características que hacían al personaje algo ridículo y hasta vulgar.

Lo cierto es que las manifestaciones –aun cuando ellas sean consideradas como apología– realizadas a través de una obra de arte ejerciendo el derecho de libertad de expresión de ideas inhibe al Estado para censurarla: no puede ni debe hacer de la cultura una expresión artística oficial, toda vez que en el caso de interferir, estaría degradando la libertad cultural.

La interferencia a las expresiones culturales no debe producirse, incluso si se considera que la obra de arte es de baja calidad, ya que no puede utilizarse como fundamento para la restricción. Para calificar el arte como bueno o malo se requiere justamente que surja de la crítica cultural totalmente libre de coacciones. El arte bueno y malo no es materia sobre la cual la autoridad pueda dar órdenes y menos censurarla en razón de la pretendida tutela del orden público.

El artista elige libremente sus temas y estilos en la obra de arte que realiza (sea en canciones, poemas, etc.) y constituye un derecho que el propio autor de la obra puede considerar como inalienable. Las manifestaciones de cultura, por elementales y pobres que fueran, son un fin en sí mismo y benefician el progreso personal, social, la búsqueda de la verdad y la perfección de un estilo cultural. El poder punitivo no puede restringir esa libertad bajo el pretexto de una lesión al sentimiento común o por resultar una mera provocación a la estabilidad social (conforme lo dictaminado por el Sr. Fiscal de la causa, Dr. Alejandro Alagia).

En definitiva, no interesa si la obra de arte o la expresión artística es calificada como excelente, buena, regular o mala, lo que importa es que no puede ser cercenada. Así, el Dr. García, en el fallo comentado, sin merituar el valor artístico de la obra en cuestión, aunque lo identificó como de dudoso gusto y calidad, se avocó únicamente a juzgar si las manifestaciones realizadas en la canción y las imágenes del video encuadraban en el tipo penal previsto por el artículo 213 del CP.

Describió que "el quehacer de los imputados lejos estuvo de tratar de lograr en la población en general que el 'ejemplo' dado por el sujeto tristemente conocido como 'Malevo' Ferreyra sea imitado por todos". Si bien dejó bien en claro que la obra de arte no era de su agrado tildándola como una forma poco feliz de manifestarse artísticamente, recalcó que no resultaba apologética.

Además opinó que la proyección del video en cuestión no generaría una avalancha de "Malevos", que imitarían los comportamientos

adoptados por el condenado; incluso recordó que las imágenes que en su oportunidad circulaban por los medios siempre fueron desaprobadas por la sociedad. Concluyó entonces que el espíritu del legislador, al incluir como delito la apología del crimen, jamás buscaría penar una obra intelectual plasmada a través de un hecho artístico.

Con esos fundamentos se desestimó la denuncia por inexistencia de delito (conforme lo establecido por el art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación), en forma concordante con el dictamen fiscal.

En definitiva, cabe destacar que cualquier expresión de tinte artístico (literatura, música, baile, fotografía, entre muchos otros) se encuentra protegida, toda vez que son mucho más que formas que asume la expresión de las ideas.

Si bien es cierto que la actividad cultural muchas veces puede confundirse por su contenido con un mensaje político y/o religioso, todos deben ser debidamente protegidos en pos de resguardar el "superderecho" –como lo considera Roberto Gargarella– de la libertad expresiva.

En relación con esta cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestarse sobre la pertinencia de los mensajes de contenidos literarios o artísticos como parte de la libertad protegida en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese pasaje se protege no sólo la sustancia de las ideas, sino también en la forma en que estas se transmiten. En ese caso, si bien la Corte dejó en claro el contenido político de los poemas objeto de controversia, consideró de todas formas que la obra literaria debía ser tomada como tal e incluso se recalcó la idea de "prerrogativas de los poetas".[40]

También lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,[41] que alegó en forma explícita que el objeto de la libertad de expresión es proteger y fomentar el derecho a la información, ideas y expresiones "artísticas" de toda índole. Ese deber de no interferencia debe extenderse a todo tipo de circulación de información y a la exhibición de obras artísticas, que eventualmente pueden no tener la aquiescencia de quienes representan la autoridad estatal. En ese mismo caso y en los alegatos, Chile sostuvo que la libre expresión y las

40. Corte Europea de Derechos Humanos, "Karatas v. Turkey", Rta.: 08/06/1999.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos v. Chile)", Rta.: 05/02/2001.

creaciones culturales son esenciales para una sociedad de hombres libres, dispuestos a encontrar la verdad a través de la discusión de las ideas y no mediante la censura.

JURISPRUDENCIA

Apología del delito - Delitos cometidos por medio de la prensa - Instigación a cometer delito - Internet - Intimidación pública - Libertad de expresión

"B. R. s/recurso de apelación"
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I.
29/08/2007

En un sitio de Internet se publicó una carta escrita por un ex presidente de facto que contenía la frase: "terminen lo que nosotros no supimos ni pudimos terminar". El juez de primera instancia no hizo lugar a la excepción de falta de acción por inexistencia de delito. La Cámara revocó la decisión y sobreseyó al imputado.

Corresponde hacer lugar a la excepción de falta de acción por inexistencia de delito planteada en una causa seguida, contra un ex presidente de facto, en virtud de la publicación en Internet de una carta de su autoría en la cual se consigna la frase "terminen lo que nosotros no supimos ni pudimos terminar" pues, visto que dicha misiva no menciona un hecho ilícito a cometer ni identifica a persona o institución alguna a la que habría que dañar, debe descartarse la configuración de los delitos previstos en los arts. 209, 212 y 213 del Código Penal.

De conformidad con el test del "peligro claro y actual", si un determinado discurso no promueve en forma inmediata una acción contraria a la ley, dicho discurso debe considerarse amparado constitucionalmente, porque no constituye una función legítima del Estado decidir cuáles ideas son aceptables y cuáles no.

Para que sea posible sancionar discursos de apología de la violencia como táctica política, debe probarse que se ha intentado dar cumplimiento a los planes concebidos, y también que las palabras que se han pronunciado representan algún peligro.

Las publicaciones efectuadas en Internet se encuentran alcanzadas por la amplia protección del derecho a la libre expresión de ideas y la libertad de prensa.

Apología del delito - Consumo de estupefacientes - Cultivo de estupefacientes - Estupefacientes - Instigación a cometer delito - Internet - Ley de estupefacientes - Libertad de expresión - Tipicidad

"Vita, Leonardo G. y otro s/rec. de casación"
Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV
11/04/2005

Los autores de un sitio de Internet en el cual se aprobaba el uso de estupefacientes y se daban consejos acerca de cómo cultivar la planta de marihuana fueron procesados en orden a los delitos previstos en los artículos 12 y 28 de la ley 23.737. La Cámara revocó el auto de procesamiento decretado y sobreseyó a los imputados. El fiscal interpuso recurso de casación. La Cámara de Casación decidió no hacer lugar al recurso impetrado.

La mera expresión de opiniones a favor de la despenalización del consumo de estupefacientes –en el caso, vertidas en una página de Internet–, no encuadra en el artículo 12 inciso a de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) que reprime al que difunda públicamente el uso de estupefacientes o induzca a otro a consumirlos, ya que caso contrario acabaría siendo penada toda manifestación relativa al consumo de drogas que adopte una postura disidente con la línea que orienta la política estatal en la materia, lo cual resulta violatorio de la libertad de expresión (voto del Juez Hornos).

A efectos de interpretar el artículo 12 inciso a de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) que reprime a quien difunda públicamente el uso de estupefacientes o induzca a otro a consumirlos, debe tenerse en cuenta que la figura contemplada en la primera parte del citado inciso no puede desvincularse de la hipótesis prevista en su segunda parte en cuanto prohíbe la inducción al consumo, pues las conductas tipificadas se corresponden con una particular forma de instigación mediata al uso de estupefacientes (voto del Juez Hornos).

Si bien el artículo 12 inciso a de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) prohíbe la difusión pública del uso de estupefacientes, dicho precepto debe ser interpretado en función de la libertad de expresión, pues lo contrario implicaría efectuar una interpretación inconstitucional del tipo penal en cuestión (voto del Juez Hornos).

Resulta improcedente subsumir en el delito previsto en el artículo 12 inciso a de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), la conducta de quienes vertieron en una página de Internet manifestaciones favorables al consumo de estupefacientes, toda vez que el concepto de publicidad consignado en tal tipo penal no se refiere a que la instigación se dirija a muchas personas, sino a que no exista una limitación en el círculo de destinatarios, debiendo remarcarse que el acceso al contenido de una página de Internet no es posible sin la expresa voluntad de adquirir la información allí existente (voto del Juez Hornos).

El derecho a la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a previa censura sino solamente a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser además necesarias para asegurar la protección de la salud pública (voto del Juez Hornos).

Quien vierte en una página de Internet información relativa al cultivo de la planta de marihuana no comete el delito previsto en el artículo 28 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), si dicho obrar no está destinado a impartir instrucciones relativas a procesos de elaboración de drogas (voto del Juez Hornos).

Tanto el delito de incitación al uso de estupefacientes consagrado en el artículo 12 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) como el previsto en el artículo 28 de la citada norma que reprime a quien imparta públicamente instrucciones acerca de la producción, fabricación o uso de estupefacientes, se vinculan con la propagación pública de conductas vinculadas con tóxicos nocivos, y requieren para su configuración, tanto la idoneidad, entendida como la capacidad de suscitar imitaciones, cuanto la publicidad (voto del Juez Hornos).

A efectos de la configuración de los tipos penales establecidos en los artículos 12 y 28 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) no alcanza con que sus sujetos activos aprueben la tenencia de estupefacientes o pretendan afirmar la inocuidad de sus efectos, sino que el peligro abstracto para el bien jurídico salud pública que pretenden coartar es la circulación de información que difunda o celebre el acto de consumo en su faz ejecución, con potencial influencia estimulante sobre pasivos individuos receptores (voto de la Juez Barraz de Vidal).

Incurre en los delitos previstos en los artículos 12 y 28 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) –incitación al uso de estupefacientes y dación pública de instrucciones acerca de la elaboración de drogas– quien en

un sitio de Internet aprueba el uso de sustancias prohibidas y brinda consejos acerca de cómo lograr un exitoso autocultivo de la planta de marihuana, pues tales manifestaciones importan la preconización y difusión del uso de estupefacientes e inducen a otros a su consumo en la medida en que se trata de una clara promoción al consumo y a la producción de dichas sustancias (voto en disidencia de la Juez Capolupo de Durañona y Vedia).

El hecho de que no se encuentre acreditado que las expresiones vertidas en una página de Internet aprobando el uso de estupefacientes hayan instigado a alguien a iniciarse en el consumo de tales tóxicos, no resulta suficiente para establecer la atipicidad de la conducta, pues las figuras insertas en la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) son de peligro abstracto y mediante ellas el legislador ha pretendido proteger preventivamente la salud pública antes de que se pueda afirmar que la conducta descripta en el tipo penal haya creado peligro y aún en aquellos casos en los que ni siquiera lo ha creado (voto en disidencia de la Juez Capolupo de Durañona y Vedia).

Delito - Hurto - Instigación a cometer delito - Procedimiento penal - Procesamiento - Televisión por cable

"C., F. P. s/ recurso de apelación"
Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II
10/11/2009

La defensa interpuso recurso de apelación contra el auto que procesó a su defendido por instigación a cometer delitos, al haber promovido la comisión del delito de hurto de la señal de televisión por cable a través de una página de Internet. La Alzada revocó la resolución apelada.

Debe revocarse el auto que procesó por instigación a cometer delitos, al acusado de promover el hurto de la señal de televisión por cable, proporcionando a través de una página de Internet las instrucciones para concretar dicha sustracción, dado que la voluntad del imputado estuvo enderezada a colaborar en la producción artística de la página web mencionada como integrante de un grupo de arte, por lo que el tipo subjetivo del delito invocado resulta inexistente en tanto la existencia de una instigación requiere que la propuesta sea seria y dolosa.

Apología del delito - Dolo eventual - *In dubio pro reo* - Libertad de expresión - Partido político - Subversión

"Antonio, Jorge s/rec. de apelación"
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I
13/12/1979

Existe el derecho de cada uno de expresar las ideas que concibe y esta libertad no puede estar encasillada y determinada por la afinidad o contraposición que manifiesten respecto de lo impuesto por el legislador, en razón del mérito o demérito social que comporte, ya que tal calidad ha de surgir de la relación conjuntiva de propósitos señalados por esa expresión de ideas y que justifica o no el imperio de esa libertad. Una fervorosa opinión política podría ser considerada como lesiva del orden social en sus extremos imprudentes en tanto no justifique, a su modo, los hechos que la ley reputa como delito, pues entonces conllevaría una incitación al delito y por ende una apología (voto del juez Mántaras).

La apología del delito tiende a representar los actos delictivos, como laudables y meritorios, llevando así bajo el aspecto de un elogio público, la peligrosa provocación a fomentar actos contrarios al orden social. Tiende a enervar el reproche moral y social que provoca la comisión de hechos delictivos (voto del Juez Rodríguez Araya).

La apología de un hecho delictuoso consiste en presentar actos criminosos como legales y dignos de encomio en forma pública. Ello implica una incitación por demás perniciosa, pues la exaltación que comporta, conduce a la confusión del sentido moral del deber y la legalidad en el grupo social indeterminado al que presuntamente se dirige, torciendo su comprensión mediante la justificación aviesa de un delito como meritorio. Indudablemente quienes así publiciten tal calidad de actos, exceden los cánones que la norma determina, pues nada hace razonablemente aceptables tales propósitos (voto del Juez Mántaras).

La figura del art. 213 del Cód. Penal no exige una determinación precisa, directa a instigar, por medio del elogio de un hecho punible, la limitación de conductas ilícitas como legítimas, sino que admite el dolo eventual, pues basta para configurarla la ponderación de un hecho comprendido como delictuoso, sin que requiera que el mismo haya sido declarado delito judicialmente (voto del Juez Mántaras).

Las conductas receptadas por el art. 213 del Cód. Penal deben importar una categórica y exaltada aprobación de hechos reputados

como delitos. Solidarizarse con el quehacer delictivo, es lo que la ley atribuye a la apología del delito. (Del voto del doctor Rodríguez Araya). Aun cuando del libro cuestionado surgen referencias a la aparición de grupos guerrilleros, colocación de bombas, sabotajes, fusilamientos, etc., no puede legalmente sostenerse que estos acontecimientos hayan recibido el aplauso del autor ni que hayan pretendido presentarlos como laudables o enaltecedores. Más bien aparecen como relatos de hechos de conocida existencia en nuestro país, que lógicamente están teñidos de la ideología partidista del encausado, quien ha volcado de esa manera su pensamiento. Si bien esas expresiones de ideas pueden no ser socialmente beneficiosas, no puede descartarse que otros libros hayan comentado y analizado esos mismos hechos, que forman parte de nuestro pasado (voto del Juez Rodríguez Araya).

Se absolvió al procesado –autor del libro cuestionado– de la acusación de apología del delito.

La instigación indirecta a la toma del poder luchando contra supuestas injusticias implica siempre, necesariamente, una violencia que se justifica a sí misma que, además, busca ganar prosélitos al margen del orden constitucional y de los poderes públicos (voto en disidencia del Juez Laplaza).

Si el término "delito" del art. 213 del Cód. Penal significara siempre el declarado por una sentencia penal firme, desaparecería prácticamente la apología de todo delito, a pesar de lesionar la tranquilidad pública repetidas manifestaciones laudatorias de los hechos, de alterar la opinión pública, de incitarla y de ejercer presiones indebidas sobre los órganos jurisdiccionales antes del proceso, durante él y hasta sus instancias finales (voto en disidencia del Juez Laplaza).

Como delito contra la tranquilidad pública, la apología vulnera el orden sociopolítico y la marcha regular y pacífica de la convivencia comunitaria. Es, en cierto modo, según se ha dicho, una instigación pública indirecta, puesto que se enaltece o se tributa alabanzas al delito o al codemandado por delito, presentándolos como ejemplos dignos de imitación. De tal manera, a la vez que otros son incitados o estimulados a imitarles ejemplo, se menoscaba paralelamente la confianza en el orden establecido, en sus leyes, en sus instituciones y en sus autoridades (voto en disidencia del Juez Laplaza).

No constituye la figura del art. 213 del Cód. Penal la prédica partidista, por osada que fuere, sino aquélla que, indirectamente, comporta

dolo por la peligrosa posibilidad de que alguien se sienta movido a reproducir el hecho elogiado, por el consejo que oblicuamente emana de esa prédica (voto del Juez Mántaras).

Si bien suele identificarse la subversión con el terrorismo, la ley 20.840 (ADLA, XXXIV-D, 3333), ofrece un definido concepto dogmático de la primera. Según el texto originario, promulgado el 30 de setiembre de 1974 y publicado en el "Boletín Oficial" el 2 de octubre inmediato, incurre en actividades subversivas el que para lograr la finalidad de sus postulados ideológicos, intente o preconice por cualquier medio, alterar o suprimir el orden institucional y la paz social de la Nación, por vías no establecidas por la Constitución Nacional y las disposiciones legales que organizan la vida política, económica y social de la Nación (art. 1°). A su vez, el art. 2° b), de la misma ley -texto no modificado por la ley 21.459 (ADLA, XXXVI-D, 2843-), dispone castigar con prisión de 2 a 6 años "al que hiciere públicamente, por cualquier medio, la apología del delito previsto por el art. 1° o de sus autores o partícipes" (voto en disidencia del Juez Laplaza).

La apología del delito tiene su razón de ser en la tácita instigación a cometer aquello que se enaltece y que ataca, en consecuencia, el orden y la seguridad social (voto del Juez Rodríguez Araya).

Si el imputado en el libro cuestionado no aplaude los hechos delictuosos a que se refiere sino que ellos, aparecen como relatos de hechos conocidos en el país y hay una prédica ideológica partidista, procede absolverlo del delito del art. 213 del Cód. Penal y desde que queda un margen razonable de duda.

El art. 213 del Cód. Penal procede de la ley 7029 (Adla, 1889-1919, 787), y ésta a su vez tomó la disposición de la ley italiana 314, de julio de 1984. Nada dijo el proyecto de 1906; pero Rodolfo Moreno lo incluyó en el proyecto de 1917 y le dio redacción definitiva la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación (voto en disidencia del Juez Laplaza).

En la apología del delito lo que se juzga no es la intención ni el hecho, sino que haya introducido valores en los hechos que presentan laudables. Lo que la ley condena es el acto de alzamiento que constituye la actitud voluntaria manifestada y declarada públicamente, por encima de la voluntad de la ley; su punibilidad recae en el poder de homonimia del ejemplo que al ser enaltecido, es puesto concretamente como enseñanza; lo que se pretende castigar no sólo es el daño, sino

el peligro inmanente a ese daño, habida cuenta de la importancia del bien que se protege (voto del Juez Mántaras).

El espíritu que domina el art. 213 del Cód. Penal consiste en una instigación indirecta a la comisión de ilícitos que vulneran la tranquilidad pública mediante la tributación de elogios a un delito o un condenado por delito en forma pública con motivo de ese hecho, o enaltecimiento de hechos delictuosos que, como modelos legítimos promuevan su imitación. Esa noción, en su sentido y alcance, no implica hacer punible opiniones o juicios que cualquier persona pudiera expresar en forma aprobatoria de aquellas conductas que la ley califica como delito, pues no dejan de ser expresiones ilícitas de las propias ideas aunque pueden no ser socialmente aceptables (voto del Juez Mántaras).

No debe confundirse el público debate, el credo partidista y los pareceres individuales expuestos públicamente a la manera tribunicia, con las ideologías contemporáneas que son ideas en armas al servicio de la guerra no convencional (voto en disidencia del Juez Laplaza).

Abuso del derecho - Apología del delito - Competencia - Competencia federal - Competencia laboral - Delito formal - Delitos cometidos por medio de la prensa - Libertad de expresión - Libertad de prensa

"Verbitsky, Horacio s/ rec. de apelación"
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I
10/11/1987

Aun cuando el contenido de una solicitada destinada a ser publicada en los periódicos sea constitutiva del delito de apología del crimen, debe consentirse la consumación permitiéndose la publicación en aras de un interés superior jerárquicamente más valioso, que impone el respeto del carácter absoluto del derecho de expresar ideas por la prensa sin censura previa.

Si bien se advierte en la figura del delito de apología del crimen una forma de instigación indirecta, lo que justificaría la prohibición de los delitos exaltados, no parece estar ausente del objeto tutelado por la norma, el evitar el menoscabo de los efectos que produce en el seno social la sentencia condenatoria de un delito.

La tentativa es posible en los delitos de mera actividad o formales.

La imposición de una pena por el Estado acarrea un efecto preventivo general, reforzando en la sociedad la vigencia de los valores tutelados en la norma que describe el tipo. Por el contrario, la alabanza pública del condenado, lesiona esa confianza y pone en peligro la finalidad misma de la pena estatal.

Toda reglamentación acerca de la libertad de prensa sólo puede referirse a las responsabilidades posteriores a la publicación, en tanto es absoluto el derecho a expresar las ideas por la prensa sin censura previa.

La facultad de dictar leyes que reglamenten el ejercicio del derecho a expresar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14, Constitución Nacional), importa no la traba de esa libertad, sino garantir otros derechos que podrían ser afectados impunemente si la prensa no estuviese sujeta a sanción legal por los abusos que pudieran cometerse por medio de ella.

Para la consumación del delito previsto por el art. 213 del Cód. Penal (Adla, XXXVI-B, 1113), se requiere que la apología sea hecha públicamente. En el caso, la difusión del contenido de la solicitada en nada altera lo expuesto, ya que no obedeció a la acción de los presuntos responsables, conforme el modo en que se había decidido publicarla, pues en definitiva la difusión se produjo como consecuencia del proceso.

Sólo es posible actuar "ex-post" sobre la responsabilidad emergente de la publicación por medio de la prensa, pudiendo imponerse incluso penas en caso de delito.

La entrega del material para su publicación constituye el comienzo de la ejecución del delito de apología del crimen del art. 213 del Cód. Penal (Adla, XXXVI-B, 1113).

Las decisiones judiciales que contravienen el texto de la ley y aun de la misma Constitución Nacional, pueden ser enmendadas mediante el recurso de apelación, una de cuyas finalidades es la corrección de errores "in judicando".

Ni en la Constitución Nacional ni en la norteamericana ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa, rescatándose el derecho del Estado para reprimir o castigar, sin mengua de la libertad de publicar ideas sin censura previa, en los casos en que se injuria o se difama, se hace apología del crimen, se incita a la rebelión o a la sedición o se desacata a las autoridades.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(ARTS. 237 A 243 DEL CÓDIGO PENAL)

Por María Ángeles Ramos*

ANTECEDENTES

El Código de 1886 tenía previstos estos delitos como una forma de delitos políticos y vinculados a empleados públicos. Tuvo como antecedentes la legislación holandesa, con el código Leopoldino de 1881, y la italiana, en lo referido a la clasificación de la tipificación, según legislación toscana de 1853.

El proyecto de 1891 fundó su necesidad en que se trataba de un grupo de delitos que "...sin alcanzar la gravedad de la rebelión y de la sedición, perturban el funcionamiento regular de la administración pública en cualquiera de sus ramas, sea que provengan de los particulares, sea que emanen de los mismos funcionarios."[1] Para ello siguió la idea del código Zanardelli de 1889.

El Código de 1921 incluyó en el Título XI, siguiendo la legislación italiana, los delitos contra la administración pública, en tanto se traten de ofensas que afecten la regularidad y eficiencia de la función pública en sentido amplio.

Posteriormente, el proyecto de Peco dividió los supuestos que atentan directamente contra la administración de aquellos que lo hacen contra la justicia, entre los que se encuentran el prevaricato, falso testimonio, denegación de justicia y quebrantamiento de pena, por ejemplo.

* Especialista en Derecho Penal. Fiscal federal. Profesora adjunta interina de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1. Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1923, T. VI, p. 119.

BIEN JURÍDICO

Es la actividad de la administración pública, más allá de que, como veremos, en algunos supuestos también se incluya algún sujeto pasivo distinto de ella. Se trata de afectaciones al sistema, como ente. Así, Moreno[2] considera dentro del concepto administración pública el Poder Ejecutivo, el conjunto de oficinas que lo componen, el organismo encargado de administrar. la acción del poder público al ejecutar las leyes o cuidar intereses generales y también el Derecho que se ocupa de esa rama de las actividades jurídicas.

Como explica Molinario:

> ... la administración pública ha ido modificándose. Durante siglos, en todas partes consistió básicamente en el ejército, la justicia, la policía y oficinas para cobrar impuestos, es decir, el fisco, y muy poco más, que variaba según los gustos del soberano. Pero lo que hoy se llama administración pública proviene de un invento de Napoleón [...] la armazón administrativa moderna es obra suya, porque las naciones civilizadas adoptaron su sistema, [...] así llegó su Código Penal, con su gran división de crímenes y delitos contra la cosa púbica y, dentro de ella, la sección de crímenes y delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y la otra sección sobre resistencia y desobediencias y otras fallas (*manquements*) contra la autoridad pública.[3]

Carrara los llamaba "delitos sociales" porque son consecuencia del Estado de asociación civil y porque esos derechos pertenecen a todos los ciudadanos. Dentro de este grupo se integran los delitos conocidos actualmente como "contra la administración pública", que él llamaba "delitos contra la justicia pública"; luego, los delitos contra la tranquilidad pública, fe pública, moral y salud públicas y vida económica de la administración pública. Pero puntalmente con respecto a lo que aquí interesa, afirmaba que

> El primero y más inmediato de los bienes que la sociedad civil le proporciona a la humanidad, consiste en la constitución de la justicia pública, en la cual reside la suprema, o más bien la única y absoluta razón de ser de la sociedad civil, o sea el poder, esto es la necesidad de la tutela jurídica indispensable para el progreso de la humanidad, que no puede satisfacerse

2. Moreno, Rodolfo (h); *op. cit.*, p. 118.

3. Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, TEA, T. III, 1999, p. 292.

> sin la constitución de un orden extrínseco de justicia que esté por encima de todos los ciudadanos, y que a la vez que los refrena a todos, a todos los protege. Por esto es una verdad que instintivamente sentimos, que la justicia pública está constituida en beneficio común, y que por consiguiente el que la ataca ofende a todos los ciudadanos.[4]

Se trata de un grupo de los considerados *delitos públicos*, entendido como aquel que lesiona "directa o principalmente la personalidad del cuerpo social o la existencia social y modo de existir del Estado".[5]

De acuerdo con esta idea, el concepto "público"[6] tiene dos acepciones: aquella vinculada a lo que es oficial, es decir, perteneciente al Estado mismo, su gobierno, sus poderes y funcionarios; y otra entendida como el conjunto de personas indeterminadas que integran una sociedad, comunidad o pueblo.

Los delitos tipificados a partir del artículo 237 a 243 del Código Penal tratan sobre el primer supuesto del concepto público: los que afectan, de alguna manera, la actividad permanente del Estado, vinculada a su administración y funcionamiento. Comprenderá también a los funcionarios que llevan adelante esta tarea.

Concretamente, la afectación al bien jurídico queda establecida cuando lo que se lesiona es, según Molinario, "el normal y continuo funcionamiento de los órganos que explicitan las funciones del Estado; la actuación legal y no perturbada de las personas que en ellos actúan y el decoro de aquellos y de estas."[7]

En palabras de Creus:

> … la regularidad y eficiencia de la función pública…, o sea, la que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación del Estado en la persona del funcionario, que tiene repercusión externa a la órbita administrativa, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos, aunque esos administrados sean a su vez funcionarios o empleados." También comprende según el autor "el servicio público, aun aquel

4. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, Bogotá, Temis, 2002, V. 5, T. 7, pp. 2-6.

5. Obarrio, Manuel, *El Código Penal*, Buenos Aires, versión taquigráfica de Augusto Elías, imprenta Pablo E. Coni, 1880, p. 283.

6. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 19.

7. Ibídem, p. 298.

que no concurre a la formación de la función pública, siempre que se desenvuelva exclusivamente dentro de la Administración.[8]

Para Donna el bien jurídico es:

… [d]el 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 ilícitas… El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones…. (ejecutiva, legislativa y la judicial), así como todas las actividades que el Estado captó con sustento de las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de las finalidades públicas.[9]

ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

Artículo 237
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 aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

El artículo se refiere al atentado simple, en el que lo que se castiga es la "traba puesta a la administración para impedir a uno de sus órganos […] tomar espontáneamente una decisión, porque mediante fuerza o intimidación, se pretende imponérsela".[10]

Tipo objetivo

Acción típica

En el atentado la conducta consiste en la imposición de la ejecución u omisión de un acto por parte de la autoridad. Se trata de la acción que se dirige contra el funcionario que aún no decidió.

8. Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 4.

9. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. III, p. 10.

10. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 305.

La resistencia, por el contrario, consiste en imposibilitar la ejecución del acto que ya fuera decidido por la autoridad. Se centra en impedir que el funcionario actúe.

Así, quien ve venir un policía y le arroja una piedra para evitar que se acerque, habrá exteriorizado una acción de atentado. En cambio, si el funcionario le ha dado previamente la voz de alto –fundada en causa o sospecha legal– entonces esta misma acción constituirá un acto de resistencia.

De acuerdo con la redacción del tipo, da esta pauta cuando expresa que la acción será "para exigir [al funcionario] la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones".

Donna, siguiendo a Tozzini, afirma que pueden confundirse los supuestos en los casos de imposición de una omisión o de impedimento en la ejecución de un acto, porque "ambos supuestos se refieren a una imposición de pasividad en el comportamiento del sujeto pasivo…".[11]

Más allá de ello, la redacción es clara en cuanto a que la conducta debe tener por objeto *imponer* a la autoridad que deba ejecutar un acto una acción distinta de la debida, ya sea por acción –obligándola a realizar un acto contrario– o por omisión –obligándola a no realizar el acto debido–. En cualquiera de los dos supuestos, la imposición lleva de la mano un supuesto coercitivo y, si la imposición es anterior o posterior a la decisión, ello es lo que determinará un *atentado* o una *resistencia* a la autoridad.

Otra dificultad se presenta para el supuesto en que sea un tercero quien preste asistencia a la autoridad. En este caso, resultará difícil encontrar un supuesto de atentado ya que se considera que, una vez que el funcionario requirió la colaboración de un tercero, el acto ya fue decidido. De manera tal que en este supuesto sólo cabría la resistencia. En este sentido, Molinario sostiene que

> Por esta razón es difícil encontrar un caso en que pueda haber alguien 'que preste asistencia' a un funcionario, cuando se trata de alguna acción (acto administrativo) aún no decidida por él. De manera que las posibilidades quedan limitadas a quienes, en el momento del hecho, tienen la obligación de prestar ayuda al funcionario.[12]

11. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 35. Con cita de Tozzini, Carlos A., *Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*, Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo, 1969, p. 54.

12. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 307.

Sujetos

Autor del delito puede ser cualquier persona porque no se requiere que el acto a ejecutar lo tenga por destinatario. Tampoco requiere una cualidad específica o calidad especial, en cuyo caso podrá tratarse de una agravante, conforme analizaremos más adelante.

Sujetos pasivos[13] pueden ser: a) un funcionario público, b) la persona que le presta asistencia a su pedido, c) la persona que le presta asistencia porque está legalmente obligada a ello.

Respecto de estos supuestos, habrá que determinar en cada caso la calidad o circunstancia de la intervención porque además de relevar la condición de sujeto pasivo del atentado o resistencia, la determinación de esa cualidad se trata de un elemento normativo del tipo objetivo.

FUNCIONARIO PÚBLICO

Como regla general debe decirse que reúne esta cualidad todo aquel que cumple una función pública, de forma temporal o permanente. De esta manera, para la ley penal[14] funcionario y empleado estarían equiparados.

En efecto, esta es la terminología definida por el artículo 77 del Código Penal (CP), cuando dispone:

> Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrán presentes las siguientes reglas: [...] 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.

13. Molinario prefiere el término "sujetos pacientes" porque como sujeto pasivo se identifica al titular del bien jurídico. Como en este caso se trata de la administración pública, el sujeto pasivo no se identifica directamente con el bien lesionado. Véase Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 306, nota 15.

14. Por el contrario, la ley administrativa hace una distinción entre el funcionario y el empleado público: mientras el primero actúa por delegación del Estado, el segundo es quien actúa prestando servicios en la administración, circunscribiendo su actuación en la órbita interna de la administración. Véase, al respecto, Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 1964, T. III, pp. 4 y 5.

Sin embargo, esta cuestión no ha sido considerada unívocamente por la doctrina. Molinario los considera sinónimos,[15] Soler[16] y Donna[17] afirman que ambos conceptos para la ley penal argentina tienen la misma calificación. Por el contrario, Núñez[18] sigue la teoría administrativa, al interpretar que lo que da la idea de funcionario o empleado público es la participación o ejercicio de funciones públicas cuando el Estado ha delegado en esa persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público. En términos similares lo sigue Creus, cuando sostiene que

> … en contra de lo que algunos creen, no 'ha equiparado al funcionario y al empleado público', ya que al describirlos se refiere a 'todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas', es decir, todo aquel que cumple una función pública; claramente, pues, lo que define la norma es el funcionario público en las acepciones del derecho administrativo…[19]

Consideramos que, en definitiva, debe determinarse en cada caso concreto si en el hecho intervino como sujeto pasivo una persona con capacidad para ejecutar un acto de autoridad, con independencia del rango, que se vea impedido por la acción de otro que atenta o se resiste contra él. Difícilmente pueda encontrarse en esta situación a un empleado porque, salvo casos de expresa delegación funcional, no tienen autonomía para actuar en nombre del Estado.

EL TERCERO QUE PRESTA ASISTENCIA AL FUNCIONARIO PÚBLICO

Se trata de una persona que no reúne ninguna calidad especial. Existe posibilidad de circunscribirlo en un supuesto de flagrancia, cuando un particular advertido por la comisión flagrante de un delito intercede intentando aprehenderlo.

15. Molinario, Alfredo J. *op. cit.*, p. 301.

16. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 4ª edición, 1992, T. V, p. 137.

17. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 24.

18. Núñez, Ricardo C., *El significado del concepto de "funcionario público" en el Código Penal*, en JA 1970-544, doctrina. Citado por Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 22.

19. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 6.

En efecto, más allá de la distinción realizada respecto de los posibles sujetos pasivos, la ley penal equipara al particular con el funcionario público cuando se trata de un supuesto de aprehensión en flagrancia. Así, el artículo 240 del CP establece: "Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que trata de aprehender o hubiere aprehendido al delincuente en flagrante delito".

Vale aquí la aclaración de que la redacción corresponde a su texto original, según Ley Nº 23077, y que la referencia a "los dos artículos precedentes" debe remitir a los artículos 237 y 239, que tratan de las tipificaciones genéricas de atentado, resistencia y desobediencia, ya que en la redacción original la resistencia y desobediencia estaban tipificadas en el artículo 238 y no estaban previstas las agravantes actuales ni las inclusiones dadas por la Ley Nº 26394, vinculadas a supuestos específicos del anterior Código de Justicia Militar.

LA PERSONA QUE LE PRESTA ASISTENCIA PORQUE ESTÁ LEGALMENTE OBLIGADA A ELLO

Puede tratarse aquí de un supuesto mandado por decisión administrativa, reglamento, ordenanza municipal o ley. Según Molinario,[20] citando a Ramos, ejemplo de este supuesto sería el del militar que está presente y debe prestar colaboración con el funcionario.

En rigor se trata de quien, sin tener competencia para proceder en el supuesto específico, tiene una obligación o le ha sido impuesta.[21]

Medios

Por otra parte, desde el punto de vista del tipo objetivo, la acción típica requerida por el artículo 237 puede adquirir dos modalidades diferentes, según se trate de que la acción de impedir sea mediante intimidación o fuerza. Ambos supuestos deben operar como medios idóneos a los fines de la acción.

La *intimidación* comprende el supuesto de coerción moral, o sea "la que recae sobre el aspecto psicológico -afectivo del hombre".[22] Así, comprenderá cualquier actividad desplegada sobre el funcionario de carácter psíquico con capacidad para doblegar su voluntad.

20. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 307.
21. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 44.
22. Tozzini, Carlos A., *op. cit.*, p. 57.

El concepto de *fuerza*, al igual que ocurre con otros tipos penales, comprende el sentido de violencia física sobre el sujeto pasivo, en el que queda incluido el uso de medios hipnóticos y narcóticos.[23] Según Creus:

> No es la primera vez que la ley emplea el vocablo "fuerza" como equivalente a violencia física sobre las personas; así lo hace, por ejemplo, en el art. 119, inc. 3°, donde no puede entendérsela de otro modo. Por otro lado, cuando la ley ha querido designar la fuerza restringiéndola a la que se realiza sobre las cosas, lo señala expresamente ("fuerza sobre las cosas"), como ocurre en el robo (art. 164, inc. 1°) o en la evasión (art. 280). Esta equiparación de la fuerza al a violencia sobre las personas permite incluir, dentro de los medios típicos del atentado, el uso de medios hipnóticos y narcóticos...[24]

En cualquiera de los dos supuestos los medios desplegados para ejecutar la acción deben ser idóneos para imponerse a la autoridad. En el caso del requisito de idoneidad de la fuerza, resultará más sencilla su identificación en términos objetivos, que podrán deducirse de la forma en que se exteriorizó la acción. En cuanto a la idoneidad de la intimidación, deberá establecerse objetivamente si su contenido contiene los siguientes elementos: gravedad, seriedad e inmediatez.

