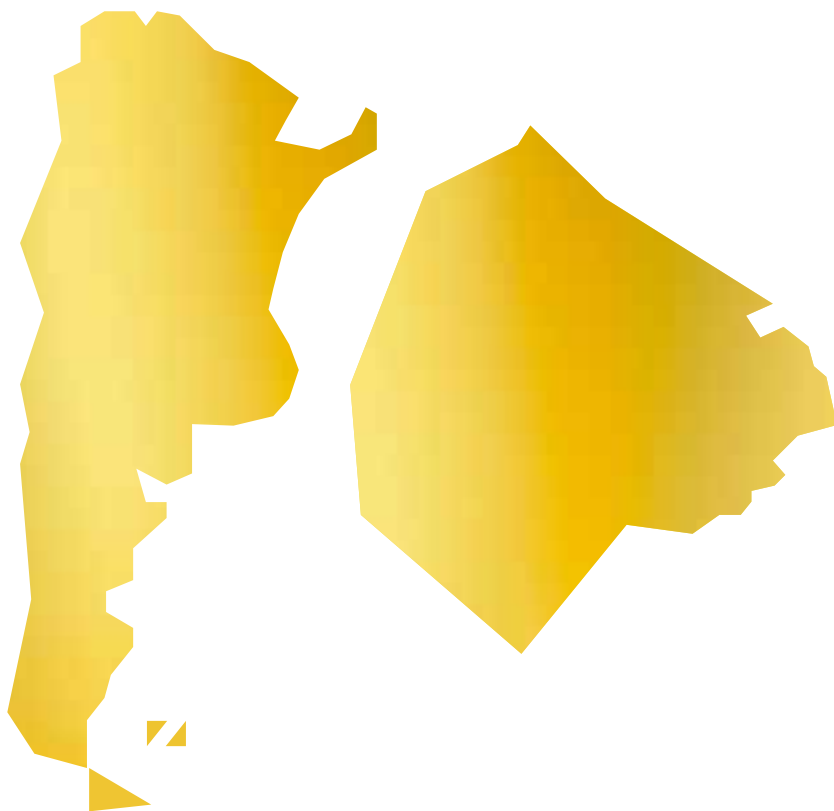


TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA EN EL PROCESO DE AUTONOMÍA DE LA CABA IV



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



**Transferencia de la justicia penal ordinaria
en el proceso de autonomía
de la CABA IV**



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



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA IV / Rodolfo Ariza Clerici ... [et al.]; prefacio de Darío Reynoso. - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbares, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-141-3

1. Derecho Penal. I. Ariza Clerici, Rodolfo. II. Reynoso, Darío, pref.
CDD 345.009

© Editorial Jusbares, 2020

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Ana Salvatelli

Miembros:

Alberto Maques

Francisco Quintana

Fabiana Haydeé Schafrik

Mariana Díaz

Sergio Delgado

Alejandra García

Editorial Jusbares

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Edición: María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González y Carla Famá

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

Secretario de Comisión: Darío Ruiz

Flavia Lorenzo Piñón; María Cecilia Guglielmi; Ricardo De Giovanni y Federico Michastysyn

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



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

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1º

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Raúl Alfonsín

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rúa

Ana Salvatelli

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferraro

ÍNDICE

Presentación	
Darío E. Reynoso	7
El delito de exhibiciones obscenas	
Rodolfo Ariza Clerici	9
El delito de pornografía Infantil	
Rodolfo Ariza Clerici	19
Tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario	
Néstor Pablo Barral y Leonardo J. Amerise	41
Ley N° 13944. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar	
Silvia Bianco	66
Matrimonios ilegales	
Marcela Vivian De Langhe y José R. Béguelin	90
Abandono de personas y omisión de auxilio	
Rubén E. Figari	123
Amenazas. Artículo 149 bis del Código Penal	
Mario Filozof y Federico Cabuli	174
El delito de violación de domicilio	
Silvina Manes y Florencia Marconi	194
Comentarios a la Ley N° 23592 de actos discriminatorios. Una mirada desde el derecho constitucional	
Leandro Abel Martínez	227
Homicidio y lesiones en riña	
Elizabeth A. Marum	263

Usurpación de propiedad, destrucción o alteración de términos o límites y turbación de la posesión o tenencia Jonatan Robert	285
Omisión de auxilio. Artículo 108 del Código Penal Marco Antonio Terragni	327
Malos tratos y actos de crueldad a los animales. Ley N° 14346 Laura Cecilia Velasco	335
El delito de daño en la doctrina y la jurisprudencia Gonzalo E. D. Viña	351
El ejercicio ilegal de las artes de curar Horacio Zampieri	396

Presentación

La reforma constitucional de 1994 otorgó autonomía a la Ciudad de Buenos Aires; sin embargo, el ejercicio pleno de sus facultades jurisdiccionales, reconocidas como propias expresamente en su artículo 129 resulta, hasta el presente, un objetivo a alcanzar dentro de un proceso complejo, paulatino e inconcluso por hacer efectivo el cumplimiento de la manda constitucional.

En ese recorrido, tal como señalamos en la presentación de los tomos anteriores de esta colección, podemos encontrar a través del tiempo las huellas de obstáculos legales –como la Ley nacional N° 24588–, de una voluntad política insuficiente y de la ausencia de consensos y, a la vez, la presencia de avances, tal como resultan los convenios de transferencia de competencias jurisdiccionales desde el ámbito nacional al local suscriptos en los años 2000, 2004 y 2011.

En esa línea también pueden enmarcarse los precedentes “Corrales”, “Nisman” y “Sapienza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los que resulta expresamente el reconocimiento meramente transitorio del carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal y la exhortación a las autoridades competentes por parte del Máximo Tribunal para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar a la Ciudad el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional y, asimismo, la sanción en 2016 de la Ley N° 5569, que creó la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, órgano del Consejo de la Magistratura local encargado de diseñar y ejecutar proyectos tendientes a fortalecer y lograr el traspaso de la justicia nacional al ámbito local.

La efectiva implementación del ejercicio pleno de las facultades jurisdiccionales que le competen a la Ciudad de Buenos Aires es un camino inexorable al que debemos contribuir de manera constante a fin de mejorar la autonomía, garantizar la igualdad de los porteños con quienes habitan los demás estados provinciales, y afianzar un sistema de justicia democrático y republicano, con mayor participación ciudadana, plena vigencia de la oralidad para fortalecer el

contradictorio y que brinde a las partes la posibilidad de ejercer y tutelar sus derechos.

En mi carácter de 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 esta obra que contiene jurisprudencia actualizada y artículos doctrinarios que abordan desde el análisis reflexivo una serie de ilícitos cuyo juzgamiento ha sido objeto de transferencia y ya se produce en el Poder Judicial local. Los tipos penales en cuestión involucran la tutela de diversos y relevantes bienes jurídicos y, concretamente, abarcan delitos contra las personas (lesiones en riña, abandono de personas y omisión de auxilio); la integridad sexual (exhibiciones obscenas); el estado civil (matrimonios ilegales); la libertad (amenazas y violación de domicilio); la propiedad (usurpación y daños); la seguridad pública (tenencia y portación de armas y explosivos) y la salud pública (ejercicio ilegal de la medicina). Asimismo, en el libro se examinan diversas conductas delictivas previstas y penalizadas en las leyes nacionales N° 13944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar), N° 14346 (malos tratos y actos de crueldad contra animales) y N° 23592, artículo 3 (actos discriminatorios).

Creemos que este trabajo contribuirá al conocimiento y a la mejora de la labor de magistrados, funcionarios y empleados del sistema de justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como a sensibilizar a los responsables de las políticas públicas vinculadas al proceso de transferencia y la consolidación de la plena autonomía local. En este sentido, vaya nuestro reconocimiento y gratitud a los autores de los artículos que integran esta obra por su generosidad y la calidad intelectual puesta en su elaboración.

Dr. Darío E. Reynoso

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

El delito de exhibiciones obscenas

Rodolfo Ariza Clerici*

Generalidades

El artículo 129 del Código Penal de la Nación castiga con multa de mil a quince mil pesos al que ejecutare o hiciere ejecutar a otros exhibiciones obscenas a ser vistas involuntariamente por terceros y agrava la pena de seis meses a cuatro años de prisión si los afectados fueren menores de dieciocho años de edad o menores de trece años de edad aunque mediare su consentimiento.

El bien jurídico

El bien jurídico protegido es el pudor sexual, entendido en el sentido de decencia sexual. En otras palabras, el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado con el acto sexual de otro sin su voluntad, es decir, evitar la intromisión en la esfera de la libertad sexual de los demás.¹ Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha interpretado que el bien jurídico del delito de exhibiciones obscenas es el pudor público y no el personal, mas ello no exime a que se legitime como querellante a quien presenciare las exhibiciones toda vez que ello le ocasione agravio. Por ende, corresponde tener por querellante al televidente que se agravia por exhibiciones obscenas difundidas por ese medio.² La línea jurisprudencial “tradicional” sostuvo que

... lo obsceno no reside en que sea simplemente inmoral, lo que se proyecta por la escritura o la imagen, sino que lo obsceno corresponda a

* Abogado (UBA), Magíster en Administración de Justicia por Unitelma Sapienza. Especialista en Derecho Público, docente universitario de Derechos Humanos, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

1. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I, 2007, p. 752.

2. CN Crim. y Correc., Sala VII, “R., L.”, 20/10/92, publicado en D.J. el 14/04/93.

la esfera de lo sexual, a lo impúdico por la lujuria, vale decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo.³

Sin embargo, el concepto de “obscenidad”, en el sentido de impúdico por lujuria,⁴ acertadamente habla de la zigzagueante y difusa línea que divide lo obsceno de lo que no lo es: algo es tenido por obsceno cuando trasciende ciertas normas sexuales de contenido variable según la época y la comunidad en que rigen.⁵

Antecedentes históricos

El antecedente legislativo está en el artículo 134 del Proyecto de 1906;⁶ por su parte, el Proyecto Coll-Gómez de 1937, preveía el tipo de “exhibiciones obscenas” en el artículo 167;⁷ el Proyecto de José Peco de 1941 regulaba los “actos obscenos” en el artículo 190.⁸

3. CN Crim. y Correc., Sala II, “Musotto, Néstor J”, 24/10/85, LL 1986-D, siguió el criterio ya sustentado por la misma sala en la causa “Planchadell”, LL 1985-A. Se debe señalar que esta postura clásica en la interpretación del tipo penal en la causa “Musotto” es congruente con el concepto del bien jurídico protegido puesto que sostiene que “El titular del bien lesionado por los ultrajes al pudor público es la sociedad, y ese bien es la decencia sexual pública”.

4. “Obsceno”: lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo, concluyendo que lo obsceno es lo lujurioso. Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Córdoba, Lerner, 1976, p. 378.

5. Borinsky, Carlos, “Cinematografía, ley penal y obscenidad”, en *Doctrina Penal. Teoría y práctica de las Ciencias Políticas*, Año 9, N° 33-36, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 87-88.

6. Previsto en el capítulo III “Corrupción y Ultrajes al Pudor” la figura de “Exhibiciones y actos obscenos” en cuyo artículo 134 disponía que: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro, actos, gestos, actitudes o exhibiciones obscenas, o profiriere o hiciere proferir palabras obscenas. La misma pena se aplicará cuando los actos o palabras tuvieran lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos u oídos involuntariamente por terceros”. Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H. A. Tommasi Editor, T. IV, 1923, p. 299. Zaffaroni, Eugenio y Arnedo, Miguel, A., *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, AZ Editores, T. 3, 1996, pp. 347-348.

7. *Ibidem*, Título II “Delitos contra la honestidad”, p. 692, decía: “Se impondrá prisión de tres meses a dos años, al que, en sitio público o abierto y expuesto al público, cometa actos obscenos”.

8. El delito admitía modalidad culposa y tenía casi perfecta correspondencia con el art. 527 del Código Penal italiano de 1930. También la reproducía con alguna pequeña variante no esencial y manteniendo la figura culposa en el segundo párrafo el Proyecto del año 1951, mientras que el Proyecto de 1960 decía expresamente con relación

Finalmente, el texto vigente hoy en día se corresponde con la reforma introducida al Código Penal por la Ley N° 25087 (BO N° 29147 del 14/05/99), conforme su artículo 10.

El tipo penal no fue modificado sustancialmente a lo largo de los años y diversos proyectos; sin embargo, la pena sufrió algunas variaciones, incrementándose la multa original e incorporándose la pena de prisión que fue actualizada de acuerdo a las siguientes Leyes N° 23077, 23286, 23479, 23974 y 23975.

Tipicidad

Tipo objetivo

La acción típica

El tipo penal del artículo 129 castiga al que ejecuta o hace ejecutar por otro una exhibición obscena, expuesta a ser vista involuntariamente por terceros.

Los hermanos Riquert⁹ se preguntan si se trata de una ¿exhibición obscena o acto de exhibición obscena? Puntualmente, en relación a definir en qué consiste la conducta prohibida, si exhibir un cuerpo desnudo per se constituye delito o requiere de un plus, consistiendo este último, en un acto de exhibición obscena. Creus¹⁰ consideraba que, la obscenidad del acto no estriba tanto en su naturaleza como en su eventual trascendencia a terceros, y fija como ejemplo aquella persona que hace “aguas”, en cualquier escenario una persona orinando en la vía pública que es observada involuntariamente por terceros, no constituye delito, sobre la base de que no existe una escena montada sino una simple exhibición.

a esta última circunstancia en su aclaración al art. 173 que “El proceder descuidado o imprudente que determine que ciertos actos íntimos sean involuntariamente vistos, constituye más bien una contravención que un delito”. *Ibidem*, T. 6, pp. 104 y 455.

9. Riquert, Fabián L. y Riquert, Marcelo A., “Comentario al art. 129 del Código Penal de la Nación”, en *Asociación Pensamiento Penal*, diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37957.pdf> [fecha de consulta: 06/08/2019].

10. Creus Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, T. I, 1997, p. 225 y ss.

En esta línea, compartimos el criterio mayoritario seguido por Casariego López¹¹ por el cual, el delito de exhibiciones obscenas debe interpretarse sujeto a los principios de interpretación estricta, derivado del principio de estricta legalidad y de sujeción a la ley, como del principio de mínima intervención penal, en línea con la doctrina española que exige (1) incuestionable carácter sexual; y (2) agresión al bien jurídico. En otras palabras, el carácter sexual debe ser lo suficientemente considerable, es decir, debe ir más allá de lo vulgar o de un comportamiento efusivo, inequívocamente sexual y grave, excluyendo comportamientos tales como exhibir el cuerpo desnudo al público,¹² palabras obscenas, orinar en la vía pública, etcétera.

Sujeto activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, es decir, no hace la ley una distinción al respecto, es por lo tanto un delito común. No se puede soslayar que el concepto de “acción” que se ha explicado presupone la capacidad del sujeto activo.¹³ Con relación a la participación criminal el tipo refiere tanto al que ejecutare como quien lo hace ejecutar, siendo por lo tanto aplicable los principios de la autoría mediata, se ha interpretado que lo que la ley ha querido es incluir en la responsabilidad penal propia de la autoría al agente que no realiza él

11. Casariego López, Julio E.; “Exhibiciones obscenas en la vía pública”, LL, T. 2000-F, p. 559.

12. A modo de ejemplo, cabe recordar el caso de las fotos artísticas de desnudos frente al Obelisco en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que fueron permitidas por la autoridad administrativa, en cuya ocasión tras la denuncia del delito de exhibiciones obscenas y, quien lo permitiera, en abuso de autoridad. De las consideraciones ya expresadas surge que la conducta es a todas luces atípica puesto que no constituyó un acto de exhibición obscena sino simplemente la exhibición de cuerpos desnudos en la vía pública con el objeto de tomar fotografías, sea o no considerado por el ocasional observador como una obra artística o no. El dictamen del fiscal en lo Correccional entendió que no hubo una actitud dolosa por parte del fotógrafo y de los participantes propugnando al juez Correccional que desestime la denuncia, petición esta que fue acogida al afirmar que los hechos carecían de relevancia penal “más allá del efecto negativo que le pudo haber generado al denunciante como así también a otras personas”. “No era para tanto” en *Diario Judicial*, 15/05/2002. Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/nota/43052/noticias/no-era-para-tanto.html>

13. El resaltarlo se vincula estrictamente a que en el delito que comentamos puede ser que, en muchas ocasiones, aquel padezca alguna alteración en su personalidad e ingrese dentro de las causales del art. 34 inc. 1 del Código Penal.

mismo los actos obscenos.¹⁴ Así se señalan diferentes supuestos de participación criminal:

- Que se induzca a una persona a ejecutar los actos de exhibición obscena; en cuyo caso el inductor responderá como tal y el inducido como autor, siempre que sea imputable.
- Que alguien se sirva de otro como instrumento inconsciente para realizar los actos de exhibición obscena, de una persona inimputable o inducida a error mediante engaño, en este caso nos encontraremos en un supuesto de autoría mediata y de irresponsabilidad de la persona instrumentalizada, por ausencia de imputabilidad o a causa del error.
- Que se obligue a otro a hacer los actos obscenos con violencia o intimidación, que también caería en el supuesto de autoría mediata.
- Que se aplique *vis absoluta* sobre la persona utilizada y en tal caso más que de autoría mediata deberíamos hablar de autoría inmediata. Se da el ejemplo de desnudar a una persona por la fuerza y que se la someta a tocamientos íntimos ante menores o incapaces.¹⁵

Aquellos que cooperaren en la realización de la exhibición obscena serán tratados, a los efectos de determinar la pena, como si fueran los autores.¹⁶ Como se observa, *lex specialis* desplaza a *lex generalis* por lo que no se aplica las reglas de participación criminal de la parte general (art. 45 a 49), puesto que no distingue entre una participación necesaria o secundaria, optando expresamente el legislador por la primera opción.

14. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 228.

15. Riquert, Fabián y Riquert, Marcelo, *op. cit.*; Orts Berenguer, Enrique y Suárez Mira Rodríguez, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 193.

16. La reforma de la Ley N° 25087 introdujo una equiparación a la calidad de autor en el art. 133 al decir: “Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores”.

Sujeto pasivo

Con relación al sujeto pasivo se sostuvo que puede ser indeterminado,¹⁷ pero la mayoría de la doctrina considera que el acto de exhibición obscena debe estar dirigido a personas determinadas. El sujeto pasivo debe ser determinado o determinable, piénsese un acto de exhibición obscena aun en un lugar público, debe determinarse las personas que lo presenciaron, siendo esta una cuestión instrumental. No se puede sostener que “toda” la comunidad es la ofendida. Esto implica una postura paternalista, puesto que puede ser que las personas que efectivamente observen el acto obsceno no se encuentren en modo alguno violentadas, entonces cabría preguntarse cuál es la circunstancia que habilitaría en este caso la reacción penal estatal. Debe existir una lesión al bien jurídico integridad sexual, libertad sexual o autodeterminación sexual, cualquiera sea en definitiva el término utilizado.¹⁸

El agravante cuando el sujeto pasivo se trate de menores de 13 y 18 años que voluntariamente accedieran a un acto de exhibición obscena, o cuando se trate de menores de 13 años, haya o no prestado consentimiento para el acto, resulta incoherente con el resto de la sistemática del título de los agravantes.¹⁹ Ello da lugar a la discusión interpretativa la posibilidad de peligro o de lesión del bien jurídico tutelado en caso de menores de 18 años cuando es el propio Código Penal el que determina el momento de la iniciación sexual de los jóvenes a los 13 años de edad.²⁰

Tipo subjetivo

El delito solo es imputable a título de dolo,²¹ debiendo el autor tener la conciencia y voluntad de que el acto sea involuntariamente visto

17. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Tea, T. III, 1970, p. 344.

18. Riquert, Fabián y Riquert, Marcelo, *op. cit.*

19. Basta observar la protección dispar para colegir la ausencia de una lógica deóntica que justifique la discriminación normativa entre los menores de 14 años (art. 128 *in fine*) o de 13 o 16 años (art. 130 segundo y tercer párrafo, 120), pero nunca partiendo del mayor de 13 directamente hacia el de 18 años (art. 129 *in fine*).

20. Buompadre, Jorge, *Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, T. I, Astrea, 2009, p. 493 y ss.

21. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 389. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 177.

por un tercero. Se sostiene que debe ser con dolo directo, no siendo posible el dolo eventual en este tipo de conducta y, para el caso de duda, el supuesto debe ser resuelto como un error de tipo.²² Sin embargo dentro de la doctrina nacional numerosos autores entienden que puede llevarse a cabo con dolo eventual (Núñez, Reinaldi y Donna en contra).

Consumación tentativa

Un sector mayoritario de la doctrina lo consideraba un delito de peligro tal como Soler. Por lo que, se sostenía que el delito estaba consumado aunque el acto no sea visto, efectivamente. Otros sostienen que el delito se consuma en el momento en que se realiza el acto obsceno, con independencia de que llegue a ser visto por terceros o no. En un sentido más restrictivo, Donna sostiene que el delito se consuma cuando se realiza la exhibición en público, al considerarlo un delito de peligro no admite la tentativa.²³ Sin embargo, Creus considera que el delito se consuma con la realización del acto obsceno en las condiciones típicas, aunque no trascienda efectivamente a terceros.²⁴ Buompadre considera que es un delito de pura actividad, cuya consumación coincide con el acto de exhibición obscena, considera posible la tentativa, aunque aclarando que le es muy difícil de imaginar.²⁵

Núñez, admite aisladamente la posibilidad de que el delito sea cometido en grado de tentativa, y da el ejemplo de aquel que corre, ya desnudo, desde el fondo de su casa hacia la vía pública para mostrarse a la manifestación que pasa, pero es detenido mientras pretende abrir la puerta de calle.²⁶

Acción penal

La acción penal es pública.

22. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 180.

23. Ídem.

24. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 227.

25. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 445.

26. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 390.

Jurisprudencia

A continuación, vamos a enumerar algunos de los casos más usuales que se discuten en la jurisprudencia local, respecto de la conducta prohibida por el artículo 129 CP que consiste en descubrir, *poner a la vista o mostrar lo obsceno*, como por ejemplo, la remisión de fotos de genitales vía WhatsApp,²⁷ conducta que, por cierto, ha sido considerada atípica, en efecto:

... lo que se muestra no puede ser ni un libro, ni un escrito, ni una imagen, ya que esto está abarcado por el artículo 128 del Código Penal y solo es típico si involucra a menores. Por lo tanto, solo se tipifica el delito en mostrar desnudeces de partes sexuales o en actividades e inverecundia sexual.²⁸

La Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma se ha opuesto a la concesión del instituto de suspensión a prueba en los casos de exhibiciones obscenas agravadas por la minoría de edad del sujeto pasivo (art.129 2° párr. CP), sobre la base de que los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional como la protección internacional de la infancia y la adolescencia (Convención de los Derechos del Niño, arts. 3 y 4) se comprometieron a adoptar medidas administrativas, legislativas y judiciales por lo que se deduce la prohibición de la aplicación del instituto de suspensión del proceso a prueba en esta clase de delitos. Sin embargo, esta tesis no ha tenido éxito en la aplicación pacífica de la jurisprudencia.²⁹

Uno de los casos más interesantes que se han discutido en el fuero de la Ciudad, ha sido el caso de una persona que tomaba sol desnudo en su piscina y era observado a diario por los estudiantes del colegio vecino. Por un lado, la fiscalía sostuvo la postura de que, el comportamiento era típico y doloso sobre la plataforma fáctica de que el vecino se paseaba a diario de un lado a otro en el interior de su vivienda, exhibiéndose desnudo frente a los niños del colegio ve-

27. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, causa N° 27804-8/2018-o, "G., F. N. s/ infr. Art. 129 CP", 04/12/2018.

28. Donna, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2001, p. 187.

29. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, causa N° 48276-1/2018-o, "G., D. V. s/ infr. Art. 129 CP", 12/02/2019.

cino que lo espiaban desde una ventana de la institución que daba directamente al interior de su vivienda. Con buen criterio la condena fue revocada por la Cámara sobre la distinción entre desnudez y obscenidad lujuriosa sobre la tesis del *plus* exigido por la figura con relación al sentido inequívoco sexual del delito.³⁰

También se ha discutido si la causal de extinción de la acción penal prevista en el artículo 64 del CP³¹ es una facultad potestativa del representante de la vindicta pública por el principio acusatorio y por el principio de oportunidad o se trata de un derecho del imputado a extinguir la acción penal, en causas que tienen como sujeto pasivo/víctima a mujeres, y la fiscalía ha procurado enmarcarlos en contextos de violencia de género de modo deficitario. La Cámara con buen tino estableció que se trata de un derecho del imputado y que el monto de reparación requerido por la norma debe ser fijado por el juez.³² Sin embargo, cabe aclarar que no aplica la solución del artículo 64 CP como derecho del imputado, en los casos de exhibiciones obscenas agravadas al encontrarse reprimidas con pena privativa de la libertad además de la sanción pecuniaria.³³

Respecto a cuestiones de competencia entre la justicia nacional y de la Ciudad, se ha discutido si los casos de masturbación en los medios de transporte público configuraban el delito de abuso sexual simple (art. 119 CP) o exhibiciones obscenas (art. 129 CP). El criterio de diferencia y relevancia para discriminar la calificación jurídica ha sido en aquellos casos en que la víctima ha padecido contacto o haya sido ensuciada en su persona o bienes; en este caso se configura el delito más grave de acuerdo a la tesis del *contacto del cuerpo del agente con el de la víctima*.³⁴

30. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, causa N° 33681-1/2016-O, “G., D. V. s/ infr. Art. 129 2do. Párr. del CP”, 29/12/2017.

31. El art. 64 CP impone como requisitos para su procedencia, en casos como este, que se trate de un delito reprimido únicamente con pena de multa, que el imputado pague el monto mínimo de la multa prevista para el ilícito por el que se lo persigue y que se reparen los daños causados.

32. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, causa N° 17437-4/2017-00, “S., A. B. s/ infr. Art. 129 1er. Párr. del CP”, 02/11/2017.

33. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, causa N° 3201-00-00/2016, “C., C. A. s/ infr. Art. 129 2do. Párr. del CP”, 19/05/2017.

34. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, causa N° 19340/2016-O, “Z., M. A. s/ infr. Art. 129 1er. Párr. del CP”, 20/03/2017.

En relación con la aplicación de la Ley N° 26705, que introdujo el artículo 63 en el CP³⁵ y su modificatoria, Ley N° 27206,³⁶ que modificó el artículo 67 CP,³⁷ conocida o denominada como “Ley Piazza” o de imprescriptibilidad de los delitos sexuales en contra de niñas, niños y/o adolescentes, es aplicable a las causas en trámite por lo que, el curso de la prescripción de la acción penal en la que haya víctimas menores de edad, comenzará a correr recién a partir de que estas alcancen la mayoría de edad.³⁸

En otro caso, se resolvió que bajarse los pantalones y exhibir los genitales vulgarmente no constituye el delito de exhibiciones obscenas, en la medida que no se ha justificado debidamente la connotación sexual del comportamiento.³⁹

Por último, en materia de prisión preventiva, el instituto ha sido aplicado en casos en los que se investigaba el delito de exhibiciones obscenas agravado por la minoría de edad de la víctima (art. 129 2° párr. CP), cuando el imputado carecía de arraigo y tenía antecedentes penales, por supuesto, siempre justificado a una duración razonable definida objetivamente y en la medida que exigía la realización de tareas de investigación pendientes.⁴⁰

35. Art. 63 CP: “En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 *–in fine–* y 130 *–párrafos segundo y tercero–*, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que este haya alcanzado la mayoría de edad”. Párr. derogado.

36. Sanción: 28/10/2015, Promulgación: 09/11/2015, Publicación: BO N° 33253 del 10/11/2015.

37. Art. 67 CP incorporó: “En los delitos previstos, en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 *–in fine–*, 130 *–párrafos segundo y tercero–*, 145 bis y 145 ter, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad”.

38. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, causa N° 49900/2011, “G., E.F. s/ infr. art. 129 del CP”, 09/09/2016.

39. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, causa N° 967-01-00/2015 “W., S.V. s/ infr. art 129 del CP”, 07/03/2016.

40. Cám. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, causa N° 19621-01-CC/2015, “D., M. J. s/ infr. art 129 del CP”, 09/11/2015.

El delito de pornografía infantil

Rodolfo Ariza Clerici*

Generalidades

El artículo 128 del Código Penal de la Nación castiga con prisión de tres (3) a seis (6) años el que procurase, financiare, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes íntimas con fines preponderantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales en que participaren dichos menores.

La mera tenencia está castigada con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año, mientras que la distribución o comercialización está castigada con prisión de seis (6) meses a dos (2) años. El que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores de 14 años está reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años.

Se agravan todas las conductas típicas precedentes en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando la víctima fuere menor de 13 años.

El bien jurídico

El bien jurídico protegido, previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 27436, era el pudor o decencia sexual. La incorporación de los tipos penales de la mera tenencia de material pornográfico infantil y sus agravantes; si se trata de menores de 13 años, da cuenta del cambio de perspectiva en relación al bien jurídico protegido; en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional.¹ Algunos señalan que el tipo penal en su

* Abogado (UBA), Magíster en Administración de Justicia por Unitelma Sapienza. Especialista en Derecho Público, docente universitario de Derechos Humanos, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

1. Reinaldi, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25087*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 2a ed. actualizada, 2005, p. 250. Ello se finca o se inspira, según el

nueva redacción protege los ataques al *normal desarrollo psíquico y sexual de menores de dieciocho años de edad*.²

En efecto, los Estados pertenecientes a las Naciones Unidas se comprometieron a la persecución y sanción de la pornografía infantil.³ El Protocolo de la CDN establece –en el artículo 2 c)– que por “pornografía infantil” se entiende “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

En el parágrafo tercero, apartado primero, letra c) declara que todo Estado parte deberá tipificar en su legislación penal “la producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2”.

En 1982, el precedente “Nueva York vs. Ferber”⁴ de la Corte Suprema de EE. UU. decidió que la comercialización, difusión o distri-

autor, en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que tiene jerarquía constitucional en nuestro país al asegurar a los niños –considerados tales por dicha Convención hasta la edad de dieciocho años– protección y cuidados especiales que en razón de su edad necesitan.

2. Gavier, Enrique, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1999, p. 89; Estrella, Oscar A. y Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., T. I, 2007, p. 524; Estrella, Oscar, *De los delitos sexuales*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005, p. 220; Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 6ª ed. actualizada y ampliada, T. I, 2007, p. 1104 puntualizando que lo que aquí se protege es a los menores de dieciocho años con respecto a un ataque a su normal desarrollo psíquico y sexual. De Luca, Javier y López Casariego, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2009, p. 206. Riquert, Marcelo, en Baigún David y Zaffaroni Eugenio (dirs.); Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., T. 4, 2010, p. 745.

3. Dentro del marco normativo internacional podemos encontrar la Convención de Internacional de Derechos del Niño –creada por la Resolución N° 44/25, de 20/11/1989, de la Asamblea General de Naciones Unidas–, y el Protocolo facultativo de dicha Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía –creado por la Resolución N° 54/263, del 25/05/2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas–.

4. El caso se trataba del propietario de una librería que vendió a un agente encubierto de la policía dos películas donde aparecían niños masturbándose; el delito por el cual se lo juzgó fue el de promoción de conductas sexuales por parte de menores de 16

bución de pornografía infantil pase a formar parte de las categorías de expresión de libertad no protegidas por la primera enmienda, y que la legislatura debía regular legalmente la materia. Entre los fundamentos destacó que, utilizar a menores como sujetos de la pornografía puede ser perjudicial tanto para su salud física como para su bienestar psicológico y está intrínsecamente relacionado con el abuso sexual de los niños, y esto justifica el interés del Estado en prohibir su comercialización. Años más tarde con el surgimiento de las nuevas tecnologías de la comunicación, como Internet, surge la Child Pornography Prevention Act de 1996, y casi una década después, la Child Obscenity and Pornography Prevention of the Protect Act de 2003. En EE. UU. impera la tesis basada en que la posesión de pornografía conlleva ínsito un peligro abstracto de realización de abusos o agresiones sexuales en contra de menores y se denomina el ciclo de la pornografía infantil.⁵ La Ley N° 27436⁶ modificó incrementando la pena de tres a seis años de prisión la figura de comercialización, distribución, financiación de pornografía infantil, y criminalizó la tenencia simple de material pornográfico infantil como delito, adoptando el argumento de la *prohibición general de posesión* norteamericana, cuya protección es el interés superior del niño y la infancia (art. 3 CDN). En este sentido, Dupuy⁷ se enrola en la tesis de los delitos de posesión para controlar

años, ilícito previsto en la ley del Estado de Nueva York ("*sexual conduct*" "is in turn defined as actual or simulated sexual intercourse, deviate sexual intercourse, sexual bestiality, masturbation, sado-masochistic abuse, or lewd exhibition of the genitals"). La Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York revocó la sentencia apelada sobre la base de que el castigo de la conducta incriminada era un hecho no previsto en la ley de modo expreso y, por ello, se vulneraba la primera enmienda de la Constitución, además, el material no podía ser considerado obsceno bajo el estándar establecido en el caso "Miller". Boykin, Charles, "Ashcroft v. Free Speech Coalition *et. al.*: Is the child pornography prevention act first amendment friendly, or a virtual disaster", en *Southern University Law Review*, T. 30, 2003, p. 265.

5. Oxman, Nicolás, "Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica", en *Política criminal*, Vol. 6, N° 12, diciembre de 2011, pp. 253-295. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf

6. Sanción: 21/03/2018, Promulgación: 20/04/2018, Publicación: BO N° 33856 del 23/04/2018.

7. Dupuy, Daniela, *Cibercrimen*, Montevideo, BdeF, 2017, p. 123 y ss.

la demanda.⁸ En contra de la tesis justificacionista⁹ sus objetores lo critican como un adelantamiento de punibilidad (delito de peligro abstracto remoto) en vulneración del principio de mínima intervención,¹⁰ otros lo consideran derecho penal de autor enrolándose en la postura de la moral social colectiva.¹¹

Antecedentes históricos

El primer antecedente legislativo está en el Proyecto Villegas Ugarriza-García de 1881.¹² El Código de 1886 no traía disposición alguna al respecto, ni tampoco el Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891. Sin embargo, el Proyecto Segovia de 1895 preveía una norma.¹³

8. Akdeniz, Yaman, *Child Pornography and the Law: National and International Responses*, Padstow, Cornwall, TJ International ltd., 2008. De La Rosa Cortina, José M., *Los delitos de pornografía infantil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 261; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Madrid, La Ley, 2009, p. 206.