La *gravedad* está dada por la significación de un mal futuro de cierta entidad para los bienes del sujeto pasivo. También debe ser *seria*, es decir, una amenaza posible, realizable. Por último, *inminente*: el mal amenazado debe ser actual.

Tipo subjetivo

El delito es doloso porque el autor debe obrar con el conocimiento de la calidad de funcionario público del sujeto pasivo o de que esté actuando por pedido de él o en virtud de una obligación legal y, además, actuar con voluntad de impedir su accionar.

Cabrá un supuesto de error de tipo cuando recaiga sobre el conocimiento de la calidad de funcionario o de la orden.

23. Art. 78 CP: "Queda comprendido en el concepto de 'violencia', el uso de medios hipnóticos y narcóticos".

24. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 11.

Según Buompadre, este tipo penal requiere además un particular elemento subjetivo adicional al dolo, que surge de la expresión "para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones".[25]

El acto funcional legítimo o ilegítimo. Atipicidad o antijuridicidad y justificación

Se sostiene que, para que la conducta sea antijurídica, el hecho debe ser cometido contra un acto o autoridad legítimos, de manera tal que, si el acto es arbitrario o si el funcionario excede los límites de su actuación, la acción estará justificada.

En este sentido Creus sostiene que

> Se vuelca lo atinente al tema de la antijuridicidad- justificación del hecho típico de atentado sobre el llamado 'derecho de resistencia contra un acto ilegítimo de autoridad'... donde el agente que abusa de sus funciones carece de la protección de la ley...[26]

Cuando un funcionario se coloca en una situación de ilegitimidad por abuso de su función o ilegalidad, el acto típico quedará justificado.

Desde nuestro punto de vista, se trataría de un supuesto de atipicidad de la conducta porque la acción de atentar contra la autoridad debe llevarse a cabo sobre el presupuesto normativo de que la orden o ejercicio funcional sea legítimo. Si no lo es, entonces no habrá tipicidad alguna.

Consumación y tentativa

Se trata de un delito de peligro concreto que, tal como afirma Buompadre,[27] se consuma con el empleo de la fuerza o la intimidación contra el funcionario para impedir la realización de un acto propio de su función, con independencia de lograr su resultado.

Donna,[28] por su parte, concuerda con esta cualidad al afirmar que la consumación queda establecida con la exteriorización de la conducta.

Si bien la mayoría de los autores descartan la posibilidad de la tentativa, consideramos que *a priori* podría resultar posible. Por ejemplo:

25. Buompadre, Jorge E., "Atentado y resistencia a la autoridad", en Baigún-Zaffaroni (dirs.), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, T. 10, p. 105.

26. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 31.

27. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 106.

28. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 49.

cuando se llama a la autoridad con el objeto de realizar la acción típica, pero esta no oye o no recibe el llamado. O cuando se arroja una piedra contra la autoridad para impedir que actúe, pero no se logra impactarla. También cuando se envía al funcionario un mensaje intimidatorio que nunca llega a sus manos. Por supuesto, habrá que analizar la idoneidad de los medios empleados para definir si se trató de un supuesto de tentativa idónea o inidónea.

Autoría y participación

El tipo penal no tiene exigencias en cuanto a la calidad que deben reunir los autores, por ello, más allá de las aclaraciones realizadas al analizar los sujetos, la modalidad de imputación se rige por las reglas generales del artículo 45 y los siguientes del Código Penal.[29]

Agravantes

El tipo penal de atentado contra la autoridad prevé cuatro supuestos agravantes de la pena: dos referidos a la forma de comisión del hecho y dos referidos al sujeto activo.

Así, el artículo 238 establece:

> 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 el doble tiempo de la condena.

Agravantes por la forma de comisión del hecho

COMISIÓN DEL HECHO A MANO ARMADA (INC. 1)

La agravante se configurará si puede determinarse que el autor se valió de un arma para realizar la acción típica. Corresponde precisar que no resultará suficiente que el autor haga alusión a la portación

29. Artículo 45 CP: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

de un arma sino que, como la descripción del legislador exige que el hecho se cometa "a mano armada", implica que el autor –al menos– la exhiba durante la ejecución.

Para Molinario, esta expresión siempre se entendió como "llevando armas", de manera tal que influyesen en el cuadro que cumple la intimidación, donde la víctima debe temer por su utilización; pero no es necesario usar el arma, sino que basta con portarla ostensiblemente.[30]

Lo que agrava el delito es que el autor se valga de un medio más poderoso para causar intimidación al funcionario. En palabras de Rodolfo Moreno se sintetiza de la siguiente manera:

> El empleo de armas para la comisión del delito ha sido también considerada como circunstancia agravante especial en los delitos contra la propiedad. El uso de esos elementos revela mayor peligrosidad en el agente, más resolución criminal, más fuerza en el ataque y mayor peligro para la víctima.[31]

Por otra parte, para algunos autores es necesario que el sujeto pasivo advierta la existencia del arma,[32] pero este supuesto no es lo que a nuestro criterio determina la agravante, sino dos condiciones distintas: que el autor exhiba o utilice el arma con el objetivo de atentar contra la autoridad y que el arma reúna los requisitos de configuración que a continuación analizaremos.

El concepto de arma también merece un comentario porque resulta necesario precisar este elemento normativo, que es el fundante de una pena mayor. De acuerdo con una posición mayoritaria, ingresan en este inciso tanto las armas propias como las impropias, es decir: "las armas de fuego y las filocortantes, las punzantes y las contundentes".[33]

Desde hace tiempo (especialmente desde la sanción de la Ley Nº 25882) que se discuten conceptos de armas y se han elaborado teorías objetivas, orientadas a centrar el análisis en el objeto, tanto en sus cualidades y la aptitud de funcionamiento como en la forma de utiliza-

30. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 309.
31. Moreno, Rodolfo (h), *op. cit.*, p. 124.
32. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 106.
33. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 51.

ción por parte del autor; y teorías subjetivas, que centraron su análisis en el efecto causado a la víctima.[34]

Partimos de una posición objetiva ya que, si el legislador hubiese querido incluir el aspecto subjetivo derivado de la vivencia de la víctima en el hecho u otra circunstancia, así lo habría aclarado al tipificar la agravante, tal como sucede con el último párrafo del artículo 166 del Código Penal, en el cual la pena del robo se agrava cuando se utiliza un arma de utilería. En este supuesto queda claro que para el legislador resultó fundamental tomar en consideración el efecto causado en el sujeto pasivo, quien ante un hecho de robo se ve intimidado por el empleo de un arma sin que resulte necesario que advierta la aptitud del arma. Por ende, si para el atentado se hubiese querido aplicar el criterio subjetivo, se debería haber legislado, al menos, en los mismos términos que en el supuesto del robo con armas.

SI EL DELINCUENTE PUSIERE MANOS EN LA AUTORIDAD (INC. 4)

Cuando explicamos los medios comisivos del delito dijimos que incluye el uso de *fuerza*, y que, como ocurre con otros tipos penales, comprende el sentido de violencia física sobre el sujeto pasivo, en el que quedan incluidos el uso de medios hipnóticos y narcóticos. Bien, esto representa un problema a la hora de interpretar la agravante ya que, si el tipo básico contempla el uso de fuerza física sobre el sujeto pasivo, es difícil determinar el momento en que esa fuerza básica fue excedida para quedar comprendida en la agravante. Esta dificultad viene representada por la deficiente redacción del inciso, que no aclara una

34. Para profundizar en estos conceptos, que exceden del objeto de este trabajo, sugerimos la lectura de los autores clásicos argentinos y de los siguientes trabajos: Morosi, Guillermo, "Robo con armas según la reforma de la ley 25.882", en Gustavo Aboso (coord.), *Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2005, p. 138; Sayago, Marcelo, *Nuevo régimen legal de robo con armas. Ley n° 25.882*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 205; Reinaldi, Víctor, *Delincuencia armada*, Córdoba, Mediterránea, 3ª edición ampliada y actualizada, 2006, p. 45; Juliano, Mario, "El nuevo tipo penal de robo con armas –Ley 25882– o 'el tiro por la culata'", *elDial.com*, DC3F5; Goerner, Gustavo, "Apuntes sobre algunas de las recientes reformas al Código Penal", en Donna Edgardo (coord.), *Reformas Penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 194; Vismara, Santiago, *Nuevo régimen del delito de robo con armas*, LL 2004-D-1080; Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la propiedad*, Corrientes, Mave, 2ª edición actualizada y aumentada, 2008, p. 94; Donna, Edgardo, *Delitos contra la propiedad*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2ª edición actualizada, 2008, p. 228.

forma distinta de utilización de la fuerza o los efectos que esa utilización pueda causar a la víctima, como ocurre con otras agravantes, en las que por ejemplo el hecho se agrava cuando la fuerza utilizada sobre el sujeto pasivo excede las lesiones leves (por ejemplo: arts. 90, 91, 142 bis inc. 3, 166 inc. 1, 170, inc. 4 del CP, entre otros).

Creus, Núñez y Fontán Balestra consideran que la agravante atiende una mayor significación del hecho para la autoridad y su mayor peligro para el sujeto pasivo. Esto implica un contacto físico directo, que derive en un resultado lesivo menor para el sujeto pasivo.[35]

Por otro lado, Molinario y Donna interpretan que la agravante es inaceptable, sobreabundante y capaz de violar el principio de *non bis in idem*, porque:

> … la idea es que siempre que el autor pone manos en la autoridad, el tipo se desplaza hacia la agravante, situación que no es cierta dogmáticamente hablando, de modo que no tenemos dudas en afirmar que la agravante, tal como está explicitada, es inaceptable.[36]

Como la agravante no habla de la entidad del resultado para el supuesto de que se provoquen lesiones más allá de las leves, habrá un concurso de delitos.

Desde nuestro punto de vista, esta es la solución correcta porque el problema de indeterminación legal no puede subsanarse mediante criterios interpretativos subjetivos, en consecuencia acordamos con la posición de que esta agravante es inaplicable por deficiencias derivadas del principio de legalidad (art. 18 CN).

Agravantes referidas al sujeto activo

REUNIÓN DE MÁS DE TRES PERSONAS (INC. 2)

Sintéticamente, la ley castiga con una pena mayor la concurrencia de personas en el hecho, sobre la base de que la superioridad en número de autores favorece el poder intimidatorio o fuerza de los sujetos activos por sobre la víctima.

Hay un mayor poder vulnerante y, por ende, mayor peligro y más criminalidad.

35. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 58; Núñez, *op. cit.*, p. 23; Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 167.
36. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 312; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 57.

La expresión "reunión de más de tres personas" implica que al menos deben ser cuatro sujetos activos y que todos ellos deban estar presentes durante la ejecución, por ello la expresión "reunión". Además, todos deben tener el objetivo común de atentar contra la autoridad, de manera tal que deben coexistir para todos ellos tanto los elementos objetivos como los subjetivos. Esto último plantea un problema con relación al supuesto de que en esta reunión intervengan inimputables, ya sea por edad o por condición psíquica, ya que algún autor considera que deberá analizarse puntualmente en el caso concreto y, de determinarse que el inimputable pudo entender el acto, entonces la agravante calificaría y se aplicaría para el resto de los autores imputables.[37]

Desde nuestra posición, los cuatro sujetos deben ser imputables para que la agravante se torne operable. Si se tratase de una reunión con personas menores de 18 años, lo correcto debiera ser la aplicación de la figura básica del artículo 237 junto con el supuesto del artículo 41 quater del Código Penal,[38] incorporado por Ley Nº 25767, que agrava la escala penal del tipo de que se trate de un tercio del mínimo y del máximo respecto de los mayores intervinientes.

SI EL CULPABLE FUERE FUNCIONARIO PÚBLICO (INC. 3)

De acuerdo con lo que explica Buompadre, la razón de la agravante obedece al hecho de que la administración pública se ve doblemente ofendida: por un lado, por la lesión propia que ocasiona el delito, y por otro, por la lesión del deber de respetar sus procedimientos que tiene el funcionario que actúa dentro de ella.[39]

No es necesario que el sujeto activo esté en ejercicio de sus funciones para que la agravante se torne aplicable; únicamente es necesario determinar que tiene esa cualidad.

Tal como explica Moreno:

> ... [e]l funcionario es un órgano de la administración, tiene con la misma deberes particulares que cumplir superiores a los que rigen y gravitan sobre los particulares, puesto que le corresponden aquellos que caben para todos los

37. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 310.

38. Art. 41 quater, CP: "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo".

39. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 109.

> habitantes del país y, además, los que ha contraído por el hecho de las funciones que desempeña. El delito cometido por el funcionario en contra de la administración pública tiene, así, que ser considerado de gravedad mayor.[40]

Por ello, además de agravar la pena de prisión con la que se castiga el delito, este supuesto determina la inhabilitación especial del funcionario por el doble del tiempo que importe la condena.

RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

Artículo 239:
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 aquél o en virtud de una obligación legal.

Antiguamente se castigaba como delito de desacato la acción de quien resistía o desobedecía abiertamente a la autoridad.

Tipo objetivo

Acción típica

El objeto de la acción es resistir o desobedecer de manera tal de impedir o trabar el ejercicio legítimo de la función, cuando el funcionario ya comenzó a actuar.

La acción de resistirse a la autoridad implica, en términos de Carrara, "el antagonismo de dos fuerzas que tienden a combatirse mutuamente",[41] lo cual implica necesariamente la exteriorización del acto que trata de ejecutar la autoridad, ya sea verbalmente o por actos físicos. Sin esta exteriorización inicial, no podrá sostenerse un acto de resistencia.

Habrá resistencia y no desobediencia, según distingue Carrara, cuando el sujeto activo repele mediante fuerza la acción del funcionario que pretende cumplir una orden que ya se ha manifestado de forma externa y física.

40. Moreno, Rodolfo (h), *op. cit.*, p. 125.
41. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 321.

Por ejemplo, si un funcionario expresa verbalmente una orden, el sujeto activo puede en este punto desobedecerla por renuencia. Ahora, si el funcionario ha intentado proceder contra la persona o bienes, por ejemplo, una detención o una requisa, en este caso la acción del sujeto activo para repelerla implica necesariamente un acto de resistencia, un acto físico e igualmente externo, que podrá serlo contra la autoridad o sobre un tercero.

Según Donna, el delito se configura cuando hay una oposición del sujeto activo a la acción directa del funcionario público con la finalidad de impedirle actuar.[42]

Para que haya resistencia o desobediencia, el funcionario público debe estar ejecutando el acto propio de su oficio o cumpliendo una orden legal. El acto de resistencia implica una acción positiva contra quien pretende hacer cumplir la orden. En cambio, la acción de desobedecer a la autoridad puede darse mediante acción u omisión, considerándoselo un supuesto omisivo en sentido estricto.[43]

Por otra parte, la orden que la autoridad intenta ejecutar debe ser legítima, de lo contrario la conducta será atípica.

Sujetos

Con referencia a los sujetos, nos remitimos a lo ya desarrollado (ver p. 368), sin perjuicio de lo cual podemos afirmar que en el delito de resistencia no se exige ninguna condición o calidad personal para el sujeto activo; cualquier persona puede ser autor, incluso un funcionario público. Aunque, como explica Donna, el Decreto-ley Nº 17567 establecía una agravante para la resistencia cuando el autor era un funcionario público.[44]

Cabe una distinción, según se trate de un acto de desobediencia o de resistencia, porque en el último supuesto puede resistir una orden legal cualquier persona, con independencia de que le esté dirigida. Empero, en el caso de la desobediencia, acordamos con la posición que establece que "como presupone la existencia de una orden concreta y dirigida a una persona determinada",[45] únicamente podrá ser autor quien sea destinatario de esa orden.

42. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 59.
43. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 121.
44. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 62.
45. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 121.

En orden al sujeto pasivo, más allá de que algún autor los considera *pacientes*,[46] deberá ser un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones.

De acuerdo con lo que surge del artículo 240 del Código Penal, resultará factible de ser víctima del delito un tercero que preste colaboración al funcionario.

Medios

En cuanto a los medios posibles para la comisión del delito, debemos partir del hecho de que la acción típica consiste en resistir o desobedecer. La resistencia implica una forma de desobediencia por vías de hecho.[47]

La ley no especifica ningún medio comisivo, de manera tal que cualquier medio empleado que resulte idóneo a los fines de la acción típica resultará apto a los fines de la configuración de la tipicidad objetiva.

Tipo subjetivo

Tanto la resistencia como desobediencia a la autoridad es subjetivamente dolosa. Deberá determinarse que el autor conocía la condición de funcionario o de que un tercero esté actuando a su requerimiento (art. 240 CP), y también que haya actuado con el objetivo de resistir la orden a cumplir.

Aquí también resultará posible un supuesto de error de tipo, cuando recaiga sobre el conocimiento de la calidad del funcionario o de la orden.

Según Buompadre, este tipo penal requiere además un particular elemento subjetivo adicional al dolo, que surge de la expresión "para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones".[48]

Orden legítima o ilegítima. Atipicidad o antijuridicidad y justificación

Más allá de remitirnos a lo explicado *supra* (ver p. 372), aquí la redacción del tipo penal describe con precisión este elemento normativo "en ejercicio legítimo de sus funciones", lo cual abona a nuestra posición de que se trata de un elemento que debe ser relevado en la tipicidad

46. Ver nota 13.

47. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 60.

48. Buompadre, Jorge E., "Atentado y resistencia a la autoridad", en Baigún-Zaffaroni (dirs.), *op. cit.*, p. 105.

objetiva. Sin embargo, tal y como afirma Buompadre, la mayor parte de la doctrina se plantea si la ilegitimidad de la orden opera como un supuesto de justificación, en los términos del artículo 34, inciso 6, del Código Penal. Sostiene así que

> Donna, […] siguiendo a Luzón Peña, afirma que la agresión de la autoridad será antijurídica, y cabrá legítima defensa contra ella, si la acción contradice el derecho totalmente y no se basa en absoluto en el ejercicio de las atribuciones o facultades de la autoridad, o bien, si aunque el órgano de la autoridad ejerza sus funciones, lo hace arbitrariamente sin atender los preceptos legales o con abuso de poder, si obra contrario al deber o traspasando los límites de las facultades y atribuciones del caro, esto es, excediéndose al ejercitar los mismos o al cumplir con su deber.[49]

Consumación y tentativa

La consumación del delito de resistencia queda determinada por la exteriorización de la acción, con independencia de que la autoridad finalmente logre cumplir con el mandato.

Sin embargo, cabe la posibilidad de sostener la existencia de un supuesto de tentativa cuando por ejemplo el autor, al ser detenido por la autoridad, realiza acciones para intentar desarmarlo.[50]

El delito de desobediencia es instantáneo. La consumación se identifica con la acción. Pero resulta un presupuesto indispensable que el autor haya sido el destinatario de la orden y que le haya sido previamente comunicada o, también, según sea el caso, legalmente notificada.

Autoría y participación

El tipo penal no tiene exigencias en cuanto a la calidad que deben reunir los autores. Por ello, más allá de las aclaraciones realizadas al analizar los sujetos, la modalidad de imputación se rige por las reglas generales del artículos 45 y los siguientes del Código Penal.[51]

---

49. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 120.

50. Ejemplo citado por Donna, al explicar que fue Antolisei quien lo relató para intentar sostener la postura de que es posible la tentativa. Ver, Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 84.

51. Artículo 45 CP: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA CONTRA LA AUTORIDAD MILITAR

Artículo 238 bis:
El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno a tres años.
Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis o más, el máximo de la pena será de seis años.

Artículo 238 ter:
El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a cuatro años y el máximo de la pena se elevará a doce años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

Atentado contra autoridad militar

Este delito fue incluido en el texto legal, a partir de la derogación del Código de Justicia Militar, que lo tenía previsto como un delito de disciplina militar en el artículo 656.

Tipo objetivo

ACCIÓN

La redacción del artículo 238 bis establece que la acción consiste en "poner manos en el superior", lo cual implica una acción violenta y física contra una persona. Según Buompadre, atacarlo físicamente.[52]

Sin embargo es importante aclarar que en modo alguno la acción implica otro resultado lesivo, más allá de las lesiones leves, de manera tal que, si eso ocurriese (por ejemplo, un supuesto de lesiones graves), entonces habría un supuesto de concurso ideal.

52. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 112.

SUJETOS

En cuanto al sujeto activo y pasivo, ambos deben reunir la condición de militar. Se trata entonces de un delito especial, por la calidad requerida para ser autor, que se completa con el requisito de que en este caso el sujeto activo debe poseer un rango inferior al sujeto pasivo.

Así, no resultará necesario que los sujetos estén en ejercicio de sus funciones, sino que a los fines del tipo únicamente se requiere que reúnan rango militar.

MEDIOS

Como la acción implica un ataque y la ley no especifica ningún medio comisivo, debe entenderse que cualquier medio empleado que resulte idóneo a los fines de la acción típica resultará apto a los fines de la configuración de la tipicidad objetiva.

ELEMENTOS NORMATIVOS

El quinto párrafo del artículo 77, incorporado por Ley Nº 26394, define:

> Por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que comentan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Tipo subjetivo

Es una figura dolosa, que debe ir acompañada del conocimiento por parte del autor del rango superior de la víctima.

Consumación y tentativa

Es un delito de resultado instantáneo, que se consuma con la realización de la acción típica. El tipo de resultado obtenido, ya sea que no se produzcan lesiones o que sean de carácter leve, no incide en la consumación sino en la eventual pena a imponerse.

Un supuesto de tentativa es posible si, al intentar poner manos en el superior militar, no se lo alcanza por alguna circunstancia ajena al

autor (por ejemplo, si el sujeto pasivo logra evitar la agresión y no se alcance a impactarlo).

Agravantes

La pena se agrava si el hecho se comete ante un enemigo o tropa armada, de manera tal que debe existir una situación bélica en la nación, que puede tratarse de una situación de agresión interna o internacional.

Como explica Buompadre:

> La mayor intensidad de la pena se produce cuando el hecho se realiza frente al enemigo o a tropa formada con armas o si se lo comete en grupo de seis o más personas [...]. El primer supuesto requiere que las vías de hecho contra el superior se realicen frente al enemigo, es decir, frente a una o más personas que se encuentran en una situación de beligerancia contra la nación [...]. La referencia típica al enemigo implica que la nación debe encontrarse en estado de guerra [...] o ante la inminencia de ella...[53]

Resistencia o desobediencia contra autoridad militar

Tipo objetivo

Se trata de un supuesto de insubordinación militar, una figura que también estaba presente en el Código de Justicia Militar y que, a partir de su derogación, se incluyó en el Código Militar por Ley Nº 26394.

ACCIÓN

La acción de insubordinación puede adquirir dos formas: una omisiva, mediante desobediencia, y otra comisiva, por resistencia. En cualquier caso, la acción debe acontecer luego de que exista una orden impartida por un superior que demande cumplimiento. Aquí también la orden impartida debe ser legítima.

Por otra parte, el hecho debe ocurrir frente a un enemigo o en una situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, o en una zona de conflicto armado, o de operaciones o de catástrofe.

Con relación a los conceptos de resistencia y desobediencia, vale la remisión a lo desarrollado al analizar el artículo 239 del CP (ver p. 378).

53. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 114.

SUJETOS

Ambos sujetos deben reunir la condición de militar (art. 77 CP). Se trata, entonces, de un delito especial propio, por la condición que debe reunir el autor.

Tipo subjetivo

Es un supuesto doloso que, al igual que en el caso del artículo 238 bis CP, requiere que el autor conozca la condición de superioridad de quien emite la orden de servicio legítima y obre con conocimiento de tal circunstancia.

Consumación y tentativa

La consumación del delito surge por la realización de la conducta típica. Es un delito instantáneo.

Opera en este supuesto una regla de subsidiariedad en tanto y en cuanto, como explica Buompadre, el tipo agrega la frase "siempre que no resultare un delito más severamente penado". Aquí, el tipo quedará desplazado si el hecho de la resistencia o desobediencia configura otro supuesto legal de mayor entidad en cuanto a la pena.[54]

Agravantes

El delito se agrava si, con motivo del hecho de resistirse o desobedecer al superior, se provocan pérdidas militares o se impide o dificulta la salvación de vidas, ante un supuesto de catástrofe.

OTROS ATENTADOS

Violación de las normas impartidas por autoridad militar

Artículo 240 bis:
El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate será penado de uno a cuatro años si no resultare un delito más severamente penado.

54. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 118.

Se trata de la incorporación de un tipo penal que antiguamente regía en el Código de Justicia Militar.

Tipo objetivo

ACCIÓN

La acción típica consiste en violar normas instrucciones emitidas por la autoridad militar a la población en general. Esta acción, además, debe llevarse a cabo en zonas de combate durante el desarrollo de un conflicto armado.

El término verbal con el que se define la acción tiene varias acepciones, ya que "violar" importa acciones que van desde un incumplimiento hasta una transgresión. El objeto de la violación deben ser las instrucciones impartidas por autoridad militar.

SUJETOS

Cualquier persona puede ser autor del delito. En cuanto al sujeto pasivo, más allá de lo referido a lo largo de todo el trabajo vinculado al bien jurídico, aquí será en concreto la autoridad militar que dictó la norma en cuestión.

MEDIOS

El tipo no da referencia acerca de los medios comisivos, por lo tanto cualquier medio idóneo para llevar a cabo la acción típica será suficiente.

ELEMENTOS NORMATIVOS

Se trata del concepto dado en el tipo como "normas instrucciones". Como explica Buompadre, se trata de las directivas u órdenes escritas, de carácter obligatorio para todas las personas que se encuentren en una zona de conflicto o combate. Estas órdenes deben haber sido impartidas por la autoridad militar competente en dicho lugar, es decir, por la máxima autoridad de cualquiera de las fuerzas armadas a cargo del conflicto. Además, estas órdenes deben estar destinadas a favorecer la seguridad de las tropas, los materiales o la infraestructura, al éxito de las operaciones, etc. Son órdenes que únicamente se dictan en tiempos de guerra o de conflictos armados.[55]

55. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 125.

Tipo subjetivo

Es un delito doloso. El autor debe conocer la existencia de la orden impartida, la calidad de autoridad militar y de la situación de conflicto armado o guerra, todo ello junto a la voluntad de no cumplirlas.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con el incumplimiento. Por tanto, es requisito previo que la orden haya sido dada a conocer. Es un delito de pura actividad y peligro.[56]

Alteración de las sesiones de cuerpos legislativos

Antecedentes

La Ley Nº 49 establecía en el artículo 30 la figura del desacato contra las autoridades, la perturbación grave del orden de las sesiones de los cuerpos colegiados y los insultos o amenazas en los mismos actos contra un diputado o senador.[57]

La ley de 1863 era una ley federal que castigaba en el artículo 33 a quienes causaren tumulto o perturbación grave al orden en las audiencias de la Suprema Corte o tribunales inferiores federales.

Tipo objetivo

Artículo 241:
Será reprimido con prisión de quince días a seis meses: 1) El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o donde quiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones; 2) El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir con un acto propio de sus funciones.

ACCIÓN

Hay dos acciones posibles: la *perturbación del orden* en el marco de una sesión de algún cuerpo legislativo o tribunal de justicia, y el impedimento o estorbo causado contra un funcionario público en

56. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 125.
57. Moreno, Rodolfo (h), *op. cit.*, p. 133.

cumplimiento de sus funciones, siempre que la conducta no quede abarcada en el supuesto del delito de atentado a la autoridad.

Perturbar el orden implica cualquier tipo de disturbio, molestia, desorden o alteración que entorpezca el normal desarrollo de la actividad.

En el primer supuesto, ya sea que se trate de una alteración a alguna sesión del parlamento o justicia, es necesario que el órgano se encuentre en funcionamiento; de lo contrario, la conducta será atípica.

SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo será el propio cuerpo legislativo, Poder Judicial o un funcionario público dado en ejercicio de sus funciones.[58]

El ataque personal contra un miembro del parlamento o Tribunal excede la figura en análisis, que centra como sujeto pasivo al cuerpo colegiado o institución porque lo que se afecta es el desarrollo del poder público que surge de dicho cuerpo.

MEDIOS

El tipo penal no hace referencia a los medios.

Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, que requiere del conocimiento por parte del autor de la calidad del sujeto pasivo y de la naturaleza del acto que desarrolla.

Consumación y tentativa

Como se trata de un delito de resultado, la consumación se concreta cuando el autor ha logrado impedir o perturbar el acto funcional.

Delitos relacionados con la disciplina militar

Se trata de figuras previstas como delito en el Código de Justicia Militar, como *motín* y *delitos contra la disciplina vinculados a formas específicas de motín*, que estaban regulados a partir del artículo 684.

Con la sanción de la Ley N° 26394 fueron incluidos dentro del artículo 241 bis al Código Penal.

58. En lo referido al concepto de funcionario público, nos remitimos a lo desarrollado *supra*.

Tipo objetivo

Artículo 241 bis:
Se impondrá prisión de tres a diez años a los militares que:

1. **Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.**
2. **Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.**
3. **Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.**
4. **Será penado con prisión de uno a cinco años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.**
5. **Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.**

ACCIÓN

El primer inciso comprende la acción de peticionar o atribuirse la representación de una fuerza armada. Como afirma Buompadre: "No se trata, naturalmente, de una simple petición o invocación de una determinada calidad, sino de una conducta indebida que reviste un determinado grado de imposición…".[59] Además, la acción debe realizarse de forma *tumultuosa*, lo que implica alboroto, desorden, pero sin violencia.

El inciso segundo consiste en un levantamiento armado contra el superior mediante tres formas: tomar armas, naves o aeronaves, es decir, proveerse de ellas; hacer uso de ellas; o extraer fuerzas armadas de sus asientos naturales.

El tercer supuesto legal es el referido específicamente al motín por insubordinación. La acción se caracteriza por dos supuestos: el alzamiento activo contra un superior o una omisión de resistencia contra actos de alzamiento. La acción específica consiste en "hacer uso de personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave a su mando u omitir resistir o contener

59. Buompadre, Jorge E., *op.cit.* p. 129.

a la fuerza militar que participa de un alzamiento". El primer supuesto es activo; el segundo, omisivo, y se requerirá además que los autores hayan estado en condiciones de resistir el alzamiento y evitar el resultado.

El inciso cuarto se refiere a una modalidad conspirativa del delito de motín. La acción típica es *conspirar*, lo cual significa que debe existir un acuerdo previo para cometer el delito. Se sostiene que importa:

> … deliberar de acuerdo para cometer el delito. No conspiran, en el sentido de la ley, los que simplemente deliberan acerca de las posibilidades de cometer el delito, sino quienes estando de acuerdo en cometerlo, deliberan sobre los procedimientos, oportunidades o medios para llevarlo a cabo. Sin acuerdo no es posible una conspiración.[60]

SUJETOS

Se trata de un delito especial propio, por la calidad que debe reunir el sujeto pasivo. Debe tratarse de un miembro de una de las fuerzas armadas.

Además, el tipo enuncia la expresión "los militares que". Esto determina que la acción típica debe ser realizada por un grupo de militares, lo cual es lógico si se interpreta que el inciso 1 menciona una acción tumultuosa.

MEDIOS

No hay referencia a los medios específicos. Habrá que analizar en cada caso la idoneidad como requisito de tipicidad.

Tipo subjetivo

Es un delito doloso que, según Buompadre, no admite dolo eventual por la forma de comisión y por la calidad exigida para sus autores.[61]

Consumación y tentativa

Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de alguna de las hipótesis previstas en los incisos. Resulta difícil identificar un supuesto de tentativa dado que, por otra parte, el supuesto de conspiración se consuma con el acto de la deliberación.

60. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 133.
61. Ibídem, p. 131.

Excusa absolutoria

Se trata del supuesto que surge del segundo supuesto del inciso 4, a partir del cual quedará exento de pena quien denuncie en tiempo y forma la posible comisión del hecho, en la medida en que exista tiempo para evitar su comisión.

Agravantes

El inciso 5 del artículo 241 bis establece un supuesto de agravante de pena cuando, con motivos de los hechos descriptos en los incisos anteriores, se produce la muerte de alguna persona, así se trate de un militar o de un civil, o se impida o dificulte de modo cierto el salvataje de vidas humanas.

De acuerdo con lo que considera Buompadre, se trata de "resultados preterintencionales de aplicación subsidiaria [...], que tienen virtualidad punitiva en la medida en que, por la causación de los hechos tipificados en el artículo, no resulte un delito más severamente penado".[62]

Violación de fueros

Artículo 242:
Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a diez mil pesos e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

Tipo objetivo

ACCIÓN

La acción consiste en "no guardar las formas legales previstas" durante el arresto o formación de causa, de manera tal que corresponderá acudir a su verificación en cada caso concreto.

Como explica Molinario, esta expresión se refiere a "una regulación especial, concerniente a los cargos en cuestión, que difiere en unos y otros casos. Generalmente aparece establecida en las constituciones (Nacional o de cada provincia, y ahora también de esta ciudad)."[63]

62. Ibídem, p. 135.
63. Molinario, Alfredo J., *op. cit.*, p. 318.

Desde la Constitución Nacional de 1994, estas disposiciones surgen reguladas en los artículos 53, 59, 60, 68, 69, 70, 86, 114, 115 y 120.

Según Donna, la expresión "arresto" se refiere a cualquier forma de privación de libertad que no tenga por objeto el cumplimiento de una condena firme, y por "formación de causa" debe entenderse el sometimiento a proceso penal del funcionario.[64]

Ante un caso de flagrancia o crimen *in fraganti* no puede procederse al arresto sin autorización previa, luego de la cual, además de poder proceder en este sentido, quedará habilitada la posibilidad de suspensión en el cargo. Por otra parte, no podrá formarse causa contra legisladores por ningún delito de opinión (injurias o apología).

Desde la sanción de la Ley especial de fueros (N° 25320), la conducta de formar causa contra un funcionario que esté sujeto a previo desafuero, remoción o juicio político, en principio dejaría atípica la conducta, salvo el supuesto de allanamiento de domicilio particular o de las oficinas donde preste funciones, interceptación de correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la debida autorización de la respectiva Cámara. Con ello se desprende que la acción de formar causa contra algún sujeto de estas características resulta legalmente posible, con las limitaciones señaladas.

SUJETOS

Se trata de un delito especial propio, en tanto únicamente puede ser autor un funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel que deba intervenir en un arresto o formación de causa seguida contra alguna de las personas enunciadas en el tipo. De esta manera, podrán ser pasibles de ser sujetos activos los funcionarios de alguna fuerza de seguridad o de la justicia.

En cuanto al sujeto pasivo, no hay ninguna calidad requerida. Puede ser cualquier persona sobre quien recaiga la orden de intervención y sobre la cual recaiga una función específica, ya sea que se trate de un miembro de un poder público nacional, provincial o de una convención constituyente o colegio electoral.

MEDIOS

No existe referencia legal alguna. Cualquier medio que sirva a los fines de la acción resultará válido.

64. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 111.

Tipo subjetivo

Es una figura dolosa, que requiere del conocimiento por parte del autor de la condición del sujeto pasivo contra quien está procediendo. Un supuesto de error sobre este aspecto tornará atípica la conducta.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la realización de cualquiera de las acciones previstas, por lo que, según Donna, un supuesto de tentativa resultaría inadmisible porque se trata de un delito de mera actividad.[65]

Incumplimiento de los deberes procesales

Artículo 243:
Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Antecedentes

Según explica Moreno, el delito no tiene un precedente equivalente ni en el código de 1886, ni en proyectos anteriores. El tipo fue tomado de los códigos holandeses, italiano, francés, español y alemán, entre otros, que castigaban las conductas de abstenerse a prestar servicio o declarar de testigos, peritos e intérpretes.[66]

Tipo objetivo

ACCIÓN

Dos son las posibles acciones típicas: la de negarse a comparecer o la de comparecer pero abstenerse de prestar declaración o exposición requerida.

Se trata, según Soler, de un supuesto de desobediencia especial.[67]

Como presupuesto de la acción, debe mediar una citación previa por parte de la autoridad judicial.

65. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 117.
66. Moreno, Rodolfo (h), *op. cit.*, p. 141.
67. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 234.

Se trata de un delito omisivo y se distingue de la acción contenida en el falso testimonio porque en este caso el testigo presta declaración, pero calla parcialmente, niega la verdad o se niega a declarar una vez que ha comenzado el acto. El tipo bajo examen requiere de una acción *reticente* o *renuente*.

SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona que haya sido previamente citada a comparecer en cualquiera de las tres calidades: testigo, perito o intérprete.

MEDIOS

No existen medios externos dado que el delito tiene por objeto la actividad del sujeto, ya sea negándose a comparecer o absteniéndose de declarar.