9. Figari, Rubén, *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Córdoba, Ed. S&S, 2011, p. 455; Edwards, Carlos, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, De Palma, 1999, p. 81; Cafferata Nores, José, ponencia “La Ley N°25087”, en *Antecedentes Parlamentarios*, p. 1616.

10. Morillas Fernández, David L., “Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”, en García González, Javier, *Ciberacos: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant Le Blanch, 2002, p. 248.

11. Esquinas Valverde, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación” y “El tipo de la mera posesión”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a época, N° 18, 2006, p.194; Díez Ripollés, José Luis, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, N° 30, 1997, p. 17.

12. En el Capítulo II titulado: “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres” podemos advertir los siguientes artículos: art. 288: “El que vendiese, distribuyese o exhibiese canciones, folletos u otros escritos, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, será condenado a la misma pena del artículo anterior [arresto medio]” y art. 289: “Incurrirá también en ella el autor del manuscrito, de la figura o estampa, o el que los hubiera reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta”.

13. En el Capítulo II titulado “Violación, estupro y ultraje al pudor” preveía el artículo 169 que disponía: “El que, fuera de los casos enunciados en los artículos precedentes, causare público escándalo con acciones impúdicas, o con escritos, dibujos u otros objetos obscenos, será reprimido con multa de cien a quinientos pesos, y con doble pena, en caso de reincidencia”.

En la Ley N° 4189 de 1903 no hay antecedente normativo alguno, recién a partir del Proyecto de 1906 se preveía el artículo 133.¹⁴

El proyecto de 1917 es la fuente principal de la norma contenida en el artículo 128¹⁵ del del Código de 1921.

El Proyecto de 1937, Coll y Gómez, contiene además de la redacción similar al Código en el primer párrafo el segundo párrafo del artículo 168.¹⁶ El Proyecto de 1941, Peco, no modifica en lo esencial el delito de publicaciones obscenas previsto en el artículo 191.

El Proyecto de 1951 preveía la figura en el artículo 274.¹⁷ Sin embargo, el Proyecto de 1953 no contenía disposición alguna referida a la presente cuestión, mientras que, el Proyecto de 1960 de Soler contemplaba la figura en el artículo 174.¹⁸

La ley de facto N° 17567 modificó el artículo 128¹⁹ que luego fue derogado por la Ley N° 20509 que restablecía las disposiciones originarias del Código. La ley de facto N° 21338 repone el texto de la ley de facto N° 17567.

14. En el Capítulo III titulado “Corrupción y ultrajes al pudor” se preveía la figura de “Escritos o imágenes obscenas”; el art. 133 disponía: “Será reprimido con prisión de quince días a un año al que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, figuras, imágenes u objetos obscenos, y al que los 4 expusiere, distribuyere o hiciere circular”.

15. Art. 128 establecía: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”.

16. En el segundo párrafo del art. 168: “se impone prisión de uno a tres años si el delito fuere cometido con fines de lucro o mediante transmisiones de radiotelefonía o en espectáculos teatrales o cinematográficos”.

17. En el Capítulo II “Ofensas al pudor y al honor sexual”, el art. 274 consignaba: “Se impondrá prisión de uno a tres años al que, con fines comerciales o de distribución o exposición pública, introdujere al país, exportare, publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u otros objetos obscenos; los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación; adoptare cualquier medio de publicidad para favorecer la circulación o el comercio de tales objetos; o ejecutare o hiciere ejecutar espectáculos o audiciones obscenas”.

18. Art. 174 establecía: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que con propósito de lucro, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que con propósito de lucro diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafo o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género”.

19. Art. 128: “Será reprimido con prisión de dos meses a dos años el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, con el propósito de difundirlos o de exponerlos al público, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que diere espectáculos obscenos de teatro,

El Proyecto de 1979 en el artículo 178 tenía una redacción similar a la Ley N° 21338, solo que se dividía en tres incisos.

La Ley N° 23057 vuelve al texto original del Código Penal. La Ley N° 25087 dispuso la siguiente reforma del artículo 128:

Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.

Finalmente, la última reforma legislativa mediante la Ley N° 27436 (Decreto N° 349/2018) modificó el tipo penal introduciendo la figura de tenencia simple de material pornográfico infantil, redactado de la siguiente forma:

Art. 128

Será reprimido con prisión de 3 a 6 años el que procurase, financiare, comerciare, publicare, facilitare, divulgar e distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes íntimas con fines preponderantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de 4 meses a un año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior. Será reprimido con prisión de 6 meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de 1 mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de 14 años.

cinematógrafo o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género. La misma pena se impondrá al que exhiba, venda o entregue a un menor de dieciséis años, libros, escritos, imágenes u objetos que, aun no siendo obscenos, puedan afectar gravemente el pudor de aquel, o excitar o pervertir su instinto sexual”.

Todas las escalas penales en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de 13 años.

Este nuevo texto se consensuó porque la Ley N° 26388 de 2008, solo introdujo la figura de producción, distribución y tenencia de la pornografía infantil como conducta criminalmente reprimible. Pero la acción de “poseer” resultaba típica solamente si se llevaba a cabo con fines inequívocos de distribución o comercialización, por lo que no era punible su mera tenencia con otros fines. En los tiempos de la sanción de la Ley N° 26388 se decidió quitar la tenencia que no tenía fines de comercialización. Algunos defensores de esa exclusión consideraban que de otra manera se violentaría lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, que establece: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Algunos instrumentos jurídicos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y pornografía infantil y el Convenio sobre Cibercrimen del Consejo de Europa abarcan un concepto más amplio de las acciones punibles, al incluir tanto el hecho de procurar el material para sí o para terceros, así como la mera tenencia.

Pero ahora, los distintos proyectos que buscaron este cambio normativo remarcaron que los derechos del niño deben primar por sobre las libertades individuales.

Tipicidad

Por razones sistemáticas los tres primeros párrafos del artículo 128 del CP van a ser tratados a continuación, en forma conjunta, en relación al tipo objetivo, tipo subjetivo, sujeto activo-pasivo, la consumación y la tentativa, separando el cuarto párrafo y quinto y último párrafo del artículo 128 del CP.

Las acciones típicas

Producción, financiación, oferta, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución de representaciones sexuales de menores de dieciocho años

Las acciones típicas de los dos primeros párrafos del artículo 128 castigan toda la cadena de comercialización desde el productor hasta el consumidor; en efecto, los verbos típicos son producir, publicar, distribuir, financiar, ofrecer, comerciar, facilitar, divulgar.²⁰

Producir: implica hacer, crear, fabricar, imprimir, construir materialmente una cosa, en este caso de naturaleza pornográfica, también abarca las acciones de reproducción o reimpresión de la imagen o la edición, filmación, retrato dibujo, etcétera.²¹

Financiar: se refiere a la acción de invertir, poner dinero, capital, o los recursos económicos para llevar adelante y completar el proyecto.²²

Ofrecer: significa poner a la venta o disposición a cualquier título, a través de un servicio destinado a una o varias personas, determinadas o indeterminadas, por el que se los invita a compartir o acceder el material pornográfico, alcanza la mera oferta, no es requisito que el material haya llegado efectivamente.²³

20. De Luca, Javier y López Casariego, Julio., *op. cit.*, pp. 236-237.

21. Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, 2ª ed. actualizada, Corrientes, Ed. Mave, 2003, p. 443; Villada, Jorge, *Delitos sexuales y trata de personas*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, p. 520; Reinaldi, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*, 2ª ed. actualizada, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 2005, pp. 251-252; Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, 2a ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 174; Gavier, Enrique, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1999, p. 91; Arocena, Gustavo, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2001, p. 149; Parma, Carlos, *Delitos contra la integridad sexual*, Mendoza, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 137.

22. Carbone, Diego, "Comentario a la ley de delitos informáticos, 26.388. Nuevos delitos - viejos delitos", en Palazzi, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 45. Disponible en: en www.microjuris.com

23. Pont Vergés, Francisco, "¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?", 12/09/2007. Disponible en: elDial.com (ref.: DCC2).

Comerciar: significa que la acción de distribuir, facilitar y/o publicar es por un provecho económico o ánimo de lucro, ya sea vendiéndola o intercambiándolas.²⁴

Publicar: la acción abarca desde difundir, divulgar, con o sin trascendencia, mediante cualquier medio, desde la prensa gráfica hasta Internet, al alcance de un número indeterminado de personas, para que pueda verlo o apreciarlo.²⁵

Facilitar: significa proporcionar los medios o ayuda para que un particular o una pluralidad de personas determinadas o indeterminadas, acceda a dicho material. Puede consistir en un mero préstamo o una puesta a disposición, bajo cualquier soporte.²⁶

Divulgar: implica dar a conocer a un número indeterminado de personas. Cabe la posibilidad de que el envío sea destinado a una persona.²⁷

Distribuir: significa dividir algo entre varias personas designando lo que a cada una le corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho, o sea, dar algo su oportuna colocación o al destino conveniente o entregar una mercancía a los vendedores y consumidores.²⁸

El tipo conserva la figura típica de *organizar* espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas con participación de menores de dieciocho años, es decir, montar o realizar espectáculos en vivo, actuado directamente ante el espectador. Por lo cual quedan excluidos del tipo la acción de proyectar *films* o imágenes, en las que intervienen menores de dieciocho años que sean observados por un grupo indeterminado de personas, sea público o no. La figura estipula la frase *por cualquier medio*, es decir puede cometerse a través de las redes informáticas, vía telefónica, mediante aplicaciones de *software* de mensajería instantánea, o medios tradicionales, DVD, videocassette, etcétera.²⁹

24. Ídem.

25. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 443; Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 520; Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, pp. 251-252; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 174; Gavier, Enrique, *op. cit.*, p. 91; Arocena Gustavo, *op. cit.*, p. 149.

26. Pont Vergés, Francisco, *op. cit.*

27. Ídem.

28. Filia, Leonardo; Monteleone, Romina; Nager, Horacio; Rosende, Eduardo y Sueiro, Carlos, "Análisis a la reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación (Ley 26.388)", en LL, 2008- E-938.

29. Figari, Rubén, "Comentario al artículo 128 del CP (Ley 27.436) sobre pornografía infantil", en *Asociación Pensamiento Penal*, 24/10/2008. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf>

Las conductas típicas mencionadas hacen referencia a cualquier representación de un menor de dieciocho años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas o a toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, siguiendo en ello la definición de pornografía infantil contenida en el artículo 2 c) del Protocolo facultativo. Al hablar de “partes genitales” se refieren a los órganos sexuales externos y la exigencia de la finalidad sexual se enmarca en el contexto de eludir cualquier tipo de imagen que tenga un propósito educativo o similar.³⁰

La tenencia simple

La Ley N° 27436 incorporó el segundo párrafo del artículo 128 CP que prevé la figura de tenencia simple de material pornográfico infantil con pena de cuatro meses a un año de prisión. Se trata de una figura dolosa –a sabiendas–.

Su fundamento constitucional ha sido cuestionado duramente por un sector de la doctrina en la medida que infringe el principio de intervención mínima y el principio de la intimidad domiciliaria.³¹ Sin embargo, el debate legislativo fundamentó la ley en la postura del control de la oferta de material pornográfico.³²

Uno de los problemas principales que señala Muñoz Conde con esta figura es, en relación con el desistimiento de la tentativa, específicamente, qué pasa en aquellos casos en los que el material pornográfico se ha obtenido por simple descarga de la imagen para visualizarlo por curiosidad, borrándola después.³³

30. Palazzi, Pablo, *op. cit.*, pp. 49-50.

31. Morillas Fernández, David L., *op. cit.*; Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*; Esquinas Valverde, Patricia, *op. cit.*; Díez Ripollés, José L., *op. cit.*

32. Los legisladores Pedro Guastavino y Gabriela Burgos, entre varios, avalaron esta tesis consecuencialista de prevenir y castigar los abusos sexuales infantiles. Figari, Rubén, *op. cit.*

33. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 228-229.

Tenencia con fines de distribución o comercialización

El tercer párrafo castiga con una pena de seis meses a dos años de prisión³⁴ al que tuviere en su poder material pornográfico infantil (menores de dieciocho años) con fines inequívocos de distribución o comercialización. Indudablemente, se trata de una peligrosidad diferente de la simple tenencia, ya que implementa el artículo 3 del Protocolo.

Sin embargo, aquí cabe preguntarse cuál es la diferencia entre la conducta típica descrita en el primer párrafo (esto en la medida que los verbos típicos que lo integran contienen las acciones de distribuir y/o comercializar) que tiene una pena en expectativa de tres a seis años de prisión, con el tipo penal previsto en este tercer párrafo, cuya pena es sensiblemente inferior (de seis meses a dos años).

En definitiva, algunos autores³⁵ justifican esta norma, sobre el argumento de que se trata de un anticipo o adelantamiento de la punición para intentar suplir deficiencias probatorias, y que existe además una situación intermedia entre la mera tenencia y la distribución del material consignado en el primer párrafo del artículo 128 CP. Sin embargo, en mi opinión, se trata de una mala técnica legislativa de carácter asistemático que adolece de una adecuada lógica deóntica.

Sujeto activo y pasivo

Cualquier persona de ambos sexos que realice el tipo objetivo en cualquiera de las formas descritas, puede ser sujeto activo. El sujeto pasivo es el menor de dieciocho años para los párrafos primero, segundo y tercero. En el cuarto párrafo, el sujeto pasivo son los menores de catorce años, mientras que en el último párrafo, se agrega el menor de trece años.

El problema que surge a este respecto se suscita en torno a la edad de los menores en los ámbitos de protección normativa de diferentes figuras como indican los artículos 119, 120 y el 128 del CP, respecto al consentimiento de los menores para mantener relaciones sexuales. En

34. La pena fue incrementada por la Ley N° 27436.

35. Pont Vergés, Francisco, *op. cit.*; Tazza, Alejandro y Carreras, Eduardo, "Pornografía infantil y violación de identidad. La correspondencia electrónica y la intrusión telefónica", en LL 2008 - D- 1185; De Luca, Javier y López Casariego, Julio, *op. cit.*, p. 240.

efecto, de acuerdo a la Ley N° 25087, es delito mantener una relación consensuada con una persona menor de trece años, lo que constituye una presunción *iure et de iure*. A partir de los trece años hasta los dieciséis años puede haber consentimiento para una relación sexual, a excepción de los supuestos en el artículo 120 del CP. Y entre los dieciséis y dieciocho años se puede brindar consentimiento sin objeciones, en tanto y en cuanto, no se configuren los supuestos del artículo 119 del CP.

Sentado ello, el texto de la Ley N° 26388 protege a aquellos menores de dieciocho años de edad, cuyas representaciones de actividades sexuales o de sus partes genitales pudieran materializarse, sin advertir que dichos menores fueron autorizados por la ley a mantener relaciones con el debido consentimiento. El problema concreto radica en que, dos personas de diecisiete años pueden mantener relaciones libremente, no obstante si uno de ellos extrae una fotografía, no importa su fin, resultaría aplicable, en principio, las previsiones del artículo 128 del CP.

Con ello, cabe preguntarse, en consecuencia, si se puede ser sujeto activo de la figura prevista en el artículo 128 del CP, en una relación consentida y registrada mediante foto o videofilmación entre dos personas de diecisiete años. A este respecto, Figari considera que este supuesto ha sido superado con la reforma de la Ley N° 27436, que incorpora la agravante para los casos de las víctimas que sean menores de trece años.³⁶

Por otro lado, surgen problemas con relación a las empresas que funcionan como intermediarias de Internet –telecomunicaciones, ISP, *posting*, servicio de clasificados *in line*, etc.–, en la medida en que resulte imputable responsabilidad penal por los contenidos que trasmitían o se encontraban en sus servidores. Esto es, claro está, para el supuesto en que el conocimiento sobre el contenido ilícito en cuestión como la posibilidad fáctica y económica de monitorear o rastrearlos resulte viable, dado que la particularidad en estos casos radica en la inexistencia de un operador humano ya que los buscadores operan de forma automatizada. Ello torna inviable la tarea de indexación y no es posible prevenir técnicamente una conducta, en relación con la responsabilidad de buscadores como Google.

36. Figari, Rubén, “Comentario al artículo 128 del CP (Ley 27.436) sobre pornografía infantil”, *op. cit.*

La imputación objetiva realiza un importante aporte al problema con la doctrina de las conductas neutrales. En efecto, *las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente la comisión de un delito*,³⁷ es decir que, en sí mismas, no tienen ninguna tendencia dirigida a la comisión del delito pues *son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo*.³⁸ En nuestro caso, en principio y de modo aparente, las empresas intermediadoras son extrañas a la configuración del delito toda vez que interactúan bajo pautas de comportamientos lícitos y dentro de las normas comunes del ordenamiento del mercado del comercio electrónico, pues *desde una perspectiva de un observador imparcial no tiene ninguna tendencia objetiva hacia el injusto*.³⁹

Por último, respecto al intento legislativo de regular los contenidos de Internet, la Ley N° 25690⁴⁰ impuso algunas obligaciones a los operadores que se encuentran en nuestro país, recayendo la responsabilidad sobre los organismos de control que tienen jurisdicción estatal sobre las empresas con asiento en el país. El riesgo de establecer la posición de garante en los operadores de servicios de Internet es una extensión inadecuada de responsabilidad penal y el límite de la regulación legal con la libertad de expresión.⁴¹

37. Gramática Bosch, Gerard, "Conductas Neutrales: Estado de la cuestión", en *Revista del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 04/08/2009, p. 2. Disponible en: <http://ciidpe.com.ar/area1/conductas%20neutrales.gramatica.pdf>

38. Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 33.