Tipo subjetivo

Es un presupuesto doloso, que requiere el conocimiento por parte del autor de la obligación legal de comparecer, la calidad en la que es convocado y la voluntad de no hacerlo o de prestar declaración ante la autoridad.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la abstención de comparecer o declarar. Resulta posible un desistimiento, que deberá producirse antes de que haya concluido la etapa de la convocatoria al acto (art. 43 CP).

BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 6ª edición, 1964, T. III.

BUOMPADRE, Jorge E., "Atentado y resistencia a la autoridad", en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 4ª edición, 2000, Vol. II, T. 7.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. III.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aries, Abeledo- Perrot, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, 1992.

MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, Buenos Aires, TEA, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, 1996, T. III.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H. A. Tommasi editor, 1923, T. VI.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte especial*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1967.

OBARRIO, Manuel, *El Código Penal*, Buenos Aires, versión taquigráfica de Augusto Elías, imprenta Pablo E. Coni, 1880.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 4ª edición actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio, 1992.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ª edición, 2002.

CAPÍTULO 6
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO POR UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL

(ART. 268, INCS. 1 Y 3 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Marcelo H. Echevarría*

PARTE 1
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 268 (1) DEL CÓDIGO PENAL

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO POR UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

La mayoría de las publicaciones ahondan en la problemática del enriquecimiento ilícito del funcionario y empleado público –artículo 268 (2) del Código Penal– en atención a que los términos en que se encuentra redactada la norma generan una dinámica muy rica en contenidos doctrinarios, muchas veces con criterios contrapuestos.

Pero no menos importante es el estudio de la modalidad de enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado tipificada en el artículo 268 (1) del Código Penal, la cual presenta aristas muy interesantes a los fines de su análisis.

A raíz de la invitación que gentilmente me cursó la Unidad Asesora de Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA, dependiente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que colaborara en la presente

* Abogado (UBA), especialista en Derecho Penal (Universidad de Belgrano), ex Director General de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal Argentina. Actual consultor del Gobierno de la Provincia de Misiones. Titular del estudio Marcelo H. Echevarría & Asociados - Abogados.

publicación, ahondaré en el estudio de este artículo desarrollando diversos tópicos que se expondrán a continuación.

Ante la similitud de la figura delictiva objeto de análisis con la contenida en el artículo 442 del Código Penal español, fundamentaré este trabajo tanto con doctrina nacional como española.

A manera de introducción transcribiremos el artículo 268 (1) del Código Penal local: "Será reprimido con la pena del artículo 256,[1] el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

Bien jurídico protegido

Este delito se encuentra en el Título XI del Código Penal (CP), cuyo título es "Delitos contra la Administración Pública".

La enunciación de la figura típica se encuentra en el Capítulo IX bis, denominado "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados", que es parte integrante del Título citado en el párrafo anterior.

Por dicha razón, nos parece apropiado conceptualizar en primer lugar el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, para luego definir el bien tutelado en el artículo 268 (1) CP.

Lo antedicho tiene su fundamento en que hay dos formas de designar los diferentes títulos del Código Penal, conforme lo describe el doctrinario Miguel Polaino-Orts, esto es: un modo *descriptivo* y otro *prescriptivo*.

Dentro del modo *descriptivo* se encuentra lo titulado en el capítulo: "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados". Este capítulo consiste en una descripción más o menos aproximada de los delitos que componen el Título.

Dentro de lo *prescriptivo* se designa no el delito en sí mismo, sino su bien jurídico (lo que constituye el objeto de protección), expresado mediante la fórmula "Delitos contra la Administración Pública".

Para la doctrina comparada no cabe duda alguna de que la Administración pública es un bien jurídico protegido. Constituye un objeto de protección toda vez que es objeto de ataque: se protege a la Administra-

1. La pena establecida en ese artículo al que reenvía la norma es reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

ción pública porque las conductas allí incriminadas como delitos atentan contra ella y, por lo tanto, se le concede una protección normativa.[2]

A los fines penales, se podrá definir Administración pública en un triple sentido: objetivo, subjetivo y organicista.

Objetivamente la Administración pública alude al conjunto de actividades llevadas a cabo por funcionarios y empleados que constituye el contenido, el desarrollo y la dinámica de la función pública.

Subjetivamente la Administración pública se refiere al conjunto de titulares de la función pública; esto es, agentes, empleados y funcionarios que desempeñan la función pública.

Desde un punto de vista *orgánico* u *organicista*, la Administración pública alude al conjunto de órganos estatales, autonómicos y locales que componen la cosa pública y que se hallan ordenados en niveles, rangos, jerarquías, entidades, cargos y oficios públicos, delimitados en función de su competencia.[3]

Nos adherimos a la doctrina que establece que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública es el correcto ejercicio de la función pública como bien jurídico supraindividual, ya que no se circunscribe al plano de las facultades jurídicas de los sujetos individuales, sino que hace extensivo en idénticas condiciones a entidades supraindividuales susceptibles de ostentar la titularidad de los objetos de protección penal.[4]

Es así que el carácter transpersonalista del objeto de tutela penal supone la comprensión tanto de la existencia de bienes jurídicos individuales como de otros no atribuibles a la persona en particular, es decir supraindividuales o colectivos, sin olvidar que en uno u otro caso estará siempre presente la bidimensionalidad (social y constitucional) del bien protegido.[5]

2. Polaino-Orts, Miguel, "Introducción al Derecho Penal de la Administración Pública", en *Revista Derecho & Sociedad*, Nº 39, p. 81.

3. Ídem.

4. Benavides Schiller, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, Sevilla, Editorial Bosch, 2016, p. 84.

5. Polaino Navarrete, Miguel, "El bien jurídico en el derecho penal", Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, 1974, núm. 19, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 280-282. Según Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 208, estos bienes involucran

Tal como se dijo, se puede hablar incluso de manera simultánea de bienes universales, supraindividuales, macrosociales, colectivos y difusos, entre otros. Se habla de bien jurídico-penal supraindividual o universal como denominación genérica o "macroconcepto", mientras que los bienes colectivos, los difusos y los institucionales serían subespecies de este género[6] con la característica particular de la existencia de una titularidad compartida por una generalidad de personas.[7]

No se trata de una suma de bienes individuales, sino de una única situación en la que se encuentran todos o una generalidad de personas y que ha de respetarse en interés de todos. En estos bienes no existe un único titular, por lo tanto tampoco una víctima individual, sino que todos o cualquiera pueden serlo. Desde esta perspectiva se habla de víctima difusa o potencial,[8] por lo cual se dirá que todas aquellas situaciones compartidas por una generalidad o colectivo de personas –sea determinada o indeterminada– serán bienes supraindividuales o colectivos, y tendrán calidad penal si su desprotección afecta gravemente las condiciones que se han de respetar para la convivencia y desarrollo de ese grupo dentro del respectivo ámbito, que es objeto de tutela.[9]

Según la doctrina alemana, los bienes jurídicos colectivos comprenden la seguridad del Estado. De esta manera, separa los bienes jurídicos que generan ámbitos de libertad para los individuos de los bienes protectores de las condiciones marco del Estado. En el primer grupo están reunidos aquellos bienes jurídicos que con su permanente presencia flanquean la vida de los miembros de la sociedad como bienes jurídicos individuales.

Para definir el concepto de bien colectivo se emplean sobre todo los conceptos de "no exclusión en el uso" y "no rivalidad en el consumo".

---

actividades que afectan o pueden afectar a todos los ciudadanos por tratarse de sectores en los que cualquiera, por el mero hecho de vivir en esa sociedad, puede o tiene que intervenir (cita de Andrés Benavides Schiller en obra mencionada precedentemente).

6. Santana Vega, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pp. 96-103.

7. Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 203 y 204.

8. Santana Vega, *op. cit.*, p. 102.

9. Vargas Pinto, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 107.

A su vez, para delimitar los conceptos individuales de los bienes colectivos, se destaca la noción de "no distributibilidad".[10] Conforme a él, un bien será colectivo si es conceptual, real o si es jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignárselas a los individuos como porciones.[11]

Respecto al concepto de "no rivalidad en el consumo", todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar el bien jurídico colectivo o un fragmento de él sólo a una determinada parte de la sociedad.[12]

Sentado lo expuesto, lo característico de los delitos contra la Administración pública es que, cuando son llevadas a la práctica las conductas disvaliosas que tipifican las figuras delictivas contenidas en los capítulos que conforman el Título bajo estudio, cuyos autores son funcionarios públicos, la consecuencia inexorable es el incorrecto ejercicio de la función pública.

Es así que, en lo atinente a la relación Administración pública y función pública, el aspecto sustantivo de la Administración explica el *para qué* de su actuar: intentar la satisfacción de las necesidades del individuo y de los intereses generales o colectivos en pos de la conservación y estabilidad de todo el sistema público. En ese mismo aspecto es donde se sitúa e identifica a la función pública, cuyo contenido es aquello *para lo que sirve*.[13]

Por ende, el correcto desempeño de la función pública –bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración pública– está orientado, camina y avanza hacia un objetivo final, que es complacer el mandato constitucional de satisfacción de los intereses generales y la consiguiente estabilidad del sistema público. Desde esta perspectiva, el bien jurídico en tanto objeto de protección típica se convierte en un concepto esencial del Derecho Penal, del cual no puede prescindirse si se quiere tener en cuenta una imagen fiable y completa del fenómeno criminal.[14]

Específicamente en lo que respecta al numeral 268 (1) del Código Penal, un importante sector de nuestra doctrina propicia el criterio al

10. Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

11. Alexy, en Weinberger (ed.), *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Aktuelle Probleme der Demokratie, 1989 (nota 48) pp. 49 y ss. (pp. 54-55).

12. Hefendehl, Roland, *op. cit.*

13. Benavides Schiller, Andrés, *op. cit.*, p. 93.

14. Ibídem, p. 99.

dar cuenta de que el bien jurídico tutelado por esta figura es la imparcialidad de los órganos de la Administración frente a terceros, atacada en el caso por quienes se valen de los poderes propios de la función para lucrar con ellos o hacer lucrar a terceros.[15]

Además, se complementa con lo expuesto el interés de no valerse de conocimientos que se obtienen por el ejercicio de la función pública para conseguir ganancias o beneficios personales, conducta mediante la cual se afecta ineludiblemente el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.[16]

Tipo objetivo

Conducta típica

El verbo contenido en el precepto penal es "utilizar". Hace referencia a la conducta típica de la utilización de información o dato de carácter reservado, que al revestir ese carácter, no es conocido por la mayoría de los ciudadanos, sino que su conocimiento se limita a un estrecho universo de personas que ostentan una posición privilegiada en la función pública.

Se trata de utilizar, emplear, disfrutar, explotar, aprovecharse, servirse o valerse de ese conocimiento para procurarse un beneficio económico para sí o para un tercero.[17] Lo concreto es que esa utilización de información o dato de carácter reservado en beneficio propio o de un tercero viola el deber de fidelidad que debe caracterizar la relación del funcionario con la Administración pública.

Consecuentemente, esa infidelidad conlleva el *abuso*, por parte del funcionario público, de la información o dato reservado, circunstancia

15. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7ª edición, 2007, p. 406 (citado por Donna, Edgardo Alberto en *Derecho Penal Parte Especial*).

16. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 367 (citado por Conti, Néstor y Saumell, María en *Las figuras de enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires, Editorial Nova Tesis, 2007.

17. Paz Rubio, José María, "El tráfico de influencias y la información privilegiada", en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Madrid: CGPJ, 1993, p. 141. Rodríguez Puerta, María José, "De los fraudes y exacciones ilegales", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 3ª edición, 2002, p. 1793.

reprochable penalmente. En efecto, comparto la posición que surge de la doctrina española, donde se da cuenta de que en realidad "utilización" o "uso" de información o dato reservado podría sustituirse por el verbo "abuso" ya que este último término se refiere de forma más concreta y directa a un mal uso o a una utilización ilícita, inapropiada o indebida de la información, toda vez que en resumidas cuentas se trata de un uso abusivo de esta[18] y configura una conducta desleal del funcionario público.[19]

Según nuestro criterio, la revelación de la información o dato reservado queda subsumida en el tipo del artículo 268 (1) toda vez que, como se argumentará posteriormente, revelarla constituye una etapa previa a la "utilización" de ella. Si bien es cierto que una parte de la doctrina entiende que la acción típica de "utilizar" cubre todas las acciones que, sin que sean necesariamente una revelación, supongan el empleo de datos o informaciones conocidos lícitamente con la finalidad de obtener un beneficio económico,[20] también lo es que el delito de revelación de secretos se encuentra tipificado en el artículo 157 del Código Penal.[21]

A raíz de ello, a criterio de algunos autores no parecería posible que la revelación de información quede conglobada en el artículo 268 (1) bajo análisis.[22] El delito de revelación de hechos, actuaciones, documentos o datos reservados (art. 157, CP) contempla una escala penal sustancialmente inferior a la utilización de informes o datos reservados con el ánimo de obtención de una ventaja patrimonial prevista en el artículo 268 (1) del CP.

En efecto, la escala penal de la figura del 268 (1) es la que, por reenvío de la citada norma, establece el artículo 256 del CP, es decir la

18. Jericó Ojer, Leticia, "Utilización de información privilegiada en el ámbito del Mercado de Valores", en Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.) y Lara Gonzalez, Rafael (coord.), *Derecho Penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, p. 199.

19. Faraldo Cábana, Patricia, "Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el Mercado de Valores en el Proyecto de Código Penal de 1994", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1995, pp. 45-121 y p. 114.

20. Morales Prats y Rodríguez Puerta, "Comentarios a la parte especial del Derecho Penal", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Valle Muñiz, José Manuel (coord.), *op. cit.*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1272.

21. "ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos".

22. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, T. III, p. 414.

reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua; mientras que la escala correspondiente al delito tipificado en el artículo 157 CP es de prisión de un mes a dos años, y de inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Haciendo un paralelismo entre la figura del artículo 442[23] del CP español y el artículo 268 (1) del CP argentino, y tomando en cuenta también que el artículo 417[24] del CP español tiene una redacción similar a la del artículo 157 del CP argentino, tomaremos como antecedente lo enunciado por la doctrina española al respecto, ya que son aplicables sus alcances al precepto bajo estudio.

Crespo Vaquero[25] afirma que el artículo 442 del CP español recoge y contempla expresamente la posibilidad de que se haga uso de un secreto o información y que, al no distinguir de qué tipo de uso se trata, parece acertado entender que la conducta de revelación queda consumada en el ulterior o simultáneo uso con finalidad lucrativa.

---

23. "Artículo 442. La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa del tanto al séxtuplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cuatro a seis años. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

24. "Artículo 417. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultará grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

25. Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública*, Granada, Comares, 1998, p. 1752.

En este orden de ideas, tal como lo adelantamos precedentemente, a nuestro entender el verbo "utilizar" que emplea la norma del Código Penal Argentino[26] incluye conductas de revelación como modo de utilización de la información o de datos de carácter reservado con el ánimo de obtener un beneficio. Ello es así, en primer lugar, porque el funcionario que utiliza la revelación como medio para obtener un beneficio está vulnerando ambos bienes jurídicos, a través de la conducta desvalorada contenida en el artículo 268 (1) del CP.

En efecto, el "utilizar" una información o dato reservado con ánimo de lucro –tal es la figura del art. 268 (1) del CP– conlleva implícitamente la revelación de ese informe o dato reservado –art. 157 del CP– toda vez que, de no existir la "revelación" al momento de consumarse la conducta prescripta en el artículo 268 (1) del CP, la "utilización" de ese informe o dato reservado para la obtención de un beneficio carecería de sentido.

La revelación está acompañada inexorablemente por el carácter "reservado" de ese dato o informe. Sólo en virtud de su carácter de reservado se podría utilizar ese informe o dato para la obtención de un beneficio ilícito, con simultánea o contemporánea revelación ilícita de estos últimos.

Caso contrario, de no ser ese informe o dato calificado como reservado, estos serían públicos (toda vez que no existe un estadio intermedio entre un carácter y otro) y, de ser públicos, la conducta no encuadraría en el precepto normativo ya que habría perdido el carácter de reservado que configura el elemento normativo del tipo.

Si bien el carácter de reservado de ese informe o dato es la característica común de ambas figuras delictivas –la normada en el art. 157 y la del art 268 (1)–, la diferencia entre ambas radica en la utilización de ese informe o dato con ánimo de lucro.

Por lo antedicho, compartimos el crtierio de la doctrina según el cual el verbo "utilizar" subsume la conducta de "revelar".[27] Lo fun-

26. En la figura del art. 442 del CP español el verbo empleado es "usar".

27. Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, EDERSA, 1996, pp. 556 y 587. Este autor parte de la base de que "usar" es "revelar" con la sola diferencia del ánimo de lucro "a título de dolo específico que integra el elemento anímico del ánimo del sujeto activo" del art. 442 CP. Morillas Cueva, Lorenzo y Portilla Contreras, Guillermo, "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias", en Bajo Fernández, M., *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Marcial Pons, p. 219. Según ellos, hacer uso del secreto o información privilegiada puede sobrellevar la revelación del secreto, lo que significa que en la mayoría de los

damentamos en que el contenido de la figura del artículo 268 (1) del CP permite subsumir la conducta tipificada en la figura del artículo 157 del CP por el principio de absorción o consunción entre ambos preceptos,[28] toda vez que, como se aprecia en lo examinado en los párrafos precedentes, el artículo 268 (1) del CP contempla una escala penal mayor que la contenida en el artículo 157.

"EN RAZÓN DE SU CARGO" COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

El conocimiento de esa información privilegiada la obtendrá el funcionario en razón de su cargo, lo cual lleva implícito que el acceso a dicha información es de carácter lícito, obtenida por el acceso privilegiado a dicho material en el marco de la prestación de servicios que realiza en la función pública, lo cual le otorga una ventaja adicional comparativamente con otros ciudadanos.

La conducta típica se materializa cuando esa información o dato público de carácter reservado, que es lícitamente conocida por el sujeto activo *en razón de su cargo*, es utilizada por él procurando un interés en beneficio propio o de terceros.

En atención a ello, ese conocimiento de la información o dato debe provenir del ámbito de la competencia funcional del agente; es insuficiente a fin de revestir tipicidad el acceso extrafuncional[29] a la información o dato de carácter reservado. Es por ello que se habrá tomado conocimiento del dato o información reservada en razón del cargo cuando su acceso se pueda explicar por ser materia propia de la función pública desempeñada al elaborarlos, obtenerlos o manejarlos.[30]

---

supuestos que encierra el art. 442 del CP se produce el concurso de normas con el art. 417 CP, por lo que se resuelve a favor de la norma más específica, esto es, el delito de uso de información privilegiada. Polaino Navarrete, Miguel, "Introducción a los delitos contra la Administración pública", en *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, pp. 441 y 442. Polaino Navarrete entiende que la conducta de uso es equivalente a la de revelación de secretos. Así, afirma que de todas las posibles direcciones del acto de hacer uso, la única a la que debe concederse relevancia es la de revelación de secretos. Se trata de una forma específica de revelación orientada hacia la obtención del beneficio económico. Cita completa extraída de Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar, *El abuso de información privilegiada en la función pública*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, p. 74.

28. Destacamos que en la doctrina española, Abraham Castro Moreno y Pilar Otero arriban al mismo criterio en *El abuso de información privilegiada en la función pública*, *op. cit.*, p. 75.

29. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 410.

30. Donna Edgardo Alberto, *op. cit.*, T. III, p. 419.

En otros términos, el conocimiento por razón de su cargo es el elemento típico que identifica el deber de no intentar obtener beneficios para sí o para terceros valiéndose de sus atribuciones, fuente que justifica la existencia del delito especial. Por ello, es preciso que el conocimiento de la información reservada por su propio contenido competa al ámbito de atribuciones del cargo desempeñado por el funcionario o autoridad que abusan de esa información, lo cual constituye una concepción estricta.[31]

En efecto, que sea el funcionario público quien conoce la información o dato reservado en razón de su cargo, no sólo implica que él es el sujeto especial del delito, sino que además esa posición de privilegio fue lo que lo habilitó para aprovecharse del conocimiento de la información reservada a fin de utilizarla en beneficio propio o de terceros.

Aspecto subjetivo

El delito de utilización de información o datos de carácter reservado es exclusivamente doloso. Esto es así toda vez que la comisión culposa difícilmente resultará compatible con la búsqueda de un beneficio propio o ajeno por parte del autor. Lo mismo puede decirse respecto a la complicada comisión mediante dolo eventual.[32]

El ánimo de obtención de un beneficio económico constituye el elemento subjetivo del injusto que configura el artículo 268 (1) del CP. Es así que el autor, al momento de proceder a la utilización de la información con la intención de obtener un lucro, debe conocer su condición de empleado o funcionario público, circunstancia que le otorgó el privilegio de acceso a esa información o dato reservado.

---

31. Paz Rubio, José María, "El tráfico de influencias y la información privilegiada", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. La nueva delincuencia II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993 p. 141; y Faraldo Cábana, Patricia, "Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto del Código Penal de 1994", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1995, p. 75; citados en Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar, *El abuso de información privilegiada en la función pública*, *op. cit.*, "Colección los delitos" nro. 71, p. 53.

32. Morillas Cueva, Lorenzo y Portilla Contreras, Guillermo, "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias", en Bajo Fernández, M., Comentarios a la legislación penal, citado por Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar, *El abuso de información privilegiada en la función pública*, *op. cit.*, p. 106.

El ánimo de lucro debe hallarse presente al instante de la comisión del hecho para tener por configurada la conducta prohibida por la norma –o sea, el perfecto conocimiento del carácter reservado de la información o dato– toda vez que la inexistencia de esta motivación subjetiva especial requerida por el tipo penal al momento de utilizar el dato o la información reservada convierte en atípica la conducta.[33]

Así, el beneficio debe derivar directamente de la operación realizada sobre la base de la información o dato reservado, que debe poseer necesariamente trascendencia y contenido patrimonial. La utilización de la información o dato reservado debe perseguir un fin económico; esto es, llevar a cabo operaciones o negocios con trascendencia patrimonial, ya que, de no perseguirlo, la conducta no sería pasible de ser reprochada por el artículo 268 (1) del CP, sino por el artículo 157 del CP.

Delito de resultado cortado

El enriquecimiento ilícito por utilización con fines de lucro de información o dato de carácter reservado –art. 268 (1) del CP– es un delito de resultado cortado, toda vez que cuenta con un elemento subjetivo distinto del dolo, el "ánimo de lucro". Esto se explica por cuanto, sin él, no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos elementos subjetivos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad.[34]

Son tipos subjetivamente configurados en los que el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende seguir con la mera realización de la conducta que se ejecuta, necesariamente inspirada en ese objetivo intencional, constituido por una meta a alcanzar ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto.[35]

Los delitos de resultado cortado están caracterizados por una orientación de la motivación o de la voluntad que no se refleja realmente en el tipo objetivo (por ello son "delitos con tendencia interna trascendente"), pero de la que no se puede prescindir, no ya para el reproche de culpabilidad, sino para la conformación del cuadro delictivo.

33. Conti, Néstor Jesús y Saumell, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Rosario, Editorial Nova Tesis, 2007, p. 51.

34. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, T. III, p. 424.

35. Polaino Navarrete, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, Mave, 2000, citado por Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 424.

Desde un punto de vista de política criminal, se justifica especialmente la creación de los delitos de resultado cortado por los propósitos del legislador de "ubicar el centro de gravedad de la defensa frente al delincuente más bien en un terreno previo al ataque"; si, por ejemplo, en los casos de estafa o extorsión se precisara que el autor obtuviera efectivamente el resultado buscado (el enriquecimiento), a fin de hacer recién entonces procedente la pena por el delito cometido, se dificultaría la tarea de la conminación de la pena. Es por ello que en el caso de la estafa, para que se considere consumado el delito basta que haya operado el perjuicio patrimonial, mientras que el pretendido enriquecimiento a costa de la víctima recibe su proyección sólo en la parte subjetiva del tipo.[36]

En esta línea, la autora Alicia Gil Gil[37] afirma que en ocasiones es difícil discernir si un elemento subjetivo puede calificarse como fin en el sentido que se encuentra más allá del tipo objetivo, que se trata de una finalidad cuya consecución se dirige la acción y que se alcanzará quizás en un momento posterior a la realización del tipo objetivo, o si por el contrario se trata de una tendencia que se sitúa detrás de la conducta objetiva, concretándola y dotándola de un significado más preciso. Ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto de difícil encuadre según esta clasificación son el "ánimo de lucro" o el "*animus iniuriandi*".

Así, un elemento subjetivo de lo injusto puede cumplir dos funciones diferentes: a) adelantar las barreras de protección, anticipando así el momento de la consumación; o b) restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar.

En línea con lo expuesto por la autora citada, deviene necesario adoptar una clasificación funcional que distinga entre tendencias internas trascendentes, que definen la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico, y *elementos subjetivos que, por el contrario, concretan la conducta punible*, a diferencia de las primeras, que serían subsumibles en el tipo objetivo. El ánimo de lucro pertenecerá al segundo grupo, así se entienda como fin o como tendencia.[38]

36. Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Astrea, T. I, p. 360.

37. Gil Gil, Alicia, "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 2000, nro. 6, p. 105 y ss.

38. Gil Gil, Alicia, *op. cit.*, p. 106.

Ante ello nos encontramos: a) con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la producción de un resultado que identifica la lesión del bien jurídico; o b) con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la realización de una segunda acción, cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión al bien jurídico.

Las opciones que suponen la lesión al bien jurídico o la realización de esa segunda conducta, cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico, quedan fuera del tipo objetivo, no es preciso que se realicen. Por ello se habla de tipos de consumación anticipada, ya que la consumación del delito (que es un concepto formal) se adelanta a un momento anterior al de la lesión del bien jurídico.

Entre los delitos que se consuman sin que se haya producido lesión al bien jurídico, se encuentran los delitos de resultado cortado, que prescinden del acaecimiento del resultado, y no se identifican con cualquier delito de tendencia externa trascendente, sino únicamente con aquellos en que la intención trascendente va referida al resultado que identifica la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico.[39]

En esta clase de delitos nos encontramos con elementos subjetivos que no identifican la lesión al bien jurídico por sí solos, únicamente se identifican a partir de la concreta forma de lesión que se quiere castigar. En estos casos la lesión al bien jurídico podría producirse igualmente sin la concurrencia del elemento subjetivo, pero no es esa la lesión que la ley quiere castigar, sino únicamente aquella forma de lesión que el elemento subjetivo viene a definir.

Esta función del elemento subjetivo se radicaliza hasta el punto de que no se trata ya de concretar, entre las posibles acciones lesivas del bien jurídico subsumibles en el tipo objetivo, aquellas que se consideran merecedoras de pena, sino que, más allá de esta función, el elemento subjetivo viene a concretar la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico, ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa labor de concreción.

Así, el elemento subjetivo "ánimo de lucro" identificará la forma de lesión del bien jurídico patrimonio que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos, dejando por el contrario impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien.[40]

39. Ibídem, p. 109.

40. Ibídem, p. 111.

Delito de mera actividad y de peligro abstracto

El enriquecimiento ilícito por utilización con fines de lucro de información o dato de carácter reservado (art. 268 (1) del CP) es un delito de mera actividad, dado que se castiga la conducta por ser lesiva del bien jurídico, sin necesidad de que se produzca resultado material o peligro alguno.[41] El uso del dato o la información completa la conducta que realiza el sujeto, la cual tiene relevancia típica, sin necesidad de que se derive la producción de resultado alguno.[42]

Claus Roxin define los delitos de mera actividad como aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción, y por lo tanto no se produce un resultado separable de ella (por ejemplo, en el allanamiento de morada en que el tipo se cumple con la intromisión). El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo, sólo desempeña un papel en los delitos de resultado.

Es decir que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor.[43] Todo delito tiene un resultado. En los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo.

Por el contrario, *si se requiere un resultado separado de la acción típica*, se habla de delito de resultado y no de mera actividad. Los delitos de mera actividad pueden ser perfectamente de lesión o de peligro para el bien jurídico-penal, sin necesidad de que haya un efecto material externo. De allí que algunos admitan también en los delitos de mera actividad un resultado, más allá de consideraciones causales.

Es así que algunos autores hablan de tipos con resultado, separado o no de la conducta, y señalan que el desvalor del resultado se satisface con la realización de una conducta típica lesiva o peligrosa.[44]

41. Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 85 (citado por Conti, Néstor Jesús y Saumell, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, *op. cit.*, p. 41).

42. Donna, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, *op. cit.*, p. 427.

43. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997, p. 305.

44. Mir Puig, Santiago, "Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", T. XLVII, fasc. I, pp. 11-13.

No ha de confundirse el resultado de la acción con el desvalor del resultado. No es necesario un resultado separable materialmente de la conducta para que exista tal desvalor; es decir, para que se perturbe un bien jurídico-penal.[45]

A su vez, el delito bajo tratamiento es de peligro abstracto, toda vez que la comprobación de la conducta (utilización del dato o información con fines de lucro) confirma el tipo penal.[46] Según Vargas Pinto:

> La determinación del peligro abstracto no solo pasa por las dificultades típicas que esta clasificación adolece, sino también por la amplitud de los tipos penales que se califican de ese modo, pues no parecen vincularse con bienes jurídicos-penales específicos. Incluso se duda que los delitos de peligro abstracto se vinculen siquiera con algún bien jurídico-penal o, simplemente, tienen una relación lejana con él (peligrosidad).[47]

Es así que se reconduce la idea de peligro abstracto a una mera presunción de resultado, en la que basta la realización de la conducta típica, estableciéndose una presunción *iure et de iure* del peligro. Es por ello que se califican normalmente como una presunción de lesión o de peligro o como de "peligro del peligro" para el bien jurídico-penal, sin que se considere una real o propia perturbación.

Así lo conciben algunos autores, como Etcheberry,[48] que definen los delitos de peligro abstracto como una presunción de peligro del bien jurídico-penal, en la que basta la realización formal del tipo.

Se explica a los delitos de peligro abstracto sobre la base de la peligrosidad general de la conducta y se consuman con la creación de una situación potencialmente peligrosa, basándose su configuración en la presunción legal de una situación de peligro.

La doctrina buscó superar concepciones basadas en la exclusiva peligrosidad general del comportamiento. Así, se reconoce en estos delitos un desvalor distinto del desvalor de acción. Se trata de distinguir un efecto más allá de la conducta y de su cualidad general de peligrosa.

45. Bustos Ramírez, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2004, T. I, p. 136.

46. Conti, Néstor y Saumell, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, *op. cit.*, p. 41.

47. Vargas Pinto, Tatiana, Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante, Madrid, Thomson- Aranzadi, 2007, p. 254.

48. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1998, T. 1, p. 227.

Semejantes declaraciones se hacen sobre un desvalor de conducta fundado en su peligrosidad general. La mayoría de las tesis que se proclaman en este sentido se basan en la constatación de una peligrosidad *ex ante* real, objetiva o concreta, por lo cual no cabe hablar de un desvalor distinto de la conducta, si este se determina según su peligrosidad concreta.[49]

Hirsch[50] se refiere a las figuras de peligro abstracto como delitos de peligrosidad, pues considera que la calificación de tipos de peligro ha de limitarse a la producción de una puesta en peligro concreto. Es así que distingue entre peligrosidad abstracta y peligrosidad concreta. Reserva la primera para los delitos de peligrosidad abstracta.

Las tesis modernas avanzan hacia el reconocimiento de constatar la peligrosidad concreta de la conducta por sobre la presunción legal. En efecto, se considera suficiente para colmar el injusto penal la determinación concreta de la peligrosidad del comportamiento típico, sin que baste su sola ejecución ni la posibilidad de acreditar la ausencia de todo peligro en el caso (prueba negativa).

Cury Urzúa[51] describe la clase de peligro según la peligrosidad general de una forma de comportamiento, sin exigir un resultado externo. Señala que en estos delitos el legislador sólo requiere la realización de una determinada conducta, "a la cual se le reconoce eficacia para causar, por lo general, la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico". Esa eficacia general constituiría el motivo de su incriminación. De todas formas, no acoge una noción de peligro abstracto como presunción *iure et de iure*. Al contrario, critica este argumento como medio para el castigo penal por la sola desobediencia, pues este castigo procede aunque se pruebe que no existió peligro alguno y se haya tomado todo tipo de medidas de cuidado. A pesar de que parece partidario de la peligrosidad general, puede decirse que se aproxima a posiciones que entienden que lo que se prohíbe es una conducta peligrosa en concreto.

---

49. Vargas Pinto, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, *op. cit.*, p. 283.

50. Hirsch, Hans, "Peligro y peligrosidad", traducción de E. Sola Reche, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 509-528 (citado por Vargas Pinto, Tatiana, *op. cit.*).

51. Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 292 y 293 (citado por Vargas Pinto, Tatiana, *op. cit.*).

Afirma Cury Urzúa que "la cuestión no radica en la prueba del peligro, sino en el de la peligrosidad intrínseca de la acción". Es así que sostiene que el problema estriba en una confusión entre acción y resultado, que lleva a sustituir la preocupación por la peligrosidad de la acción por una "causación actual del peligro".

Ahora bien, compartimos la doctrina de autores como Castro Moreno y Otero González al respecto, quienes consideran que la catalogación como delito de mera actividad motivada por la inexigibilidad de la consecución del lucro efectivo ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que se trata de un delito "de peligro". Ellos no comparten esta postura dado que, si el bien jurídico protegido por esta figura se encuentra en la integridad de la función pública como fuente de privilegios mediante el respeto al principio de igualdad de oportunidades con los demás ciudadanos, resulta bastante claro que tal bien jurídico se ve lesionado por la realización de la conducta, y no meramente puesto en peligro. En efecto, una vez admitido que el bien jurídico del delito posee una trascendencia que excede de lo estrictamente patrimonial (ánimo de lucro) para afectar el correcto desempeño de la función pública, la utilización abusiva de la información privilegiada o del secreto lesiona de manera efectiva dicho bien jurídico. Por esta razón, delito de mera actividad no es sinónimo de delito de peligro,[52] según este criterio al cual nos enrolamos.

Jurisprudencia

En nuestro país la jurisprudencia no es numerosa. En dos fallos distintos se sostuvo que

> A) Es autor penalmente responsable del delito de utilización 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. De adverso, entiendo que cada aprovechamiento de

52. Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar, *El abuso de información privilegiada en la función pública*, *op. cit.*, pp. 104-105.

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.[53]

Los presupuestos fácticos por los que reclama la querella lejos se hallan de configurar la hipótesis delictiva que recepta el art. 268 del Código Penal, pues si bien para entablar la acción por calumnias e injurias los magistrados por ella imputados han incorporado fotocopias del expediente en el que oportunamente conocieran como integrantes de la Sala "B" de la Cámara Civil, 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 el volumen 5 de la revista "Sentencia" por el que se consideran allí agraviados.[54]

PARTE 2
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 268 (3) DEL CÓDIGO PENAL

OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL – FALSEDAD U OMISIÓN DE LOS DATOS INSERTADOS EN LA DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL

De manera preliminar y a los fines metodológicos transcribiremos el artículo 268 (3) del Código Penal:

> Artículo 268 (3): Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

53. "Rodríguez Ariel -Utilización de información de carácter reservado" causa 21.791, 22 de noviembre de 1997, Cámara Nacional Criminal y Correccional, votos de los Dres. Abel Bonorino Peró y Guillermo Julio Ouviña, SAIJ FA97060453.

54. "Mancusi Alberto s/infracción art. 268", Causa 29-152 -7 a, Cámara Nacional Criminal y Correccional, fallo del 2 de noviembre de 1994, votos de los Dres. Abel Bonorino Peró y Guillermo Julio Ouviña.

> El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.
> En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

El artículo citado se compone de dos párrafos, que contienen dos conductas diferentes. En el primer párrafo se establece que se castigará al sujeto obligado que, maliciosamente, no hubiere dado cumplimiento a la presentación de la declaración jurada patrimonial, previa notificación fehaciente oportunamente efectivizada.

En el segundo párrafo se tipifica la conducta del sujeto obligado que, maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que deban contener las declaraciones juradas de conformidad a las leyes y reglamentos específicos.

Bien jurídico protegido

Lo que se tiende a proteger en ambas conductas contenidas en el numeral bajo análisis es la transparencia en el ejercicio de la función pública y su normal funcionamiento, tal como lo constituye su debido y correcto ejercicio.

Específicamente, la protección del bien jurídico se centra en la no obstrucción del debido control estatal para no atentar contra dicha transparencia durante el ejercicio de la función pública mediante el abultamiento indebido del patrimonio del funcionario público.[55]

Esta declaración jurada se debe presentar al ingresar a la función pública, así como al egresar, lo cual permite a los organismos de control la realización de una evaluación exhaustiva de la situación patrimonial que el sujeto obligado poseía al momento de asumir el cargo en cualquiera de los tres poderes del Estado nacional.

De esta manera, llegado el caso, el organismo competente deberá evaluar la situación patrimonial del sujeto obligado al momento de su

55. Pereira Torres, Jorge, "El derecho constitucional a no autoincriminarse y las declaraciones juradas rectificativas u originales presentadas a instancia de la inspección actuante", *LL.*, 2004-F, p. 1474 (citado por Conti, Néstor y Saumell, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito, op. cit.*, p. 111).

ingreso con la presentada al momento de su egreso, a fin de determinar, en caso de que existan en ese lapso aumentos patrimoniales sustanciales o disminuciones significativas de su pasivo, la justificación de los ingresos necesarios y corroborar la licitud del patrimonio declarado.