39. Ídem.

40. Art. 1: "Las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer *software* de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, independientes de las formas de perfeccionamiento de los contratos de los mismos (telefónicos o escritos)". De acuerdo a la normativa, los servicios de provisión de Internet deben proveer determinados *software* –semejantes a filtros– destinados justamente a evitar que los menores puedan entrar en sitios de adultos. Si bien la locución "sitios específicos" no es muy precisa porque no tiene una connotación concreta con los sitios pornográficos, de acuerdo a la temática abordada, es evidente que se refieren a los mencionados sitios, de lo contrario se podría afectar la libertad de expresión y asimismo la atribución es una responsabilidad de los IPS.

41. Pont Vergés, Francisco, *op. cit.*

El tipo subjetivo: Dolo

De acuerdo a la redacción del tipo penal previsto en el artículo 128 del CP, se trata de hechos dolosos que solo admiten dolo directo. La doctrina mayoritaria postula la inaplicabilidad del dolo eventual a las nuevas tecnologías de la información e intermediarios de Internet.⁴²

Tentativa y consumación

D'Alessio sostiene que todos los delitos son de pura actividad con la única y discutible excepción de la "producción de la representación".⁴³ Luego discrimina que algunos delitos pueden ser factibles de conato, como por ejemplo, en la producción, cuando se ha montado la escena, una vez ya ubicado el menor en un modo sexualmente explícito, pero aún no se ha tomado la fotografía, o comenzado la filmación. En la financiación, cuando el aporte –por cualquier motivo ajeno al autor– no se pudo hacer efectivo. Los actos de preparación por acondicionamiento de las "representaciones" –embalarlas, estibarlas, acomodarlas para su exhibición, etc.– pueden constituir indistintamente actos de tentativa de ofrecer, comerciar, facilitar, divulgar o distribuir. La publicación de una representación puede ser susceptible de tentativa como cuando la revista que contendrá las imágenes no se ha comenzado a imprimir pero ya está diagramada y todo el proceso preparado para iniciarse o es decomisada por la autoridad policial. La organización de espectáculos es tentada hasta que la representación en vivo se inicie y mientras el público está esperando el comienzo. En tanto que, el caso del tercer párrafo, referido a la tenencia no admite tentativa⁴⁴ y

42. Palazzi, Pablo, *op. cit.*, p. 53; Filia, Leonardo; Monteleone, Romina; Nager, Horacio [et al.], *op. cit.*; D'Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada y ampliada, T. II, Ed. La Ley, 2009/10, pp. 285-286; y Tazza, Alejandro y Carreras, Eduardo, *op. cit.*; parecen inclinarse para el primer párrafo tanto por el dolo indirecto como el eventual, mientras que para el segundo –ahora tercero– la existencia del especial elemento subjetivo –fines inequívocos– solo admiten el dolo directo. Riquert, Marcelo en Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio (dir.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, T 4, p. 772, requieren el dolo directo en ambas situaciones. De Luca, Javier y López Casariego, Julio, *op. cit.* p. 253 admiten el dolo eventual en todos los casos.

43. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 288.

44. Ídem.

el párrafo segundo agregado por la reforma al tratarse de un delito de mera actividad de peligro abstracto, únicamente se admitirá la tentativa en su modalidad inacabada, por ejemplo, quien se dispone a buscar el material en Internet y dicha pesquisa resulte infructuosa. El acto de reclutar menores o de preparar el equipo de fotografía o filmación constituye un acto preparatorio.⁴⁵

La facilitación de acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material a menores de catorce años

El tipo objetivo y el bien jurídico protegido

La figura proviene de la Ley N° 25057, y actualmente, está prevista en el cuarto párrafo del artículo 128 del CP. Aquella ha permanecido intacta en relación a la reforma de la Ley N° 27436. El bien jurídico protegido por el legislador es la protección del normal desarrollo psíquico de los menores de catorce años ante su percepción de espectáculos o material de índole pornográfico que dada su inmadurez pueden llegar a afectarlos por esa razón. En otras palabras, se trata de resguardar la intangibilidad o indemnidad sexual de dichos menores.⁴⁶

Facilitar: se refiere a permitir la entrada a menores de catorce años a un lugar de espectáculos pornográficos. Basta que ingrese al lugar donde se lleva a cabo. El espectáculo puede ser en vivo o proyectado (videos, películas o fotos) con un deliberado fin pornográfico.⁴⁷ Asimismo, la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos puede hacerse a través de Internet, ya sea por intermedio de páginas *web* y *blogs* donde se ofrecen los sistemas de transmisión de pornografía en tiempo real a través de cámaras web. En estos supuestos bastará con poner a disposición (ofreciéndolo en dichos sitios, o a través de correos electrónicos, chat, etc.) el acceso a tales “espectáculos”. Esto es así por cuanto el espectáculo en vivo, aun transmitido por medio de una cámara, es precisamente eso y no material que se refiere a algo ya hecho, o ejecutado.⁴⁸

45. Figari, Rubén, “Comentario al artículo 128 del CP (Ley 27.436) sobre pornografía infantil”, *op. cit.*

46. Arocena, Gustavo, *op. cit.*, p. 153; Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 261.

47. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 175. En contra De Luca, Javier y López Casariego, Julio, *op. cit.*, p. 220. Villada, Jorge, *Delitos sexuales y trata de personas, op. cit.*, p. 525.

48. Pont Vergés, Francisco, *op. cit.*

Suministrar: poner a disposición de un menor material de naturaleza pornográfica, para que lo lleve consigo o se encuentre a su alcance en forma directa, sea a título oneroso o gratuito, en calidad de préstamo o facilitación. Internet está incluido dentro de la aplicación de este verbo.⁴⁹

Material: se trata de un concepto más amplio que el de imágenes, incluye esculturas, películas, objetos de la más variada índole, de carácter científico o auténticas obras de arte. Reinaldi considera que se configura un concurso ideal con el delito de corrupción de menores.⁵⁰

Sujeto pasivo y activo

En cuanto al sujeto activo en el caso de la facilitación al acceso de espectáculos pornográficos, puede ser la persona autorizada a permitir o impedir la entrada al local donde se lleva a cabo el espectáculo; tal sería el encargado de la boletería o el que recibe los billetes de entrada, en el segundo supuesto, puede ser cualquier persona que tenga el material en su poder, sea o no para la venta. En tal sentido lo estima Reinaldi.⁵¹ Arocena discrepa con ello, pues considera que si la acción típica es “facilitar el acceso”, es decir, allanar el obstáculo para lograr el ingreso, esto puede lograrse incluso por una persona que distraiga la atención de quien recibe los billetes de entrada al espectáculo con el objeto de que el menor entre sin ser advertido. De allí que interpreta que el sujeto activo puede ser cualquier persona de cualquier sexo. En cuanto al “suministro” el sujeto activo puede ser cualquier persona que ponga al alcance del menor el material pornográfico. El sujeto pasivo está claro que debe tratarse de un menor de catorce años de uno u otro sexo.⁵²

Tipo subjetivo

Se trata sin duda de un tipo doloso, el agente debe estar en conocimiento de que se trata de un espectáculo o material de naturaleza

49. Ídem.

50. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 262.

51. Ídem.

52. Figari, Rubén, “Comentario al artículo 128 del CP (Ley 27.436) sobre pornografía infantil”, *op. cit.*

pornográfica y que está franqueando la entrada para acceder al primero y se está suministrando el segundo a un menor de catorce años. Tal cual como las anteriores acciones hay quienes se inclinan por el dolo directo y otros también admiten el eventual. El error excluye el tipo.

Consumación y tentativa

El caso de la facilitación al acceso de espectáculo pornográfico se trata de un delito de peligro y por ende es de pura actividad, de allí que la consumación tiene lugar con la realización de la conducta típica. Siendo posible la tentativa, como es el caso que pone Reinaldi, en que el agente ha hecho entrega de la entrada correspondiente pero un tercero, el que puede ser la persona encargada de recoger las entradas o un inspector que ejerza el poder de policía, exija la exhibición del documento de identidad y el menor por carecer de este o por haber verificado su edad real se le impida la entrada.⁵³

Sin embargo, tanto en la facilitación al acceso de espectáculos como en el suministro, entiendo que se trata de un delito de resultado porque es menester que ese espectáculo o material pornográfico que se le suministra al menor pueda llegar a tener alguna incidencia en su psiquis, ya que, como atinadamente lo apunta Villada⁵⁴ aquí la edad va de cero a trece años y va de suyo que un menor de tres o cuatro años de edad no ha entendido en lo más mínimo el sentido de lo que está observando sin que se vulnerara el bien jurídico protegido, de allí que la apreciación de la conducta delictiva quedaría en manos de la valoración judicial.⁵⁵

El agravante

La Ley N° 27436 introduce el último párrafo en el artículo 128 del CP que agrava todas las escalas penales previstas en dicha norma, el incremento es de un tercio del mínimo y de su máximo, cuando la víctima fuere menor de trece años. La razón o fundamento yace en que el

53. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, pp. 264-265.

54. Villada Jorge, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 141.

55. Figari, Rubén, "Comentario al artículo 128 del CP (Ley 27.436) sobre pornografía infantil", *op. cit.*

sujeto pasivo reviste una alta situación de vulnerabilidad en los menores de trece años, ya que se presume la intangibilidad sexual, al igual que en otras figuras como el abuso sexual básico y agravado. Se trata de una presunción iure et de iure, puesto que estos menores carecen de capacidad suficiente sobre la comprensión y dimensión de las actividades con connotación sexual.⁵⁶

Acción Penal

La acción penal es pública.

Jurisprudencia

Se ha discutido en materia de investigación, si el Ministerio Público Fiscal tiene suficiente competencia o no para requerir, en forma autónoma (prescindiendo de la orden judicial), informe de titularidad de una línea telefónica o de la titularidad del protocolo de Internet (denominado IP) de un correo electrónico, como del registro de comunicaciones. La jurisprudencia no es uniforme en esta materia, puesto que ha habido pronunciamientos divididos respecto a la necesidad de orden judicial, a favor⁵⁷ y en contra.⁵⁸

A su vez también se ha discutido el valor probatorio de los informes de National Center for Missing and Exploited Children que brindan información acerca de la posible comisión de las conductas previstas en el artículo 128 del CP, que configuran alertas que activan el funcionamiento de la Fiscalía de la Ciudad. A este respecto la Cámara ha entendido que constituye *notitia criminis*.⁵⁹ En relación a los

56. Ídem.

57. La mayoría integrada por los votos de los Dres. Sergio Delgado y Silvina Manes, el de Pablo Bacigalupo en disidencia, impuso la necesidad de contar con orden judicial para requerir informe de IP por tratarse de datos personales que gozan de protección legal y constitucional. Ver Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala II, causa N° 6790, "A., C. s/ infr. Art. 128 del CP", 20/04/16.

58. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala II, causa N° 11634, "G., F.E. s/ infr. art. 128 del CP", 07/03/2017.

59. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala III, causa N° 8235, "NN. s/ infr. art. 128 del CP", 29/04/16.

informes suscriptos en idioma extranjero, también se ha discutido su validez, sobre la base de la infracción del artículo 40 del CPCABA, sin embargo no ha tenido acogida favorable.⁶⁰

En esta misma línea, a raíz de los informes aportados por Interpol al legajo de investigación de la Fiscalía,⁶¹ la Cámara ha sostenido que

... de ningún modo puede asimilarse los archivos electrónicos que un sujeto decide compartir a través de internet con infinidad de personas indeterminadas que utilicen la misma aplicación con correspondencia o papeles privados. En este sentido, la expectativa de intimidad o privacidad de quien comparte de la manera indicada determinado material, es nula.

Respecto a la multiplicidad de hechos, la jurisprudencia es pacífica en reconocer que se trata de un delito de carácter continuado, conformado por diversos actos.⁶²

El tipo penal en cuestión sanciona, en cuanto aquí interesa, a quien, entre otras conductas, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, “ toda representación de un menor de dieciocho años (18) dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” (art. 128 primer párrafo CP). Ahora bien, en el caso, la configuración de las acciones típicas que se le imputaron, se relacionan directamente con el medio elegido para su comisión, es decir con la utilización del programa Google Plus, a través del cual, habría compartido las fotografías de pornografía infantil con otros usuarios. En efecto, no resulta errado que el fiscal utilice palabras de uso cotidiano como “compartir” para describir hechos, en vez de tecnicismos jurídicos como, por ejemplo, “distribución”.

El envío de material desde la cuenta del imputado a un sitio de acceso público, lugar en el que pudo ser observado por un número indeterminado de personas, constituye la acción de distribuir imágenes pornográficas

60. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala II, causa N° 11634, “G., F.E. s/ infr. art. 128 del CP”, 07/03/2017.

61. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala II, causa N° 9464, “V., J. D. s/ infr. art. 128 del CP”, 27/10/16.

62. Ídem.

en las que se exhiben menores de dieciocho años de edad (CN Crim. y Corr. Sala I, Malomo E. 27/6/2005).⁶³

En materia de suspensión de proceso a prueba, la aplicación del instituto que se basa en la oposición fiscal fundada en el cumplimiento de compromisos internacionales previstos en los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, resultan motivo suficiente para su rechazo en virtud del deber de investigar, juzgar y castigar, este tipo de delitos.⁶⁴

Respecto a la aplicación del instituto cautelar de la prisión preventiva en aquellos supuestos de multiplicidad de hechos, concurso de leyes o de aplicación de la figura agravada del artículo 128 del CP, la Cámara aplicó la tesis objetiva, respecto a la gravedad de los hechos atribuidos y que la pena en expectativa permite realizar un juicio de procedencia de que la pena será de cumplimiento efectivo para aplicar preventivamente la privación de la libertad hasta la realización del juicio, desechando la tesis de la peligrosidad, alarma social, o reiteración delictiva como fundamento de procedencia del instituto.⁶⁵

A mayor abundamiento, y respecto al funcionamiento del programa eMule, ha dicho el Tribunal Supremo español:

La aplicación eMule es una plataforma gratuita ideada para el intercambio de archivos entre usuarios conectados a través de la misma, siendo uno de los denominados programas P2P (*peer to peer*), de los que existen diversas variantes en Internet para las distintas redes de intercambio, todas ellas con funcionamiento semejante no existiendo un servidor central en el que se almacenan los contenidos y al que se pueda acceder para evitar su difusión, tratándose de una aplicación que no tiene clientes ni servidores fijos, y si uno de los usuarios inicia la descarga de un archivo, instantáneamente se convierte en servidor de la parte del archivo que ha descargado, posibilitando a un tercero iniciar la descarga simultánea desde su propia carpeta compartida del archivo incompleto recibido. Por tanto, y a grandes rasgos, la red eMule

63. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala II, causa N° 11634, “G., F.E. s/ infr. art. 128 del CP”, 07/03/2017.

64. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala I, “H, O.M. s/ infr. Art. 128 del CP”, 14/02/2018; Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala I, causa N° 6626, “R., B. s/ infr. art. 128 del CP”, 02/08/2018.

65. Cám. Apel. en lo P., C., y F., Sala III, causa N° 33010, “Russo, Ricardo Alberto Guillermo s/ infr. art. 128 del CP”, 05/07/19.

es la unión de todos los usuarios de la misma, y los servidores, que son clientes con características especiales, permiten mantener a todos los clientes conectados unos con otros; y todo aquel que se instala un programa cliente de redes P2P forzosamente tiene que conocer que se trata de una red de usuarios que comparten parte de los contenidos de sus ordenadores (STS 948/2016 – ECLI: ES:TS:2016:948, n° recurso 881/2015, n° resolución 167/2016, del 2/3/2016).

No resulta relevante para la configuración de la conducta típica que se encuentre individualizado o determinado qué usuarios de eMule descargaron el material de las carpetas del usuario. El tipo penal en cuestión sanciona a quien hace pública una representación con contenido de pornografía infantil, mas nada especifica acerca de que deba un tercero recibir efectivamente dicha representación, ni está intrínseco en los verbos típicos de “facilitar” o “divulgar”.⁶⁶

En lo que atañe al tipo subjetivo, en un caso con una similar base fáctica al presente, el Tribunal Supremo Español indicó:

... el dolo no puede ser percibido por los sentidos; la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención es un hecho, solo se trata de un hecho subjetivo cuya probanza lo es por medios diferentes de los hechos naturales. Así como el hecho natural puede ser comprobado por prueba directa, el hecho psíquico dada su naturaleza interna, salvo improbable confesión de la persona concernida, solo puede ser aprehendido –más que comprobado– por una constelación de indicios que enlazados entre sí equivalen a su existencia, de suerte que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria, pues la certeza de tal conocimiento o intención, dada su naturaleza interna, resulta indemostrable, lo que no es equivalente a que sea inaprehensible intelectualmente y racionalmente aceptable por estar fundados en máximas de experiencia socialmente aceptadas. En todo caso, su lugar es el *factum* en la medida que en él debe hacerse constar el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal tras la valoración crítica de toda la prueba de cargo y de descargo practicada (SSTS 555/2001, de 4 de abril y 1060/2005, de 29 de julio), por ello, cuando tales hechos subjetivos no constan en los hechos probados, este debe integrarse con aquellos deslizados en la motivación, que en ocasiones

66. Juzgado N° 20 P.C., y F., Expte. N° 53262-04/11, “Vignale, Zulma s/infr. art(s). 128 1 párr, Delitos Atinentes a la Pornografía (producir/ publicar imágenes pornogr. c/ menores 18”, 12/04/16, sentencia de tribunal colegiado.

suelen ser los referentes al dolo. Y, al respecto, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 27-10-09, llegó al acuerdo de que “establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa”. Ciertamente, anticipando, esencialmente, la misma línea, ya esta Sala había indicado (Cfr. STS de 30-1-2009, nº 105/2009) que el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentre “difundido” en Internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc. Y que, en todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser “colgados en la red” (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición; y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo se ha de inducir de esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del conocimiento y aceptación por parte del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición de los demás usuarios, o proporciona a los mismos, los archivos que recibe. (STS 1239/2016, ECLI:ES: TS:2016:1239A, Nº recurso 1328/2015, nº resolución 229/2016, del 28/1/2016).

Tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario*

Néstor Pablo Barral** y Leonardo J. Amerise***

Introducción

El delito de tenencia y portación de armas en general, desde hace ya varios años, se ha ido modificando hasta llegar a su actual redacción, tal como la prevé el artículo 189 bis del Código Penal.

Tales modificaciones legislativas, y en lo que a este trabajo interesan, redundaron en planteos principalmente vinculados a cuestiones de competencia, que debieron ser resueltos por vía jurisprudencial.

Previo a introducirnos en dichas cuestiones, entendemos que resulta apropiado establecer algunos conceptos vinculados a los delitos en trato, que serán utilizados a lo largo del presente, como ser “arma de fuego”, “tenencia” y “portación”.

* Sancionados en el art. 42 bis de la Ley N° 20429 y en los arts. 189 bis, 3er párrafo y 189 ter del Código Penal, todos según Ley N° 25086, y en los arts. 3, 4 y 38 de la Ley N° 24192, cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Abogado. Titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de Morón. Especialista Nacional Avanzado en la lucha contra el narcotráfico –SEDRONAR–. Docente de grado y posgrado en varias universidades. Jurado en los concursos para cargos de Secretarios y secretarios letrados de Cámara de Apelaciones, Defensoría General de la Nación, para cubrir cargo de Defensor Oficial en las provincias de Misiones y Tucumán, entre otros. Autor de numerosos artículos y publicaciones.

*** Abogado (UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales). Posgrado: Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas). Postítulo de Formación docente con especialización en Nivel Superior - Tercer ciclo de Educación General Básica y Polimodal (Instituto Superior Santo Tomás de Aquino). Jefe de trabajos prácticos en la materia Derecho Penal III –Leyes Penales Especiales– de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Morón. Secretario del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de Morón.

El artículo 3, inciso 1 del Decreto 395/75,¹ define como *arma de fuego* “la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia”.²

Ese mismo Decreto, luego prevé una larga clasificación de los distintos tipos de armas que, por sus características, principalmente las divide en dos categorías, que son: armas de uso civil y armas de uso civil condicional, las que a su vez, estas últimas, incluyen a las armas de guerra.³

Luego, respecto a los restantes conceptos, vinculados a las acciones tipificadas como de tenencia y portación, resultan de principal interés, toda vez que sobre estos se realizaron las principales modificaciones legislativas, a partir de las cuales se suscitaban cuestiones también vinculadas con la competencia en tales ilícitos, a las que nos avocaremos más adelante.

Así, vamos a considerar que cuando nos referimos al término tenencia, se hace alusión a la situación mediante la cual un sujeto tiene el arma en un lugar físico que se encuentra a su disposición y no requiere la detención corporal sino que es solo necesario que se encuentre dentro del ámbito de custodia, que tenga un poder de hecho tal que le permita por su sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponerla.⁴

“Tenencia viene del verbo ‘tener’. Alude a quien conserva dentro de un ámbito de custodia un arma o en un ámbito escondido teniendo el poder de disposición”.⁵

Buompadre precisa que “la tenencia es la posibilidad de disponer del objeto físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo de manera corporal en el propio poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente”.⁶

1. Decreto N° 395/1975 reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20429.

2. C. N. Crim. y Correc., Sala 4ª, causa N° 29.609, “Pontarelli, Carlos J.”, 08/06/2006.

3. Según Decreto N° 395/1975 arts. 4 y 5 modificado por Decreto N° 821/1996 art. 4, ambos reglamentarios de la Ley Nacional de Armas N° 20429.

4. C. N. Crim. y Correc., Sala 4ª, “Benedettelli, Juan”, 18/09/2003; ídem, Sala 4ª, causa N° 18542, “Chariff, Sergio”, 09/05/2002.

5. Palma, Carlos y Gorra, Daniel, *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2018, p. 369.

6. Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Resistencia (Chaco), Editorial ConTexto, 2018, p. 428.

En cuanto a la *portación* de un arma de fuego, consiste en llevarla en condiciones inmediatas de uso en lugares públicos. Porta un arma de fuego quien la mantiene corporalmente en su poder, en lugares públicos y en condiciones inmediatas de uso.⁷

En otro supuesto, donde la cuestión a resolver fue determinar si existía portación o simplemente transporte del arma, se precisó que:

En la acepción común y general, portar un arma significa llevarla encima, transportarla significaría en los términos del artículo 125 de la Ley N° 20429 llevarla separada de sus municiones, como forma de exteriorizar su intención de no utilizar la misma en forma inmediata. Entre la cintura y el bolsillo de la campera existe una aproximación suficiente para considerar el hecho como portación de arma sin estar legalmente autorizado a ello.⁸

A modo ilustrativo, arrimamos algunas determinaciones efectuadas por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.⁹

- El concepto de “portación de armas” remite al hecho de disponer en un lugar público o de acceso público de un arma de fuego cargada o en condiciones de uso inmediato. Así, esta conducta típica exige para su configuración dos elementos característicos: el primero hace a las condiciones de uso inmediato, lo que implica que el arma debe estar cargada o en condiciones para ser utilizada; el segundo alude al lugar público o de acceso público en el que debe desarrollarse el comportamiento.
- A criterio de esta Alzada, el transporte en la vía pública o en lugares de acceso público de un arma apta para el tiro que no se encuentra en condiciones de uso inmediato por no hallarse cargada y por no llevar el sujeto consigo las municiones

7. C. N. Casación Penal, Sala 1ª, “Aguirre, Horacio”, 26/02/2003, J.P.B.A. 120-233; ídem C. N. Crim. y Correc., Sala 4ª, “Benedettelli, Juan”, 18/09/2003; ídem Sala 6ª, “Juarez, Rubén”, 19/07/2004; ídem Sala 7ª, “Toranza, Ricardo J.”, 28/2/2001; ídem Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2ª, “Fiscal vs. Breesi Escalante, Raúl”, 03/03/2003; ídem C. N. Crim. y Corr. Fed., Sala 1ª, “Villalba, Ricardo”, 13/11/2000. En el caso (C. Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 2ª, “PJM y PDM”, 8/07/2004).

8. Cám. de Apel. Contravencional de la Ciudad Autónoma de Bs. As. “O, C.D. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ art. 39 SENTENCIA”, 28/02/2000.

9. Cfme. causa N° 1972-00CC/2006 caratulada “Aldao, Mauricio Ángel s/inf. Art. 189 bis C.P.- Apelación”, rta. el 14/03/2006, del registro de la Sala II.

requeridas para hacerlo, si bien conduce a descartar la adecuación del caso al tipo penal más grave del delito de portación (art. 189 bis, inc. 2, párr. 3, CP), configura la hipótesis residual de tenencia (art. 189 bis, inc. 2, párr. 1, CP) en la medida en que el actuante, por supuesto, no resulte un legítimo tenedor de tales elementos.

- La exégesis normativa elaborada en el artículo 189 bis del Código Penal, expuesta en un orden de gravedad progresivo, conduce a afirmar lo siguiente: A.- resulta atípica la tenencia o portación de armas de fuego que no sean estructuralmente aptas para sus fines específicos; B.- el transporte en lugar público o de acceso público de un arma descargada y en condiciones tales que no sea admisible la posibilidad de su uso inmediato constituye el delito de tenencia; ilícito este que también se configura, incluso cuando el arma estuviere cargada o en condiciones de uso inmediato, si el comportamiento del autor se desenvuelve en un ámbito privado; C.- el campo propio de aplicación del delito de portación se circunscribe a aquellos supuestos en los que el sujeto lleve consigo, en lugar público o de acceso público, un arma cargada o en condiciones de uso inmediato, lo que se deberá evaluar de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular.

En lo que respecta a su previsión legal, ambos términos –*tenencia* y *portación*–, podemos encontrarlos primeramente reflejados en dos normativas. Por un lado, en la Ley N° 20429,¹⁰ cuando al referirse a los legítimos usuarios del material clasificado como arma de guerra establece que “el otorgamiento de permiso de *tenencia* no importará, en ningún caso, autorización para la *portación* de las armas que el mismo comprenda, que queda de tal modo prohibida”.¹¹

Por otro lado, el Decreto N° 395/75, reglamentario de dicha norma, los utiliza para referirse a las autorizaciones y habilitaciones previstas para las distintas clasificaciones, que las determina como: “Las autorizaciones de *tenencia del material clasificado como arma de guerra o de uso civil condicional* y usos especiales” (art. 57); “La *portación de armas de guerra*

10. BO N° 22700 del 05/07/1973.

11. Ley N° 20429, art. 14, inc. 8, último párrafo.

por legítimos usuarios se ajustará al siguiente régimen” (art. 88); las autorizaciones respecto de las *armas de uso civil* (art. 102) y habilitación para la *portación de arma de uso civil* (art. 112).

Restaría mencionar que nuestro Código Penal, en el Título XIII destinado al significado de conceptos empleados en ese cuerpo normativo, nada dice con respecto a los términos precedentemente explicados.

Como se dijo al comienzo, los delitos en trato fueron materia de sucesivas modificaciones, que, en definitiva, generaron cuestiones vinculadas también con la determinación y precisión de los términos antes mencionados y, principalmente, con cuestiones de competencia, que debieron ser resueltas por la vía jurisprudencial.

A tal efecto, resultará esclarecedor efectuar una breve descripción de la evolución legislativa vinculada a este tipo delictivo, para luego hacer mención a la solución jurisprudencial mencionada.

Evolución legislativa

En la redacción de la Ley N° 11179,¹² en su artículo 212, dentro de los delitos contra el orden público y más precisamente como de intimidación pública, se reprimía la fabricación, venta, transporte o conservación de explosivos o instrumentos o materias destinadas a su fabricación, susceptibles de causar estragos, sin permiso de la autoridad; y aquellos que propaguen por cualquier medio los procedimientos para causar incendio o estragos y para fabricar los materiales destinados a producirlos y, finalmente, al que propague los medios de causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos.

Está claro que, para ese entonces, el Código Penal nada establecía respecto de la tenencia o portación ilegal de armas de fuego, ya que en aquella época se encontraba prevista como una contravención.

A partir de la sanción de la Ley N° 13945¹³ de Armas y Explosivos, se distingue entre armas de uso civil y de guerra, vinculadas con el

12. Código Penal Argentino, sanción: 30/09/1921, promulgación: 29/10/1921, publicación: BO N° 8300 del 03/11/1921.

13. Ley Nacional de Armas y Explosivos, BO N° 16756 del 13/10/1950.

transporte, tenencia o porte de estas.¹⁴ Esta normativa estaba sujeta a la clasificación que se efectuaba de las armas en el Decreto reglamentario.

Una nueva reforma, mediante la Ley N° 15276,¹⁵ modificó el artículo 212 del Código Penal, y eliminó el supuesto de tenencia ilegal de arma de uso civil.

Luego, el Decreto Ley N° 17567/68 derogó el artículo 212 del Código Penal e introdujo el artículo 189 bis, tipificando en el párrafo 3 el delito de tenencia de armas de guerra.

Con la mencionada derogación del artículo 212 del Código Penal se vio modificada la derivación que se había efectuado mediante la Ley N° 15276, a la reglamentación mediante el Decreto N° 3189/60 del Poder Ejecutivo, sobre la clasificación de arma de fuego, cuestionándose entonces la vigencia de tal decreto.

Tal cuestión fue saneada jurisprudencialmente a partir del fallo plenario de la Cámara Nacional Federal de La Plata, que estableció: “Por unanimidad se declara que el decreto 3189/60 mantiene su vigencia frente a la derogación del artículo 212 del C.P. dispuesto por el artículo 7 inc. A) de la Ley 17567, no siendo necesario dictar una nueva reglamentación”.

Hasta aquí, solamente era delito la tenencia de armas de fuego siempre que fuera de las clasificadas como de guerra (art. 3, inc. 1, de la Ley N° 20429), quedando regulado como infracción de índole administrativa todo lo atinente a las armas de uso civil (art. 36 y ss. de la Ley N° 20429).

Luego, aparece en juego la Ley N° 24192¹⁶ que regula el régimen penal y contravencional sobre violencia en espectáculos deportivos que prevé dos tipos penales que están relacionados con la tenencia

14. Modificó el art. 212 de dicho ordenamiento imponiendo pena de prisión de quince días a seis meses a quien “... fuera de los casos que las Leyes o los reglamentos autoricen o sin permiso de la autoridad competente, venda o transmita por cualquier título, *tenga o porte armas*, municiones y demás material calificado como arma de uso civil” (art. 35, inc. 3).

15. BO N°19163 del 17/02/1960.

16. Ley N° 24192, Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos (BO N° 27606 del 26/03/93).

de los objetos –en el caso concreto armas de fuego– a los que nos venimos refiriendo.

El artículo 3 de la ley reprime “con prisión de uno a seis años, si no resultare un delito más severamente penado al que introdujere, tuviere en su poder, guardare o portare armas de fuego o artefactos explosivos en las circunstancias del artículo 1^o”, es decir, en ocasión de un espectáculo deportivo, disponiendo además que “en todos los casos se procederá al decomiso de las armas o artefactos”.

En el artículo 4 de la ley reprime con prisión de un mes a tres años ... siempre que no correspondiere pena mayor a los dirigentes, miembros de comisiones directivas o subcomisiones, los empleados o demás dependientes de las entidades deportivas o contratados por cualquier título por estas últimas, los concesionarios y sus dependientes, que consintieren que se guarde en el estadio de concurrencia pública o en sus dependencias armas de fuego o artefactos explosivos.

Agrega, como en la anterior hipótesis, la pena accesoria de decomiso.

Respecto de tales delitos, mediante su artículo 12, estableció que fuesen de competencia de la justicia penal ordinaria, nacional o provincial, del lugar del hecho.

Finalmente, en su artículo 38, incluido en el Capítulo II, bajo el título Régimen Contravencional, sancionaba:

El que introdujere, tuviere en su poder, guardare o portare armas blancas o elementos inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir en las circunstancias del ARTÍCULO 1, será sancionado con veinte fechas de prohibición de concurrencia y con quince a treinta días de arresto.

Los dirigentes, miembros de comisiones directivas o subcomisiones, los empleados y demás dependientes de entidades deportivas o contratados por cualquier título por estas últimas, los concesionarios y sus dependientes que consintieren que se guarde en el estadio deportivo o en sus dependencias, armas blancas o elementos inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir, en las circunstancias del artículo 1, serán sancionados con quince a treinta días de arresto.

Respecto de estos últimos supuestos, mediante el artículo 46 se dispuso que: “En la Capital Federal y hasta tanto entre en vigencia el

Código Contravencional, el jefe de la Policía Federal Argentina entenderá en las contravenciones establecidas en el capítulo II”.

Luego, y antes de la última reforma, mediante la Ley N° 25086,¹⁷ se incorporó a la Ley Nacional de Armas y Explosivos¹⁸ el artículo 42 bis, mediante el cual se sancionó con pena de multa o arresto la simple tenencia de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicional, sin la debida autorización, o fuera de las excepciones reglamentarias.

Asimismo, dicho artículo también dejó expresamente establecido que debía entender en el juzgamiento de este tipo de infracciones, en forma exclusiva y excluyente, el juez federal con competencia en el lugar del hecho.

Por otro lado, esta ley también introdujo algunas modificaciones al Código Penal. Reformó el tercer párrafo de su artículo 189 bis, cuyo texto quedó redactado de la siguiente manera:

... La simple portación de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicionado, sin la debida autorización, será reprimida con prisión de 6 meses a 3 años. La simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a los que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 3 a 6 años.

Por otra parte, penalizó al que proporcionare un arma de fuego a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

Esa misma norma estableció un plazo de 180 días desde su vigencia, para que el que tuviera armas de uso civil, sin estar legalmente autorizado, se presente ante la autoridad correspondiente a fin de obtener la autorización pertinente si correspondiere y, vencido dicho plazo, los que no hayan cumplido con la registración serían pasibles de las sanciones previstas en la ley.

Finalmente, con la sanción de la Ley N° 25886 arribamos a la actual redacción del artículo 189 bis del Código Penal, respecto del cual regresaremos más adelante, dado que la misma tuvo lugar luego de la sanción de la Ley N° 25752.

17. BO N° 29147 del 14/05/1999.

18. Ley N° 20429, BO N° 22700 del 05/07/1973. BO N° 29147 del 14/05/1999.

Cuestiones de competencia vinculadas a la tenencia y portación de armas de fuego

Es, principalmente, a partir de la reforma introducida por la mencionada Ley N° 25086 que se suscitan las cuestiones de competencia que fueron mencionadas al inicio.