Este control tiende a garantizar la transparencia que debe proceder en el correcto desempeño de la función pública.

Estructura del tipo objetivo

Acción típica

En primer lugar, trataremos la omisión maliciosa de presentación de la declaración jurada patrimonial de los sujetos obligados. Se trata de un delito de omisión propia que se consuma al momento que, previa notificación fehaciente, el sujeto obligado incumple con el mandato impuesto por el ordenamiento legal, tal como el de presentar su declaración jurada patrimonial.

Edgardo Donna subraya que el tipo penal contempla un circunstancial de modo, cual es "maliciosamente". De todas las acepciones que asigna el Diccionario de la Real Academia Española, según su entender la que mejor se ajustaría a la voluntad del legislador es aquella según la cual la malicia es una cualidad por la que una cosa se hace perjudicial y maligna, vale decir que no se trata de cualquier omisión, sino de una que sea malintencionada y perjudicial.[56]

Nos permitimos una breve reflexión respecto a este punto. Nos parece que el término "maliciosamente" que se desprende del precepto no hace más que traer confusión a la hora de determinar la punibilidad o no de la conducta omisiva. En efecto, entendemos que con el término "maliciosamente" se hace especial referencia a la "mora injustificada" en que podría incurrir el sujeto obligado respecto de la presentación de la declaración jurada, ya que la conducta tipificada se refiere exclusiva y excluyentemente al *acto de presentación* y no al contenido de esta última, toda vez que este tópico es materia del segundo párrafo del artículo bajo estudio.

Por ende, no encuentro argumento alguno para sostener que, más allá de la mora injustificada antedicha, podría existir otra metodología

56. Donna, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial, op. cit.*, T. III, p. 455.

idónea llevada adelante por el sujeto activo a fin de catalogar de maliciosa la conducta omisiva circunscripta a la falta de presentación de la declaración jurada patrimonial. En términos de doctrina:

> La "malicia", como elemento subjetivo del delito de omisión de presentar declaración jurada (art. 268 3° del CP), que ha sido definida como una intención solapada de ocultar algo o expresarse equivocadamente con el fin de inducir a error sobre el patrimonio, sin bien es de difícil comprobación, puede acreditarse, con el grado de certeza propio de un procesamiento, con el hecho probado de haberse excedido en más de dos años y medio desde que se cursó la intimación, en el cumplimiento de esa obligación de declarar.[57]

Se trata de un delito de omisión propia. Para Mezger, omitir significa la ausencia de la acción esperada del autor. De ahí que se deduce lo siguiente: "Al igual que en el hacer activo la voluntariedad de la acción pertenece al concepto de acción, consecuentemente también ha de requerirse la posibilidad de voluntad para el concepto de omisión".[58]

Vogt afirma que sólo se habla de acción cuando el sujeto agente tuvo la capacidad de omitirla y de omisión, cuando al omitente le fue posible llevar a cabo la acción omitida. En tal sentido, para Engisch el omitir requiere, al igual que el hacer, la "voluntariedad", en el sentido de que exista una posibilidad psicofísica de "comportarse de otro modo".[59]

De las citas expuestas se deduce que el sujeto activo –funcionario o empleado público– debe tener la intención motivada por su propia voluntad de realización de la conducta omisiva, a fin de reprocharle el delito *sub examen*.

En el segundo párrafo se tipifica la conducta del sujeto obligado que, maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que deban contener las declaraciones juradas de conformidad a las leyes y reglamentos específicos. Esta norma prevé una doble modalidad comisiva, que convierte al delito *sub examen* en un tipo penal alternativo, toda vez que el delito se verifica de igual manera sea que el agente omita insertar algún dato o información en la declaración jurada que está

57. "Font Enrique A s/Procesamiento", Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, fallo del 11 de octubre de 2005, ID SAIJ FA05260220.

58. Armin Kaufmann "La dogmática de los delitos de omisión" Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 50/51.

59. Las tres definiciones precedentemente enunciadas de Mezger, Vogt y Engisch fueron extraídas de la obra de Armin Kaufmann *La dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 50/51.

obligado a presentar, o bien que falsee algún dato o información en la confección de dicho instrumento. La modalidad que guía aquí el actuar del agente es distorsionar su real y verdadero estado económico.[60]

Esa alternancia infiere que tanto la omisión de datos en las referidas declaraciones juradas como la inserción de una falsedad constituyen medios comisivos. En atención a ello, el falseamiento u omisión de datos puede tener lugar en cualquier momento, sin sujeción alguna a plazos y sin necesidad de intimación previa. Al respecto, se ha fallado:

> Incurre en el delito previsto y sancionado por el art. 268 (3) del Código Penal, quien omite insertar en su declaración jurada la percepción simultánea con el correspondiente a un cargo en la administración pública de un haber de retiro conociendo tal incompatibilidad.[61]

Plazo de presentación

El plazo de presentación surge del artículo 4 de la Ley de Ética Pública, donde se establece:

> Las personas referidas en artículo 5º de la presente ley, deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos.
> Asimismo, deberán actualizar la información contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo.[62]

Sujetos

A los fines de establecer los sujetos obligados, debemos remitirnos de igual manera que en el punto anterior a la Ley N° 25188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Allí se enuncian los sujetos alcanzados

60. Conti Nestor y Saumell María, *op. cit.*, p. 124.

61. "Aguier Hualde J.E s/ Falta de Mérito", Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Fallo del 6 de diciembre de 2005; ID SAIJ FA05260220.

62. En la Resolución N° 10/2017 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción (BO del 08/05/2017) se establece que el plazo de 30 días hábiles dispuesto por el presente artículo para la presentación de las declaraciones juradas patrimoniales iniciales comenzará a computarse a partir de habilitación de los formularios de carga por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos. El art. 1 de la Resolución N° 10/2017 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción (BO del 08/05/2017) prorroga hasta el día 31 de julio de 2017 el plazo de vencimiento para la presentación de las declaraciones juradas patrimoniales integrales correspondientes a las obligaciones anuales y bajas 2016.

por la norma a fin de cumplir con la obligación de la presentación de la declaración jurada patrimonial, previa notificación fehaciente que deberá ser cumplimentada por el organismo en donde ejerza funciones. El artículo 5 de la Ley de Ética Pública dice:

> Quedan comprendidos en la obligación de presentar la declaración jurada:
> a. El presidente y vicepresidente de la Nación;
> b. Los senadores y diputados de la Nación;
> c. Los magistrados del Poder Judicial de la Nación;
> d. Los magistrados del Ministerio Público de la Nación;
> e. El Defensor del Pueblo de la Nación y los adjuntos del Defensor del Pueblo;
> f. El Jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo nacional;
> g. Los interventores federales;
> h. El Síndico General de la Nación y los síndicos generales adjuntos de la Sindicatura General de la Nación, el presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación, las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás órganos que integran los sistemas de control del sector público nacional, y los miembros de organismos jurisdiccionales administrativos;
> i. Los miembros del Consejo de la Magistratura y del jurado de enjuiciamiento;
> j. Los embajadores, cónsules y funcionarios destacados en misión oficial permanente en el exterior;
> k. El personal en actividad de las fuerzas armadas, de la Policía Federal Argentina, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y del Servicio Penitenciario Federal, con jerarquía no menor de coronel o equivalente;
> l. Los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales;
> m. Los funcionarios o empleados con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, que presten servicio en la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, las entidades autárquicas, los bancos y entidades financieras del sistema oficial, las obras sociales administradas por el Estado, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y el personal con similar categoría o función, designado a propuesta del Estado en las sociedades de economía mixta, en las sociedades anónimas con participación estatal y en otros entes del sector público;

n. Los funcionarios colaboradores de interventores federales, con categoría o función no inferior a la de director o equivalente;
o. El personal de los organismos indicados en el inciso h) del presente artículo, con categoría no inferior a la de director o equivalente;
p. Todo funcionario o empleado público encargado de otorgar habilitaciones administrativas para el ejercicio de cualquier actividad, como también todo funcionario o empleado público encargado de controlar el funcionamiento de dichas actividades o de ejercer cualquier otro control en virtud de un poder de policía;
q. Los funcionarios que integran los organismos de control de los servicios públicos privatizados, con categoría no inferior a la de director;
r. El personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director;
s. El personal que cumpla servicios en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, con categoría no inferior a secretario o equivalente;
t. Todo funcionario o empleado público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o de recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras;
u. Todo funcionario público que tenga por función administrar un patrimonio público o privado, o controlar o fiscalizar los ingresos públicos cualquiera fuera su naturaleza;
v. Los directores y administradores de las entidades sometidas al control externo del Congreso de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la ley 24.156.
w. Todo el personal de los organismos de inteligencia, sin distinción de grados, sea su situación de revista permanente o transitoria, estará obligado a presentar las declaraciones juradas establecidas por la ley 26.857.

Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. Se deberá tener conocimiento acerca de la obligación de presentar la declaración jurada patrimonial, el sujeto activo debe saber que se le exige una conducta tendiente a manifestar su situación patrimonial ante la autoridad respectiva y debe estar consciente acerca de los elementos especiales de la autoría pertenecientes al tipo objetivo.

Es decir, se requiere que sea consciente de las implicancias que derivan de lo que es o fue su especial condición jurídica de funcionario públi-

co.[63] El autor debe obrar, además de tener el conocimiento y la voluntad, con el plus de la "malicia", al omitir la presentación de la declaración jurada patrimonial cuya obligación legal le compete. Así, se ha sostenido que

> La existencia de los mecanismos actuales de cruzamiento de información impide que pueda considerarse maliciosa la omisión de declarar juramentadamente la posesión de una tarjeta de crédito emitida en el exterior, pero utilizada en el país. Es que, como ya lo viene sosteniendo el Tribunal, la tipicidad subjetiva requerida por el artículo 268 (3), tercer párrafo del Código Penal al sostener que "...la figura señala que la omisión debe ser maliciosa, lo que significa que el agente debe obrar con -además de conocimiento y voluntad un plus intencional: el de no dar a conocer, para así inducir a error sobre su situación patrimonial (conf. Donna, E., "Delitos contra la administración pública", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 409). Y que debe traducirse a la malicia como la intención solapada de ocultar algo o expresarse equívocamente y así hacer incurrir en error sobre su situación patrimonial..." (causa n° 37.004, "FIDANZA, A. s/sobreseimiento", rta. el 7 de diciembre de 2004, reg. 1298; en el mismo sentido ver, de esta Sala, causa n° 36.886, "RACEDO, F.", rta. el 23 de noviembre de 2004, reg. 1249; causa n° 36.742, "SAVADA, Edelmiro s/sobreseimiento", rta. el 22 de octubre de 2004, reg. 1069; y el artículo de doctrina de Alejandro O. Tazza y Fernando Comparato, "El delito de omisión maliciosa de presentación de declaración jurada", LL, 2005-D, Buenos Aires, página 1078.

63. Donna, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial, op. cit.*, T. III, p. 458.

ENCUBRIMIENTO

(ART. 277 DEL CÓDIGO PENAL)

Por Rubén E. Figari*

INTRODUCCIÓN

Si hay un instituto que ha recibido uno de los más variados vaivenes legislativos es el encubrimiento en sus variadas formas. Es más, lo que empezó siendo históricamente una forma de participación, luego pasó a ser un delito autónomo, y en la actualidad paradójicamente parece perder dicho carácter, en especial a partir de la consideración en la normativa de la relación particular con el delito precedente.

Carrara ya advertía, al tratar el tema de la participación, que si esta no tiene existencia intelectual ni material con anterioridad al delito, sino que tanto la idea como la acción del tercero son posteriores, se hace menester hacer una nueva distinción:

> O el acto concebido y ejecutado posteriormente tiene por *fin único sustraer* al delincuente de las *persecuciones de la justicia*, o tiene *por objeto llevar* el delito a *ulteriores consecuencias*. En el primer caso no puede hablarse de *complicidad*, y surge un título delictivo autónomo, que se llama *encubrimiento*, delito *sui generis* que tiene por objeto la justicia pública. El derecho que el autor de este hecho pretende violar, y que lo viola efectivamente, no es, pongamos por caso, el derecho que el sujeto pasivo del delito tiene a la vida y a la integridad corporal, pues este derecho ya está violado por el autor del delito; el

* Abogado de la UNC. Doctor en Ciencias Jurídicas UN de LM. Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal UCC. Profesor de Derecho Penal I y II de la UNSL. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes, San Luis). Fue Juez de Instrucción en lo Crim. y Correc. en la 1ª Circ. de la ciudad capital de La Rioja; Juez de Cámara en lo Crim. y Correc. de la 1ª Circ. de la ciudad capital de La Rioja; y Juez de Cámara del Crim. en la 2ª Circ. Judicial de la Pcia. de San Luis. Miembro del comité de redacción de la Revista de Derecho Penal y Criminología de Editorial La Ley. Autor y coautor de veintisiete libros referidos al fuero penal y autor de más de sesenta artículos en revistas especializadas.

> derecho que el *encubridor* pretende violar y que efectivamente viola, es un derecho *universal*, esto es, el derecho que tienen todos los ciudadanos a que se respete de veras y a que no sea burlada y conculcada la justicia pública.[1]

Carrara afirma, citando a Mori, que los *fautores criminis* –fautores o encubridores del delito– fueron conocidos también en el Derecho romano pero dentro de la serie de participantes en los delitos ajenos, para hacer de ellos un concepto distinto de delincuentes con caracteres de objeto especial (en realidad, esto fue una elaboración de la ciencia moderna). Entonces cuando la ayuda es posterior, tanto material como intelectualmente, la doctrina le negó el concepto erróneo de la complicidad y. aunque se mantuvo la criminosidad del hecho, se creó el delito de "favorecimiento" –llamado en Alemania *crimen fautoratus*–, figura adherida al delito anterior pero no incluida en él. En español se llamaban encubridores.[2]

Señala Núñez que la autonomía reconocida a los distintos hechos de encubrimiento tiene su razón en que, material y subjetivamente, están al margen del proceso de causación del delito ya que objetivamente los hechos que conforman el encubrimiento no son ni anteriores ni concomitantes, sino posteriores al delito encubierto, y por consiguiente no pueden constituir aportes materiales para su producción ni están subjetivamente vinculados a ese proceso causal, ya que su comisión posterior no puede haber sido prometida a los partícipes del delito antes de ejecutarlo –art. 46 del Código Penal–. Dicha autonomía de los hechos se traduce, por un lado, en lo referente a la autonomía de su pena correspondiente a cada delito encubierto o subordinada en su especie y medida a la especie o medida de la correspondiente a ese delito, sino que es particular y exclusiva para los hechos de encubrimiento.[3]

No obstante lo aseverado con respecto a la autonomía del instituto, que se refleja en la frase preceptuada por la norma "tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado", se plantea la circunstancia, no imaginada por Núñez, de que no hay una pena única para los encubrimientos –seis meses a tres años de prisión–. A partir del punto segundo del artículo 277 se establece: "En el caso del

1. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, Bogotá, Temis, 2004, vol. I, § 478.

2. Ídem, vol. V, § 2822 y § 2824.

3. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, T. V, vol. II, p. 174.

inciso 1, c), precedente, la pena será de un mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito". En el punto tercero del mismo artículo, la escala penal se aumenta al doble de su mínimo y máximo, cuando el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, es decir alguno cuya pena mínima fuera superior a tres años de prisión, o bien si el autor actuare con ánimo de lucro, o si el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento, o si el autor fuere funcionario público. A ello se le puede agregar el encubrimiento pecuario del artículo 277 bis, que impone una pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación especial para el funcionario público que abusando de sus funciones, intervenga o facilite las actividades descriptas por la norma, la cual será analizada en su oportunidad y a la cual también se le adosa el encubrimiento pecuario culposo del artículo 277 ter con una pena de seis meses a tres años, es decir, equivalente al encubrimiento doloso del artículo 277, punto primero.

Con todo ello se puede apreciar que la tan mentada autonomía del tipo, de acuerdo a lo *ut supra* referenciado, se pone en jaque ya que la intención del legislador parece ser ligar el encubrimiento cada vez más a la punición del delito precedente o que se encubre. Esto se hace evidente con mayor nitidez al incorporar el encubrimiento agravado del artículo 277.2, los mencionados artículos 277 bis y 277 ter:

> Conforme a la redacción actual, en la que se prevén formas agravadas de encubrimiento –en virtud del ilícito que se encubre–, lo que denota que el legislador ha querido dar trascendencia no sólo al acto en sí de encubrir sino también analizar qué es lo que en definitiva se encubre...[4]

Esta circunstancia se debe a las sucesivas reformas que se han introducido en el delito, modificado por la Ley N° 23468 (25/11/1986, BO 26/01/1987), la Ley N° 25246 (05/05/2000, BO 11/05/2000-ADLA 2000 - C, 2805), la Ley N° 25815 (28/11/2003, BO 01/12/2003) y, finalmente, la Ley N° 26683 (17/06/2011, BO 21/06/2011).

Ahora bien, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 25246, no tenía nada que ver la penalidad de uno y otro delito. Sin embargo, la ley ha vuelto a crear una relación, en cuanto a la pena, con el delito anterior, siguiendo en este sentido el Proyecto de 1881.[5]

4. D'Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, 2009, T. II, p. 1385.

5. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª edición actualizada, 2012, T. III, pp. 508-509.

Si bien es notable que sobre la base del comentario anterior se advierta que el instituto del encubrimiento haya perdido, en cierta forma, su autonomía, en razón de que cada vez se pone más énfasis en su relación con el delito precedente o que se encubre; la cuestión presenta una faceta positiva, mirada desde el punto de vista de la punición, toda vez que no es lo mismo encubrir un hurto que un homicidio, por lo tanto la responsabilidad del encubridor debe ser diferente, como así también la condigna sanción.

De todas formas, y dejando a un lado las apreciaciones hechas anteriormente, se está en condiciones de afirmar que el aspecto que hace a la esencia del encubrimiento en cuanto delito autónomo se circunscribe al hecho de que el sujeto activo ayuda sin la existencia de una promesa anterior y, por ende, los actos idóneos que llevan el sello de "encubridores" son posteriores al hecho principal, el cual es objeto de encubrimiento. Se puede avanzar más en el razonamiento: si existe un conocimiento anterior, pero no ha mediado una promesa, la ayuda que se preste no la transforma en una participación por el hecho mismo del encubrimiento.

Por ello la doctrina ha entendido que debe partirse de que existen dos presupuestos, uno positivo y otro negativo, lo que se explica en el sentido de que debe existir un delito anterior (aspecto positivo) y no debe existir participación (aspecto negativo).

ANTECEDENTES NACIONALES

Cuando se aborda un tipo penal es mi costumbre tradicional hacer un repaso de los antecedentes legislativos nacionales, que normalmente comienzan con lo legislado por el Código Tejedor y continúan en los diferentes proyectos de reforma hasta llegar al Código de 1921 y a las posteriores reformas y proyectos. Pero dadas las características del presente trabajo, voy a enfocarme en las diferentes modificaciones –ya adelantadas *ut supra*– que introdujeron las leyes en el instituto en cometario.

En efecto, el Código de 1921 adopta el Título y el capítulo del Proyecto de 1917, así como el texto de sus artículos. En el título XI "Delitos contra la administración pública", dentro del Capítulo XIII "Encubrimiento", el artículo 277 originalmente decía:

> Será reprimido con prisión de quince días a dos años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes: 1º Ocultar al delincuente o facilitar su fuga para sustraerlo a la justicia; 2º Procurar la desaparición de los rastros o pruebas del delito; 3º Guardar, esconder, contraer, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos substraídos; 4º Negar a la autoridad sin motivo legitimo, el permiso de penetra en el domicilio para tomar la persona del delincuente que se encuentre en él; 5º Guardar habitualmente delincuentes u ocultar en la misma forma armas o efectos de los mismos, aunque no tuviere conocimiento determinado de los delitos; 6º Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo.

La Ley *de facto* N° 17567 en el Capítulo XIII del Título XI, referido a los "Delitos contra la Administración Pública", reestructura este artículo siguiendo en gran parte el sistema del Proyecto de 1960.[6]

La Ley N° 20509, sancionada el 27/05/1973 y promulgada ese mismo día, mes y año, deroga entre otras la Ley *de facto* N° 17567, por lo tanto se vuelve al texto original del Código Penal de 1921.

La Ley *de facto* N° 21338 retoma los textos de la Ley *de facto* N° 17567 con algunas variantes, sobre todo en lo referente a la punición. Se agrega el artículo 278 *quater*:

> El que, sin promesa anterior a los delitos previstos en los artículos 141, 142, 142 bis, 142 ter, 210 bis, 210 ter y 247 bis, tuvieran noticia de su ejecución y no lo denunciare de inmediato a la autoridad competente tendrá las penas previstas en tales artículos, reducidas de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de muerte se aplicará reclusión de quince a veinticinco años, y

6. La Exposición de Motivos con respecto al favorecimiento personal expresó que: "Hemos reestructurado el capítulo del encubrimiento con el fin de distinguir situaciones muy disímiles, que el Código vigente agrupa en pie de igualdad. Sustituimos la numeración que contienen los incisos 1º, 4º y 6º del Código, por la fórmula genérica del proyectado artículo 277". Con respecto a la receptación, dice: "Separamos el caso del inciso 3º vigente, por su indudable vinculación a la lesión patrimonial. También sustituimos la enumeración por otra más breve, pero más comprensiva en lo que se refiere al título en cuya virtud se tiene el objeto (compra, venta, etc.)". En cuanto a la receptación de cosas de procedencia sospechosa, se aduce: "Modificamos el caso contenido en el C. Penal, 277, 5º. La fórmula tiende aclarar que se castiga la temeridad, o el desprecio voluntario, en beneficio propio, de las normas del honesto intercambio de objetos". Por último, con atinencia al favorecimiento real –art. 278 ter– se explica que: "Es la hipótesis del C. Penal, 277, 2º, o sea el encubrimiento referido a pruebas y efectos" (Cfr. Zaffaroni, Eugenio y Arnedo, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, AZ, 1996, T. VII. pp. 96-97).

si fuere de reclusión o prisión perpetua se aplicará reclusión de quince a veinte años o prisión de diez a quince años, respectivamente. Las mismas escalas se aplicarán en los casos de los artículos 277 y 278 ter.

La Ley N° 23077 de 1984 derogó la Ley *de facto* N° 21338, por lo que se volvió al texto original del Código Penal de 1921 con la Ley de fe de erratas N° 11179.

La Ley N° 23468 de 1986 (BO 26- I-87) introdujo modificaciones sustanciales al texto original. El artículo 277 establece:

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes:1º Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo;2º Procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo;3º Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabia provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual la pena se elevara al doble".

El artículo 278 consigna:

El que, con fin de lucro, adquiere, recibiere y ocultare dinero, cosas o efectos que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito, será reprimido con prisión de tres meses a dos años. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual, la pena se elevará al doble.

Finalmente, el artículo 279 reitera la exención de pena:

Están exentos de pena los que hubieren ejecutado un hecho de los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud. La exención de pena a que se refiere el párrafo anterior no se aplicará al que haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito o al que haya obrado por precio.

Posteriormente, la Ley N° 25246 del 2000 (BO 10/05/2000) introduce importantes modificaciones con una estructuración diferente, se crea así un artículo 277 extremadamente largo y además se incluye el cambio de rúbrica del capítulo XIII, que se denomina "Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo". Por ejemplo, el inciso 1 d) impone una punitiva al que no denunciare la perpetración de un delito o

no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole. El inciso 2 aumenta la escala penal al doble de su mínimo y máximo, cuando el hecho precedente sea un delito especialmente grave, o sea algún delito cuya pena mínima fuera superior a tres años de prisión; o cuando el autor actúe con ánimo de lucro; o se dedique con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento; y dispone que la agravación de la escala penal prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena. El artículo 278 se refiere al lavado de activos financieros. El artículo 279 en sus apartados 1, 2, 3 –autor funcionario público– y 4 legisla sobre la aplicación de la escala penal con referencia al delito precedente.

La ley N° 25815 de 2003 (BO 01/12/2003) no produce modificaciones de trascendencia, salvo la introducción en el texto del artículo 277 de la receptación sospechosa, que anteriormente figuraba en el artículo 278 y fue derogada al incorporar en dicha norma el lavado de activos de origen delictivo. También se modifica el inciso 3 del artículo 279 y queda intacto el artículo 278.

El Anteproyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación (MJDHN), en el Título XIII, denominado "Delitos contra la administración pública", aborda el encubrimiento en el Capítulo XII a partir del artículo 320 referido al encubrimiento personal, cuyo diseño no difiere de las anteriores redacciones. El artículo 321 aborda conjuntamente el lavado de activos y el encubrimiento real, y el artículo 322 legisla sobre la exención de pena.

Finalmente, la Ley N° 25890 de 2004 (BO 21/05/2004) le da autonomía al abigeato y entre sus normas conexas introduce los artículos 277 bis y 277 ter, referidos al encubrimiento pecuario por parte de un funcionario público y al encubrimiento culposo por alguna de las personas indicadas en el artículo 167 quáter del inciso 4.

La Ley N° 26087 de 2006 (BO 24/04/2006) introduce una modificación en el inciso 4 del artículo 277 e incorpora el inciso 5 del artículo 278, referido a que la exención de pena del artículo 277 inciso 4 no será de aplicación a ninguno de los supuestos contemplados en ese artículo.

La Ley N° 26683 de 2011 (BO 21/06/2011) reforma la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI del Código Penal, que pasa a denominarse "Encubrimiento". El artículo 278, con otra redacción, pasa a conformar otro Capítulo titulado "Delitos contra el orden económico y financiero", se renumeran los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal y se sustituye el artículo 279 del mismo ordenamiento.

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal de 2014, en el Título XV "Delitos contra la administración pública", Capítulo XII "Encubrimiento", lo trata a partir del artículo 279 con un diseño similar al vigente.

ESTADO ACTUAL DEL INSTITUTO

Al hacer un detallado análisis de las diferentes redacciones que se aplicaron en los códigos y proyectos delineados en los acápites anteriores, es observable, como se dijo al inicio de este trabajo, que el instituto del encubrimiento ha sufrido tantos vaivenes legislativos a través de su historia –en algunos casos para adaptarlo a las circunstancias temporales y coyunturales del momento y en otros introduciendo cuestiones impropias a la génesis del instituto– que, sin lugar a dudas, se puede decir que es uno de los delitos que más marchas y contramarchas ha sufrido. En definitiva, los textos vigentes, con la reforma recientemente introducida por la Ley N° 26683, que serán motivo de análisis, son los siguientes:

Artículo 277:

1. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
   a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
   b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
   c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
   d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2. En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.
3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:
   a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquél cuya pena mínima fuera superior a tres años de prisión.
   b) El autor actuare con ánimo de lucro.
   c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
   d) El autor fuere funcionario público.
   La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.
4. Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado a favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).

Artículo 277 bis:
Se aplicará prisión de tres a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

Artículo 277 ter:
Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

Artículo 279:

1. Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2. Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil pesos a veinte mil pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.
3. Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres a diez años.
   La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.
4. Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la ley vigente, el delito de encubrimiento se encuentra en nuestro Código Penal dentro del Título "De los delitos contra la administración pública", aunque en realidad lo que se lesiona es la administración de justicia en su dimensión destinada a comprobar la existencia de un delito y a individualizar a sus autores o participes, lo cual se ve entorpecido por la conducta del encubridor. Scimé afirma que se trata de un delito que afecta la administración de justicia, pero agrega que se trata de uno que está vinculado en forma indefectible con otro, que resultará ser el que se había encubierto.[7]

Otra parte de la doctrina, si bien acepta este postulado, aduce que también se encuentra vulnerado el bien jurídico patrimonio.[8] En realidad no se puede dudar que el encubrimiento, como un delito de relativa autonomía –según se ha visto más arriba– atenta contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia pues puede llegar a constituir un obstáculo para su funcionamiento en tanto dificulta el descubrimiento de los delitos y la consiguiente persecución. Sobre esto entiendo que no hay conflictos interpretativos.

7. Scimé, Salvador *El delito de encubrimiento por favorecimiento personal, en su específico aspecto subjetivo*, LL 1995-E-116; Millán, Alberto, *El delito de encubrimiento*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 39.

8. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, T. VII, p. 152.

FAVORECIMIENTO PERSONAL

El punto 1 inciso a expresa: "Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta".

Aspecto objetivo

La acción típica es positiva y consiste en una ayuda prestada para eludir la investigación de la autoridad o para sustraerse a la acción de esta.

Ayudar implica una conducta destinada a colaborar con el autor o participe del delito principal, o sea que, en este caso el encubridor, con su accionar beneficia a una tercera persona, quien es el que interviene en cualquiera de las formas previstas para la comisión del delito –autor, coautor, partícipe, instigador– en el hecho precedente.

Millán desdobla las acciones típicas en dos: ayudar a eludir las investigaciones de la autoridad y sustraerse a la acción de esta, es decir que da a entender que son conductas alternativas.[9] Buompadre no concuerda con ello, entiende que el tipo especifica una sola modalidad de conducta, que es la de ayudar –tanto a eludir como a sustraerse–. Son conductas complejas que, en definitiva, confluyen en un solo y mismo comportamiento: ayudar.[10]

Si bien es cierto que la acción típica consiste en ayudar, parece ser que le asiste razón a Millán en el sentido de que esa ayuda puede erigirse en dos tramos distintos y alternativos (adviértase la conjunción disyuntiva "o"). Una cosa es la actividad que despliega la persona que de cualquier modo, mediante actos positivos, favorece, facilita o hace posible que alguien eluda, en el sentido de evitar o sortear las investigaciones de la autoridad, ya sean indagaciones o averiguaciones policiales o judiciales que tiendan a descubrir a los autores o partícipes del delito precedente; y otra la de sustraer a alguien a la acción de la autoridad, que en este caso es una acción elusiva, ocultativa a la autoridad que lo busca o está en una presunción de su búsqueda y que se puede concretar mediante un ocultamiento físico, facilitación de la fuga u

9. Millán, Alberto, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

10. Buompadre, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Mave, 2001, p. 479; y 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, p. 153.

otro acto similar. Se trata de una cuestión gradual: en el primer caso, la persona que realiza el favorecimiento personal lo hace respecto a un tercero que trata de evitar la investigación de la autoridad; en el segundo caso ya se está ante un ocultamiento físico para que el autor o partícipe del delito precedente se sustraiga a la acción de la autoridad, es decir, a su aprehensión. Creo que a eso apuntan Creus - Buompadre al señalar que este favorecimiento está destinado a impedir el descubrimiento de los autores o partícipes y determinar las correspondientes responsabilidades –aunque las investigaciones no estén todavía en curso cuando se presta la ayuda– o a sustraer al favorecido de la acción de la autoridad, es decir, impedir que se consiga llegar a él por cualquier medio –ocultamiento, facilitamiento de fuga, etcétera–.[11]

Fontán Balestra reafirma esta posición, al señalar que si bien la acción es una sola, ayudar, vale aclarar que

> La ayuda debe ser prestada para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a la acción de la misma. *Son dos cosas distintas*: las investigaciones de la autoridad pueden estar dirigidas en cualquier sentido, en tanto tiendan a la averiguación del delito, de sus autores o partícipes y aún de la culpabilidad. Debe ayudarse a alguien *a eludir esas investigaciones*, de modo que resulta materialmente necesario que el favorecido se vincule de algún modo a ellas. Ayudar a que alguien *se sustraiga* a la acción de la autoridad, supone eludir la detención.[12]

Por eso se dice que la conducta no solamente abarca el ocultamiento del autor del delito o la facilitación de su fuga, sino que también contempla el supuesto previsto en el inciso 4 de la legislación anterior, negar a la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso de penetrar en el domicilio para aprehender al delincuente que se encuentra en él. Se alega que en tal supuesto no se afecta la inviolabilidad de domicilio protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, siempre y cuando exista un requerimiento legítimo de la autoridad competente –llámese orden de allanamiento– para ingresar al inmueble. Si falta tal exigencia o es formalmente insuficiente, la negativa al ingreso es legítima, pero ello no

11. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. II, p. 374.

12. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, pp. 454-455. La primera cursiva me pertenece.

justifica la conducta del morador si en realidad oculta al delincuente.[13] Donna destaca que puede resultar dudoso que no permitir el ingreso al domicilio pueda ser una acción típica, ya que en todo caso es necesaria la orden de allanamiento librada legalmente por orden del juez competente, de modo tal que si la policía intenta entrar a un domicilio sin dicho requisito, este es un motivo legítimo para impedir el ingreso a la morada y por ende no se tipificaría el delito en cuestión.[14]

Para despejar las dudas se debe recurrir a los ordenamientos procesales. Por ejemplo, en el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), dentro del Título III "Medios de prueba", Capitulo II "Registro domiciliario y requisa personal", el artículo 224 determina las modalidades del registro domiciliario, el artículo 225 trata sobre el allanamiento de morada y el artículo 227 regula el allanamiento sin orden.

El Proyecto de 1917 utilizó la expresión "delincuente", que pasó al Código de 1921 y también se repitió en el Proyecto de 1937 y de 1953. Ya en el Proyecto de 1941, Peco usaba la expresión "a alguno", tal como lo hacía el posterior Proyecto de 1951. Es recién con el Proyecto de 1960 que aparece la palabra "alguien" que se reitera en las Leyes de facto Nº 17567 y 21338 hasta el presente, salvo algunos interregnos producto de las Leyes N° 20509 y 23077.

Moreno (h), al comentar el texto del Código de 1921, explica que al referirse la norma al "delincuente" no hace distinción entre condenados o procesados porque si de lo que se trata es de contrariar la acción social, en igual situación se encuentra el procesado como el condenado y por ello la ley comprende a ambos: "De manera que el delito de encubrimiento se consuma, no sólo ocultando o facilitando la fuga del sentenciado, sino la del acusado a quien la autoridad busca por haber cometido un hecho calificado de delito".[15]

13. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, T. V, p. 262. La falta de la condición de los requisitos procesales es motivo para oponerse, pero ello no obsta a la responsabilidad por ocultación si el delincuente efectivamente fue ocultado. En tal caso el delito no consistiría en haber negado permiso de acceso a la autoridad, sino en haberlo dado al delincuente, de modo que esta forma de encubrimiento constituye un caso calificado de resistencia, contenido el art. 239 del CP. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 181; Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 97.

14. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T.III, pp. 528-529.

15. Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi Editor, 1923, T. VI, p. 337.

La expresión "delincuente" originaria y luego derogada fue criticada por la doctrina porque algunos limitaban su alcance a un sujeto con condena firme, no obstante que, como se expuso en el párrafo anterior, Moreno (h), Gómez y Oderigo opinaban lo contrario. Para ellos la referencia "delincuente" no aludía al autor de un delito ya declarado tal por la justicia, sino a una persona sindicada como autor de un delito. Esto ha llevado Núñez a decir que

> La opinión prevaleciente no ha restringido su alcance al de condenado, sino que lo ha extendido al de procesado; o acusado, imputado o perseguido; o prófugo, aunque éste sea desconocido para la autoridad, porque lo esencial es que el encubridor sepa o malicie que la persona es perseguida o existe razón para que sea sospechada como autora o partícipe de un delito.[16]

Souriges y Straccia reparan en que la ley dice que la ayuda debe brindarse "a alguien". Esto quiere decir por un lado que, al estar dirigida a un tercero, se descarta la punibilidad del autoencubrimiento. Se preguntan por qué el legislador se ha referido de ese modo al sujeto favorecido, y no como en los casos de los subincisos b, d y e, en los que se lo individualiza como el "autor o partícipe". Concluyen que si bien la doctrina ha entendido que la persona que recepte la ayuda constitutiva del favorecimiento debe ser aquel que ha intervenido en calidad de autor o partícipe del delito precedente, lo cierto es que, al estar compuesta por una terminología más indefinida, la ley parece haber pretendido abarcar otras situaciones (como por ejemplo la de un testigo del hecho que con su accionar favorece al autor o partícipe).[17]

Por su parte, Donna sostiene que cuando la norma se refiere a alguien no está hablando de cualquier persona, sino de aquel que ha intervenido en un delito anterior como autor o partícipe. Según él, si la ayuda es prestada a un tercero que no ha intervenido de la manera antes apuntada en el delito, aunque se brinde con el fin de eludir la investigación de la autoridad o para sustraerse, dicha conducta no encuadra en este inciso. Desde esta perspectiva, por ejemplo, quien ayude a huir a un testigo no será autor de encubrimiento. Por la redacción

16. Por todos, Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, pp. 179-180.

17. Souriges, Jorge y Straccia, María, *El delito de encubrimiento según la ley 25.246*, *LL* 2000-F-402, citados por Figari, Rubén, *Encubrimiento y lavado de dinero (Ley 25.246)*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 39.

de este inciso, "alguien" puede tratarse tanto de un condenado como de un simple imputado, procesado o no. Lo que debe resaltarse es que no se podrá condenar por encubrimiento hasta tanto no se tenga condena firme en el hecho que se ha encubierto, y luego deberá dejarse en suspenso de juicio hasta ese momento.[18]

Sentadas estas disquisiciones sobre el término *alguien* y habiendo aclarado el alcance de esta palabra, resulta de trascendencia aclarar otros conceptos, por más que sus definiciones sean llanas. Es evidente que por *ayuda* debe entenderse toda conducta enderezada a facilitar o a hacer factible que la persona encubierta o favorecida pueda lograr el objetivo, justamente de evitar las averiguaciones policiales o judiciales destinadas a determinar su calidad de partícipe o autor del o de los delitos precedentes que dan lugar al encubrimiento. Esta ayuda, como se dijo *ut supra*, puede tener también como finalidad la sustracción a la acción de la autoridad, por medio del ocultamiento físico, facilitando la fuga o cualquier acto de similar característica, aunque no se logre su fin. Quedan descartados los apoyos, sustentos morales o consejos porque es requisito que sea una acción positiva idónea para conseguir el fin que se ha propuesto.

En cuanto al término *autoridad*, se refiere a la que resulta competente para investigar el delito o para aprehender a los autores o sus partícipes. Generalmente se hace alusión a la autoridad judicial y/o a quienes resultan sus auxiliares, como la autoridad policial –policial judicial o policial común, en los casos en que no exista la primera–, pero con el sistema acusatorio que prácticamente ha sido adoptado por la mayoría de los códigos procesales, debe agregarse al Ministerio Público.[19]

El sujeto activo puede ser cualquier persona, incluida la propia víctima del delito. No puede ser el autor, el que se autoencubre ni tampoco el encubrimiento del otro partícipe del hecho, con excepción del supuesto en que sea realizado por quien ya ha sido condenado por el delito, puesto que en ese caso no puede decirse que actúa en defensa de su anterior interés en no ser descubierto, o sea que se autoencubra. De hecho el autoencubrimiento no es punible en virtud del derecho de defensa que le asiste a toda persona sospechada de un hecho delictivo.[20]

18. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, pp. 529-530.

19. Idem, *op. cit.*, p. 531.

20. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, pp. 481-482.

Aspecto subjetivo

Se trata de un delito de carácter doloso de dolo directo. En este sentido, Soler afirma que el encubrimiento requiere como elemento positivo no solamente la preexistencia material de un hecho delictivo, sino además el conocimiento de que el sujeto a quien se oculta está perseguido por la justicia, que el rastro que se borra corresponde a un delito o que el objeto que se esconde proviene de un delito. Esto significa que se requiere el conocimiento del delito anterior, y que ese conocimiento –positivo y actual, en el momento de prestar el auxilio– no puede ser sustituido por un "debía saber", ni por un sistema de presunciones derivadas de la mera tenencia de objetos provenientes de un delito. Ese carácter subjetivo específico del encubrimiento no ofrece dudas en lo que respecta a la ocultación –favorecimiento personal–, en el cual la ley expresamente requiere, además, el *fin* de substraer el sujeto a la justicia. En esta hipótesis, es necesario el conocimiento de que se trata de un sujeto requerido por la justicia o que debería serlo, en virtud de lo que *se sabe* que ha hecho.[21]

Para Núñez la ocultación encubridora requiere que el autor oculte al delincuente –según la antigua expresión– para substraerlo a la justicia, o sea, a la autoridad que lo busca o lo puede buscar, y esta finalidad presupone la conciencia de que se trata de un delincuente o de un posible delincuente. En consecuencia, desde esta perspectiva no se requiere que el encubridor sepa acabadamente cuál es el delito cometido, sino que basta con que malicie que alguno se pueda haber cometido.[22] Con ello Núñez admite que puede darse el dolo eventual.

Creus - Buompadre parten de la base de que es un delito doloso que requiere el conocimiento de la ocurrencia del delito anterior y la relación que lo une con aquel a quien se favorece. Para ellos la duda sobre tales circunstancias equivale al conocimiento; es indiferente que no se sepa la especie de delito, siempre que el agente conozca la realidad de su ocurrencia. Sin embargo al menos debe existir en el autor la sospecha de la ocurrencia, no se requiere que tenga el deber de saber; y a ese conocimiento tiene que agregarse la voluntad de ayudar al sujeto con las finalidades típicas, por lo cual se configura a través del dolo directo.[23]

21. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, pp. 257-258.

22. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, pp. 180-181.

23. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 376.

Donna enfatiza que en tanto dolo directo, comprenderá el conocimiento de todos los componentes del tipo objetivo, tanto en la faz positiva como negativa y la voluntad encaminada al favorecimiento personal que se procura, de manera tal que la mera sospecha nunca resulta suficiente.[24] Critica a Creus por participar de la idea de que la sospecha se equipara al conocimiento, aunque como se mencionó, este autor admite finalmente el dolo directo.

Consumación y tentativa

La consumación del delito tiene lugar en el momento en que el sujeto activo realiza un comportamiento favorecedor, sin necesidad de que tenga éxito, y ese "alguien" favorecido logre eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a su acción. De modo que se trata de un delito formal, de pura actividad, de peligro concreto, instantáneo y de efectos permanentes.

Con respecto a la tentativa, las opiniones son dispares. Algunos entienden que no es factible,[25] otros la consideran admisible.[26] La admisibilidad o no de la tentativa depende de la consideración que se le dé a los denominados "delitos formales" o, más precisamente, "tipos

24. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 531; Buompadre, Jorge, op. cit., p. 482 y *op. cit.*, p. 155; Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 105; Laje Anaya, Justo - Gavier, Enrique *Notas al Código Penal argentino*, Córdoba, Marcos Lerner, 1996, T. III, p. 203. Si bien ellos admiten el dolo directo, acotan que en el aspecto cognoscitivo puede darse la duda respecto de la condición de la persona favorecida que no beneficia al autor. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II p. 1391); Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2007, T. II, pp. 851-852. Ellos, por otro lado, afirman que el conocimiento debe ser positivo y actual y no puede ser sustituido por un "debía saber", en el caso de que el agente no lo supiera ni lo sospechara, pues se requiere un conocimiento expreso de que la persona a la que se le brinda ese favorecimiento es requerida por la justicia. Esto da la pauta de que se inclinan por el dolo directo, aunque también resaltan que: "El encubridor debe, cuando menos sospechar –la duda equivale al conocimiento– que está ayudando al probable actor o partícipe en un delito". Scimé, Salvador, *op. cit.*, *LL* 1995-E- 116; Villada, Jorge, *Delitos contra la administración pública*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 553.

25. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, pp. 156 y 483; Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 554; Laje Anaya, Justo - Gavier, Enrique, *op. cit.*, T. II, p. 203; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 375: "Aunque en algunas formas de ayuda se podría pensar en posibilidades de tentativa, muy difícilmente se dará un acto ejecutivo que ya no sea consumativo".

26. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 452; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 188; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 534; Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, *op. cit.*, T. II, p. 852; D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1392.

formales" o "de pura actividad". No obstante, esta clasificación ha sido calificada de poco acertada y el hecho de que se considere que en los delitos formales no se pueda dar la tentativa es bastante discutible.

FAVORECIMIENTO REAL

El punto 1, inciso b dice: "... ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer...".

Se advierte una doble modalidad comisiva en el texto de la norma. En el primer párrafo, se tipifica la acción de ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros, pruebas e instrumentos del delito, conductas que despliega solamente el encubridor. En el segundo párrafo, las acciones son las mismas pero se relaciona al sujeto activo encubridor con el autor o partícipe del delito precedente, en el sentido de que requiere una ayuda del primero para realizar las conductas descriptas en el primer párrafo.

La característica que prima, al igual que en el favorecimiento personal, es la existencia de un delito anterior o precedente y, obviamente, la carencia de participación del encubridor en dicho hecho.

El favorecimiento real opera como un beneficio a un tercero y tiene como objeto no su favorecimiento en cuanto a su persona, sino en cuanto a las cosas, a los objetos de los que se busca la desaparición, el ocultamiento o la alteración de estos objetos. No cabe duda de que el objetivo de estas conductas favorecedoras también es lograr la impunidad del autor o partícipe mediante acciones que recaen sobre los elementos, tengan o no un significado imputativo.[27]

Explica Donna que con la redacción anterior del Código, en la que se hablaba de "procurar" o "ayudar a procurar", se desprendía de tales acciones una doble modalidad, porque la primera de ellas se relacionaba con el hecho principal, mientras que la segunda se vinculaba con un hecho accesorio del principal, que podía ser cometido tanto por un partícipe del delito anterior como por un partícipe que desplegara la acción principal del favorecimiento real. Según Millán, se podía afirmar que se trataba del colaborador que ayudaba a un tercero, que actuaba de manera inocente, siempre que el colaborador conociera el origen de la cosa.[28]

27. Figari, Rubén, *op.cit.*, p. 70.

28. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 140.

Procurar, según el texto anterior, equivalía a intentar, a hacer todo lo posible, diligencias o esfuerzos, para lograr la desaparición de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o el aseguramiento del producto o provecho de aquel. Es decir que se requería la finalidad con independencia del fin propuesto por el agente.[29]

Desde luego que con la nueva redacción la situación cambia, porque con los anteriores términos "procurar" o "ayudar a procurar" las acciones típicas requerían una finalidad específica –tratar de conseguir un objetivo– aunque no se lograra, en tanto que ahora se ha convertido en un delito de resultado.[30]

Aspecto objetivo

Ocultar implica disimular, hacer que no sean visibles, tapando o escondiendo las cosas de cualquier manera, incluso trasladarlas de modo que se desconozca el paradero. Para Millán la ocultación también puede consistir en callar cuando existe el deber legal o contractual de pronunciarse.[31]

Altera consiste en cambiar, modificar, transformar la cosa en otra distinta para hacerla irreconocible; modificar su esencia, forma, color, apariencia, tamaño, de manera que no sea ni parezca la misma cosa o, en su defecto, que no se adapte para lo que servía.[32]

Hacer desaparecer es destruir, suprimir o quitar la cosa del lugar donde se encontraba con el objeto de impedir que la autoridad la utilice. Esto se puede dar mediante la quema, lavado, borrado, evaporación, dilución, pintado, etcétera.

En definitiva, estas conductas tienen como fin distorsionar determinados objetos que son importantes para la investigación, como son los rastros, pruebas o instrumentos del delito, que en las primeras etapas de la investigación, sobre todo, pueden llegar a dilucidar un hecho delictivo.

Los *rastros* vendrían a ser las huellas, vestigios o señales que quedan en las personas, lugares o cosas relacionadas con el delito. Por ejemplo, limpiar el arma de fuego o un arma blanca para evitar que se detecten

29. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 537.

30. Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, *op. cit.*, T. II, p. 852; Figari, Rubén, *op. cit.*, p. 69. En contra, Laje Anaya, Justo - Gavier, Enrique, *op. cit.*, T. II, p. 640.

31. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 142.

32. Ídem, *op. cit.*, p. 142.

huellas digitales, lavar la ropa manchada con sangre, quitar del piso huellas de pisadas para evitar su detección, etc.[33] No lo son los vestigios inmateriales, como los recuerdos que alguien puede conservar del hecho y que el agente, confundiendo a la persona logra que se olvide.[34]

Las pruebas en términos genéricos son los medios que puedan conducir a la comprobación del hecho y a su autor o partícipe. Esto cubre un abanico de posibilidades muy amplio, sobre todo cuando se siguen diferentes hipótesis de investigación. Entonces se puede tratar de documentos, testimonios, signos, objetos, evidencias o indicios de cualquier naturaleza. Moreno Rodriguez define la prueba en varias acepciones:

> a) En un sentido comprende la actividad desplegada durante el transcurso del proceso y enderezada a corroborar el *hecho* constitutivo de su *objeto*. En el *proceso penal* el objeto es el hecho atribuido a una persona como configurativo de un *delito*. b) También refiere el método a través del cual pueden recogerse los datos cuya regulación se efectúe mediante los denominados medios de prueba. c) Es también la demostración legal de un hecho cierto. O la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, por los medios autorizados por la ley.[35]

Asimismo, se puede recurrir a la opinión autorizada de Cafferata Nores - Hairabedian, quienes en un sentido amplio esgrimen la noción de prueba como lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, noción que, llevada al proceso penal, implica todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que son investigados y respecto de los cuales se pretende aplicar la ley sustantiva. Pero ya visto desde una óptica más estricta, desde el punto de vista técnico, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando en el léxico jurídico ordinario no siempre se los distinga con precisión: a) el elemento de prueba; b) el órgano de prueba; c) el medio de prueba y d) el objeto de la prueba.[36]

---

33. Buompadre, Jorge, en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, *op. cit.*, T. 11, p. 157.

34. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 539.

35. Moreno Rodríguez, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

36. Cafferata Nores José - Hairabedian, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 7ª edición, 2011, pp. 3-4 y 18.

Los *instrumentos del delito* son aquellas herramientas o todo tipo de elemento de los que se ha servido el autor para cometer el delito, ya sea culposo o doloso, por eso puede abarcar desde armas, llaves, ganzúas, teléfonos celulares, hasta el vehículo en un accidente de tránsito.

Aspecto subjetivo

Se trata de un delito doloso de dolo directo, aunque en esto no son contestes las opiniones.

Creus - Buompadre en principio son partidarios de que el favorecimiento real es un delito doloso en cualquiera de sus formas "y compatibles sólo con el dolo directo" porque el encubridor no sólo debe estar en conocimiento de la perpetración del delito precedente, sino también de la relación existente entre este y los objetos. "Sin embargo, es suficiente el dolo eventual en lo que se refiere a la finalidad de entorpecimiento de la actividad de la autoridad",[37] afirman.

Según Buompadre se trata de un delito doloso compatible únicamente con el dolo directo, ya que el encubridor no sólo debe tener la voluntad de realizar las acciones típicas, sino que debe conocer que esas acciones están conectadas a rastros, pruebas o instrumentos pertenecientes a un delito. Él da el ejemplo de que si el sujeto desconoce que al lavar el piso del lugar implica borrar las pisadas o las manchas de sangre dejadas por el delincuente, no podrá imputársele subjetivamente la conducta. Concluye entonces que no parece admisible el dolo eventual.[38]

Fontán Balestra sostiene que con la nueva redacción, se trata de un delito doloso de dolo directo.[39] Mientras que D'Alessio postula tanto el dolo directo como el eventual, sustentándose en el argumento de que en las hipótesis previstas en los subincisos b y e se requiere del autor un actuar doloso, en el sentido de que el sujeto activo específicamente conozca y sepa a través de su accionar que brinda o presta ayuda para el favorecimiento real, con el fin de hacer desaparecer, ocultar o alterar

37. Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, pp. 378-379.

38. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 485; e ídem en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial, op. cit.*, T. 11, p. 157; Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 553.

39. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, libros electrónicos. Actualización por Guillermo Ledesma.

los rastros, pruebas o instrumentos del delito o ayudar al autor a tales fines, de lo que se desprende que resulta atribuible a título de dolo.[40]

Donna sugiere que con la actual reforma sería posible el dolo directo de segundo grado pero parece difícil admitir el dolo eventual pues se trata de ocultar, hacer desaparecer, etc. rastros del delito anterior, de manera tal que si la persona ignora tal circunstancia, no podrá imputársele subjetivamente tal hecho. Según él, es por ello que si alguien por ejemplo limpia un lugar donde se cometió un delito sin la finalidad establecida por la norma, la conducta sería atípica:

> En síntesis, el agente debe conocer y saber que mediante su conducta está brindando su ayuda para el favorecimiento real, para lograr la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o ayudar al autor a tales fines.[41]

Laje Anaya - Laje Ros consideran que el tipo admite el dolo eventual porque ha dejado de exigirse que el autor conozca el origen delictivo, lo que anteriormente se expresaba con el término "a sabiendas", o determinado como dolo específico. Agregan que,

> ... sin embargo, la pena que corresponde aplicar al autor que obra con dolo eventual no puede ser resuelta por el juez disminuyendo la pena en razón de la menor culpabilidad existente en ese estado cognoscitivo o valorativo del ejecutor, sino que, ahora, pasa a ser regulada de manera excluyente por el inc. 2 del art. 277, inserto a esos efectos, por la ley 25.815.[42]

Personalmente, considero imperante la postura que aboga por el delito doloso de dolo directo, en la medida que el sujeto activo debe conocer y saber que mediante su actividad procura el favorecimiento real y que con sus actos cumple los requisitos establecidos por la norma.

Consumación y tentativa

El acto consumativo se perfecciona cuando se realizan algunas de las acciones previstas en la norma –ocultar, alterar o hacer desaparecer–, de modo que con esta nueva redacción se ha convertido en un delito de resultado pues el tipo requiere, para su consumación, que la

40. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1396.

41. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, pp. 540-541.

42. Laje Anaya, Justo - Laje Ros, Cristóbal, *Notas al Código Penal Argentino. Reformas. Actualización*, Córdoba, Alveroni, 2006, p. 358.

acción vaya seguida de la causación de un resultado que en concreto consiste en logar la efectiva ocultación, alteración o desaparición. Anteriormente, al utilizar la palabra "procurar" –tratar de conseguir– se lo consideraba un delito de pura actividad, pues era suficiente con que se intentaran los resultados enunciados por la ley, con prescindencia de que se lograran[43] y es admisible la tentativa.

Fontán Balestra sigue esta misma tendencia, en el sentido de que no es necesario para la consumación que el fin perseguido de sustraer a las investigaciones determinados elementos de prueba o asegurar el provecho del delito se logre; el hecho se perfecciona con la actividad descripta, consistente en ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito (inc. 1.b), o en asegurar el producto o provecho del delito (inc. 1.e). En efecto puede ocurrir que, no obstante que se lleven a cabo dichas acciones, la autoridad descubra los elementos ocultos o alterados o se incaute del producto o provecho del delito. En cambio, en la acción de hacer desaparecer parecería que esto no es posible.[44] En definitiva, se puede deducir que considera que se trata de un delito de resultado y que la tentativa es procedente en las dos primeras acciones, pero no así en la tercera (hacer desaparecer).

En otra posición se encuentran los que sostienen que el favorecimiento real es un delito de pura actividad, de peligro concreto e instantáneo, que se consuma con la realización de las acciones típicas sin que se requiera de ningún resultado, como podría ser la frustración de la investigación.[45] Según este criterio, sí se admite la tentativa.

---

43. Figari, Rubén, *op. cit.*, p. 69. Así también, Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 543: "Se trata ahora de ocultar, alterar o hacer desaparecer rastros, pruebas o instrumentos del delito. De esta manera se ha convertido este inciso b), en un tipo de resultado, ya que la acción tiene que haber llegado a un fin, de modo que las conductas anteriores a ese resultado o son tentadas, debido a que hubo un comienzo de ejecución, o son actos preparatorios"; Souriges, Jorge - Straccia, María Verónica, *op. cit.*, LL 2000-F-402; Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, *op. cit.*, T. II, p. 852; y Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 147.

44. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, libros electrónicos.

45. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 485; e ídem Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coorc.), *op. cit.*, T. 11, p. 158; Laje Anaya, Justo - Gavier, Enrique, *Notas al Código Penal argentino. Actualización a la primera edición*, Córdoba, Marcos Lerner, 2000, p. 640; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 378; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 183. Con la antigua redacción, Núñez afirmaba que no era necesario que el autor haya hecho desaparecer los rastros o pruebas o que la justicia efectivamente se frustre, sino que basta que se haya intentado hacerlo, pues se trata de un delito formal.

RECEPTACIÓN

El punto 1, inciso c habla de la receptación de efectos de esta manera: "Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

Esta normativa reemplaza al inciso 3 del artículo 277, que en su anterior redacción hacía referencia en la última parte se a la intervención con el fin de lucro –que ahora se imbrica en el punto 1, inc. e, primera parte– y a la habitualidad –que se traslada al punto 1, inc. c, de la segunda parte–.

Núñez apreciaba que esta forma de encubrimiento se caracterizaba por su vinculación con los delitos contra la propiedad, pues contribuía a consolidar la lesión que estos delitos ocasionaban a la propiedad ajena –repitiendo lo que figuraba en el contenido de la nota al art. 323 del Proyecto de 1960–. Tan es así que algunos códigos incluyen la receptación entre los delitos contra la propiedad, incluso algunos autores antiguos la consideraban como un delito accesorio al hurto o como un acto de complicidad en él.[46] En nuestro caso, siempre se ha considerado como un delito contra la administración pública.

Sin embargo, bien apunta Soler que el hecho de que esta forma de encubrimiento constituya una infracción contra la administración de justicia no impide que el encubridor incurra en responsabilidad de carácter patrimonial porque su delito afecta también el patrimonio, por ello el encubridor, sea o no a título lucrativo (art. 32 de CP), responde por el daño causado al propietario al asegurar los resultados de lo que sabe delictivo.[47]

Aspecto objetivo

Las conductas típicas descriptas por la norma son las de "adquisición, recepción y ocultación de dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

La primera acción –adquirir– se compatibiliza con la de comprar (arts. 1123 a 1171 del Código Civil y Comercial), permutar (arts. 1172 a 1175 del CCyC), donar (arts. 1542 a 1573 del CCyC), y por lo tanto abarca las situaciones de onerosidad o gratuidad, e incluso condominio.

46. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 184; Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 265.
47. Soler, Sebastián , *op. cit.*, T. V, p. 267.

Millán sostiene que no importa si la adquisición ha sido válida, nula o anulable, sino que lo que importa es si el receptador se ha comportado o no como si fuera o como lo haría el dueño de la cosa.[48] Asimismo, no es de interés si la adquisición ha sido definitiva o temporaria, pero es factible que se dé el caso de la receptación de receptación, o sea, el que recibe una cosa ilícita del anterior receptador. Según Donna no es necesario que la adquisición sea a título oneroso, pues no debe confundirse el ánimo de lucro con la adquisición.[49]

La segunda –recibir– se da cuando se toma, admite o acepta el bien de quien se lo da o envía de una forma que no implique la transmisión de la propiedad u otro derecho real –depósito, recepción de garantía, préstamo o prenda–. De hecho, el término "recibir" abarca un abanico de posibilidades extenso. Cabe aclarar que la recepción debe ser a título gratuito, de lo contrario cabría la agravante genérica.

La tercera –ocultar– implica esconder la cosa, sin que sea necesario su desplazamiento, pues puede bastar sólo el disimulo para que no sea encontrada. Dicho ocultamiento debe tener carácter de efectivo, es decir que no alcanza con la mera tenencia transitoria de la cosa sin ocultarla.

Un sector de la doctrina amplía el espectro de autores del delito al intermediario, que es quien recibe la cosa para entregarla al cliente, otro receptor u ocultador. Este intermediario puede ser de hecho o jurídico.[50]

Este razonamiento no es seguido por otra parte de la doctrina, en la que se aduce que ello proviene de la legislación prevista por las Leyes *de facto* N° 17567 y 21338, que castigaban la "intervención" como una modalidad de la receptación, lo que ha sido eliminado en el texto actual, y que por consiguiente esta hipótesis de intermediación se asimila más a la participación en la receptación.[51] Esta opinión resulta razonable, aunque la redacción anterior aparecía como más conveniente.

Los objetos sobre los que recae el delito son el dinero, las cosas y los efectos.

48. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 156.

49. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 549, citando a Millán Alberto, *op. cit.*, p. 157.

50. Ídem, *op. cit.*, T. III, pp. 549-550, citando a ídem, *op. cit.*, p. 170.

51. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 489, e ídem en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 161; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 379.

El *dinero* es la moneda de curso legal en el país y comprende también a la moneda extranjera. En cambio los billetes o monedas que han perdido su valor adquisitivo sólo podrán valer como cosa por su valor de colección o histórico.

Las *cosas* son las que detalla los artículos 16 y 1883 del CCyC, es decir, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En este ítem se ha planteado alguna divergencia interpretativa sobre si abarca las cosas muebles e inmuebles o no. Impera la tesis restringida, es decir, que sólo pueden ser receptadas las cosas muebles ya que las cosas inmuebles no solamente no pueden ser recibidas ni ocultadas, sino que, si bien pueden ser adquiridas, ello no entorpecería su búsqueda, individualización o secuestro. En contra, Millán entendía con el texto anterior que las cosas inmuebles quedaban comprendidas en el tipo penal por la amplitud de la expresión "bienes".[52]

Los *efectos* son todos los bienes muebles de cualquier naturaleza, en los que se comprenden los valores mercantiles y los documentos de crédito público.

Las cosas sustituidas no entran en el tipo legal, de acuerdo a la interpretación de la mayoría de la doctrina. Se trata de aquellas que el tercero ha obtenido en el delito, por ejemplo el automóvil adquirido con el dinero robado. Así, Soler sentencia que la ley toma en cuenta exclusivamente las cosas mismas que fueran objeto de la anterior sustracción y no una ventaja patrimonial genérica, como sería recibir los alimentos o la bebida que el ladrón comprara con el dinero que robó o salir de parranda con el ladrón pagador. Esas situaciones no constituyen encubrimiento.[53] Núñez remarca que el objeto de la receptación debe ser el efecto sustraído en sí mismo y no los obtenidos por su venta, cambio, uso, etc.[54] La doctrina alemana se expide en el sentido de que la cosa sustituida debe encontrarse en una relación tan estrecha con respecto al hecho punible, que siga con la mácula que acompaña a la cosa obtenida.[55]

Esos objetos a los que hace referencia la normativa deben ser "provenientes de un delito", expresión muy abarcativa ya que se refiere a

52. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 162.

53. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 266.

54. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 185. Así también, Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 552.

55. Figari, Rubén, *op. cit.*, p. 77.

cualquier delito previsto en el Código Penal o en las leyes complementarias. Lo contrario prevé el Código Penal español, que alude a efectos provenientes de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, aunque con la nueva disposición sobre delitos de lavado de dinero se pueden cubrir algunas lagunas, según especulan los autores españoles.

En nuestro entorno hay algunas opiniones que se contraponen. Para algunos abarca solamente los objetos o cosas provenientes del delito –*producta sceleris*– con exclusión de los instrumentos del delito –*instrumenta sceleris*–.[56] Para Millán comprende las dos porque el bien jurídico que es la administración de justicia también se lesiona cuando se trata de la receptación de los instrumentos que se utilizaron para cometerlo, y por otra parte porque la ley no habla de los efectos sustraídos, sino que sólo dice que deben provenir del delito.[57] Buompadre, recurriendo a Martos Núñez, indica que no hay un impedimento que el delito principal sea otra receptación y por consiguiente puedan ser objeto de ulteriores aprovechamientos los efectos que provienen del delito ya aprovechados, de allí que deduce que se puede dar la que él denomina "receptación en cadena" siempre que sea el mismo objeto material del delito originario.[58]

Aspecto subjetivo

En cuanto al aspecto subjetivo, en esta modalidad se debe consignar que se requiere un dolo directo o específico,[59] pues el sujeto activo debe saber que el objeto proviene de un delito, aunque se ignoren sus detalles, y ello no equivale ni a sospecha ni a duda, sino que debe tratarse de un conocimiento positivo. Esto implica que el autor debe obrar a sabiendas de que el objeto proviene de la comisión de un delito y

56. Donna, Edgardo, *op. cit.*,T. III, p. 552.

57. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 164.

58. Buompadre, Jorge, en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 165, citando a Martos Núñez, Juan, "El delito de receptación", en *Revista de Ciencias Penales*, Corrientes, Mave, 1999-2-139.

59. En algún momento me incliné por la posibilidad de la existencia del dolo eventual (Cfr. Figari, Rubén, *Encubrimiento…*, *op. cit.*, p. 79) basado en una interpretación que realizaban Souriges, Jorge - Straccia, María, *op. cit.*, p. 406), pero entiendo que la posición adecuada es la que adopté –dolo directo– en *Casuística penal. Doctrina y jurisprudencia*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, pp. 485-486.

movido por el valor económico que en sí mismo o por sus posibilidades de uso o cambio representa el objeto para el receptor o para un tercero. Si lo hace movido por un ánimo de lucro, la conducta se desplaza al tipo agravado del inciso 3 apartado b del artículo 277.

Consumación y tentativa

La receptación se consuma con la realización de las acciones típicas –adquisición, recepción u ocultación de las cosas efectos provenientes del delito– con independencia de que se obtenga o no un beneficio patrimonial o de otra naturaleza. La tentativa es factible pues pueden darse situaciones que interrumpan el curso causal de la acción por razones ajenas al autor (art. 42 del CP).

OMISIÓN DE DENUNCIA

La última parte del anterior inciso 1, que conminaba a aquel que omitiere denunciar el hecho estando obligado hacerlo, en base a la reforma introducida por la Ley N° 25246 cobra autonomía al ser incluida en el inciso 1.d con un texto más eficiente y específico: "No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución de un delito de esa índole".

En una primera apreciación, se advierte una reforma sustancial en dos aspectos: a) porque no solamente comprende el supuesto del que omite denunciar un hecho delictuoso, sino también del que omite anoticiar cualquier dato o circunstancia que permita individualizar al autor o cómplice de un delito ya conocido; b) porque se reduce a las personas obligadas a denunciar que queda circunscriptas a quienes están obligados a promover la persecución penal de un delito. Esto significa que se castiga a un "autor especial" y se advierte algún conflicto con el artículo 274 del CP, incluso aplicando el principio de especialidad corresponde encasillar la cuestión en el presente inciso.[60]

No me voy a extender, por razones de espacio, en cómo funcionaba la doctrina anterior a la reforma, que se basaba fundamentalmente en

60. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 564.

cuestiones procesales tanto del Código Federal como de los códigos procesales provinciales.

Lo conciso es que el texto en vigor limita el círculo de autores únicamente a los que están obligados a promover la persecución penal por un delito de acción pública, esto es: el Ministerio Público, la fuerzas de seguridad o policiales y los jueces de instrucción en los supuestos de los sistemas inquisitivos en los que aquellos tienen exclusivamente la facultad de investigar.

Cabe agregar que las fórmulas de los códigos procesales que hacían referencia a la obligación de denunciar de los funcionarios públicos y los que ejercen el arte de curar en los delitos contra la vida y la integridad física han quedado derogadas y por consiguiente se aventa la problemática o conflicto que se originaba con la violación del secreto profesional (art. 156 del CP).[61]

Aspecto objetivo

Este tipo penal contiene acciones alternativas –y denunciar el delito, o sea, la falta de comunicación de quienes son sus autores o cómplices– y no individualizar al autor o partícipe del delito. Es obvio que la primera de las conductas se refiere a la *notitiae criminis* con las formalidades establecidas por la ley procesal, la cual puede formularse verbalmente o por escrito y en forma personal o por mandatario especial. En el segundo caso no se requieren expresas formalidades procesales, sino que basta con la simple omisión de comunicar o informar el conocimiento que se tiene de la persona del autor o partícipe del delito que ya ha sido conocido por terceros.

De hecho no se establece un término para que la omisión se convierta en delictiva, de modo que la consumación se producirá teniendo en consideración cada caso en particular, si existe un retardo injustificado. Sobre esto, Fontán Balestra señala que una demora de esta índole puede ser tenida por omisión, pues de otro modo el delito no se cometería nunca, ya que la denuncia podría ser hecha al ser conocido el delito por otros. [62]

61. Figari, Rubén, *op. cit.*, pp. 44-65; Buompadre, Jorge, en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 169.

62. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 408.

Aspecto subjetivo

Se trata de un delito doloso de dolo directo,[63] pues el tipo objetivo no requiere de ningún elemento especial, es suficiente la voluntad de omitir la conducta típica con conocimiento de la existencia de un deber jurídico de la realización de la conducta omitida. En su momento admití el dolo eventual,[64] pero ahora me rectifico pues es evidente que los argumentos de la mayoría son convincentes y me persuaden de lo contrario.

Consumación y tentativa

Este tipo delictivo se consuma con la mera omisión de la conducta que impone la norma, sin que haya resultado alguno. Dadas las características de este tipo penal, no parece factible la tentativa.[65]

AYUDA A ASEGURAR EL PRODUCTO O PROVECHO DEL DELITO

Esta hipótesis está contenida en el inciso 1, apartado e. Básicamente consiste en la ayuda al autor o partícipe del hecho precedente y no deja de ser una forma de favorecimiento real.

Aspecto objetivo

La norma específica dos conductas, que consisten en asegurar o ayudar; esto es, aportar o prestar cualquier tipo de asistencia, o conceder seguridades para el resguardo o conservación de los bienes sustraídos en beneficio del autor o partícipe del hecho principal. Aquí la conducta típica –contrariamente al hecho descripto en el anterior acápite– es positiva, pues está dirigida a que el delincuente mantenga en el ámbito de poder de disposición el producto o provecho del delito. Se brinda una seguridad para los efectos provenientes del otro delito, ya sea ayudando a esconderlo de las actividades de las autoridades o preservándolo en un lugar seguro.

63. Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 171; Millán, Alberto, *op. cit.*, pp. 114-115.

64. Figari, Rubén, *op. cit.*, p. 67.

65. Ídem, *op. cit.*, p. 67; Buompadre, Jorge, en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 172; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 375.

Por *producto del delito* debe entenderse llanamente que son los efectos que provienen justamente de la ejecución del delito precedente, y *el provecho* abarca el beneficio obtenido ya sea por la comercialización o transformación del producto del delito. Esto no sólo abarca la obtención del valor que se puede alcanzar con la comúnmente llamada "reducción", sino también con el disfrute de la cosa.

Aspecto subjetivo

También se trata de un delito doloso de dolo directo, ya que el sujeto activo debe saber que presta una ayuda al autor o partícipe del delito cometido anteriormente y que la cosa proviene de este delito, y además tener la voluntad de prestar tal ayuda. Se excluye el fin de lucro, de lo contrario se cae en la conducta del inciso 3, apartado b del artículo 277.

Consumación y tentativa

La consumación se da con la realización de la acción típica –delito de pura actividad– sin que sea menester la producción de un resultado. La tentativa no es factible.

RECEPTACIÓN DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA

Este texto, contenido en el inciso 2 del artículo 277 e introducido por la Ley N° 25815 establece una pena de un mes para los casos previstos en el inciso 1, apartado c –receptación– del mismo artículo, si "de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito". La fórmula originaria se retrotrae a la Ley *de facto* N° 17567 –"de acuerdo con las circunstancias debía sospechar"–, que fue eliminada por la Ley N° 25246 porque se erigía en una norma un tanto conflictiva desde el punto de vista subjetivo.

Aspecto objetivo

Sobre este particular, debe hacerse una remisión a lo ya dicho con respecto a la adquisición, recepción u ocultación de dinero, cosas o efectos propios de la receptación, conceptos que se han explicado *ut supra*.

Aspecto subjetivo

Donna plantea algunas disquisiciones con respecto al aspecto volitivo de la cuestión ya que esta normativa no requiere que el sujeto activo conozca la procedencia ilícita del objeto que se recepta; es más, ese conocimiento no debe existir en forma asertiva, sino que tiene que existir una posibilidad de sospecha –de acuerdo a las circunstancias que se manejan en cada caso concreto– de que el bien provenía de la comisión de un delito.

De conformidad con el texto que regía por medio de la Ley N° 23468, el agente "debía sospechar" que las cosas provenían del delito y que las circunstancias en que se daba la "operación" lo hubieran colocado en un deber de presumir el origen y espurio del objeto, teniendo en consideración ciertas modalidades en que se realizaba la recepción, ya sea la negativa de entregar un recibo, la falta de registraciones o las características del objeto, como podía ser su rareza en el mercado, un costo muy bajo, así como las características de la persona –ausencia de recursos, no habitualidad en dichas transacciones, etc.– o lugar donde se realiza la operación, horario inhabitual, etc. "El deber de sospechar tenía que nacer de esas circunstancias y proceder de una obligación genérica (por ejemplo, obligación funcional de investigar la procedencia, que podría constituir una omisión de deberes, pero de la receptación estudiada)", y así la figura podía entrar tanto en el tipo doloso como culposo.[66]

Con la "posibilidad de sospechar" en el texto vigente y no "el deber de hacerlo" –como era en la fórmula derogada–, según Buompadre no se ha producido cambio alguno en el ámbito de la culpabilidad y la figura sigue ostentando idénticas dificultades en el aspecto subjetivo, por lo que admite tanto el dolo como la culpa.[67]

Donna, luego de apelar al diccionario de la Real Academia Española para definir las palabras "deber" y "poder", concluye que la primera tiene que ver con obligación y la segunda con posibilidad de hacer algo. Actualmente la ley dice "podía sospechar" en lugar de "debía sospechar", lo que significa que el sujeto activo tuviera la posibilidad, de acuerdo a las circunstancias –cuando adquiera, reciba u oculte dinero,

66. Buompadre, Jorge en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio (dirs.) Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, t. 11, pp. 167/168.