Una de las primeras a dilucidar versaba en relación a determinar a qué juez le correspondía intervenir en las mencionadas infracciones, especialmente en relación a los nuevos delitos incorporados al Código Penal –*portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización y suministro de arma de fuego a quien no acredite su condición de legítimo usuario*–. Tales incorporaciones no solo colisionaron con legislaciones provinciales que preveían como contravención la misma figura en virtud de la facultad no delegada y prevista por la Carta Magna en favor de los Estados provinciales, sino que además, con el artículo 33, inciso “e”, del Código Procesal Penal de la Nación que fijaba la intervención de la justicia federal para los casos de portación de armas de uso civil.

Si bien el artículo 1 de la mencionada ley estableció claramente que la tenencia de arma de fuego de uso civil es de competencia federal en forma exclusiva y excluyente, su aplicación resultaba por demás confusa, especialmente en el interior del país, al advertirse la inexistencia de un Código de procedimiento destinado a esa finalidad, es decir, al momento de la entrada en vigencia de esa infracción comentada, los jueces se encontrarían con que no se contaba con las normas procesales adecuadas para llevar adelante una investigación en orden a esta infracción contravencional.

También, oportunamente, se destacó que otra circunstancia por demás relevante en este aspecto y que parecía haber sido ignorada por los legisladores –salvo alguna referencia efectuada por el senador Nikkelsen Löth en el debate parlamentario–, consistía en que por medio de este artículo 1 *in fine* de la Ley N° 25086 las provincias estaban cediendo el poder de policía sobre el control de las armas a la Nación.

En relación al delito de portación de armas de fuego de uso civil –art. 189 bis párr. 3 del Código Penal– se produjo una disyuntiva por cuanto la ley comentada no estableció ninguna disposición en relación a su competencia. Por lo tanto, por un lado, se contaba con el

artículo 1 de la Ley N° 25086 que otorga competencia a la justicia federal para entender en la tenencia de este tipo de armas; pero, por otro lado, aún se mantiene la vigencia de la Ley N° 23817¹⁹ –modificatoria del art. 3 inc. 5 de la ley 48–²⁰ que asigna competencia a la justicia ordinaria para entender en el delito de simple tenencia de armas de guerra salvo que tuviere vinculación con otro delito de competencia federal.

Entonces, ahora la cuestión central versa en determinar si este delito, de portación de arma de uso civil, quedaba en la misma órbita que la tenencia de arma de uso civil o, contrariamente, se encontraba abarcado por la Ley N° 23817.

En una anterior publicación, realizando una interpretación sistemática y razonada del ordenamiento jurídico vigente, se llegó a la conclusión de que el delito de portación de armas de fuego de uso civil debía correr la misma suerte que la tenencia de arma de guerra, ya que de lo contrario resultaría abusivo –teniendo en cuenta la escala penal– que este último delito quede absorbido por la justicia local y la portación de armas de uso civil por la justicia federal.²¹

Tampoco puede obviarse que la portación de armas de uso civil es un ilícito generalmente vinculado con la comisión efectiva o potencial de delitos comunes, circunstancia que –en caso de mantenerse la postura contraria a la aquí postulada– generaría un dispendio jurisdiccional inútil, obligando a realizar dos procesos paralelos cuando se trata de un concurso de delitos que pueden ser resueltos por la justicia ordinaria (en este aspecto cabe hacer mención a los fundamentos dados al sancionarse la Ley N° 23817).

Finalmente, en lo que respecta a la incorporación del artículo 189 ter, al Código Penal, por la Ley –en estudio N° 25086– (a la fecha derogado por Ley N° 25886), resta mencionar que en relación a este ilícito se observó con mayor claridad la competencia de la justicia común. Ello así en virtud de que, además de no existir disposición alguna a su respecto en la Ley N° 25086, este artículo del Código Penal indudablemente no se encontraba incluido en el artículo 3 inciso 5, de la Ley N° 48.

19. BO N° 26983 del 05/10/1990.

20. Ley N° 48, sanción: 25/08/1863, promulgación: 14/09/1863.

21. Barral, Néstor Pablo, “Consideraciones sobre la Ley 25.086”, en La Ley, LXIII, N° 221, 18/11/1999.

Pues bien, algunas de las cuestiones planteadas precedentemente fueron resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al expedirse en una contienda negativa de competencia suscitada entre los titulares del Juzgado de Garantías N° 3 y del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, ambos del departamento judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, seguida contra Ángel Marcelo Leguiza por la posible comisión de los delitos de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización y robo agravado por el uso de armas.²²

En tal precedente, el juzgado provincial declaró su incompetencia parcial argumentando que el conocimiento de los delitos previstos en el artículo 189 bis del Código Penal –con excepción del de simple tenencia de arma de guerra– correspondía a la justicia federal de conformidad con lo establecido en el artículo 33, ap. 1, inc. e), del Código Procesal Penal de la Nación y como segundo argumento, en apoyo de su postura, sostuvo que la asignación expresa a la justicia federal para el juzgamiento de la contravención de simple tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización o fuera de las excepciones reglamentarias (art. 42 bis de la Ley N° 20429,²³ incorporada por Ley N° 25086), debía entenderse como extensiva a su portación.

El Juez federal rechazó tal atribución, por entender que en virtud de la incorporación de la figura de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, como tercer párrafo del artículo 189 bis del Código Penal, solo la previsión expresa de la competencia federal para el conocimiento de aquella hubiera podido habilitar la intervención de la justicia de excepción; y, como argumento subsidiario, consideró que en razón del menor peligro que importa esta figura respecto de la tenencia de arma de guerra resultaba incongruente habilitar el fuero de excepción “para el delito menor y mantener el local para aquellos que dañan de un modo más severo” el mismo bien jurídico protegido.

En el mentado fallo, antes de resolverse, se consignó una breve descripción del contenido de las normas que guardaban relación con la cuestión a resolver.

22. Competencia N° 542. XXXV, “Leguiza, Ángel Marcelo s/ robo calificado y otro”, 24/10/2000. Fallos CSJN: 323:3289.

23. BO N° 22700 del 05/07/1973.

Así, se precisó:

... que la Ley N° 25086 (publ. BO 14/05/99) por un lado reformó el Código Penal, incorporando como tercer párrafo del art. 189 bis la figura de simple “portación de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización” y como art. 189 ter la que sanciona al que “proporcionare un arma de fuego a quien no acredite su condición de legítimo usuario”.

A su vez, modificó la Ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20429 agregando el artículo 42 bis, que prevé la sanción de multa o arresto ante la simple “tenencia de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización, o fuera de las excepciones reglamentarias”.

Por su parte, la Ley N° 23817 (publ. BO 05/10/90) modificó el anterior régimen que otorgaba a la Justicia Federal el conocimiento de todos los delitos previstos en el artículo 189 bis (art. 3, inc. 5, de la ley 48 según ley 20.661) y estableció la competencia local para la simple tenencia de arma de guerra, salvo que tuviese vinculación con un delito de competencia federal. Idéntica previsión se estableció, en consecuencia, en el art. 33, inc. e, del Código Procesal Penal de la Nación. Y si bien el art. 1 de la ley 25.086 prevé la competencia federal respecto de la simple tenencia de arma de fuego de uso civil, lo cierto es que esta norma aislada y de constitucionalidad dudosa –en atención a la naturaleza contravencional de la figura– no altera la normativa general vigente en materia de competencia.

Tras ello, se determinó el eje central de la contienda, que versaba en determinar si correspondía a la justicia federal el conocimiento del delito de simple portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, previsto en el artículo 189 bis, tercer párrafo, del Código Penal.

Al respecto, y a efectos de no hacer tedioso el planteo, citaremos los preceptos más ilustrativos del mentado fallo, cuya lectura completa recomendamos, y que se condicen con la resolución que, por mayoría, se adoptó en el mismo.

En cuanto a la forma de interpretar la ley, estableció:

- Más allá de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación, la ley debe ser interpretada indagándose su verdadero alcance mediante un examen de sus términos que consulte la racionalidad de la norma, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia.

- En la labor hermenéutica, además de dar pleno efecto a la intención del legislador, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de uno u otro criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma.
- La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y para ello la primera fuente es la letra de la ley. Dichas pautas no deben ser sustituidas por el criterio propio de los jueces so color de hermenéutica, y menos aún, cuando la ley no exige esfuerzo para su inteligencia por lo que, en principio debe ser aplicada directamente con prescindencia de las consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en ellas (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Antonio Boggiano).

Respecto de la jurisdicción y competencia, precisó:

- Las razones que llevaron al legislador a modificar la ley 48 (conf. ley 20.661), mediante la sanción de la ley 23.817, resultan de directa aplicación a la nueva hipótesis de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, pues para que corresponda el fuero federal es preciso que se hayan afectado intereses federales o que estén implicados “intereses no meramente plurales de los ciudadanos” sino aquellos que alcanzan a la Nación misma; extremos que –más allá del calibre y potencia del arma– no aparecen reunidos en ninguna de las hipótesis (salvo que tuviesen vinculación con un delito de competencia federal).
- La intervención de la justicia de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación.
- La competencia de los tribunales federales prevista en el art. 116 de la Constitución Nacional es por su naturaleza restrictiva y de excepción.
- Incluso en aquellos casos en los que la intervención de los tribunales federales está expresamente establecida, no puede colegirse necesariamente que deban ser estos quienes resulten competentes, pues si bien las causas en las que se imputa la comisión de alguno de los delitos previstos en el art. 3, inc. 5, de la ley 48 deben tramitar ante la justicia federal, la competencia ordinaria surge en aquellos casos en que lo actuado revela inequívoca y fehacientemente que los hechos tienen estricta motivación particular.

- Corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del delito de simple portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, previsto en el art. 189 bis, tercer párrafo, del Código Penal.

Concretamente, y conforme se desprende de las citas efectuadas, se declaró que el conocimiento de la causa principal correspondía al Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires.

De seguido, y expuesta la resolución jurisprudencial a las cuestiones de competencias planteadas, cabe recordar que el delito previsto por el artículo 189 bis, párr. 3°, que reprime “la simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal”, es obvio que requiere como elemento normativo que el agente tenga los objetos *sin la debida autorización legal*; es decir, faltándole una autorización otorgada por autoridad competente.²⁴

Dicho delito es de los denominados de “peligro abstracto que se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización, cualquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo. La consumación puede darse tanto cuando el objeto se ha tenido inicialmente sin autorización, como cuando se lo siguió teniendo después de caducada ella”.²⁵

Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pues bien, hasta ahora, y conforme la evolución legislativa previamente desarrollada, se puede advertir que, en concreto, la cuestión de competencia, previa a la reforma de la Ley N° 25886, en lo sustancial, quedaba planteada de la siguiente manera:

- La simple tenencia de armas de fuego de uso civil cometida en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta

24. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 5ta edición actualizada, 1995, T. 2, p. 32.

25. Ídem.

competencia de la justicia federal con sede en dicha Ciudad (art. 42 bis de la Ley N° 20429, texto según Ley N° 25086).

- La simple portación de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización, cometida en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es de competencia de la justicia nacional de la Capital Federal (art. 189 bis del Código Penal, texto según Ley N° 25086 y 26 del Código Procesal Penal de la Nación).
- La tenencia, portación (y situaciones semejantes) de armas de fuego de uso civil en los lugares o sus inmediaciones en donde se desarrollan espectáculos deportivos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es de competencia de la justicia nacional de la Capital Federal (arts. 3, 4 y 12 de la Ley N° 24192 de violencia en espectáculos deportivos; art. 26 CPP).

Fueron varios los argumentos a considerarse para la suscripción del mencionado convenio, que fue aprobado por la Ley Nacional N° 25752²⁶ y Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 597.²⁷

Por un lado, que la reforma constitucional de 1994 estableció la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 de la CN), a efectos de contribuir al fortalecimiento del sistema federal argentino.

Que en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el problema de la tenencia de armas, de uso civil, su suministro indebido y su portación en la vía pública, era un problema de exclusiva incumbencia de su gobierno, no solo en relación al ejercicio de su poder de policía, sino también en relación a las responsabilidades y criterios de persecución penal de los órganos competentes y al juzgamiento de las infracciones respectivas (art. 8, Ley N° 7). Y la tenencia de armas de uso civil, su suministro indebido y su portación en los lugares en donde se desarrollan espectáculos deportivos o sus inmediaciones, también se presentaba como un fenómeno de gravedad que atañe al gobierno de la ciudad, cuando se ha producido dentro de su territorio.

Es así que, a partir del mencionado convenio, los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera

26. Ley Nacional N° 25752 (sanción: 02/07/2003; promulgación de hecho: 25/07/2003; publicación: BO N° 30200 del 28/07/2003).

27. Ley de la CABA N° 597 (sanción: 31/05/2001; promulgación de hecho: Decreto N° 822/2001 del 25/06/2001; publicación: BOCBA N° 1223 del 29/06/2001).

legítimo usuario, sancionados en el artículo 42 bis de la Ley N° 20429 y en los artículos 189 bis, 3 párrafo y 189 ter del Código Penal, todos según Ley N° 25086, y en los artículos 3, 4 y 38 de la Ley N° 24192, cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pasan a la órbita de investigación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al juzgamiento por sus jueces competentes, conforme a los procedimientos establecidos por la Ley N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, en esa oportunidad se estableció que hasta tanto fuesen dictadas las normas procesales de la Ciudad serían aplicables, de manera supletoria, las del Código Procesal Penal de la Nación en todo lo que no se encuentre expresamente previsto por la mencionada ley capitalina.

A partir de la mencionada transferencia, la primera cuestión que se plantea está vinculada con aquellos hechos delictivos ocurridos con anterioridad o posterioridad a la aprobación del mencionado convenio.

Respecto de tal cuestión, resulta ilustrativo el análisis efectuado oportunamente por el Dr. Adrián Tellas, que sintéticamente mencionaremos a continuación.

Al respecto, señalaba que para los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 25086 no resultaba de aplicación la reforma procesal contenida en el convenio de transferencia de competencias penales aprobado por Ley N° 25752.

El principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de la competencia, a todos los casos en trámite al momento de su entrada en vigor, se emplea para el caso de normas generales de competencia, situación que con la mentada transferencia no ocurre, dado que específicamente se establece que intervendrá la justicia contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los supuestos de delitos e infracciones incorporados al catálogo previsto por la Ley N° 25086; concluyendo que no resultaba de aplicación la reforma procesal contenida en el convenio de transferencia de competencias penales aprobado por Ley N° 25752.

Sostuvo además que el convenio de traspaso de competencias penales fue concreto al determinar que la justicia contravencional asumiría el juzgamiento de las infracciones incorporadas al Código Penal y a la Ley N° 20429 por la Ley N° 25086. Aplicando solamente el criterio

general para los casos de tenencia y portación de armas en el ámbito de los espectáculos deportivos, respecto de los cuales entendía que no había conflicto.

Por otra parte, también mantuvo que el principio según el cual se permite la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia a causas pendientes, también cede en el caso de que implique privar de validez a los actos procesales cumplidos o que se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores. Lo que podría ocurrir en el caso del traspaso de competencias a la justicia porteña, teniendo en cuenta que allí se aplica principalmente la Ley N° 12 y solo supletoriamente el Código Procesal Penal de la Nación (art. 1 del Convenio aprobado por Ley N° 25752), siempre que no se contraponga al principio acusatorio que rige en la Ciudad de Buenos Aires y en función del cual podrían ser nulos varios de los actos llevados a cabo por un juez penal conforme las pautas de la instrucción regidas por la Ley N° 23984.²⁸

Para este punto, resulta de interés traer la primera intervención que tuvo la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas en una cuestión de competencia, a partir de la mencionada transferencia y sobre la que debió referirse, entre otras cuestiones, a la necesidad de armonizar el sistema legal.²⁹

La circunstancia de ser el primer proceso penal en que esta Cámara debe expedirse, obliga a intentar establecer un criterio de interpretación racional que garantice una armoniosa aplicación de las leyes contempladas en el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que ofrezca certidumbre jurídico-procesal a las partes de este proceso en primer término y, luego, al resto de los operadores del sistema judicial local.

El Convenio establece en su artículo primero que las causas habrán de ser juzgadas de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley N° 12 y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Procesal Penal de la Nación; es decir, que las disposiciones de este último ordenamiento cobran

28. Tellas, Adrián, "Cuestiones de competencia en materia de tenencia y portación de armas de fuego", en *SAIJ*, DACF 100008, 31/05/2005.

29. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa N° 0009-01-CC-2004. Autos: "Mansilla, Roberto Rubén", Sala de FERIA. Del voto del Dr. Marcelo P. Vázquez, 30/01/2004. Sentencia N° 008.

virtualidad en todo aquello que no se encuentre expresamente previsto en la Ley N° 12 y/o que no se oponga a su texto.

Se debe intentar establecer un criterio de interpretación racional que garantice una armoniosa aplicación de las leyes contempladas en el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que no es dable presumir la imprevisión o inconsecuencia por parte del legislador (CSJN, Fallos 278:62; 297:142; 301:460; 303:1041 y 1965; 304:794, 1733 y 1820; 1912; 306:721; 307:2010 y 2428; 312:1283 y 316:2624; en idéntico sentido, CFCC, Sala II, Causa 16810 – “Rimoldi, C. A. y otros s/ proc.” - 19/10/2000; y CNCP, Sala III, Causa 3182 – “Manfredi, Luis Alberto y otro s/rec. de casación” - 08/08/2001), por lo que es difícil sostener que siendo la Constitución Nacional la que establece la necesidad de un sistema procesal acusatorio y conociéndose el contenido del Código Procesal Penal de la Nación, el Congreso Nacional ni los legisladores locales hayan advertido la supuesta estructura esencialmente inquisitiva del citado ordenamiento. En definitiva, siguiendo aquella sabia doctrina del máximo Tribunal de la Nación debe afirmarse que ni la ley procesal contravencional es el reflejo del sistema acusatorio descrito por los teóricos, ni el proceso federal es el ámbito de subsistencia de la inquisición, por lo que ambas son plenamente compatibles.

Dejando de lado entonces los falsos rótulos, el principio acusatorio como garantía para el justiciable está preservado con la plena distinción de roles, la imparcialidad del juez y la igualdad entre las partes, sin perjuicio de la carga que ostenta el titular de la acción para, en el intento de ejercerla, demostrar que la inocencia del sometido a proceso no es tal dada su condición de autor de un hecho ilícito.

Así lo ha sostenido el propio Tribunal Superior local, incluso estableciendo la obligación de aplicar las normas del Código Procesal Penal en el proceso contravencional frente a algunos supuestos, porque, en definitiva, esa ha sido la voluntad del legislador.

De lo que se trata, insisto, es de encontrar en esta emergencia una armonía entre los procesos previstos en ambos ordenamientos, utilizando el Código Procesal Penal de la Nación como complemento eficaz frente a aquellas situaciones no previstas por la norma procesal contravencional, absoluta o parcialmente.

La simple tenencia de un arma de fuego de uso civil es una conducta atípica para el Derecho Penal; tal como surge de la redacción del artículo 42

bis de la Ley N° 20429 (incorporado por Ley N° 25086), la mera tenencia es un hecho de neto corte contravencional.

Con ello, si se le atribuye al imputado haber hallado en su domicilio un revólver calibre 22 y municiones del mismo calibre sin documentación expedida por autoridad competente para legitimar su tenencia, debe revocarse el auto de procesamiento decretado, dictar su falta de mérito y la incompetencia en razón de la materia en favor de la justicia contravencional y de faltas.³⁰

Es competente la justicia contravencional para investigar el delito de portación ilegítima de arma de uso civil aunque al momento del suceso no se encontraba vigente el régimen estatuido por la Ley N° 25752 –Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires–. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.³¹

Actual redacción del artículo 189 bis del Código Penal

Esta normativa, que tuvo lugar poco tiempo después del referido traspaso de competencias, sustituyó por completo la redacción anterior del artículo 189 bis y además, derogó el artículo 189 ter del Código Penal y el artículo 42 bis de la Ley Nacional de Armas y Explosivos N° 20429, y sus modificatorias, que habían sido introducidos por la Ley N° 25086.

Artículo 189 bis. ... (2) La *simple tenencia de armas de fuego de uso civil*,³² sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

30. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autos “PASCUAL, Fabián Armando”, Sala 6, 23/02/2004 (referencia: SAIJ: FA04060148).

31. CSJN, Fallos: 327:3984, “Lacour, Rosana Mabel y Vélez Vázquez, Marcelo s/ infracción al art. 189 bis del Código Penal”, Competencia N° 451. XL, 28/09/2004.

32. El destacado pertenece al autor.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

El inciso 2 de este artículo introduce como un nuevo tipo penal a la tenencia de arma de fuego de uso civil, que anteriormente era una contravención y, por ende, una mera infracción de orden administrativo.

En lo que respecta a la tenencia de armas de guerra, que ya se encontraba prevista en el Código Penal, aunque estaba junto a la tenencia de material explosivo, pasó a estar vinculada al tipo penal de tenencia de armas civiles, como una especie agravada.

En cuanto a la tenencia simple de armas, que prevé el Código, sea esta de uso civil o de guerra, no se exige que la misma tenga una finalidad específica ni que se encuentre vinculada con la comisión de ningún otro delito. Como único requisito de tipicidad, tanto para la portación como para la tenencia, debe realizarse sin la debida autorización legal.

Cuestiones de competencia a partir de la nueva redacción del artículo 189 bis

- Toda tenencia o portación de un arma de uso civil es de competencia de la justicia contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de lo normado en el artículo 1 del Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Ley N° 25752.³³
Recordemos que la Ley N° 25886, en su artículo 2, expresamente derogó el artículo 42 bis de la Ley N° 20429 que establecía la competencia federal para el delito de simple portación de arma de uso civil.
- Habida cuenta de que la Ley N° 25886 derogó el artículo 42 bis de la Ley N° 20429, que establecía la competencia federal para conocer acerca de la infracción a esa norma, es que la justicia

33. CSJN, "Lacour, Rosana Mabel y Vélez Vázquez, Marcelo", 28/09/2004.

local debe conocer en la causa seguida respecto de la tenencia ilegal de arma de uso civil.³⁴

- El delito de tenencia ilegal de arma de uso civil, tipificado en el artículo 189 bis, inciso 2, primer párrafo (según Ley N° 25886) solo puede reprimir hechos cometidos con posterioridad al 4 de noviembre de 2004, fecha en la cual entró en vigencia este supuesto delictivo, según reza el artículo 4 de la citada ley, y por ende un hecho de estas características cometido con anterioridad a esa fecha sería atípico.³⁵
- Si concurren de alguna forma la portación ilegal de arma de fuego de uso civil con el robo con arma, lo debe investigar todo el juez de instrucción, por el principio de economía procesal,³⁶ resultando nula la resolución del juez de instrucción que se quedó con la investigación del robo con armas y le envió testimonios a la justicia contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que investigara la tenencia ilegal de arma de uso civil, dado que con ello está dividiendo un hecho único en franca violación al principio del *non bis in idem*, debiendo pesquisar todo junto tal juez de instrucción.³⁷
- Donde se investiguen múltiples causas relacionadas por delitos con armas debe intervenir en toda la pesquisa en su conjunto el juez de instrucción por una cuestión de economía procesal.³⁸
- El encubrimiento por recepción del arma y su eventual portación ilegítima configuran dos conductas material y jurídicamente escindibles. Ello así, en virtud de la independencia existente entre las conductas previstas en el artículo 189 bis (2), tercer párrafo y párrafo final del apartado 5 de la citada norma penal (cfme. Ley N° 25886), puesto que mediando entre ambas concurso material se impone –en principio y no existiendo las excepciones legalmente establecidas– su sustanciación por

34. CSJN, Fallos: 327:3710, “Else, Osvaldo Manuel s/ tenencia indebida de arma de fuego de uso civil”. Competencia N° 2073. XXXIX, 14/09/2004.

35. C.Nac. Crim. y Corr., Sala 5ª, “Ramírez, Cristian M.”, 30/06/2004.

36. CSJN, “Fernández, Norberto Osvaldo”, J.P.B.A. 127-1, 05/04/2005.

37. C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, “Rodríguez, Cristian”, 25/10/2004.

38. C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, causa N° 25550, “Ceí, Martín J.”, 12/5/2005.

ante las jurisdicciones competentes para el juzgamiento de cada uno de ellos –nacional y local–.³⁹

- Si los delitos de portación de arma de uso civil y el encubrimiento por arma limada –concurren en forma ideal–, entonces compete intervenir en su conjunto al juez de instrucción y no a la justicia contravencional.⁴⁰
- En este mismo sentido, se ha dicho que

... No obstante en la investigación de los delitos de portación o tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización resulta competente la Justicia Contravencional de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, si también se investiga la supresión de la numeración del revólver, cuestiones de economía procesal tornan necesario la continuación de la pesquisa ante la justicia de instrucción...⁴¹

- Ante un conflicto de competencia suscitado entre la justicia nacional ordinaria de la Capital Federal y el Fuero Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe resolverlo la CSJN según dispone el artículo 24, inciso 7 del Decreto Ley N° 1285/1958.⁴²
- Por otro lado, desde siempre se ha sostenido, como regla general, que la tenencia o portación ilegal de armas de fuego no excita la competencia federal cuando no se encuentra involucrado en la causa el buen funcionamiento del Estado Nacional.⁴³
- Constituye un hecho único la tenencia de arma de uso civil y la tenencia de arma de uso civil condicional, que concurren en forma ideal, más el remanente de la supresión de numeración de un objeto registrado, que debe ser pesquisado todo por el mismo juez.⁴⁴

39. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Causa N° 27286-00, Autos “LUGO, Pablo Gastón o ALFONSO Gerardo Rodrigo”, Sala II. Del voto de la Dra. Marcela De Langhe, Dr. Pablo Bacigalupo, Dr. Fernando Bosch, 16/11/07.

40. C.N.Crim. y Correc., Sala 6ª, “López Flores, Gonzalo”, 08/09/2004.

41. C.N.Crim. y Correc., Sala 6ª, causa N° 24888, “García, Norberto Osvaldo”, 21/09/2004.

42. C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, “Santiago, Marta M.”, 11/08/2004.

43. CSJN, “Cabrera, Oscar Andrés”, 09/11/2000, JA 2001-II-127; ídem CSJN, “Leguiza, Ángel Marcelo”, 24/10/2000, JA 2001-II-122.

44. C.N.Crim. y Correc., Sala 7ª, causa N° 28.170, “Falco, Axel Román”, 30/11/2005.

- Debe intervenir el fuero federal en la investigación de los delitos de tenencia de arma de uso civil y supresión de la numeración de esta, que concurren en forma ideal, si con motivo de un allanamiento se secuestró al imputado un revolver calibre 32 con su numeración erradicada.⁴⁵
- Dada la estrecha vinculación entre el delito de supresión de la numeración de un arma –de jurisdicción federal luego de la reforma introducida por la Ley N° 25886– y la tenencia ilegítima del arma de uso civil, al encontrarse ellas relacionadas con un mismo objeto, resulta conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia y a fin de favorecer la eficacia de la investigación, que esta quede a cargo de un único tribunal que es el juez federal, y aunque no haya intervenido en la contienda que se había trabado entre la Sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y el Juzgado Contravencional N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁴⁶
- En esa misma línea se sostuvo que, no obstante lo dispuesto, con relación al traspaso de competencia –Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales establecida por la Ley N° 25752–, no debe escindirse la causa si se verifica que los múltiples hechos que se investigan están íntimamente vinculados, lo cual resultaría contrario a una correcta administración de justicia y opuesto a los principios de economía procesal.⁴⁷
- Corresponde hacer lugar a la excepción por manifiesto defecto en la pretensión de atipicidad solicitada por la defensa y, en consecuencia, sobreseer a la imputada de los hechos que se investigan en autos. En efecto, el arma de fuego carente de proyectiles en su interior, descargada, resulta una conducta atípica por no configurar una acción que sobrepase el umbral mínimo de afectación de algún bien jurídico. Así lo impone el principio de lesividad.⁴⁸

45. CSJN, “Izaurre, Ernesto Raúl”, 03/02/2005.

46. CSJN, Fallos: 329:1324, “Alvarez García, Gustavo Gonzalo”, 18/04/2006.

47. C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, causa N° 25.550, “Cei, Martín J.”.

48. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, Causa N° 19574-01-00/11, “Incidente de Apelación en autos Guzmán, Sabrina Belén”, Del voto en disidencia del Dr. Sergio Delgado, 23/11/11.

- Las figuras previstas en los artículos 39 del Código Contravencional y las nuevas tipificaciones acuñadas en el 189 bis del Código Penal, no concurren ni podrán hacerlo jamás, tal como tampoco sucedía con anterioridad a la reforma operada por Ley N° 25886. Ello así en razón de considerar que el artículo 39 no incluye a las armas de fuego; pero además, y aún en el supuesto de admitirse el criterio según el cual las armas a disparo –pese a no integrar las clasificaciones de la Ley de Armas y Explosivos N° 20429 y sus modificatorias en cuanto al Decreto Reglamentario N° 395/75– son el género y las de fuego una especie dentro de aquellas, cierto es que la aplicación del principio de especialidad conduce a que, tratándose de armas de fuego, la conducta deba subsumirse en las previsiones del artículo 189 bis del Código Penal, por estricto apego al principio constitucional de legalidad. A idéntica solución debe arribarse si se pretende que las armas de fuego descargadas quedan incluidas en el género de los objetos aptos para ejercer violencia o agredir, a los que alude también el artículo 39 del Código Contravencional.⁴⁹

Conclusión

Pues bien, tal como se planteó al inicio, las figuras vinculadas a la tenencia y portación de armas en general fueron objeto de diferentes modificaciones legislativas, entendemos, en pos de precisar las conductas penales en juego y así permitir al juzgador encuadrar con mayor exactitud las distintas situaciones que a diario se presentan en tal sentido.

Es cierto también que esa no fue la única finalidad perseguida por la normativa jurídica, sino que además pretendió regularizar la legitimación de las armas por parte de los pretensos usuarios; ello, principalmente con el objetivo de lograr un efectivo control de tales elementos.

49. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Causa N° 283-00-CC-2004, Autos: “Reyes, Juan José”, Sala II. Del voto del Dr. Fernando Bosch, Dr. Pablo Bacigalupo, Dra. Marcela De Langhe, 22/10/2004, Sentencia N° 378.

Aunado a ello, no se puede dejar de valorar que tales modificaciones legislativas tuvieron principalmente su origen o motivación en el reclamo social existente, como consecuencia del gran uso de armas en situaciones irregulares y como elementos utilizados para cometer otros delitos; todo ello, en clara afectación a la seguridad pública como bien jurídico tutelado por la normativa en análisis.

Ahora bien, dichas modificaciones legislativas trajeron también aparejados conflictos de competencia respecto de los cuales los tribunales debieron zanjar, con acierto, a fin de intervenir. Ello conforme se advierte en la jurisprudencia antes mencionada.

Al respecto, consideramos que en el interés de dictar leyes que contengan la realidad social y satisfagan sus necesidades se omite en algunos casos, sobre todo en la etapa preparatoria, realizar cuanto menos los controles necesarios para evitar los conflictos que luego generaría su concreta aplicación en el ámbito judicial; omisión esta que podría atentar contra una adecuada protección del mismo bien jurídico que se pretende preservar.

No por ello vamos a dejar de reconocer que son esas mismas imprevisiones las que en definitiva proponen, sobre todo a la actividad judicial, nuevos desafíos a resolver.

Ley N° 13944.

Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Silvia Bianco*

Introducción

Desde la sanción de la Ley N° 13944 que penaliza los incumplimientos de los deberes de asistencia familiar, aún persisten discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se debaten entre posiciones que, por un lado, pregonan la abdicación de sanciones penales para esta clase de ilícitos, reservándolos a la esfera *iusprivatista* y, por el otro, otras que las defienden e imponen la necesidad de aumentar las penas frente a la reiteración de esta clase de conductas.

La historia de la legislación penal enseña que los denominados delitos contra la familia han sido objeto de profundas discusiones acerca de su naturaleza, alcances, vínculos con el Derecho Penal y también con los condicionantes que la legislación propia del denominado Derecho Privado ha generado en la estructura normativa de los tipos delictuales.

Por otro lado, con alcances más modernos, a partir de la imposición de la temática de género en los ámbitos académicos y jurisdiccionales, los incumplimientos de deberes de asistencia familiar han comenzado a ser visibilizados como una forma de violencia machista y patriarcal, que pretende imponer su dominio y control sobre los ingresos del hogar, así como condicionar el desarrollo económico,

* Abogada (UBA). Doctor *honoris causa* (Universidad Autónoma de ICA-Perú). Magíster en Administración de Justicia (Unitelma Sapienza Università Degli Studi di Roma). Consejera de la Facultad de Derecho (UBA). Miembro fundador y vocal de la Asociación Argentina de Justicia Terapéutica. Miembro Honorario del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento (Fo.Fe.C.Ma). En el Consejo de la Magistratura de la Ciudad ocupó sucesivos cargos: Consejera, en representación del estamento legislativo y Presidenta de la Comisión de Fortalecimiento Institucional y Planificación Estratégica (2017-2019).

profesional y/o laboral de la mujeres, tanto en proyección sobre sus vidas como en la de los hijos menores de edad de ambos progenitores.

Todos estos conflictos y las variaciones de estas líneas de pensamiento se entrecruzan entre la jurisprudencia heredada del ámbito de la justicia criminal y correccional, y las nuevas medidas jurisdiccionales que el fuero local Penal, Contravencional y de Faltas del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) ha comenzado a desarrollar frente al traspaso de los delitos de la Ley N° 13944 desde el año 2008.

Particularmente, en los últimos años, el desarrollo de medidas institucionales ha tomado una dirección drástica, y ha encaminado a los órganos del fuero local a optimizar sus recursos para luchar contra el flagelo de la violencia contra las mujeres; punto álgido en la investigación y juzgamiento de los delitos contra la familia, o derivados de las inobservancias de deberes civiles de emplazamiento filial o familiar, se posiciona como un tema de gran trascendencia para estos nuevos tiempos, donde la lucha por la no discriminación e igualdad de derechos de las mujeres resulta una bandera que comienza a ser alzada como símbolo de lucha social.

Aproximación histórica y dogmática de la estructura normativa de la Ley N° 13944

La Ley N° 13944, sancionada el 15 de septiembre de 1950 y promulgada el 9 de octubre de aquel año, establece en su articulado una serie de penalidades para el incumplimiento de deberes de asistencia familiar. Así, en su artículo 1, establece una pena de prisión de un mes a dos años o (término que torna a la penalidad facultativa entre una y otra) multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a “los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieran a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más, si estuviere impedido”.