67. Al extremo que D'Alessio, Andrés lo llama "receptación culposa" (D'Alessio Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1400)

cosas o efectos que provienen de un delito–, primero de saber que eran cosas que provenían de un delito no obstante lo cual igual realiza las acciones mencionadas. El sujeto activo realiza o lleva a cabo una acción y a pesar de que se representa la posibilidad de la ilicitud de esta acción, igual actúa. Trasladado a esta situación, la palabra poder significa que el agente tenía la posibilidad de no receptar la cosa, por consiguiente está claro que se está en presencia del dolo eventual.[68]

Creus - Buompadre no reparan en que el reemplazo de la fórmula "debía sospechar" por "podía sospechar" haya traído algún cambio en la interpretación de la faz subjetiva de este delito, por ende admiten todavía que puede ser tanto doloso –esto es, cuando el autor, sin tener conocimiento cierto de la procedencia ilícita del objeto, dudaba sobre ella pero asumía igualmente cualquiera de las conductas típicas– como dolo eventual. En cambio, consideran culposa la actitud cuando en el agente ni siquiera se suscita aquella duda, pese a que las circunstancias lo coloquen ante el deber de dudar.[69]

Oportunamente expresé que esta figura fue introducida originariamente por la Ley *de facto* N° 17567, en cuya Exposición de Motivos se afirmaba que se entendía "castigar la temeridad o el desprecio voluntario en beneficio propio de las normas de honesto intercambio de objetos", y tenía como antecedentes el artículo 324 del Proyecto de 1960 y de los códigos extranjeros vigentes en esa oportunidad, tales como el brasileño (art. 280), que denomina la institución como receptación culposa; el italiano (art. 712), que lo considera como una contravención e introduce la frase "den motivos para sospechar que son provenientes de un delito", y el alemán (§ 259), que reprime al autor cuando él sabe, "o de acuerdo a las circunstancias debe saber", que las cosas han sido obtenidas por medio de una acción punible. En su momento se lo denominó "receptación de cosas de procedencia sospechosa" –según Exposición de Motivos–, "receptación con dolo eventual", "receptación menor", "receptación incauta" etc.[70]

Entiendo que con la anterior redacción, la receptación sospechosa –tal como lo considera Creus– podía alternar entre la culpa y el dolo

68. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, pp. 562-563.

69. Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, pp. 381-382.

70. Figari, Rubén, *Casuística...*, *op. cit.*, pp. 490-491.

eventual, pues reflejaba el espíritu contenido en la Exposición de Motivos. El hecho de que se haya sustituido la palabra "debía" por "podía" no altera en nada tal conclusión.[71]

Consumación y tentativa

Este delito se consuma con la adquisición, recepción u ocultación de las cosas que se sospecha de procedencia espuria, y no es factible la tentativa.

AGRAVANTES

Se han contemplado agravantes en el inciso 3 del artículo 277 y se establece un aumento de la escala penal en el doble de su mínimo y máximo en los siguientes casos:

Gravedad de hecho precedente

Esta agravante se aplica en el supuesto de que el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, es decir aquel cuya pena mínima sea superior a los tres años.

Como se ha dicho anteriormente, este dispositivo atenta contra la autonomía del instituto porque en definitiva vincula la pena del encubrimiento con el delito anterior, a la vez que los divide en una deslucida calificación de graves y menos graves. Lo primero ya se había empleado en el Código Tejedor; en cuanto a lo segundo, por una razón de política criminal el efecto es de naturaleza procesal.

Se alega que la consecuencia inmediata de esto es que se reserva el encubrimiento simple para pocos delitos que normalmente se descubren y si se someten a proceso. Por ejemplo, en el caso de los delitos contra la propiedad, el encubrimiento se aplicará en el tipo básico, sólo en el caso de artículo 162, defraudaciones menores del artículo 175, el quebrado culpable del artículo 177, la connivencia entre el acreedor y deudor del artículo 180, la usurpación de los artículos 181 y 182, y el daño simple del artículo 183. En los demás casos de hurtos agravados y robos de cualquier tipo, el encubrimiento será agravado. Lo otro está

71. Ídem, *op.cit.*, pp. 497-498.

referido –como se dijo– a una distribución de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia correccional.[72]

Ánimo de lucro

Anteriormente se consideraba como un elemento del tipo subjetivo que acompañaba a la acción típica en la figura básica de receptación, actualmente constituye una agravante.

Se ha entendido como lucro cualquier beneficio apreciable económicamente, no traducible necesariamente en dinero, pues puede ser por el valor de la cosa, por su uso o por su valor de cambio. La ventaja debe ser de carácter material, por consiguiente se deja de lado el beneficio moral o espiritual y en definitiva el acto debe estar presidido por el ánimo de tener una ventaja económica.

Señala Millán que el ánimo de lucro se manifiesta de diversas formas, vendiendo la cosa recibida, percibiendo una retribución por la recepción, por el uso material, por el disfrute o por aprovechamiento de la cosa. No obstante, no se admite una actitud pasiva ya que ello no implica una adquisición.[73] Esta agravante se aplica independientemente de que se logre o no el propósito perseguido.

Habitualidad

La habitualidad se puede aplicar a los casos en los que se constate la reiteración de hechos por parte del agente como encubridor, por lo que se exige una prueba bastante contundente de esa actividad y no solamente una presunción de ella. Donna propugna la idea de que exista condena anterior por similares hechos o que en el caso en cuestión sean varios los hechos por los cuales recae condena –concurso real–.[74]

En realidad la habitualidad requiere no sólo la repetición de actos, sino una cierta permanencia en la actividad específica, que se traduce en la continuación en ella como costumbre, como un obrar habitual, aunque no sea un modo de vida y debe ser personal.[75]

72. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 570.

73. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 159.

74. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 574.

75. Millán, Alberto, *op. cit.*, p. 183; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 384; Figari, Rubén, *op. cit.*, pp. 85-86.

Condición de autor

Se agrava la pena también si el autor es funcionario público con independencia de que al momento del hecho no se encuentre en ejercicio de su actividad funcional.

NORMAS GENERALES PARA LAS AGRAVANTES

El último párrafo de este inciso 3 dispone que: "la agravación de la escala penal prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurriere más de una circunstancia calificada". En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

Esto significa ni más ni menos que, en el caso de concurso de varias agravantes, estas operaran una vez, no obstante tener en cuenta a todas ellas a los fines de la regulación de la pena, lo que implica dar una pauta más precisa a la aplicación de los artículos 40 y 41 del CP.[76] De todas formas, para la individualización de la pena, en caso de la pluralidad de causales, la potestad judicial es facultativa ("podrá tomar en cuenta").

Ensalzando las bondades de esta norma, Donna acota que sin ella, habida cuenta de que en las agravantes la pena es elevada, terminaría el encubrimiento convirtiéndose en un delito más grave que el homicidio. De modo que en este sentido la cuestión ha sido bien resuelta.[77]

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El inciso 4 contempla los supuestos de excusas absolutorias. Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado a favor del cónyuge, o de un pariente cuyo vínculo no excediere el cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad, o de un amigo íntimo, o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respeto a los casos del inciso 1 e –"asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito"– y del inciso 3 b –"el autor actuare con ánimo de lucro"– y c –"el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento"–.

76. Figari, Rubén, *op. cit.*, p. 87.

77. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 576.

La ley, al consagrar estas excepciones, que se encuentran en todas las legislaciones, no ha hecho más que aceptar una ley de la naturaleza: las personas de la misma sangre o los que tienen vínculos de parentesco político muy estrecho no se rechazan ni se deben rechazar en la desgracia; la ley no pudo permanecer indiferente ante el culto por la familia, el honor, la dignidad, la hidalguía, la consecuencia, la amistad, la gratitud de sentimiento, fuerzas de cohesión y solidaridad social que, en su interés, cabe fomentar en vez de destruir.[78]

Por otra parte, se ha dicho que más que una ley de la naturaleza, se trata de un problema de política criminal, en los cuales se mide, por parte del legislador, la conveniencia de la pena y se llega a la conclusión de que en ciertos casos es más conveniente que el Derecho Penal no intervenga o lo haga en la menor medida posible, como *ultima ratio*.[79]

Estas excusas absolutorias, como las del artículo 185, han tenido por objeto salvaguardar la familia por sobre otros bienes o situaciones, pero con la cosmovisión que se tenía en 1921. Sin embargo, desde luego la visión ha cambiado a través del tiempo y, lógicamente, incluso esos cambios han sido acogidos por la nueva legislación civil, donde la familia tiene otro concepto y comprende otro tipo de relaciones que ya no derivan sólo del matrimonio convencional, sino que se le agergan las uniones convivenciales, familias ensambladas, matrimonios de personas del mismo sexo, etc. Por esta razón, por ejemplo Buompadre ha propugnado la inconstitucionalidad por omisión del artículo 185.[80] Si bien todo ello ha sido acogido por el Derecho Civil, en el Derecho Penal se siguen las pautas establecidas antaño, hasta tanto no se efectúe una reforma sobre el particular, pues al tratarse de una norma de carácter excepcional, no se puede interpretar en forma extensiva.

Las personas abarcadas por la excusa absolutoria son: a) el cónyuge, que comprende a las personas de distinto sexo unidas en matrimonio de acuerdo a ley de país, aunque entiendo, y de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 26618 y el CCyC, comprende también a las personas de un

78. Moreno (h), Rodolfo, *op. cit.*, T. VI, p. 341, y Gonzalez Roura, Octavio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, T. III, p. 356, citados por Figari, Rubén, *op. cit.*, pp. 89-90.

79. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 578.

80. Buompadre, Jorge, *Excusa absolutoria y delitos patrimoniales*, Buenos Aires - Montevideo, B de F, 2016, pp. 80 y ss.

mismo sexo unidas en matrimonio; esta calidad de cónyuge –contrayente– se pierde por la disolución del vínculo –causada por la muerte de uno de los cónyuges, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio declarado judicialmente (art. 435 del CCyC)–, o por declaración de nulidad del matrimonio, en consecuencia de demostrarse que un matrimonio fue contraído de mala fe por ambos cónyuges, ya que en estos casos el matrimonio no produce ningún efecto (art. 430 del CCyC); b) pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad, que en línea ascendente incluiría hasta el tatarabuelo, en línea descendente hasta el tataranieto (art. 533 del CCyC) y en línea colateral, el vínculo llega hasta los primos hermanos; c) segundo grado de afinidad se extiende hasta el segundo grado, que abarca a los suegros y los abuelos del otro cónyuge, en línea descendente, al yerno y la nuera (art. 536 del CCyC) y en el orden colateral por afinidad, llega a los cuñados; d) amigo íntimo es con quien se tiene un trato frecuente que incluye la reunión en los respectivos hogares, entre los miembros de la familia; en este supuesto pueden estar incluidos los concubinos –integrantes de las uniones convivenciales–; e) persona a la que se debiese especial gratitud es aquella con quien se tiene una relación que se origina en favores o beneficios prestados por el autor del delito precedente y no necesariamente tiene que ser de contenido económico.

ENCUBRIMIENTO FUNCIONAL DOLOSO

La Ley N° 25890 (BO 21/05/2004) introdujo entre otras normativas el siguiente dispositivo del artículo 277 bis:

> Se aplicará prisión de tres a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

De acuerdo al Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso, se justifica este dispositivo en los siguientes términos:

> Se ha creído conveniente regular como una hipótesis de delito especial impropio, la situación del funcionario público que, violando los deberes a

> su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente la realización de algunas de las acciones descriptas, proponiéndose su inclusión como artículo 277 bis del Código Penal…[81]

Es evidente que aquí se patentiza una excepción al principio de autonomía del tipo, respecto a lo cual se hacía alusión *ut supra*, con todos los componentes a los que se ha hecho mención, pues se evidencia, más palmariamente en los casos de los artículos 277 bis y 277 ter, una dependencia del encubrimiento con un delito específico, como es, en el caso, el abigeato. Todo lo cual lleva a la conclusión de que el encubrimiento ha perdido autonomía científica, en razón de que su pena se asimila en lo más próximo posible a la pena de delito precedente.

> Otra vez se ha tropezado con la misma piedra, porque si tenían dudas al respecto, el art. 277 bis la puede despejar totalmente, ya que permite afirmar que el encubrimiento no es autónomo sino dependiente del hecho precedente y de su pena. Tanto es así, que el nuevo agregado encuentra la agravante en lo reprochable que puede ser el delito encubierto, y no en el sujeto que encubre y de cómo afecta el bien tutelado (administración de justicia); ello, porque el funcionario público merece más reproche cuando encubre; en este caso concreto, un abigeato.[82]

Tipo objetivo

Nuevamente se está en presencia de una figura específica de encubrimiento vinculada exclusivamente al abigeato –"encubrimiento ganadero"– y tiene como sujeto activo al funcionario público, por lo que se trata de una *delicta propia*.

Se trata de un tipo doloso para el funcionario público,[83] que se concreta violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones en la actividad ganadera, con el agregado innecesario de la frase "tras la

81. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso.

82. Laje Anaya, Justo - Laje Ros, Cristóbal, *op. cit.*, p. 371.

83. Quien puede ser de cualquier rango o categoría administrativa pero que su función debe estar vinculada a la actividad ganadera. "No es autor el agente cuyas funciones no tienen relación alguna con dicha actividad, aunque su conducta puede quedar alcanzada por la agravante del inc. 3º, ap. d, del art. 277. Las conductas pueden ser cometidas por el propio agente o por intermedio de un tercero, pero si éste no reúne la especial condición exigida por el tipo penal, sólo podrá ser castigado como partícipe" (Cfr. Creus, Carlos - Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 388).

comisión del delito de abigeato en el que no hubiese participado", ya que en caso contrario no se estaría hablando de encubrimiento, sino de algún grado de participación. Se trata de un error conceptual en la redacción penal. La acción típica consiste en la intervención o facilitación del transporte,[84] faena,[85] comercialización,[86] o mantenimiento del ganado,[87] sus despojos[88] o los productos obtenidos[89] conociendo su origen ilícito.

Aparece problemático dimensionar el alcance del núcleo de la conducta típica, esto es, "intervenir" con posterioridad al delito principal, ya que dicha alocución presenta un panorama sumamente amplio e indeterminado, prototípico de las normas penales abiertas. Esto genera en Villada otra andanada de críticas al enfatizar: "¿Qué es intervenir en las actividades posteriores a un delito (con abuso de sus funciones o violando los deberes de su cargo)? Es tan amplia la gama de posibilidades conduc-

84. "A diferencia del art. 167 ter, segundo párrafo, no se exige que el medio de transporte sea motorizado" (Cfr. Laje Anaya, Justo - Laje Ros, Cristóbal, *op. cit.*, p. 375).

85. "Faena, quien ejecuta la tarea de separar las distintas partes de un animal de carne que ha sido sacrificado para ser destinado al consumo de un número indeterminado de personas. Aunque ese número de personas pueda ser más o menos determinado como, por ejemplo, los pacientes de un hospital o los internos de un establecimiento carcelario" (cfr. ídem, p. 376).

86. Esto está referido a los actos que describe el Código de Comercio y no sólo consiste en la venta, sino en comercializar.

87. "No mantiene al ganado quien solamente lo tiene oculto, porque mantener, en el sentido del tipo, tiene otra connotación que nada tiene que ver con guardar, almacenar o depositar. En este aspecto, el mantenimiento de ganado alude a la provisión de los alimentos necesarios para la vida de los animales, conservarlos o para darles vigor y permanencia. En este aspecto, el sujeto activo alimenta, desparasita, cura, mejora y vacuna. Esta actividad de manutención casi siempre tiene la finalidad de conservar los animales para que no pierdan, o mejoren su estado de valor. Además, como la actividad puede recaer en los productos o despojos, el mantenimiento, para estos casos, podrá consistir en la conservación en frío, en vacío o de cualquier otra forma que permita la consecución de la tarea delictiva de que se trata" (cfr. Laje Anaya, Justo - Laje Ros, Cristóbal, *op. cit.*, pp. 376-377).

88. "Son los restos mortales o el cadáver de las reses o de ganado" (cfr. ídem, p. 377), que por lo general no se utilizan para el consumo humano, como por ejemplo, el cuero, los cuernos, las pezuñas.

89. "Pueden ser las crías que nacen de los animales receptados, cortes cárneos, chacinados, fiambres, embutidos, lácteos, cueros, huesos, estiércol, fertilizantes, etc.. También entra en este supuesto, el dinero que se obtuvo de la venta del animal vivo... Lo que obtiene con la venta del producto, queda fuera del tipo porque pasa integrar el provecho" (cfr. ídem, p. 377).

tuales que ofrece esta alocución dislocada, que la garantía de tipicidad y el principio de legalidad huyen despavoridos de nuestro sistema penal.[90]

De acuerdo al diccionario de la lengua castellana, "intervenir", del latín *intervenire*, significa tomar parte en un asunto, es decir que vendría a ser sinónimo de "participar", justamente el encubridor nunca puede participar en el delito, pues su actividad es posterior al hecho principal, y ya se ha dicho que se trata de un delito autónomo. Los hechos de encubrimiento deben ejecutarse una vez terminada la consumación del abigeato o su tentativa, de modo tal que no signifiquen un aporte material en el proceso de su producción, sea en calidad de autoría, complicidad o instigación.[91]

La pregunta que surge es: ¿por qué embarcarse o enrolarse en esa terminología laxa e indefinida? ¿Por qué no utilizar la misma metodología establecida en el artículo 277 en sus diversos incisos, esto es, la adopción de conductas tales como: "ayudare", "ocultare", "alterare" o "hacer desaparecer", "adquiriere", "recibiere", "no denunciare", "asegurare",[92] que realmente describen con precisión un accionar considerado típico? No se me ocurre otra respuesta que no sea la de la improvisación, para no ser más cáustico.

Por otra parte, el legislador no ha advertido, en su momento, que por medio de la Ley N° 25815 (05/11/2003, BO 01/12/2003 - ADLA 2004 - A-34), el artículo 277, inciso 3 d, ya había agravado la escala penal al doble del mínimo y máximo cuando el autor fuere funcionario público –uno a seis años de prisión– y establecía, como se hace ahora, una pena de tres a seis años de prisión más la inhabilitación especial de tres a diez años, calificación esta por el mero hecho de tratarse de un abigeato. Pura "inflación" penal.[93] También se alzan las críticas de Villada, que aluden al principio de razonabilidad ya que se estableció –en

90. Villada, Jorge, *Una reforma penal exclusivamente 'pecuaria'*, LL 2004-D-1257.

91. Arocena, Gustavo, "La represión del abigeato y de otras actividades conexas, según la ley 25.890", en Aboso, Gustavo (coord.), *Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*, Buenos Aires - Montevideo, B de F, 2005, p. 285.

92. Figari, Rubén, *op. cit.*, pp. 36 y sigs.

93. Figari, Rubén, *Hurtos. Segunda edición corregida y ampliada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, p. 190; del mismo autor, *El hurto campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)*, *el Dial.com* DC528, disponible en: http//www el Dial. com [consulta: 25 de junio de 2017]; ídem, *El delito de abigeato y sus conexidades*, Córdoba, Mediterránea, 2010, p. 238.

su mínimo– un monto equivalente al triple del encubrimiento común para delitos graves, o seis veces más arriba que el encubrimiento de delitos leves, y por el lado de los máximos se equiparó a los delitos graves –seis años–, con lo que debe entenderse que desde el punto de vista funcional, y aun no funcional, esta es la forma más grave de encubrimiento existente en el Código Penal:

> Dicho de otro modo, encubrir delitos referidos al abigeato para cualquier funcionario público, es mucho más grave que otras formas similares de atacar la recta administración de justicia penal (encubrir un homicidio, un robo agravado, un abuso sexual con penetración o un secuestro extorsivo seguido de muerte o con homicidio, torturas, apremios ilegales, etcétera).[94]

La otra acción típica consiste en *facilitar* el transporte, la faena, la comercialización o el mantenimiento del ganado, sus despojos o los productos obtenidos. En este caso, la actividad del funcionario público consiste en allanar cualquier obstáculo que impida que las actividades mencionadas se puedan llevar a cabo.

Iriarte afirma que con esta figura se completa el marco de punibilidad que había quedado vacante en el artículo 167 *quater*, inciso 5, donde sólo se castigaba la participación en el hecho y la llevada a cabo con posterioridad, en cumplimiento de una promesa anterior.[95]

Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso "violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones" con lo que se consagra un componente subjetivo especial –elemento del ánimo– y debe conocer el origen ilícito de los objetos descriptos en la norma, por lo que se está en presencia de un dolo directo.-

Consumación y tentativa

El tipo delictivo –de peligro concreto– se consuma cuando el funcionario público –violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones– lleva a cabo la "intervención o facilitación", posterior a la

94. Villada, Jorge, *Abigeato. Las nuevas figuras de la ley 25.890*, Córdoba, Advocatus, 2004, p. 48.

95. Iriarte, Ignacio, *Reforma al abigeato. El derecho penal como ilusión de seguridad (un poco de reflexión político - criminal y análisis dogmático)*, ADLA 2004-E-6554.

comisión del ilícito de abigeato, en la tarea de transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado sus despojos o los productos obtenidos. Es admisible la tentativa.

ENCUBRIMIENTO CULPOSO

La misma Ley N° 25890 incorpora el artículo 277 ter, que consigna:

> Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el art. 167 quáter, inciso. 4º, por imprudencia o negligencia, intervenga en alguna de las acciones previstas en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

El mensaje de elevación al que recurrentemente se apela (pues, ante la falta de un debate parlamentario conciso, es el único indicador de lo que se pretendía llevar adelante con la reforma) dice que: "Como art. 277 ter se contempla una figura de receptación culposa restringiéndose su aplicación a aquellas personas que, por las actividades que desarrollan (art. 167 ter (*quáter*) inc. 4º), cabe presumir que poseen un conocimiento especial en la materia".

Tipo objetivo

En esta norma se cristaliza el denominado "encubrimiento culposo" (por imprudencia o negligencia), caracterización típica de los delitos que infringen una norma de cuidado mediante la realización de una acción contraria a aquella, o la omisión de la acción debida, según dicha norma,[96] que alcanza a las personas sindicadas en el inciso 4 del artículo 167 *quater* –las que se dediquen a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal–, cuando intervengan (otra vez se utiliza el verbo "intervenir") en algunas de las acciones del artículo 277 bis, destinado a omitir el adoptar medidas necesarias para tomar debido recaudo sobre la procedencia legítima del ganado. Se trata de una

96. Arocena, Gustavo, *op. cit.*, p. 288. Delito de omisión impropia en mi concepto, tal como el caso del art. 248 bis.

delicta propia porque el círculo de autores está determinado por la ley, al abarcar a los designados en el artículo 167 *quater*, inciso 4.[97]

Se destaca como particularidad del encubrimiento culposo que sin afectarse al bien jurídico tutelado –administración pública–, se incrimina una conducta fundada en una mera desobediencia formal a las reglamentaciones vigentes, lo que pone en evidencia una deficiencia técnica para describir la conducta típica ("intervenga"), como en los restantes elementos del tipo. De esta forma, el legislador ha creado un tipo penal imprudente sobre la base de un peligro abstracto, que no requiere la producción de ningún resultado material, ni siquiera un peligro efectivamente concretado con relación al bien jurídico tutelado.

En consecuencia, en el delito de encubrimiento culposo existe una carga adicional para quienes desempeñen algunas de las actividades mencionadas. A estos no sólo se les exige que no ayuden o *encubran* de modo intencional a quienes han perpetrado un ilícito, sino que además se les demanda que obren cuidadosamente a fin de que el hecho delictivo sea descubierto, bajo amenaza de sanción penal. Existe, por tanto, una marcada desigualdad para quienes desempeñan tareas en la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal, puesto que para ninguna otra actividad se exigen semejantes requisitos. Ni siquiera para el caso de encubrimiento por omisión de denuncia por parte de los funcionarios encargados de la prevención y represión de ilícitos (art. 277, inc. 1 d, del CP) opera el modo culposo. Para la nueva ley, puede ser un delincuente el transportista que transporta ganado y no se ha cerciorado –por imprudencia o negligencia– de su legítima procedencia, mientras que el fiscal que obra sin tomar los debidos

97. Erróneamente, Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *Código penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2007, T. III, p. 640, incluyen al funcionario público cuando en realidad lo que hace esta norma es remitir al anterior artículo en cuanto a las acciones –transporte, faena, comercialización o mantenimiento del ganado, sus despojos o los productos obtenidos–, pero no a la persona del autor. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1411, señala que se trata de un tipo especial, cuyo autor se encuentra difusamente determinado, ya que pueden cometer el hecho una gran cantidad de personas que intervienen en la cadena de producción y comercialización del sector pecuario, de modo que corresponde al intérprete acotar el universo de sujetos punibles. Esta aseveración tampoco me parece acertada, a la luz de la expresa disposición del art. 277 ter, que alude a los individuos que reúnen las condiciones personales descriptas en el art. 167 *quater*, inc. 4.

cuidados del caso y no formula denuncia penal pese a encontrarse en presencia de un delito, no delinque.[98]

Por otra parte, esta nueva figura es susceptible de los mismos reparos y críticas que le atañen al inciso 4 del artículo 167 *quater*, es decir, poner en un pie de igualdad aquellas personas que participen en el hecho con algún grado de responsabilidad, que va desde el que cría hasta el que transporta el ganado, productos o subproductos de origen animal. En esa oportunidad se dijo que el nivel de responsabilidad no podía estar en un mismo plano para el que se dedica a la crianza, faena, elaboración, comercialización o transporte como con aquel peón de campo o trabajador rural que simplemente está al cuidado de los animales y eventualmente pueda tener algún grado de participación en el hecho. Se le asigna la misma capacidad para incurrir en negligencia o imprudencia a la persona que mayormente no tiene poder de contralor e incluso frecuentemente es analfabeto (caso del peón de campo), con el que se dedica a la crianza (productor rural), faena, elaboración, comercialización (dueño de un frigorífico o de una cadena de producción y comercialización) o el transportista de ganado. Resulta a todas luces ilógico y por ende susceptible de encuadrarse en el marco de las críticas que se han venido haciendo.[99] No obstante, se ha deslizado la posibilidad que el deber de vigilancia al que alude la manda le es impuesto a determinados sujetos en razón de sus conocimientos especiales en la materia, por lo que sólo pueden ser autores quienes efectivamente se encuentran a cargo de ejercer los controles requeridos, por lo que quedan excluidos los intervinientes en la cadena de producción y comercialización cuyas funciones no impliquen la verificación del origen del producto, por resultar el hecho atribuible a la esfera de responsabilidad ajena. Así, el accionar de estos intervinientes puede quedar comprendido en la disposición del artículo 277 inciso 2 si, empece no estar a cargo del control de origen, receptan el ganado y por lo tanto pueden sospechar de la ilegitimidad de su procedencia. Por otra parte, la efectiva determinación de quiénes son los sujetos que tienen a su cargo los controles sobre el origen de los animales debe ser

98. Tazza, Alejandro, "El fin de los delitos culposos de resultado material", en *Temas de Derecho penal argentino*, Ferrara, Juan (dir.), Simaz, Alexis (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 260.

99. Figari, Rubén, *Hurtos…*, *op. cit.*, pp. 190-191; ídem, *op. cit.*, *El hurto campestre…*, *el Dial. com* DC528. Diponible en: http//www.elDial.com (consulta: 25 de junio de 2017).

analizada frente al caso concreto pues ello dependerá, generalmente, de la distribución de tareas que se realice en el ámbito de la organización, aunque ciertas personas tienen, por la función específica que realizan, el deber de verificar la existencia de los títulos que acreditan la procedencia del ganado, como sería el caso de los martilleros.[100]

Oportunamente, al tratar el artículo 206 y su reforma, se había dicho que la modificación respondía justamente a la inclusión de este tipo de encubrimiento, pero a medida que se analiza, se va develando que difiere bastante con aquel, por cuanto no exige que el autor se cuestione sobre el origen de la cosa, sino que es suficiente que por la imprudencia o negligencia omita cerciorarse de la procedencia de aquella.[101]

En un sentido opuesto al anterior, se ha dicho que la presente normativa está dirigida en particular a comerciantes minoristas (carniceros) o mayoristas, transportistas, matarifes, rematadores de hacienda y otros ramos de la actividad ligados al área pecuaria, que contribuyen a reducir culposamente el producto clandestino del delito de abigeato, al comprar o vender, sin adoptarse los recaudos necesarios, productos de origen ilícitos,[102] aunque, según apunta el autor en cita, la situación ya estaba contemplada en su forma dolosa por la actual figura del encubrimiento del artículo 277 y hasta en su modalidad agravada (277, inc. 3, apartado b).

Más allá de la razón o sin razón del alcance que le propina la norma a los sujetos activos, lo realmente preocupante es el aspecto punitivo. En efecto, este encubrimiento culposo tiene una pena de seis meses a tres años de prisión, idéntica a la pena del encubrimiento doloso del artículo 277, párrafo 1, acápites a, b, c, d y e.

> Resulta tan grave *cometer este encubrimiento culposo*, como encubrir *dolosamente* un robo calificado (art. 167), un abuso sexual simple agravado, un estupro, un abuso de autoridad, un robo, una estafa, un homicidio culposo, o hasta el mismo abigeato simple del art. 167 ter, que caería bajo las prohibiciones del art. 277 1º parte, pero no en esta figura".[103]

La misma crítica realizan Laje Anaya - Laje Ros, al señalar que la escala punitiva de esta figura culposa es igual a la prevista por el

100. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1411.

101. Ídem, *op. cit.*, T. II, p. 923.

102. Villada, Jorge, *op. cit.*, pp. 50-51, quien irónicamente se pregunta si sería una modalidad de "lavado culposo de activos" o "lavado culposo de activos provenientes del delito pecuario".

103. Idem, *op. cit.*, p. 50.

artículo 277 y, por lo tanto, queda en evidencia que no se tuvo en cuenta la regla que establece que a menor culpabilidad, menor reproche penal; y a mayor culpabilidad, el reproche es mayor:

> El castigo para encubridores por dolo es igual que para quien encubre culposamente; más si se encubre con dolo eventual, el mínimo de la pena se sitúa en un mes de prisión. Parece que esta disposición es una franca violación a los principios de proporcionalidad de la pena y de igualdad (CN, arts. 16 y 18)...[104]

Tipo subjetivo

Queda claro, según expresamente lo determina la norma, que se trata de un delito culposo –de peligro abstracto– al cometerse por imprudencia o negligencia omitiendo las medidas necesarias para que el sujeto activo se cerciore de la procedencia legítima del ganado.

Consumación y tentativa

El tipo delictivo en estudio se consuma cuando se interviene o facilita en el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, infringiendo los deberes de cuidado. La tentativa no es factible por tratarse de un delito imprudente.

DISPOSICIONES RELATIVAS A LA PENA

El texto del artículo 279 fue sustituido por la Ley N° 26683, que regula situaciones particulares de punibilidad y contiene una regla sobre el ámbito de vigencia de la ley penal argentina.

> Artículo 279:
> 1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente; 2) Si el delito precedente no estuviere amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento

104. Laje Anaya, Justo - Laje Ros, Cristóbal, *op. cit.*, p. 379. Igual crítica formula Arocena, que califica la norma como un "claro problema de incoherencia", al resultar incompatibles dos normas –art. 277, inc. 1, letras a, b, c, d y e, con la presente– tanto en la especie, como en la cantidad, para la represión de una conducta dolosa y de una acción imprudente, respectivamente (cfr. Arocena, Gustavo, *op. cit.*, p. 290). En igual sentido, Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, T. III, p. 640.

> multa de mil a veinte mil pesos o la escala penal del delito precedente, si esta fuera menor. 3) Cuando el autor de alguno de los hechos descriptos en los incisos 1 ó 3 del artículo 277 fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres a diez años. La misma pena sufrirá el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. 4) Las disposiciones de este Capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión.

En los dos primeros incisos se observa un sistema de atenuación de las penal en el delito principal –encubrimiento– cuando el delito precedente estuviera punido con una pena menor.

En el inciso 3 se agrava en el supuesto de los delitos previstos en el artículo 277, incisos 1 a 3: cuando el autor fuera funcionario público y hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, se le aplicará además una pena accesoria de inhabilitación especial de tres a diez años.

En el inciso 4 se habla de una extensión del principio de territorialidad de la ley penal que trae aparejada la aplicación del Código Penal al culpable de un delito de los previstos en el capítulo presente, no obstante que el delito precedente hubiera sido cometido en el extranjero, en la medida en que este último estuviera también previsto con pena en el lugar de comisión.

Si bien esta norma sigue los lineamientos de la Convención de Viena de 1988 (Cap. III, art. 4) no ha sido bien recibida ni por la doctrina local, ni por la doctrina española, ni por otros publicistas porque en definitiva se podrían producir variados conflictos de competencia.[105]

JURISPRUDENCIA

ENCUBRIMIENTO AGRAVADO (art. 277 inc. 1 "b" e inc. 3 "a" del C.P.) Madre que induce a su hija de 5 años a mentir en la Cámara Gesell para encubrir el abuso sexual de su concubino. Art. 277, inciso 1º,

105. Buompadre, Jorge, en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T. 11, p. 183.

apartado "b", del Código Penal: Interpretación. Investigación al falso testimonio: diferencias. Se descarta su aplicación.

OMISIÓN DE DENUNCIAR: Se descarta su aplicación. Delito dependiente de instancia privada. Exención de responsabilidad prevista en art. 277, inciso 4º del C.P.: no procede cuando, como en el caso, el encubridor tiene un vínculo consanguíneo de primer grado con la víctima frente a la amistad íntima –concubino- que lo une con el autor encubierto. Procesamiento. Confirmación.

"Con relación a la omisión de denunciar, independientemente de las distintas posturas doctrinales existentes en derredor al alcance del tipo penal con relación a la autoría, coincido en que debe descartarse su aplicación en tanto no existe obligación legal de denunciar" (Dr. Scotto, según su voto).

"Es que, por un lado, no surge de la Sección Segunda, Título 3 sobre patria potestad del Código Civil ni de otra norma, un imperativo legal que obligue a los progenitores a denunciar en estos supuestos; y por otro, en el caso especial de los delitos previstos en el art. 119 del Código Penal, el artículo 72, inciso 1º del mismo texto, se reserva a las partes o sus representantes la posibilidad de instar la acción penal al considerarlo un delito dependiente de instancia privada, lo que denota aún más el carácter facultativo frente a este tipo de hechos" (Dr. Scotto, según su voto).

"Así entonces, subyace como hecho imputado que T.C. actuó sobre su hija para que esta refiriera que la lesión himeneal que presentaba se produjo mientras jugaba con una prima que la empujó, cayendo sobre una madera con las piernas abiertas, y no por la acción del coprocesado" (Dr. Scotto, según su voto).

"Descarto desde ya que el hecho pueda encontrar adecuación típica en la instigación al falso testimonio. En este sentido comparto con el voto que me precede, que la menor T. no es propiamente una testigo, pues se ha expresado sobre un hecho que la tuvo como damnificada y no sobre algo ajeno" (Dr. Scotto, según su voto).

"Tampoco es posible soslayar que la "Cámara Gesell", si bien desde un punto de vista técnico es el medio idóneo para escuchar al menor que torna efectivo el cumplimiento del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en realidad "se trata de una prueba sui generis, autónoma, compleja y específica, que participa de algunos caracteres de la prueba testimonial y de otros de la prueba pericial, pero que no

alcanzan para categorizarla como sólo una de ellas" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, ob. cit., p. 361), lo que impide considerarlo como presupuesto de un falso testimonio o su instigación" (Dr. Scotto, según su voto).

"Desde esa perspectiva además, es posible concebir que el acto implementado para entrevistar a la víctima sea entendido como una de las "pruebas" a las que alude el artículo 277 inc. 1º, apartado "b" del código de fondo. Sostiene la doctrina que "Los objetos a que se refieren estas finalidades son…las pruebas, de cualquier naturaleza que fueren (cosas, documentos, etc.), incluidas las personas (p.ej., un testigo, sin perjuicio de los delitos que contra su persona se puedan perpetrar…)" (Creus, Carlos, ob. cit., p. 355)" (Dr. Scotto, según su voto).

"En este aspecto también se ha sostenido que "Las pruebas son las que van en pos de la demostración del hecho o de la responsabilidad del autor o partícipe y pueden revestir una amplia gama de posibilidades engarzada con la moderna tendencia de los códigos procesales, que en su mayoría siguen el sistema de la sana crítica, adscriptos al régimen de la libertad probatoria. Prueba, en síntesis, abarca todos los medios y no está limitada a cosas o documentos" (Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 490)" (Dr. Scotto, según su voto).

"Dejada de lado la clasificación teórica entre favorecimiento real y personal, ya que si bien permite ordenar genéricamente distintas situaciones por clases no abarca todos los escenarios posibles, es el bien jurídico tutelado por la figura del encubrimiento el que permite incluir al acto incriminado a T. C. bajo su postulado, pues "las conductas que están abarcadas…atentan contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia al constituir un obstáculo a su funcionamiento, ya que dificulta el descubrimiento de los delitos y su persecución" (Donna, Edgardo Alberto, ob. cit., p. 469)".

"… si bien comparto que esta modalidad de encubrimiento se trata de "un delito de pura actividad, de peligro concreto e instantáneo, que se consuma con la realización de las acciones típicas descriptas, sin que se requiera ningún resultado, como podría ser la frustración de la investigación." (D'Alessio, Andrés José –Director- y Divito, Mauro A. –Coordinador-, ob. cit., p. 1396), entiendo que por los efectos que la intervención de la procesada ha producido en el relato y vivencias de la menor, en

el sub lite también se alcanzó el grado de consumación necesario que exigen aquellos autores para quienes se trata de un delito de resultado (Donna, Edgardo Alberto, ob. cit., p. 488)" (Dr. Scotto, según su voto).

"Por último, en cuanto a la exención de responsabilidad que establece art. 277, inciso 4º del Código Penal (…) Al encontrarse incluidos en el inciso 4º distintos tipos de relaciones, lo que se debe desentrañar por medio de la interpretación es si la misma procede cuando el encubridor tiene un vínculo consanguíneo de primer grado con la víctima frente a la amistad íntima –concubino– que lo une con el autor encubierto" (Dr. Scotto, según su voto).

"Al respecto, entiendo que la misma no resulta de aplicación, y adhiero así a los fundamentos desarrollados por el vocal preopinante y a los instrumentos internacionales invocados, en tanto que si lo que se procura es mantener la cohesión familiar, cuando la víctima es la hija de la imputada no puede afirmarse que se cumpla tal objetivo" (Dr. Scotto, según su voto).

C.N. Crim. y Correc. - Sala VII - 25/3/2015 - "T. C., E. s/procesamiento-encubrimiento" - elDial.com - AA8E43

ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACIÓN (Art. 277, inciso 1 "c", del Código Penal). Portación de un arma con numeración limada. Se presupone, en estos casos, que el imputado receptó el objeto con el conocimiento que provenía de un delito. Procesamiento Disidencia Parcial: si no puede sostenerse que el arma cuya receptación se investiga, fue previamente obtenida mediante la comisión de un delito, falta el requisito indispensable para que se configure el encubrimiento por receptación.

"… puede sostenerse que el imputado receptó el objeto con el conocimiento de que provenía de un delito, en función de la particular circunstancia de que el revólver presentaba su numeración erradicada" (Del voto de la mayoría).

"Al respecto, "la erradicación de la numeración de un objeto puede ser encubierta, ya que no es posible sostener que deba 'provenir' de un delito, y no ser objeto en sí mismo de un delito, siempre que el sentido lingüístico de la palabra 'provenir' involucra el de 'proceder' que contempla el de seguirse una cosa de otra, tanto física como moralmente (ver Diccionario de la Real Academia Española, vocablos: provenir y

proceder). En esa inteligencia, quien recibe un arma, como en el caso de autos, a sabiendas de que su numeración fue erradicada ilegalmente recibe un objeto proveniente –procedente– de un delito" (de esta Sala, causas números 26.774, "A., C.", del 30 de junio de 2005 y 33.521, "S., A. O.", del 26 de diciembre de 2007)" (Del voto de la mayoría).

"·... para la configuración del delito de encubrimiento por receptación se requiere que el bien que se adquiere, recibe u oculta provenga de un delito, para lo cual no basta que haya sido en sí objeto de un delito" (Del voto en disidencia parcial del Dr. Divito).

"Así, no procede en el caso considerar que se verificó un encubrimiento del delito de supresión de números identificatorios, pues si bien la eliminación de la numeración de un arma, efectivamente, constituye un accionar típico de acuerdo a lo previsto en el art. 189 bis, inciso 5 in fine, del Código Penal, lo que torna penalmente relevante la receptación no es la mera existencia de un delito previo, sino la circunstancia de que la cosa sea proveniente de aquél, como sucede cuando, por ejemplo, ha sido hurtada o robada, u obtenida por medio de estafa, extorsión, cohecho, etc. De tal modo, si no puede sostenerse que el elemento respectivo –en el caso, el arma de fuego– cuya receptación se investiga, fue previamente obtenido mediante la comisión de un delito, falta el requisito indispensable para que se configure el encubrimiento por receptación" (Del voto en disidencia parcial del Dr. Divito).

"Adviértase que, de aceptarse la tesis sostenida en el auto recurrido, conforme a la cual bastaría que la cosa haya sido objeto de un delito, debería considerarse típica de encubrimiento por receptación, la adquisición de un bien que ha sido dañado en los términos del art. 183 CP, o de un animal que ha sido maltratado (ley 14.346). Dicha conclusión parece claramente incompatible con los alcances que tradicionalmente se le han reconocido a la figura, cuyos orígenes se remontan a la punición de quienes guardaban, escondían, compraban, vendían o recibían en prenda o en cambio efectos sustraídos, espectro que luego se amplió hasta abarcar "toda hipótesis de desposesión criminal" (cfr. Alberto S. Millán, "El Delito de Encubrimiento, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 151/153)" (Del voto en disidencia parcial del Dr. Divito).

C.N. Crim y Correc - Sala VII - 21/08/2014 - "M. T., C." - elDial.com - AA8A47

PROCESO PENAL. INSTRUCCIÓN. Personal policial que, en su tarea de prevención, requiere al conductor de un rodado la documentación del mismo. Imputado que exhibe una cédula verde de la cual surgía que el titular del bien era otra persona. Vehículo con pedido de secuestro. Delito de encubrimiento. Juez que, entendiendo que se trataba de un caso de flagrancia, imprimió a las actuaciones el trámite regulado por el art. 353 del CPPN (procedimiento sumario). Fiscal que interpone recurso de reposición con apelación en subsidio. Procedencia. Inexistencia de flagrancia. Disidencia: Flagrancia.

"Considero que la resolución debe ser revocada, toda vez que no se está ante un caso de flagrancia cuando cabe la posibilidad de que el presunto proceder disvalioso del imputado, tuviere principio de ejecución anterior al momento de la aprensión, en tanto el vehículo en cuestión tenía pedido de secuestro. Ello toda vez que, el delito de encubrimiento se consuma en el momento en que se toma posesión del vehículo de origen ilícito y no en el momento en el que el imputado es apresado desplazándose en él" (Del voto de la mayoría).

"... por flagrante debe entenderse aquello que se está cometiendo en ese momento y el hecho de que para detectarse se haya tenido que realizar un procedimiento o constatación previa no neutraliza ese carácter sino que, por el contrario, lo acredita. Si el hecho detectado constituye un supuesto de flagrancia..., debe homologarse el auto que dispuso la remisión a la fiscalía para que el asunto siga tramitando de acuerdo a las prescripciones del procedimiento sumario (art. 353 bis del C.P.P.N.)" (Del voto en disidencia del Dr. Bruzzone).

C.N. Crim y Correc - Sala V - 13/05/2013 - "L., C. T., s/encubrimiento" - elDial.com - AA7FE4

ROBO. TELÉFONO CELULAR. COMPETENCIA. Imputación del delito de Encubrimiento Agravado en razón de haber actuado con Ánimo de Lucro. Arts. 45 y 277 inc. 1° c) y 3° b) CP. Competencia de la Justicia ordinaria. Ausencia de coautoría de la imputada en el robo del celular. Ausencia de afectación a la seguridad del estado. Cuestión aje-

na a la Competencia Federal. Inaplicabilidad del Art. 15 de la Ley 25.891 (Servicios de Comunicaciones Móviles)

"El caso que nos ocupa toma relevancia a partir de la información recabada para determinar si el IMEI del teléfono sustraído había sido utilizado desde otra línea telefónica, y ante la recepción de las actuaciones se dispuso la extracción de testimonios para que la oficina de sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal desinsaculara el juzgado que debía intervenir ante la posible infracción a la ley 25.891." (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal, compartido por la Cámara Federal de Casación Penal)

"Tal como surge de los términos en que se encuentra planteado el conflicto por ambos Tribunales, la cuestión a dilucidad por V.E. consiste en establecer a que Tribunal le corresponde intervenir en la etapa del juicio estas actuaciones en las que, oportunamente, se decretó el procesamiento de Mara Natalia Cuellar en virtud de hallarla "prima facie" autora penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado en razón de haber actuado con ánimo de lucro (arts. 45 y 277 incs. 1º c) y 3º b) del CP; siendo que la Fiscalía de Instrucción requirió la elevación a juicio de la presente en orden al delito de encubrimiento agravado, porque el hecho precedente fue un delito especialmente grave y también agravado por el ánimo de lucro (arts. 45 y 277 incs. 1º c) y 3º a) y b) del CP.)" (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal, compartido por la Cámara Federal de Casación Penal).

"Corresponde concluir que carece de sustento el argumento del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 30 que entiende que la única calificación legal imputada en el requerimiento de elevación a juicio y autor de elevación respectivo, por resultar precaria y eventualmente modificable en la etapa contradictoria, torna en incompetente a la justicia ordinaria" (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal, compartido por la Cámara Federal de Casación Penal).

"En el caso en estudio, no se observa la pertinencia de incluir el hecho descripto en estas actuaciones en ninguno de los supuestos de competencia federal. La mención aislada por la que se pretendió incluir la imputación en alguna de las figuras previstas en la ley 25.891, no autoriza a que la justicia local se aparte del conocimiento de este caso que está lejos de afectar un bien custodiado por las normas de excepción. En efecto, la conducta reprochada, descripta tanto en el auto

de procesamiento como en el requerimiento de elevación a juicio, sólo tuvieron un alcance estrictamente particular y de ninguna manera resultó afectada, directa o indirectamente, la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones" (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal, compartido por la Cámara Federal de Casación Penal).

"No corresponde entonces el intento de enmarcarlas bajo la normativa de la ley 25.891 –Servicios de Comunicaciones Móviles–" (Del dictamen del Ministerio Público Fiscal, compartido por la Cámara Federal de Casación Penal).

C.F. Casación Penal - Sala III - 21/12/2012 - "Cuellar, Mara Natalia s/ competencia" - elDial.com - AA7DA7

DELITO DE ENCUBRIMIENTO AGRAVADO POR EL ÁNIMO DE LUCRO DEL AUTOR (Art. 277 inc. 3 b) del Código Penal). Presupuestos típicos. Imposibilidad del imputado de explicar la procedencia ilegítima del vehículo robado y desmantelado encontrado en su domicilio. Existencia de ánimo de lucrar con la venta de repuestos usados, piezas y accesorios del automóvil. Procesamiento. Confirmación. Planteo de nulidad del acta de allanamiento. Trámite por incidente.

"el delito de encubrimiento contiene dos presupuestos claramente definidos. El primero de ellos de carácter positivo, se constituye por el delito anteriormente cometido, el cual es independiente del encubrimiento; y el segundo, apunta a la inexistencia de participación criminal por parte de los supuestos responsables del encubrimiento en el delito que se pretende ocultar."

"el ánimo de lucro requerido para configurar el agravante del inc. 3 b) del art. 277 del Código Penal objeto de agravio, debe entenderse como aquel beneficio económicamente apreciable, el cual no se traduce necesariamente en un rédito dinerario, sino que puede tratarse del valor mismo de la cosa adquirida, recepcionada u ocultada, por el uso o aprovechamiento que se haga de ella, o, por el valor de cambio que puede surgir de la misma".

"...en relación a la nulidad planteada en el acta de procedimiento, para su sustanciación, el art. 170 in fine del C.P.P.N. establece que tramitarán por incidente en la forma establecida para el recurso de reposición. Que siendo ello así, y a los fines de dar una adecuada

satisfacción a la garantía constitucional de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito (art. 8, párrafo 2do, apartado h, de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional), corresponderá entonces que el señor Defensor Oficial, de considerarlo oportuno formule la solicitud ante el juzgado de origen".

C. F. de Apelaciones de La Plata - Sala I - 02/11/2010 - "G, J. P. S/ Pta. Inf. 277 del C.P." - elDial.com - AA6F6F

ENCUBRIMIENTO. Delito de Encubrimiento. Imposibilidad de otorgar una mayor pena. Artículo 279, inciso 1 del Código Penal.

"La limitación según el art. 279, inciso 1º del C.P. impide asignar al encubrimiento una mayor pena que la del delito precedente, por lo que la Sala confirma la resolución que declaró no punible al menor y lo sobresee".

"Asimismo el Fiscal desvinculó al menor, ya que no se había establecido el origen del arma secuestrada, lo que eventualmente podía subsumir el hecho en los términos del art. 277 del C.P.".

C. N. Crim y Correc - Sala VI - 14/10/2010 - "F., F. S. s/ sobreseimiento y no dictado de prisión preventiva" - elDial.com - AA6696

HOMICIDIO DOBLEMENTE CALIFICADO POR EL VÍNCULO Y ALEVOSÍA. Infanticidio. Participación necesaria. Encubrimiento. Excusa absolutoria. Deber de garantía. *Indubio pro reo.*

"Lo que tiene que ser demostrado es que el imputado prestó colaboración en el homicidio perpetrado por D., o bien que no impidió –pudiendo hacerlo– el resultado mortal ocasionado por el comportamiento que aquella estaba desarrollando (...) lo único que se demostró es la presencia del imputado en un lugar próximo al que se consumó el homicidio de la recién nacida. Pero ello no habilita a condenar por cercanía".

"Si bien podía suponerse que el imputado supiera lo que estaba pasando, no puede descartarse que tuviera conocimiento de lo acontecido luego de que la mujer regresara del baño con el hecho ya consumado, por lo que la situación de A. a lo sumo resultaría encuadrable

en la figura de encubrimiento, cuya punibilidad se encuentra bloqueada, conforme la excusa absolutoria establecida en el inciso cuarto del art. 277 del Código Penal".

"Es conveniente señalar que el "*in dubio pro reo*", tal como lo advertía Carnelutti, no constituye una dádiva ni es una herramienta que permita confrontar o combatir las pruebas, es un preciso límite al poder punitivo estatal que exige la construcción de la culpabilidad, fuera de toda duda".

"No es lo mismo, desde el punto de vista del reproche jurídico penal, el "hacer" que el "dejar hacer"".

C. de Apel. Penal de Venado Tuerto (Santa Fe) - 12/08/2010 - "W.A.A. s/ homicidio doblemente caficado por el vínculo y por alevosia -Artículos 45 y 80 inc. 1º y 2º del Código Penal - causa Nº 42/2010 - elDial.com - AA63FB

HOMICIDIO CULPOSO. ENCUBRIMIENTO. Niño embestido por patrullero de la policía de la provincia. Ocultamiento del cuerpo y de los rastros del delito por parte de los policías imputados, con el fin de lograr su impunidad. Delito de lesa Humanidad. Imprescriptibilidad.

"La subsunción adecuada debe realizarse atendiendo el particular momento histórico y el ámbito espacial en que los sucesos ocurrieron. Entiendo que en autos se revela en la actividad desplegada por los imputados un plus en su comisión que excede el estándar previsto para el delito ordinario. En efecto, el niño Alejandro Víctor Flores padeció la violación a sus derechos esenciales por un irregular ejercicio del deber de asistencia por parte de quienes habían provocado las lesiones, omitiendo la adopción de medidas de protección que el estado del menor requería. Pero la gravedad se configura porque la inactividad no se debió a una simple desidia, sino que tuvo por finalidad el reprobable logro de la impunidad. Tanto más se comprometen las conductas si se comprueba que quienes pretenden alcanzarla son funcionarios actuando en misión de preservar los bienes y la vida de las personas".

"Y peor cuando surge que para buscar auxilio informal, cargaron al herido en el patrullero asignado asegurando un tránsito sin interferencias ni controles. Cabe resaltar ocurrido el desenlace que sus causas no han sido elucidadas, pero a través de la debida investigación se determinará si la muerte ocurrió por una probable deficiente atención o la posible exacerbación del ocultamiento. Estas hipótesis reposan en indicios

que revelan el esmero y frialdad con que los policías actuaron, no dejando nada librado al azar, reparando el móvil y enterrando el cuerpo del niño. Constatado el homicidio, la metodología de la actividad desarrollada en los sucesos relacionados se aviene especialmente insidiosa, al infringirse específicas normas que prevén la protección y asistencia de los niños".

"No llevaron al niño a un centro asistencial dotado de la necesaria complejidad como para atender los requerimientos que la gravedad de su estado demandaba. No dieron participación ni comunicación del hecho a la autoridad judicial. Y, en orden al agravio humanitario, la omisión se extendió a obviar noticia alguna a los padres de la criatura que con sus 5 años se encontraba perdida. El ocultamiento elegido tuvo el efecto incuestionable de una desaparición física, sumiendo a los parientes directos en un padecimiento teñido de incertidumbre, pues el largo paso del tiempo solo pudo alimentar una expectativa remota de vida que finalmente se apagó cuando tras casi dieciocho años se hallaron los restos óseos del hijo. Configurada la virulencia de la ofensa descripta es ocioso exigir que para su tipificación se lo incluya dentro de "un ataque generalizado o sistemático". Porque excluir del bien jurídico a los afectados por hechos que, aunque aislados, se muestran particularmente atroces en su comisión por agentes del estado, implica relativizar la vigencia de un derecho reconocido por ser consuetudinario y que condena acciones u omisiones cuya gravedad lesionan la esencia de la dignidad humana."

"Pero a mayor abundamiento no parece reclamar este extremo la C.I.D.H. in re Bulaccio, ya que una simple redada concretada después de un recital no reviste entidad para calificarla como la manifestación de una política general que vulnere derechos de una sociedad. Antes bien, ambas situaciones en estudio son asimilables desde que los autores se prevalieron del uso de los medios y atribuciones que por el cargo detentaban para realizar los actos violatorios con indemnidad y eficacia".

"RESUELVO Discrepar con el sobreseimiento requerido declarando la subsistencia de la acción penal en los delitos atribuidos a Mario Luis Gaumet y Gustavo Javier Flores y en consecuencia elevar las presentes actuaciones al Sr. Fiscal de Cámara que por turno corresponda en virtud de lo establecido por el art. 359 del C.P.P.".

Juzgado de Control de 1ª Instancia de Río Cuarto (Córdoba) - 06/07/2009 – "Gaumet, Mario Luis y otro" - elDial.com - AA542F

ROBO. ENCUBRIMIENTO. Tipos penales autónomos e independientes entre sí que se refieren a acontecimientos históricos distintos. Tipos penales autónomos e independientes que se refieren a un hecho único. Diferentes posturas. Acusación Alternativa: No resulta procedente cuando uno de los ilícitos ha sido llevado a cabo en un ámbito territorial ajeno a la competencia del Tribunal.

"A mi juicio, los delitos de robo y encubrimiento, son tipos penales autónomos, independientes entre sí, con características típicas disímiles y se refieren a acontecimientos históricos distintos. Por ello, al ser las imputaciones diferentes, en el presente caso, y no existiendo elementos probatorios que permitan endilgarle al imputado el desapoderamiento en cuestión, entiendo que corresponde homologar el pronunciamiento impugnado" (Dr. Bunge Campos, según su voto).

"Si bien los delitos de robo y encubrimiento constituyen tipo penales autónomos, existe una alternatividad de calificaciones en torno a un hecho único. Sin perjuicio de ello, no puede obviarse que la investigación realizada por el Fiscal de Instrucción carece de autor individualizado y que, por las características de los hecho y el tiempo ocurrido desde la sustracción del rodado (21 ó 22 de septiembre del año 2005), no es posible practicar, al menos de momento, medidas probatorias que eventualmente pudieran vincular al imputado con el desapoderamiento del vehículo" (Dr. Lucini, según su voto).

"He dicho en anteriores ocasiones que si bien materialmente los delitos de robo y encubrimiento son tipos penales autónomos y no subsidiarios, independientes entre sí, con características disímiles, y se refieren a dos hechos escindibles, lo que se presenta en estos casos es una alternatividad de calificaciones, la que por la vía de una acusación alternativa podrá ser resuelta adecuadamente en el momento de requerir la elevación a juicio, extremo al que sólo podrá arribarse si el asunto es único" (Dr. Bruzzone, según su voto).

"Ahora bien, un nuevo análisis sobre la materia me ha llevado a delimitar los alcances jurídicos de esta postura, en el sentido de que debe ser aplicada exclusivamente a los supuestos en los que ambos hechos objeto de tratamiento –hurto y encubrimiento– fueran perpetrados en

el mismo ámbito jurisdiccional. Ello así pues, no resulta procedente una acusación alternativa cuando uno de los ilícitos habría sido llevado a cabo en un ámbito territorial ajeno a la competencia del Tribunal –extremo este que se verifica en el *sub examine*– so pena de infringir las normas procesal relativas a la competencia territorial" (Dr. Bruzzone, según su voto).

C.N. Crim. y Correc. - Sala VI - 23/11/2007 – "Manavella, Juan Alberto s/ inhibitoria" - elDial.com - AA45F2

"El imputado debe ser procesado por el delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro en concurso ideal con el uso de documento público falso y uso de documento privado, dado que se acreditó que fue detenido en posesión de un automóvil que registraba pedido de secuestro por haber sido objeto de un ilícito precedente, y que exhibió una cédula de identidad del vehículo adulterada".

C.N. de Apel. Crim. y Correc. Federal - sala I - 03/11/2016 - C., P. H. s/ encubrimiento • AR/JUR/85797/2016

"Por vía de lo prescripto del art. 279 del Cód. Penal procede absolver a la acusada encubrimiento por haber ocultado en la vivienda que buscaba a la imputada de un hecho delictivo, si medió respecto de la encubierta una amistad muy especial. La amistad es un afecto personal, subjetivo, que no puede someterse de un modo muy estricto a las mismas pruebas de los hechos objetivos. Puede existir al margen de lo que digan al respecto otras personas, y debe ser admitida si quien la invoca lo hace con sinceridad o con razones atendibles, aunque no aporte elementos materiales de juicio, como lo pueden ser las cartas u otras constancias documentales".

C. Fed. Crim. y Correc – 16/12/70 – LL 140-638

"Debe ser absuelta la mujer que siendo concubina del imputado procede a procurar la desaparición de las pruebas del delito, es decir que fue ejecutado el hecho por una persona que tiene respecto del encausado una especial gratitud".

C. 2ª. Apel. Crim. Salta. 8/5/70, JA 1970-921.

La ausencia de toda probanza documental de la compra de mercaderías hace presumir el conocimiento de su origen espurio, y pasible, al adquirente, del delito del encubrimiento, pues un comerciante no

adquiere –como en la especie– mercaderías indocumentadamente, casi de madrugada, a quienes no son sus proveedores habituales, sin conocer tampoco la identidad de los vendedores y con la sola entrega de una escasa cantidad de dinero.-

C. N. Crim y Correc, Sala 1, 17/12/90 – Contino Luis A y otros. – *JA* 1991-II

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

(ARTS. 289 Y 298 BIS DEL CÓDIGO PENAL)

Por Carlos Alberto Chiara Díaz[*] y equipo[**]

BIEN JURÍDICO TUTELADO

Después de una prolongada controversia doctrinaria, que en otros tiempos generó diversas posturas a partir de considerar la falsedad como medio para perpetrar otros delitos, entre ellas las instrumentales, contractuales, testimoniales y profesionales, lo que originó cierta confusión con los delitos contra el patrimonio, la administración de justicia y la fe pública en el Derecho romano, el germánico, el canónico, el intermedio y el hispánico,[1] que subsistió hasta que se logró construir la categoría de delitos contra la fe pública. Resulta importante la labor pionera en tal sentido de Filangieri,[2] ya que los reunió a partir de determinar como característica común de todos ellos la circunstancia esencial de servirse el autor del delito de la confianza pública depositada en él para violar los deberes asumidos en tal condición. Integran esa categoría: el peculado de los administradores o depositarios de las rentas públicas, la falsedades de los notarios, la falsificación y la alteración de monedas cometidas por quienes tenían a su cargo el cuño público, la obligación de guardar los secretos de Estado por parte de los funcionarios públicos con la obligación de conservarlos, el abuso del sello de los soberanos cometido por quien tiene la custodia, el fraude

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Vocal y Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Miembro Titular de la Comisión de reforma al Código Penal de la Nación del año 2006. Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Penal.

** Coordinado por Sebastián Gallino.

1. Según cita tomada de Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1942, T. VI, pp. 7-8.

2. Ver al respecto Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, Edición Actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 497.

del tutor en perjuicio del pupilo y la quiebra fraudulenta, que se constituyeron en los delitos inicialmente incluidos.[3] No obstante, es posible criticar a Filangieri por no haber delimitado con claridad el grupo de delitos contra la fe pública ni distinguirlos de aquellos que ofenden o atacan la propiedad mediante un fraude cualquiera.

Debemos a Carrara la distinción entre 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". Así:

> ... en la moneda deben tener fe todos los ciudadanos, por su confianza en el gobierno que la acuña (...) en los documentos públicos y en los sellos o timbres tienen fe todos los ciudadanos, porque confían en los mandatarios del gobierno o en los que de la autoridad superior recibieron facultad para establecer, mediante esos documentos o esos sellos, una presunción de veracidad en una atestación, o de existencia de ciertas condiciones en un objeto.[4]

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. Para Pessina, la fe pública no es la pura fe del privado, antes bien se trata de "la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria atribuida por él a algunos objetos o signos o formas exteriores".

Mientras que Maggiore postula un concepto negativo de falsedad: "es lo que va contra la fe pública", y piensa que "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".

En nuestro país, Fontan Balestra se encargó de defender las ideas de Carrara y Pessina, al confrontar los cuestionamientos de pensadores de la talla de Von Liszt, que niega la existencia de un bien jurídico autónomo protegido por la falsedad documental; o de Binding, que afima que con el concepto de fe pública resurge la idea monstruosa de derecho a la verdad, e identifica la fe pública con la autenticidad y veracidad de los

3. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 495-496.

4. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, vol. VII, 9ª edición, Buenos Aires, ed. Depalma, 1977, pp. 1-2 y ss.

medios de prueba; y de Carnelutti, que retoma las ideas de Binding para concluir que es innecesaria una categoría con este tipo de delitos.[5]

En opinión de Ramos, salvo en lo atinente a la falsedad de moneda, las falsedades, por lo común, no terminan en la falsedad misma, sino que persiguen un fin distinto, que puede ser la apropiación de un bien patrimonial ajeno, saldar una deuda, crear o extinguir dolosamente un derecho. En consecuencia, por lo general la falsedad no es un delito en sí, sino un medio para ejecutar otro.[6]

Por su parte, Soler, si bien considera que nuestro Código Penal se atiene al antiguo concepto de fe pública, encuentra en la discreta aplicación de la teoría probatoria, la posibilidad de limitar el "indefinido ámbito" de la expresión fe pública, especialmente en lo concerniente a los documentos privados. En definitiva, según Soler 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.[7]

Núñez, en cambio, observa que la inclusión en este título de la falsificación de instrumentos privados, de los fraudes al comercio y a la industria, y del pago de cheques sin provisión de fondos no permite que se defina la fe pública en el sentido que lo hace Pessina. Esto es así puesto que, al no ser el Estado el que certifica:[8]

> … respecto de la autenticidad o veracidad de los documentos, actos o cheques, no se puede decir que la confianza general respecto de esa autenticidad o veracidad, obedezca a la garantía emergente de actos de carácter público que las atribuyen o imponen, de manera de que se pueda afirmar que la gente hace fe en la autoridad, en su signo, emblema o mandatario. Por consiguiente, el epígrafe del Título XII 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

5. Fontán Balestra, *op. cit.*, pp. 495-496

6. Cfr. Ramos, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1938, T. V, p. 291.

7. Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. V, Buenos Aires, Ed. Tea, 1978, p. 280.

8. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1992, T. V, vol. II, pp. 201-202.

> confianza del público respecto de ciertos objetos o actos, cuya autenticidad o veracidad es necesario preservar por la función social que desempeñan.

Para Oderigo, resulta ser:

> ... la confianza que el público, en general, deposita en la autenticidad, inmutabilidad y veracidad de determinados valores, signos o instrumentos, y que permite a éstos 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.[9]

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.[10]

En la visión de Creus, 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.[11]

No son suficientes la mera objetividad deformante, ni la confianza infundada en la autenticidad y veracidad del objeto, sino que ambas deben estar presentes:

> ...[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,

9. Cfr. Oderigo, Mario A., *Código Penal anotado*, 3ª edición, Epifanio Romero, 1957, p. 406.

10. Ver Baigun, David y Tozzini, Carlos, *La falsedad documental en la jurisprudencia*, Buenos Aires, editorial Astrea, 1992, p. 16.

11. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1993.

sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza.[12]

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.

Finalmente, Donna tiene una postura que suscribimos: se centra en la seguridad del tráfico jurídico y participa de la idea de que, si bien existe un bien jurídico para todos los tipos penales, para delimitar su alcance deben atenderse las funciones de garantía –posibilidad de reconocer de quien 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 citas, Donna opina que el bien jurídico es la protección de la formalidad, fiabilidad y garantía del tránsito jurídico, especialmente en el documento con registros técnicos y datos como medio de prueba.[13]

FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS

Artículo 289.- (según Ley N° 24721). 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.
2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.
3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

Comentario general

Ya en la redacción originaria del artículo en el Código Penal de 1922, se preveía en el inciso 1 la falsificación de marcas, contraseñas o

12. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner editora, 1992, T. V, vol. II, pp. 201-202.

13. Ver Donna, Edgardo. A, *Derecho Penal, parte especial*, T. IV, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

firmas que se usen en las oficinas públicas o de funcionarios públicos para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto. El inciso 2 castigaba al que falsificare billetes de empresas, sellos marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, exigidos por ley en cierta clase de trabajos o de artículos. El inciso 3 al que aplicare marcas o contraseñas de la oficinas públicos o los sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, a que se refiere el número precedente, objetos, obras o artículos distintos de aquellos a que debían ser aplicados, tal como lo señala Rodolfo Moreno.[14]

El artículo 37 de la Ley N° 13945 de 1950, sobre tenencia de armas y explosivos, agregó un inciso –el 4– que contemplaba las acciones de falsificar, alterar o suprimir la numeración, marcas o contraseñas colocadas por la autoridad competente en las armas y demás materiales ofensivos calificados por ley y el uso o tenencia de dichas armas o materiales ofensivos con conocimiento del hecho. La redacción actual, incorporada por Ley N° 24721, coincide con la establecida por el Decreto-Ley N° 17567, que se basa en el artículo 371 del Proyecto de 1960, que a su vez sigue el Proyecto de 1906, que agrupó en su artículo las disposiciones del proyecto de 1891.

Estructura típica

En los tres incisos la acción es la de falsificar, que en el inciso segundo tiene un sentido más amplio que el visto hasta aquí, al incluir la alteración. En el inciso primero, además, se castiga aplicarlas a objetos distintos de los debidos. En el tercero se contemplan la alteración y supresión, junto a la falsificación. El hecho tiene como presupuesto un medio de identificación verdadero. Los incisos tienen diferentes objetos. Se construye como delito común, que acepta todas las formas de participación. Figura de resultado que, en la falsificación, admite la tentativa. No se prescriben referencias de lugar, momento o medios de comisión. Se tutela la fidelidad, autenticidad, en el tránsito comercial y el uso debido de signos, marcas y contraseñas que identifican los objetos protegidos por la ley. La pena es igual en los tres incisos.

14. Cfr. Moreno, Rodolfo, *La Leyes penales al día. Recopilación*, Buenos Aires, Ed. Escuelas Gráficas Pío IX, 1951, pp. 187-188.

FALSIFICACIÓN Y APLICACIÓN INDEBIDA DE MARCAS, CONTRASEÑAS Y FIRMAS (INC. 1)

Tipo objetivo

Sujeto activo

Cualquier persona puede ser autor del delito.

ACCIÓN TÍPICA

Falsificar es imitar el signo verdadero de los objetos típicos. Aplicar, es "poner la marca, contraseña o firma identificatoria"[15] en objetos distintos de aquellos a los 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".[16]

En el primer inciso los objetos son marcas, contraseñas o firmas, es decir las grafías, señales o dibujos utilizados para distinguir una cosa determinada.[17] Las firmas son las puestas a mano con objeto de identificación, las que indican que se ha procedido al contraste o certificación,[18] 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.[19]

El tipo limita su alcance a las "oficialmente usadas", lo que equivale a decir "las utilizadas por un funcionario competente del Estado"[20] o "las legalmente requeridas", que son las que la ley obliga colocar a los particulares en determinados casos.[21]

Las marcas, contraseñas o firmas, oficialmente usadas o legalmente requeridas deben utilizarse para contrastar pesas o medidas, esto es, para

15. Cfr. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 496.

16. Cfr. Soler, op. cit., p. 31.

17. Cfr. según cita de Creus-Buompadre, *Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 434.

18. Cfr. Fontán, Balestra, *op. cit.*, p. 540.

19. Cfr. Soler, *op. cit.*, p. 317.

20. Ver Donna, *op. cit.*, p. 103.

21. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 434.

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.[22]

Para que se complete el tipo objetivo, debe estar presente la finalidad de contrastar pesos, medidas, o de 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 que, según el caso, pueda encuadrar en impresión fraudulenta de sello verdadero –art. 288, última parte–.

La marca de fábrica es amparada por Ley N° 22362 de propiedad industrial, no por esta figura,[23] que atiende a resguardar la autenticidad de la cosa en el tráfico comercial.[24]

Tipo subjetivo

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.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la realización de las respectivas acciones, sin exigirse otro resultado. La falsificación admite tentativa.

FALSIFICACIÓN DE BILLETES DE EMPRESAS PÚBLICAS O TRANSPORTE (INC. 2)

Tipo objetivo

Sujeto activo

No se prevén restricciones, cualquier persona puede ser autor.

22. Cfme. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 540.
23. Cfr. Soler, *op. cit.*, p. 317.
24. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 104.

ACCIÓN TÍPICA

La acción de falsificar, al igual que en el inciso anterior, reside en imitar el objeto verdadero, empero, se incluyen las adulteraciones que transformen el billete en otro distinto.[25]

En cuanto al objeto, la norma alude a los billetes de las empresas públicas de transporte, único objeto sobre el que puede recaer la acción falsaria, son aquellos que autorizan a viajar, transportar equipaje o acceder a los lugares de partida, cualquiera sea la forma.[26] Carece de relevancia que sean nominados o innominados, tarifados o gratuitos. El medio de transporte puede ser cualquiera.

Se discute la interpretación de la construcción "empresas públicas de transporte". Para algunos autores, debe tratarse de empresas pertenecientes o administradas por el Estado o entes descentralizados con participación estatal, por lo que la falsificación de los billetes de empresas privadas, aunque estén destinadas al transporte público, resultaría extraña a esta figura, más allá de que el accionar pueda encuadrar en el delito de defraudación si el billete es usado.[27] Otros piensan que la norma se refiere a transportes destinados a ser usados por un número indeterminado de personas, sean propiedad de empresas públicas o privadas.[28] Existe consenso en que las empresas deben estar destinadas al transporte público.

La aplicación fraudulenta de sello verdadero en los billetes es atrapada por la parte final del artículo 288, que desplaza la figura tratada.[29]

Tipo subjetivo

Es un delito doloso, el cual requiere que el autor conozca el carácter del billete y que la empresa de transportes sea pública, así como también debe tener voluntad de falsificarlo.

Consumación y tentativa

El delito se perfecciona con la falsificación de los billetes. No se requiere otro resultado. Si el falsificador usa el billete apócrifo para

25. Ver Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 436.
26. Ibídem, p. 436.
27. Ibídem, p. 436.
28. Ver al respecto Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 543.
29. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 437.

defraudar a la empresa de transportes, la estafa concurre en forma ideal con la falsedad.[30]

FALSIFICACIÓN DE NUMERACIÓN INDIVIDUALIZADORA (INC. 3)

Tipo objetivo

Sujeto activo

Puede ser cualquier persona.

ACCIÓN TÍPICA

Las acciones previstas por el inciso 3 son las de falsificar, alterar o suprimir. Respecto de la acción de falsificar, cabe remitirse a lo ya explicado. "Alterar" es cambiar la numeración del objeto, parcial o totalmente.[31] "Suprimir" es hacer desaparecer la numeración del objeto, mientras que la supresión parcial constituye una alteración.[32]

Las acciones deben recaer sobre la numeración obligatoria estampada en un objeto registrado de acuerdo con la ley. La numeración puede estar conformada por números, letras, o signos o caracteres gráficos, y debe estar destinada a individualizar el objeto de tal forma que pueda ser distinguido de otros. Tiene que tratarse de numeración registrada oficialmente: "es decir, observando la forma dispuesta por la ley para su registro".[33] El término ley es entendido en un sentido amplio, comprensivo de los reglamentos y ordenanzas.[34]

La especie del objeto individualizado es indiferente, inclusive se encuentran comprendidos en la protección documentos no alcanzados por la tipicidad del artículo 292 y los siguientes (por ejemplo, documentos de archivo histórico).[35]

Al derogarse, por Ley N° 24721, el artículo 33 y los siguientes, y el Decreto-Ley N° 65/58, se subsumen en este inciso la falsificación,

30. Ver Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 437.

31. Cfr. Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Buenos Aires. Ed. Depalma, 1981, p. 216.

32. Consultar Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 437.

33. Ibídem.

34. Ibídem.

35. Ibídem.

alteración o supresión de la numeración de motor, chasis y placa individualizadora de automotores. La sustitución de chapa patente es abarcada por este inciso, puesto que todo reemplazo de un objeto por otro requiere la supresión del primero, por lo tanto la conducta de sustituir lleva ínsita la de suprimir.[36]

Tipo subjetivo

Delito doloso, que no admite la forma de dolo eventual.[37] Exige el conocimiento del carácter individualizador de la numeración y de su registración oficial, así como la voluntad de falsificar, adulterar o suprimir.[38]

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la realización de cualquiera de las acciones previstas.

Pena

Los tres incisos se encuentran conminados con pena de seis meses a tres años de prisión.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

La figura se ubica en el artículo 332, en el Título XIV, "Delitos contra la fe pública", Capítulo II. Se mantienen el texto y la pena vigente. Los incisos se individualizan con las letras a, b y c.

Jurisprudencia

Colocamos lo que nos pareció de mayor interés en las actuales circunstancias, al menos en nuestro ámbito. Sin pretender agotar las citas jurisprudenciales, creemos necesario traer al análisis ciertos fallos por estimarlos más trascendentes:

- El artículo 289 del Código Penal contempla la falsificación de marcas de fábrica, cuyo empleo no es facultativo para el industrial o comerciante, sino obligatorio en virtud de la ley que así lo dispone. Al ajustarse las etiquetas y señales del whisky

36. Cfr. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 546.
37. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 440.
38. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 116.

adulterado puestas a la venta a las previsiones del artículo 68, inciso 3, del Decreto N° 141/53 incorporado en el orden nacional por la Ley N° 18284 bajo la denominación de Código Alimentario Argentino, los hechos de falsificación configurarían el delito del artículo 289, inciso 1, del Código Penal, respecto de los cuales cabe que se pronuncie –ya por su incriminación o por atipicidad– el juez en lo criminal de sentencia que tomara intervención en la causa. (CSJN, "Acuña, Héctor y otros", 1983, T. 305, p. 302).

- Resulta irrelevante para discernir la competencia el perjuicio que eventualmente habría sufrido el Estado nacional al no percibir los impuestos correspondientes a la actividad ilícita que se investiga –el envase de aceites minerales recuperados y adulterados en tambores con rótulos de diversas marcas, que luego eran vendidos como lubricantes sin uso a terceros– o el lucro cesante eventual relativo a la disminución de las ventas de YPF en el ramo, con motivo de la competencia fraudulenta que se imputa a los procesados. Ello así, pues los derechos de los titulares marcarios encuentran suficiente respaldo en las facultades de que los inviste la Ley N° 22362, en los artículos 33 a 41, en orden a los delitos previstos en el artículo 31, que no consisten en una forma especial de defraudación, sino que la actividad que se persigue es una verdadera falsificación con su secuela de engaño y descrédito para la confianza pública. De tal manera, la falsificación de una marca propiedad del Estado o de un particular resulta de competencia federal por la misma preceptiva legal –art. 33–. (CSJN, "Castellanos, Luis Anselmo y otros", 1983, T. 305, p. 1147).
- Quien con un folleto oculta una parte de la patente trasera de su vehículo no incurre en el delito consignado en el artículo 289, inciso 3 del Código Penal, pues dicho proceder no se dirige a alterar la numeración registral del automotor, sino que constituye un recurso avieso para evitar ser fotografiados cometiendo alguna infracción de tránsito (del voto del Dr. González Palazzo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV • 04/12/2007 • S. M., N. C. y otro • LL 24/09/2008, 8, con nota de Diego Martín Outeda; LL 2008-E, 598, con nota de Diego Martín Outeda; • LL on line AR/JUR/12860/2007).

RESTAURACIÓN DE SELLOS, TIMBRES, MARCAS Y CONTRASEÑAS

Artículo 290.- (Texto vigente por Ley N° 23077 y montos según Ley N° 24286). 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, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

Comentario general

Origen y evolución de la figura

Si bien no existen antecedentes nacionales, se mencionan normas concordantes en los proyectos de 1891 –art. 338– y de 1906 –art. 308–.[39]

Estructura típica

Se protege la autenticidad de ciertos signos, castigando la falsedad y el uso indebido de aquellos, aunque sean verdaderos.

No se prevén modalidades específicas de comisión ni referencia de lugar ni temporales. En los supuestos del primer párrafo, el accionar se conmina con pena de prisión de quince días a un año; mientras que en el segundo párrafo la pena es de una multa que fue actualizada por la Ley N° 24286, publicada en el BO en fecha 29/12/93.

Tipo objetivo

SUJETO ACTIVO

Cualquier persona puede ser el autor, sin embargo en el segundo párrafo se exceptúan quienes hicieren desaparecer signos, pues tal conducta es reprimida por el primer párrafo.

ACCIÓN TÍPICA

Primer párrafo:

La acción prevista por el párrafo primero es hacer desaparecer el signo colocado en los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a efectos

39. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 112.

de indicar que ya han servido o han sido inutilizados. Hacer desaparecer es restaurarlos para poder utilizarlos o, si han sido utilizados, para hacerlo nuevamente,[40] 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, 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 que puedan ser de aplicación los artículos 288 o 289, según el caso.[41]

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 por exigencia del tipo. En consecuencia quedan fuera de la tipicidad las conductas desplegadas sobre objetos inutilizados, cuyo signo no haya sido removido.[42]

La remoción del signo debe haber sido realizada por un tercero, pues de lo contrario el accionar se subsume en el primer párrafo,[43] 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.

Tipo subjetivo

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 ha-

40. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 438.

41. Ibídem.

42. Cfr. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 546.

43. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 440.

ber sido recibido de buena fe, si al llevar a cabo el hecho se tenía conocimiento de la restauración.[44]

Consumación y tentativa

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.[45] 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 acción de poner en venta no admite tentativa. En los demás supuestos difícilmente es posible.[46]

Pena

La escala penal prevista para el primer párrafo es de quince días a un año de prisión, mientras que la prevista para el segundo párrafo está reprimido, con multa, actualizada por la Ley N° 24286.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

La disposición se incluye dentro del Título XIV, "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, en el artículo 333. El primer párrafo no sufre variaciones ni en su texto ni en la penalidad prevista. En el segundo párrafo se mejora la redacción, al eliminarse la palabra "etc.", y al establecer que las acciones se refieren a "estos sellos, timbres, marcas o contraseñas inutilizados". En este supuesto se reprime con la escala de quince a noventa días multa, que deberá determinarse conforme a las pautas previstas en el artículo 13 del mismo proyecto.

Jurisprudencia

"Constituye el delito previsto en el art. 290 del C.P. y no la infracción a la ley 20.216, art. 34 d), de hacer desaparecer de una estampilla

44. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 116.
45. Ver Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 439.
46. Ibídem, p. 440.

postal el signo de utilización y también el uso de sellos así restaurados" (C.C.C. T.V. p. 257; ver también Soler, T. de D.P.T.V. p. 319 ed. 1976)".

Asimismo, consultar C.C.C.Fed. Sala II, Battaglia -Loza Leguizamón - del Pino, 13.12.79, "GIL, F", Causa 1124, Reg. 1089.

PUNIBILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Se regula en el 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.

Comentario general

Se 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.

En cuanto al concepto de funcionario público, cabe remitir a lo dispuesto en el artículo 77 del CP. La calidad de funcionario 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, pues 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).

En la faz subjetiva, únicamente se admite dolo directo,[47] pues 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.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

Mantiene el texto vigente en el artículo 334.

47. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 118.

CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNAS FALSIFICACIONES DOCUMENTALES

Artículo 292 (Según Leyes N° 21766 y 24410). El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar 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.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o la habilitación para circular con vehículos automotores, la pena será de ocho años.

A 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.

Comentario general

El primer párrafo conserva la redacción original del Código Penal de 1921, Ley N° 11179; en tanto el segundo párrafo fue agregado por Ley N° 20642 (1974) y el tercer párrafo ressulta impuesto por Ley N° 21.766 y modificado en 1995 por la Ley N° 24410.

Los antecedentes de la figura se remontan al Derecho romano. El Digesto incluía una disposición similar en el Libro XLVIII, Título X, y en las leyes I, II y XVI. En el derecho español antiguo, el Fuero Juzgo y las Partidas, entre otras tantas leyes, se ocupaban de castigar las falsedades documentales.

En el orden nacional, se reconocen antecedentes en el Proyecto Tejedor, Parte II, Libro II, Título III, II, artículo 1; en el Proyecto Villegas-Ugarriza-García, artículo 186; en el Código de 1886, artículo 280; y en la Ley N° 4189, artículo 28, inciso 1. En el Proyecto de 1891, artículo 339, se comienza a dar forma a la redacción actual del primer párrafo, y el texto del Proyecto de 1906, artículo 311, fue adoptado por el Código Penal de 1921.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, se encuentran disposiciones en el código holandés, artículo 225; en el código italiano,

artículos 275, 278 y 280; en el código húngaro, artículos 291 y 401; en el código uruguayo, artículos 240 y 243; en el código alemán, artículo 267; y en el código belga, artículo 164.

DOCUMENTOS EQUIPARADOS A INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Artículo 297.- (según Ley N° 24410) A 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.

Comentario general

Origen y evolución de la figura

Esta figura fue contemplada por la Ley N° 4189 (art. 28, inc. 5); proviene del Proyecto de 1891, artículo 344, cuya fundamentación se basó en la fe que se atribuye a estos documentos que hace que revistan un carácter semejante a los documentos públicos. También fue contemplado en el Proyecto de 1906, artículo 316. La Ley N° 17517 de 1968 agregó la expresión "los cheques", que fue derogada por Ley N° 20509, nuevamente agregada por la Ley N° 21338 de 1976, y finalmente modificada por Ley N° 23077 de 1984, que suprimió los cheques. La Ley N° 24410 agregó los certificados de parto o nacimiento.

Estructura típica

La doctrina en forma unánime sigue a Núñez, quien sostiene que la equiparación no es a los efectos del tipo penal en su totalidad, sino de la pena, por lo que la figura alude a instrumentos privados que sólo son susceptibles de falsedad material. Se pretende otorgar a los documentos incluidos una mayor protección, por su carácter y por la función de dichos instrumentos en el tráfico jurídico, pero de ninguna manera se trata de convertirlos en documentos públicos. La ley penal no constituye documentos públicos. La enunciación es taxativa y conforme lo establecido en los artículos 292 y 293 es necesario que la falsificación cause perjuicio.

Los objetos taxativamente comprendidos son:

Los testamentos ológrafos y cerrados: son actos de última voluntad otorgados al margen de un acto oficial de la fe pública. Se rigen por las disposiciones del Código Civil. El ológrafo es el escrito con caracteres alfabéticos, en cualquier idioma, fechado y firmado, en su totalidad, por la mano misma del testador (arts. 3639 y 3641 del CC). El cerrado es el firmado por el testador y el pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público en presencia de cinco testigos expresando que el contenido es su testamento (art. 3666 y ss. del CC). Cuando el testamento cerrado no valiese como tal por defecto de sus solemnidades, podrá ser considerado ológrafo si estuviese todo él escrito y firmado por el testador (art. 3670 del CC). La conducta falsificadora puede llevarse a cabo antes o después del fallecimiento del causante, pero la consumación no se da hasta el momento en que se utiliza, ya que sólo entonces surgirá la posibilidad de perjuicio.

Certificados de parto o de nacimiento: son los expedidos por médicos que cumplan funciones en hospitales públicos o en institutos de salud privados. Fueron incorporados a este artículo por la Ley N° 24410. La sistemática del legislador es criticable puesto que los certificados de parto y nacimiento también han sido incluidos en el artículo 292, párrafo tercero del CP.

Letras de cambio. Es la promesa incondicionada de pago al librador o a su orden, de una suma determinada de dinero, en un plazo dado o a su presentación, regulado por el Decreto-Ley N° 5965/63 ratificado por la Ley N° 16478.

Según Donna es necesario que para que haya falsificación previamente debe existir la letra de cambio como tal. En cambio, para Creus la creación de la letra de cambio se encuentra incluida en el tipo.

A su vez, los títulos de créditos transmisibles por endoso al portador son los vales, pagarés, giros bancarios, postales o telegráficos.

La reforma introducida por la Ley N° 25930 incluye en el artículo 285 a "los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que sea la sede del banco girado", con lo que se pone fin a la controversia generada en torno a los cheques privados, que para parte de la doctrina y jurisprudencia eran objeto del artículo comentado. En definitiva, con la actual redacción los cheques de todo tipo son equiparados a la moneda por el artículo 285.

Consumación y tentativa

Nos remitimos a lo dicho en oportunidad de analizar el artículo 292, por cuanto la equiparación del artículo 297 no cambia el carácter público o privado de los documentos falsificados.

Pena

La penalidad es la prevista para la falsedad de instrumento público.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

En el Título XIV, "Delitos contra la fe pública", Capítulo III, "Falsificación de documento en general", se contempla en el artículo 340 la equiparación. El texto se mantiene sin modificaciones, salvo por la mención del artículo 329 del Proyecto en reemplazo del artículo 285 vigente.

Algunos casos de jurisprudencia

1. "Si se sostiene que el "*draft*", cuya falsificación el tribunal requirente encuadra en el art. 197, párrafo 2, del Código Penal Chileno, no es uno de los documentos privados aludidos por el art. 297 del Código Penal Argentino, se plantea una comparación imposible, pues lo relevante es determinar si los elementos normativos "documento privado mercantil" y "títulos de crédito trasmisibles por endoso o al portador", son conforme a su valoración, equivalentes, es decir, si en sustancia su falsificación constituye la misma infracción". (CSJN, L. 6. XXIII, "Larrain Cruz, Carlos Alberto s/extradición", 07/04/1992, T. 315, p. 575).
2. "La adulteración de documento privado se consuma con el uso de aquél y, por recaer sobre un pagaré, en virtud del art. 297 del Cód. Penal, queda equiparado a un instrumento público sólo en cuanto a la pena, por lo que el tiempo a computar a los fines de la prescripción es de seis años a partir de la mencionada fecha". (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, 19/03/2004, "Barrera, Héctor E.", LLC 2004 (diciembre), 1230, LL Online AR/JUR/1652/2004).
3. "El art. 297 del Cód. Penal hace referencia a los títulos de crédito transmisibles por endoso como el pagaré, la letra de cambio, las facturas conformadas, etc., pero el cheque es una orden de pago

pura y simple de modo que no está alcanzado por el dispositivo según el texto que reimplantó la ley 23.077 (Adla, XLIV-C, 3677), si bien la ley 21.338 (Adla, XXXVI-B, 1113), incluyó los cheques en la prohibición del artículo 297 estableció una mera equiparación "*quod poenam*" y no "*quod substantiam*" que seguía siendo la del instrumento privado. La abrogación del elemento normativo "cheques" del art. 297 por la ley 23.077 remite la falsificación del cheque privado al tipo del art. 292". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V. 23/04/1986. "Mileto, Oscar". La Ley 1986 -D, 39 - DJ 1986-2, 808, LL Online: AR/JUR/1487/1986).

4. "El delito de supresión de estado civil, contemplado en el art. 139, inc. 2º, del Código Penal –que concurre idealmente con la falsificación de los certificados de nacimiento que dan cuenta de una relación parental inexistente– es distinguible de aquel otro que se habría cometido al lograrse la expedición de documentos falsos destinados a acreditar la identidad de las personas". (CSJN, Competencia Nº 305 XXXIII, "Gasparini, Miguel Antel s/denuncia", Causa Nº 415/96, 25/09/1997, T. 320, p. 2020).
5. "El delito de supresión de estado civil (art. 139, inc. 2° del Código Penal) concurre idealmente con la falsificación de los certificados de nacimiento que dan cuenta de una relación parental inexistente". (CSJN, Competencia N° 892, XXIV, "Concolino, Alberto s/incumplimiento de los deberes de funcionario público", 10/08/1993, T. 316, p. 1789).
6. "El delito de supresión de estado civil (art. 139, inc. 2° del Código Penal) es distinguible de aquel otro que se habría cometido al lograr la expedición de documentos falsos destinados a acreditar la identidad de las personas". (CSJN, Competencia N° 892. XXIV, "Concolino, Alberto s/incumplimiento de los deberes de funcionario público", 10/08/1993, T. 316, p. 1789).
7. "Toda vez que con el llenado de la suscripción de la solicitud de la inscripción de nacimiento y del acta labrada en el Registro Provincial de las Personas, se logró la expedición del acta de nacimiento y del documento nacional de identidad de un menor, concurren una pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta insusceptible de ser escindida, en la que el delito de supresión del

estado civil concurre idealmente con la falsificación del acta de nacimiento y del documento destinado a acreditar la identidad de las personas, la que deberá ser investigada por la Justicia Federal habida cuenta del carácter nacional del último documento". (CSJN • 06/07/2004 • N., E. y otros, LL Online AR/JUR/5914/2004).

PUNIBILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Artículo 298. 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.

Comentario general

Origen y evolución de la figura

Se mantiene el texto original del Código de 1921 que nunca fue modificado. Se encuentran antecedentes en el Proyecto Tejedor, Parte II, Libro II, Título III, art. 2, en el Proyecto de 1891 y en el Proyecto de 1906, artículo 318.

Estructura típica

La agravante del presente artículo es aplicable a todos los delitos del capítulo.

El funcionario público tiene deberes que le son propios de la función, y se agravan todos los delitos del capítulo en relación al abuso que en esa función ejerce el agente, siendo unánime la doctrina al dejar fuera del tipo a los empleados que no revisten carácter de funcionarios públicos, porque no actúan con delegación estatal. Estos podrán ser pasibles de la pena especial de inhabilitación dentro de los límites del artículo 20 bis, mas no de la inhabilitación absoluta prevista por el art. 298 "por doble tiempo de la condena".

Los Escribanos Públicos no están incluidos en la norma. Si bien participan de una función estatal, lo hacen como profesionales controlados por el Estado, pero no nombrados por este, por lo tanto son pasibles de la inhabilitación especial prevista por el artículo 20 bis en los términos de su inciso 3º.

La figura requiere actuar con abuso de sus funciones y no independientemente de ella, por lo que es imprescindible que el sujeto haya hecho abuso de su función para cometer el delito. En otras palabras, el artículo 298 requiere la competencia del funcionario en las funciones de creación, control, registración, custodia u otro modo de manejo del documento falsificado.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

La figura es receptada en el artículo 341 del Proyecto referido y no presenta cambios en la redacción.

Casos de jurisprudencia

"No comete el delito de falsificación de documento público el funcionario que falsea los datos que debe contener una declaración jurada propia de cargos y actividades desempeñadas por el imputado, sino más bien constituye una de las figuras de enriquecimiento ilícito de funcionarios o empleados contempladas por el Código Penal –en el caso, se confirmó el procesamiento del acusado, aunque modificándose la calificación otorgada en primera instancia–, pues la intervención del funcionario declarante no es exigida para dar fe para todos, sino que sólo está destinado a vincular al declarante respecto a la manifestación que hace bajo juramento de algo que el receptor ignora". (Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 13/02/2009, "Insausti, Oscar Guillermo", LLNOA 2009, junio, 472, LL On line AR/JUR/439/2009).

Artículo 298 bis (según Ley N° 24760). 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.

Comentario general

Respecto de la primera parte del artículo comentado, el Decreto-Ley N° 6601/63, ratificado por la Ley N° 16478, incorporó las facturas

conformadas falsas y a su asiento posterior en los libros o registros, colocándolo a continuación del artículo 298, sin darle numeración específica, el decreto publicado por el Poder Ejecutivo como 3992/84 de enero de 1985, le dio numeración 298 bis. La Ley N° 24064 punía a "quienes expidan, acepten o endosen facturas conformadas que no correspondan total o parcialmente a compraventas realmente realizadas, incurrirán en la pena prevista en el artículo 293 de este Código". El texto actual dado por la Ley N° 24760 reemplazó "factura conformada" por la expresión "factura de crédito".

Estructura típica

La figura en nuestra opinión contempla dos supuestos. El primero se trata de una falsedad ideológica de documento privado, lo que, al igual que el artículo 295, constituye una excepción a la regla que establece que la falsedad ideológica es posible solamente en instrumentos públicos.[48] Mientras que el segundo supuesto consiste en un acto negativo: de rechazar o eludir injustificadamente la aceptación de facturas de crédito.[49]

Tipo objetivo

SUJETO ACTIVO

Delito especial que sólo puede ser cometido por el comprador, el vendedor o terceros, dependiendo según se trate de si es emisor, o si acepta o rechaza la factura de crédito.[50]

ACCIÓN TÍPICA

Primer supuesto: contempla la conducta de emitir o aceptar facturas de crédito. Emite la factura quien la da o la hace de conformidad con el Código de Comercio,[51] lo que únicamente puede hacer el vendedor, mientras que "aceptar" significa obligarse al pago, para lo cual se

48. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 527; Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 587 ; Buompadre, *op. cit.*, p. 623.

49. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 281.

50. Ibídem, pp. 281/282.

51. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 528; Donna, *op. cit.*, p. 280.

deja constancia en el mismo documento. Esta acción sólo puede ser ejecutada por el comprador.[52]

Para que el accionar sea típico, las facturas emitidas o aceptadas no deben corresponder a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación realmente contratadas.

La falsedad consiste en documentar una venta que no se realizó, caso que sería total y también en la modificación de los datos relativos a la cantidad, calidad, precio, vicios aparentes u ocultos de la mercadería, consignados en la factura, o cualquier otra constancia que produzca el efecto de dar a la misma un valor distinto al correspondiente a la operación realizada.[53] Como dijimos, se trata de una falsedad ideológica puesto que la factura no es materialmente falsa. De mediar una falsedad material de la factura de crédito, sería de aplicación el artículo 292. Si aquella se ha expedido sin las formalidades legales requeridas, el accionar quedaría al margen del tipo.

La factura de crédito es un documento endosable, emitido por quien tiene derecho a un pago, sea porque vende algo, alquila o loca objetos, o porque media locación de servicios o de obra, conforme con la cita de Donna de Aguirre Obarrio.[54] Fontan Balestra, en línea con Pisani, lo define como "el título valor de utilización obligatoria para la instrumentación de compraventa comercial, locaciones comerciales de cosas muebles, locaciones de obras y de servicios realizadas por quienes, teniendo domicilio en el país, están obligados por leyes fiscales y/o impositivas a emitir factura, otorgar un plazo para el pago y las adquisiciones o servicios comercializados y estar destinados a integrar, directa o indirectamente, la cadena de comercialización de bienes o servicios".[55]

En relación con el segundo supuesto de la norma, la acción típica consiste en rechazar la factura de crédito injustificadamente, o sea cuando la prestación ya ha sido cumplida debidamente por parte del vendedor o locador y el comprador o locatario se niega a aceptar la factura. Implica un acto negativo, rechazar -incluso tácitamente- es no admitir y eludir es evitar, ambas modalidades implican la no

52. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 280.

53. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 3ª edición, 2004, T. VII, p. 389.

54. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 279.

55. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 388.

aceptación de la factura, lo que se traduce en que el instrumento no se torne transmisible. Por ello, para algunos autores, este delito debió ubicarse entre los delitos contra la propiedad.[56] El objeto es el mismo que en el caso anterior: factura de crédito.

Es necesario, como en el resto de los delitos que atentan contra la fe pública, que de la acción tipificada pueda resultar perjuicio.

Tipo subjetivo

Requiere dolo directo.

Consumación y tentativa

La consumación se realiza cuando el sujeto concreta algunas de las acciones típicas que contiene la norma: emitir, aceptar, rechazar o eludir.[57] No admite tentativa.

Pena

La pena conminada es la prevista en el artículo 293.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

En consonancia con los reclamos de la doctrina mayoritaria, que no comprende el porqué de una tipificación especial para este documento,[58] a lo que se suma la incorrecta ubicación en el Título de una figura más próxima a los delitos contra la propiedad.[59] En el Proyecto no se mantiene esta disposición, en el Título XIV, "Delitos contra la fe pública", Capítulo III, de "Falsificación de documentos en general", del Proyecto.

Jurisprudencia

Aquí también incorporamos algunos casos jurisprudenciales seleccionados:

- El acta mediante la cual el imputado solicita ser tenido como parte, constituye domicilio legal, se notifica de un auto de caducidad, apela y pide fotocopias, aún en el caso de que fuera

56. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 281; Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 391; Buompadre, *op. cit.*, p. 627.
57. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 529.
58. Ibídem, p. 278.
59. Cfr. Buompadre, *op. cit.*, p. 627.

falsa, pero no constituye el delito de estafa procesal, toda vez que este no es un acto engañoso destinado a provocar, por parte del juez, una resolución que determine una disposición patrimonial perjudicial para la parte actora. El acta de asamblea atacada de falsedad por quien pretende querellar, sólo podría serlo en su aspecto ideológico, es decir, en su contenido, y dado que el instrumento es de carácter privado, la inserción de declaraciones falsas concernientes a un hecho que el propio documento deba probar, no constituye el delito previsto y reprimido en el art. 293 del C.P. No obstante ello, la falsedad del contenido del documento constituye como excepción una falsedad ideológica, puesto que existen ciertas falsedades ideológicas privadas previstas expresamente y en forma excepcional. Ellas son las del art. 289 bis –facturas conformadas–, art. 295 –certificado médico–, y art. 300, inc. 3°, del C.P. –balances societarios–.
Por ello, debe revocarse la resolución que desestima la causa por inexistencia de delito y declinar la competencia a la justicia correccional".

C.N.Crim y Correc. Sala V. Navarro, c. 23.778, PUNTA DEL LAGO S.A. y otro. Rta: 17/05/2004. Se citó: Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, TEA, Bs. As, 1967, p. 331 y ss. .elDial - AI1C0D

- "Los documentos emitidos para acreditar una operación de compraventa entre partes, en nada involucran la fe pública, entendida como la confianza que ponen terceros indeterminados sobre el instrumento en sí, para poder él mismo asumir derechos u obligaciones, como ocurre en cambio con las cartas de porte y las facturas conformadas". (Del voto en disidencia del Dr. Tozzini).

  Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I • 15/10/1987 • Bilanski, José F. • LL 1988-A, 180 - DJ 1988-2, 155 • LL *online.*

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

Artículo 299 (según Ley N° 23077). Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.

Comentario general

Origen y evolución de la figura

El Proyecto Tejedor, siguiendo el Código Español de 1850, reprimía al que "a sabiendas, introdujere o conservare en su poder, cuños, marcas, o cualquier otra clase de útiles o instrumentos, conocidamente destinados a la falsificación de billetes de bancos, papel sellado y documentos de crédito".[60]

El Código de 1886 sancionaba en el artículo 294 al que fabricase y al que introdujere al país, o tuviere en su poder, elementos destinados a la falsificación. Esta norma fue reemplazada por una similar en la Ley N° 3972. La redacción actual se basa en el Proyecto Tejedor, que califica los objetos por su naturaleza. El Proyecto de 1891 preveía la figura en el artículo 346, así como el Proyecto de 1906, en el artículo 318. El texto originario del Código de 1921 no ha sido objeto de modificaciones desde su sanción, salvo en lo atinente a la pena.

Estructura típica

Se trata de una única norma común a los Capítulos I, II y III del Título. Es un tipo penal particular, al que la mayoría de la doctrina califica como "actos preparatorios".[61] Se trata de un delito de peligro abstracto. Es subsidiario y queda desplazado por la comisión de cualquiera de las figuras previstas en el Título.

Tipo objetivo

SUJETO ACTIVO

Cualquier persona puede ser autor de este delito.

ACCIÓN TÍPICA

Las acciones previstas son: fabricar, crear, construir o bien modificar un objeto ya existente para que se pueda usar con fines típicos.

"Introducir al país" es ingresar al país desde el extranjero, traspasar la frontera. Es indiferente que la acción se haga personalmente

60. Cfr. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 153.

61. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 531; Donna, *op. cit.*, p. 286.

o se logre mediante la intervención de terceros, sean o no partícipes de la maniobra.[62]

"Conservar" es tener a disposición, que exige una tenencia de cierta permanencia. En algún caso se exige que sea demostrativa del mal ánimo del autor,[63] aunque tal exigencia no parece necesaria. La tenencia efímera –por ejemplo en función exclusiva del transporte o de guarda esporádica– no ingresa en el tipo.[64]

Los objetos del delito son materias e instrumentos conocidamente destinados a cometer algunas de las falsificaciones previstas en el Título. "Materia" es toda sustancia que puede servir para la falsificación, como papel, tinta, metal, etc.; "instrumento" es ingenio o máquina para la finalidad expresada por la ley.[65]

En ambos casos tiene que tratarse de elementos destinados para cometer alguno de los delitos previstos en el capítulo, y no es necesario que ese destino sea exclusivo.[66] No basta pues que los objetos puedan utilizarse para falsificar, ni que el agente les dé ese destino, ya que el objeto mismo por su propia naturaleza tiene que ser materia o instrumento para falsificar, a lo que debe aunarse lo notorio de ese destino. Por lo tanto, un instrumento apto para falsificar no conocido como tal no es abarcado por la descripción típica.[67]

Tipo subjetivo

Se requiere dolo directo. El autor debe pues conocer los materiales e instrumentos, y obrar a sabiendas que los mismos son conocidamente destinados para falsificar documentos.[68] No es indispensable que concurra la voluntad de falsificar.[69]

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la fabricación, introducción al país o cuando se han conservado los materiales o instrumentos, sin requerirse

62. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 532.
63. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 222.
64. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 532.
65. Cfr. Creus, *op. cit.*, p. 495.
66. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 222.
67. Cfr. Creus, *op. cit.*, p. 495.
68. Cfr. Donna, *op. cit.*, p. 287.
69. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, p. 535.

otro resultado. Al tratarse de un delito de peligro abstracto, no puede aceptarse la tentativa, ya que ello importaría una triplicación del peligro, con lo que se declara una tipicidad sin lesividad.[70] En cambio Creus y Buompadre admiten la posibilidad de la tentativa en la fabricación y la introducción al país.[71]

Pena

La pena prevista es de prisión de un mes a un año.

Comentario al Proyecto del Código Penal de 2006

La figura comentada no está prevista en el proyecto y en la exposición de motivos se señala expresamente que "se suprime la punición de un acto preparatorio como la tenencia de elementos conocidamente destinados a falsificar".

Jurisprudencia

No pretendemos agotar el repertorio de fallos, sino más bien poner en conocimiento los que nos parecieron más interesantes en los actuales momentos, saber:

1. "El art. 299 reprime la conducta del que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en el Título XII del C. Penal. Esta reprime algunos actos preparatorios como delitos sui generis. Así, por ej. comprar un revolver o un puñal o un veneno, no es delito, es un simple acto preparatorio no reprimido por la ley. En cambio, comprar, tener, vender conservar o introducir en el país un cuño o una máquina destinada a falsificar, resulta un delito especial equiparándoselo al hecho que nos ocupa ya que evidentemente el material secuestrado no tiene otro fin que el de servir a una falsificación. No puede negársele el carácter de instrumentos que revisten dicho secuestro ya que la definición del vocablo instrumento dado por la Academia de Lengua, significa "escritura", papel o documento

70. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 469; Donna, *op. cit.*, p. 288.

71. Cfr. Creus-Buompadre, *op. cit.*, pp. 534-535.

con que se justifica o prueba una cosa definición esta de la que se deduce el alcance jurídico del término. La ley se inspira evidentemente, en el propósito de quitar oportunidad al delincuente para que pueda cometer "alguna de las falsificaciones legisladas en el título", como lo dice el propio articulado comentado, y precisamente en este aspecto es cuando se muestra más coherente con la conducta que se incrimina en la especie, ya que las actividades confesadas por el imputado llevan sin hesitación al convencimiento de que dicha tenencia debe ser considerada punible. La tenencia de un título de automotor, cédula de identificación del automotor en blanco etc., conforma el delito previsto por el art. 299 del C. Penal". (CCC Fed., Sala II, 28.12.78, "MERLO, Pablo M.", Causa 291, Reg. 349).

2. "No constituye falsificación de instrumento público, la nota supuestamente cursada por un Ministro de la Nación a las autoridades de la empresa Nacional de Telecomunicaciones, fraguándose la firma del mismo y estampándose un sello con su nombre, destinada a solicitar la instalación de una línea telefónica a favor de un tercero (autor de la nota) por aplicación del régimen de privilegio para ciertos funcionarios que da la Administración Pública Nacional (1). Notas: de dicha naturaleza no constituyen la manifestación de actos propios del ejercicio de las funciones que por ley o reglamento corresponden al funcionario, careciendo en consecuencia de aptitud para lesionar la fe pública, que es el bien jurídicamente protegido (2). La norma del art. 299 C.P. castiga algunos actos preparatorios por el peligro que entraña la tenencia de materiales aptos para falsificar, constituyendo un delito de peligro abstracto que no requiere más que el daño eventual que puede causarse, sin exigirse en momento alguno daño efectivo. No cabe requerir en el delito del art. 299 C.P. la existencia de un elemento subjetivo propio supuestamente exigido por la expresión "destinados" siendo impropio dividir la norma o tomar aisladamente sus partes componentes, desvirtuando su propio sentido. El art. no habla de instrumentos destinados, sino de instrumentos "conocidamente destinados" que no es, lo mismo. Del delito del art. 299 C.P. es un delito continuo; se consuma por la sola

conservación del material idóneo para falsificar y perdura en el tiempo mientras esta se mantenga. El delito del art. 299 C.P. desaparece por consunción cuando, *v. gr.*[72] efectivamente se falsifica mediante el instrumento que se guarda. El delito de tenencia de elementos destinados a falsificar incumbe a ambos procesados si sobre ellos ejercían disposición y dominio, existiendo probada connivencia en la producción y manutención del sello apócrifo y de la documentación falsa". (CCC Fed., Sala I, 10/09/81, "CARRO, D y otros", Causa 16.771, Reg. 714).

3. "Cabe confirmar la sentencia que condenó como coautores del delito de falsificación de moneda previsto en el art. 282 del Cód. Penal a quienes tenían en su poder monedas falsificadas y elementos metálicos con inscripciones similares a las monedas genuinas pues, el hecho de que se hubiere encontrado el producto de la falsificación en el domicilio de los encartados impide encuadrar la conducta atribuida en la figura del art. 299 del citado ordenamiento que reprime la tenencia de instrumentos destinados a la falsificación". (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III • 14/02/2006 • "Forcat, Emilio F. y otros s/rec. de casación" • LL 2006-D, 451 - Sup. Penal 2009 (julio), 48 • LL *Online* AR/JUR/1523/2006).
4. "Ahora bien, si se recuerda que la titular de uno de los DNI secuestrados habría fallecido, al igual que la persona individualizada en la Libreta de Enrolamiento que también se incautó en esa oportunidad, las posibilidades de que éstos hayan sido clientes de Biec se torna un tanto difícil (ver fs. 1216/9 y 1346/7 del principal). Pero si a ello se le aduna el hecho de que otro de los instrumentos encontrados en sus oficinas no sólo resulta falso, tal como así lo pudo determinar el peritaje, sino que tal cualidad se evidenciaba desde una primera apreciación del objeto, en orden a la condición en la que se encontraba la foto, ya no queda espacio para admitir la justificación ensayada por la imputada (fs. 434/7 del principal). Por el contrario, existen evidencias que permiten concluir, con el grado de provisionalidad que

72. Ver nuestra opinión en el *Código Penal. Comentado*, Rosario, Ed. Nova Tesis, 2011, T. V, p. 523, cuya dirección estuvo a nuestro cargo.

caracteriza a esta etapa, y sin perjuicio de las medidas aún pendientes de producir, que la tenencia adjudicada resulta alcanzada por la disposición punitiva en análisis. Y lo mismo acontece respecto de la situación aducida por su consorte de causa. Pues si bien es cierto que existen elementos cuya ambigüedad pueden generar enigmas acerca de su fuente o destino espurios, no es esta una incertidumbre que se refleje en el caso de Perla. Como se desarrolló oportunamente, el contexto que ha definido su conducta y, por ende, su reproche da suficiente marco para comprender que la tenencia de tinta, almohadillas y sellos lejos de instituirse en un proceder inocuo, se impongan en fiel testimonio de esas maniobras que lo vinculan con uno de los designios de la asociación criminal que integraba. Máxime, cuando uno de esos sellos reza su pertenencia a un tribunal cuya detentación, en ámbitos ajenos a los estrados y por un particular, se percibe inexcusable. De ahí, entonces, que no resulte posible admitir las afirmaciones efectuadas por la defensa, lo que conduce, en consecuencia, a homologar el temperamento adoptado sobre el particular .... Por todo lo expuesto es que este Tribunal RESUELVE: I. ... II. CONFIRMAR el punto dispositivo I de la resolución obrante en copias a fs. 1/89, en cuanto decreta el procesamiento de Miguel Ángel Alberto Perla en orden a los delitos de asociación ilícita, en calidad de jefe y conservación de materias destinadas a falsificar documentos, en calidad de autor, los que concurren de modo real entre sí (artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación; artículos 45, 55, 210, segundo párrafo, y 299 del Código Penal)...". (CNCCF, Sala I, Causa N° 44.001 "Perla, Miguel Ángel Alberto y otros s/procesamiento con prisión preventiva", Juzgado N° 11, Secretaría N° 21, Reg. N°: 211, 25/03/2010 www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html).

Edición impresa en los talleres gráficos Primera Clase Impresores, California 1231,
Ciudad de Buenos Aires, Argentina. En el mes de abril de 2018.
Tirada 1000 ejemplares.