Por otro lado, y bajo las mismas penalidades, el artículo 2 de dicha normativa expande el ámbito de incriminación de la norma en cuanto a los autores y víctimas de la substracción, refiriendo: a) al hijo, con respecto a los padres impedidos; b) al adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido, y el

adoptado con respecto al adoptante impedido; c) el tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviera impedido, o al incapaz bajo su responsabilidad; d) el cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa. A su turno el artículo 3 establece que “[l]a responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia”, mientras que el artículo 2 bis (incorporado por el art. 1 de la Ley N° 24029)¹ establece el tipo penal de insolvencia alimentaria fraudulenta.

Ya Carrara se refería a esta clase de ilícitos en su obra *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cuando mencionaba que

... a los delitos contra el orden de las familias debería referirse el hecho del hijo que negase alimentos a la madre víctima, cuando este hecho fuese delito, como así lo fue en Atenas. Esta ofensa se perseguía en Atenas mediante acción pública y cualquier ciudadano podía constituirse en acusador, siendo castigada con penas pecuniarias y pérdida de derechos civiles importantísimos por las condiciones imperantes en aquellos tiempos. También se refería a esta clase el hecho de no haber dado instrucción a los hijos, que también era delito en Grecia, pero las costumbres modernas se contentan, en relación a estas violaciones culpables de los deberes naturales, con la tutela que proporcionan el magisterio civil, la función de buen gobierno y el controlador de la opinión pública.²

Esta cita denota con claridad la gravedad con que esta clase de delitos fueron concebidos desde la antigüedad, incluso perseguibles por medio del sistema de acción pública popular, esto es, aquel por el cual la trascendencia social del hecho permitía ampliar el concepto extendido a la condición de órgano de la acusación a todos los ciudadanos que reunían determinadas condiciones, entre ellos al ofendido pero sin preferencia alguna, estatuyendo un órgano popular para la acusación.³

1. Ley N° 24029. Sanción: 20/11/1991, Promulgación: 09/12/1991, Publicación: BO N° 27287 del 18/12/1991.

2. Carrara, Francisco, *Programa del curso de derecho criminal* (traducido por Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier), Buenos Aires, Depalma, 1946, nota 1 al parág. 1863.

3. Claria Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, ed. actualizada por Carlos A. Chiara Díaz, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008. T. II, p. 11.

En el marco de la historia del derecho penal local, los antecedentes de esta clase de delitos se remontan al Proyecto de 1937, que consideró las infracciones como atentados contra la persona, aunque el Proyecto Peco fue el primero en haberse ocupado de estos incumplimientos al tratarlo como delito contra los bienes jurídicos de la familia.⁴ Sobre este último proyecto, expone Laje Anaya que

... cuando fue preparado el Proyecto de 1941, su autor consideró oportuno para elaborar la norma del artículo 211, apartarse del sistema francés que consistía, según lo dice, en condicionar la existencia de la infracción a dos circunstancias: 1) La primera, en la necesidad de una condena judicial por medio de la cual se hubiese establecido una pensión alimenticia en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente. 2) La segunda, en la demora voluntaria de más de tres meses en la provisión del monto fijado o establecido por el juez.⁵

Estos límites se conservarían en la Ley N° 13944 que siguió los lineamientos esenciales del Proyecto de 1941, el cual va más allá de la ley francesa de 1924, pero no tan al extremo como el Código italiano de 1930 que reprimía estados de abandono puramente moral.

Tras la sanción de la ley que penaliza los incumplimientos de deberes de asistencia familiar, no menos problemáticas fueron las discusiones dogmáticas doctrinarias y jurisprudenciales suscitadas en derredor al bien jurídico que la norma antepuesta al tipo protege.

Una posición mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es la familia, postura asumida en la mayoría del plenario “Guersi”⁶ de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

4. Peco, José, *Proyecto de Código Penal*, presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25/09/1941, La Plata, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Instituto de Criminología, UNLP, 1942; sección segunda, Delitos contra los bienes jurídicos de la familia, Título Único, Delitos contra la familia, Capítulo IV, Delitos contra la asistencia familiar, art. 211, incumplimiento de los deberes de asistencia económica, al referirse al que “sin justa causa, no prestare, aun sin mediar sentencia judicial, los medios de subsistencia al menor de diez y ocho años que se encuentre bajo su patria potestad, tutela o guarda, o al ascendiente inválido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se le aplicará privación de la libertad de un mes a dos años o multa de quinientos a dos mil pesos. La misma sanción se impondrá al curador que no prestare asistencia al incapaz. La acción es privada”.

5. Laje Anaya, Justo, *Delitos contra la familia*, Córdoba, Advocatus, 1997, p.185.

6. Cám. Nacional en lo Criminal y Correccional, en pleno, “Guersi, Néstor Marcelo s/incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, 31/07/1981.

Así, el juez García Torres expuso sobre la posición que

... la familia, de la forma y en el sentido indicado, constituye el bien jurídico tutelado por la ley. Así se puso de resalto claramente en los antecedentes parlamentarios, al advertirse que “el derecho penal no puede permanecer por más tiempo en postura de indiferencia ante la tarea programada de consolidar la familia, núcleo elemental y primario, del que el hombre es criatura y en el cual ha de recibir insustituiblemente la formación sobre la que construirá todo el curso de su vida” (ver Mensaje del Poder Ejecutivo del 29 de julio de 1949) [...] Por ello, resulta indiscutible, a mi juicio, que la protección no se acuerda ni al individuo ni a la sociedad, sino a la familia, considerada con un alcance en cierta medida más restringido que el del Cód. Civil en cuanto se limita al aspecto económico y excluye a los afines y, por otra parte, más amplio en tanto incluye al tutor, al curador y al guardador, cuya obligación reconoce como fuente la ley 13.944 antes que la ley civil.

La concepción de que el bien jurídico protegido por la Ley N° 13944 resultaba ser la familia no era novedosa para aquel tiempo, siendo que el plenario “Aloise”⁷ de la misma Cámara y de 1962 ya había adelantado la posición. Del voto del juez Cabral, con mención del Proyecto de 1941, se desprendía que

... para la correcta comprensión de esta figura delictiva, destacar que el bien jurídico tutelado no es la persona física del sujeto pasivo sino la institución de la familia. Como ha dicho Peco: “En tanto el abandono de un menor o incapaz es un delito contra las personas, el incumplimiento de los deberes de asistencia económica es un delito contra el orden de la familia. El objeto de la tutela jurídica es el interés social de resguardar la asistencia económica de la familia, sin acudir al socorro ajeno y no al riesgo de un daño a la salud”.

Unos años más tarde, el juez Donna en su voto que integró la mayoría del plenario “Gómez” de 1993 mencionó que “el bien jurídico protegido en esta ley es la familia, aspecto que aparece en la legislación argentina al calor de nuevas ideas que tiene en cuenta el aspecto social del hombre”.⁸

7. Cám. Nacional en lo Criminal y Correccional CABA, en pleno, “Aloise, Miguel A. s/incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, 13/11/1962. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/> (ref: FA62060002).

8. De su voto en el plenario de la Cám. Nacional en los Criminal y Correccional, “Gómez, Isabelino”, 31/03/1993 y citado por Donna, Edgardo A.; Aboso, Gustavo E.,

En el ámbito local, la Sala III de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires señaló que

... tal como sostuvo la defensa, el bien jurídico protegido por la ley de incumplimiento de deberes de asistencia familiar es la familia, siendo el matrimonio, el primer núcleo familiar. De esta forma, es prudente recordar que la obligación alimentaria entre los cónyuges, es de origen civil y nace del ministerio de la ley. En efecto, el artículo 198 del Código Civil prescribe: “Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”. Esta prestación entre cónyuges, no solo está impuesta por la ley durante la convivencia de ambos, sino que subsiste luego de una separación de hecho y aún en el caso de divorcio vincular, siempre que el cónyuge alimentado sea el inocente en dicha declaración de divorcio.⁹

Asimismo, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional expresó que

... el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar impone al obligado el deber de hacer frente a la prestación en forma constante y no sujeta a su voluntad. El hecho de cumplir con una prepa mínima no permite eludir la obligación, que comprende además, la alimentación, el techo, la vestimenta, los útiles colegiales, es decir los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor. El bien jurídicamente protegido resulta ser la familia y las entregas parciales o escasas no hacen desaparecer la existencia del delito.¹⁰

En igual sentido, Laje Anaya señala que conforme lo dejan ver los antecedentes legislativos y el mensaje del Poder Ejecutivo, así como de los antecedentes de discusión parlamentaria, lo que se quiere proteger con estos ilícitos es la familia.¹¹ Así, señala dicho autor que el

“Obligaciones alimentarias de los padres y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la Ley N° 13944)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 263.

9. Cám. de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala III, “T., M. E.”, 09/12/2008. (ref.: AR/JUR/24384/2008).

10. Cám. Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII, causa N° 19.327, “Hernández, Claudio José L.”, 30/08/2002, en *Bol. Int. de Jurisp.* N° 03/2002, p. 298.

11. Laje Anaya, Justo, *Delitos contra la familia*, op. cit., p. 188. En su nota N° 417, expone que cuando la ley 13944 fue considerada en Senadores, la idea volvió a estar presente porque se estimaba que “la familia sufre menoscabo por un padre se sustraiga a prestar los medios indispensables para la subsistencia a un hijo menor de dieciocho años. La conducta inicua de ese padre redundará en perjuicio del hijo desamparado, pero

... objeto de las infracciones reunidas o agrupadas bajo la expresión “incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, pretende solo un determinado y único aspecto, tal cual es la subsistencia material de quienes componen y estructuran un núcleo familiar, que resulta lesionado a su vez, porque quienes son titulares del derecho a que sus necesidades de esa índole le sean satisfechas por el obligado a prestarlas, este se aparta o cancela los deberes jurídicos que imponen la obligación de asistencia, y pone de esa forma, en peligro la subsistencia de la familia por el hecho de situarla en un estado de inseguridad económica.¹²

Por otro lado, una posición doctrinaria y jurisprudencial distinta propone que el interés jurídicamente tutelado recae sobre el deber de solidaridad derivado de la relación jurídica familiar y no en aquella, como núcleo autónomo. Concretamente, tanto Baigún como Donna, con posterioridad al voto mencionado en “Gómez”, sostuvieron que la familia como tal no podía constituir el bien jurídico tutelado pues no se trata de un sujeto de derecho. Agregaron que las circunstancias cambiantes en torno a la familia como institución, luego de las diversas modificaciones en su regulación, impiden considerarla como bien sin caer en graves incongruencias. Estas posiciones convergen en señalar que el bien es la vocación alimentaria derivada de un vínculo jurídico familiar, que en ocasiones puede ser también biológico.¹³

De igual modo, Caimini y Desimone señalan que, en razón de la fórmula del tipo y su aplicación, el bien jurídico es la vocación alimentaria, explicando que la familia como tal puede ser el sustento de aquella vocación u obligación más no el elemento tutelado o eje de las acciones sancionadas.¹⁴ Recogen las críticas efectuadas por Baigún, al

no en perjuicio de la familia. Esto es evidente. Por esa razón, el proyecto Coll-Gomez, citado sin discrepancias como el primer antecedente legislativo sobre la materia, en el país, incluye las disposiciones relativas al delito de que venimos ocupándonos en la categoría de los delitos contra las personas”. Gómez, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, Buenos Aires, Ediar, T. II, 1953, p. 501.

12. Laje Anaya, Justo, *Delitos contra la familia*, op. cit., p. 189.

13. Romero Villanueva, Horacio J. y Da Vita, Sebastián, *Delitos contra las relaciones parento-filiales*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 36 y ss.

14. Caimini, Luis Alberto; Desimone, Guillermo Pablo, *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia fraudulenta*, Buenos Aires, Depalma, 2^{da} ed, 1997, p. 54.

respecto de que en su opinión, la familia no es sujeto de derecho y en este delito convergen intereses diversos y pluridimensionales.¹⁵

Por su parte, Aboso señala que

... el interés jurídico tutelado es el deber de satisfacer las necesidades de alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica del sujeto pasivo mediante la correlativa prestación económica [...]. Así, pues, los intereses protegidos se identifican con los intereses de los hijos y de la paz familiar. En este contexto, se identifica el bien jurídico de modo más apropiado con el aseguramiento material del derecho de alimentos (*die materielle Sicherstellung des Berechtigten*).¹⁶

Desde su concepción dogmática, el delito que reprime la Ley N° 13944 es un tipo omisivo toda vez que se consuma al sustraerse de prestar los medios indispensables para la subsistencia. Se menciona que este tipo de delito resulta de aquellos de peligro abstracto,¹⁷ en cuanto que la simple omisión del aporte de los medios indispensables para la subsistencia del menor o sujeto pasivo consuman el ilícito enrostrado. Sobre este punto, con meridiana claridad, ha expuesto el maestro Roxin que

... delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta ... típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (cfr. ya § 10, núm. 123). Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo.¹⁸

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza de los delitos de peligro abstracto y el fundamento de su responsabilidad, desde el funcionalismo alemán también Jakobs ha afirmado que la atribución en los de-

15. *Ibidem*, p. 53.

16. Aboso, Gustavo E, "Derecho penal y familia. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la Ley N° 13944)", en *elDial.com - DC7A6*, 12/12/2005. El mismo autor señala que este interés social es coherente con las múltiples obligaciones internacionales vigentes en la materia, entre otras, aquellas contenidas en el Convenión Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias para Menores y la del Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a Obligaciones en materia de Alimentos.

17. En este punto, en el plenario "Aloise" (del voto del Dr. Cabral ya citado), se sostuvo que se trataba de un delito de peligro abstracto que no requería, ni como mínimo, la existencia de un riesgo verificado para la subsistencia del alimentado.

18. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*, Munich, Civitas, 1997, p. 407.

litos de esta naturaleza se efectúa sobre la base de la responsabilidad institucional, toda vez que

... el dominio exclusivo de la persona libre sobre su cuerpo no es de todas formas la única circunstancia por la que puede haber mandatos dentro de la “obligación originaria”. En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas forman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. [...] En sinalagma por esta libertad, existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular –siguiendo una prohibición de configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido– esto es, siguiendo un mandato.¹⁹

Sobre las particularidades de este tipo de ilícitos, expone Laje Anaya que resulta un tipo de omisión porque con él se viola el deber de prestar asistencia, y que a diferencia de los delitos de comisión, que pueden admitir como medio una omisión para llegar al resultado (tesis sobre la comisión por omisión), o para causarlo, la infracción contra la familia no requiere que efectivamente esa omisión cause o produzca en los titulares del derecho protegido algún resultado proveniente de haberse sustraído, el obligado, a prestar los medios indispensables para la subsistencia; ello, siempre que la simple omisión ya coloca en peligro a la familia en cuanto a su subsistencia, cuando el obligado omite.²⁰

Para finalizar sobre el punto, también en el plenario “Gómez”, la mayoría asumió que, tal como indicó el Dr. Rivarola:

... la ley 13.944 ha creado un delito de pura omisión y de peligro abstracto, por cuyo medio se procura evitar no ya un daño o un peligro concreto sino la “misma situación previa condicionante de la eventual indigencia” (voto del entonces Juez de este tribunal Jorge Sandro en el fallo “Guersi” ya citado). La doctrina lo ha caracterizado unánimemente de tal forma.²¹

19. Jakobs, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (traducido por Javier Sánchez y Vera Gómez Trelles), Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1996, pp. 33-34.

20. Laje Anaya, Justo, *Delitos contra la familia*, op. cit., p. 191.

21. Hendler, Samuel, “El delito de incumplimiento de asistencia familiar y el divorcio”, en revista *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, T. 49, p. 587.

Recordando el Plenario “Aloise” refiere que

... el núcleo del tipo consistente en sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia ha dado lugar a una interpretación en cuanto a que no es imprescindible para la consumación del hecho el acaecimiento de un real peligro para la subsistencia pues se lo ha considerado un delito de peligro abstracto.

En otras palabras, añade que aun cuando el alimentado haya logrado igual o aún mejor auxilio que el omitido por el alimentante, se ha incurrido de todos modos en el delito por la sola omisión, mencionando también que tal es la jurisprudencia predominante y la opinión de los autores. En ese mismo sentido ya Núñez²² señalaba que este delito es de simple omisión bastando con que el autor se sustraiga a prestar los medios indispensables para la subsistencia y que, por serlo, es de peligro abstracto, por lo cual no requiere que la víctima sufra una efectiva carencia de los medios indispensables para su subsistencia o que caiga en una situación de peligro concreto de experimentar ese efectivo estado de necesidad de esos medios. Igualmente en el mismo sentido categorizante, comparten esta opinión Laje Anaya y Fontán Balestra.

Por otra parte, el artículo 2 bis de la norma establece que será reprimido con la pena privativa de la libertad, cuya escala asciende de uno a seis años, el que

... con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.

Esto es, el tipo penal de insolvencia alimentaria fraudulenta, incorporado por la Ley N° 24029.²³

En lo particular, parte de la doctrina suponía que se trataba de una figura independiente de la de incumplimiento, por su ubicación

22. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Córdoba, Marcos Lerner, T. IV, 1989, p. 27.

23. Ver cita 1.

en otro artículo, en contra de aquellos que indicaban que constituía un tipo agravado de aquella figura básica.²⁴ Se ha sostenido que

... al analizar los tipos correspondientes a los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y de insolvencia alimentaria fraudulenta, se advierte que media una relación de concurso aparente por especialidad, ya que la conducta proscripta por el primero se encuentra comprendida dentro del segundo. Repárese al respecto que en ambos casos la sustancia de la infracción se circunscribe al incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, radicando la diferencia entre ambas figuras en que la calificada del artículo 2 bis prevé una modalidad comisiva especial, añadiendo un contenido disvalioso adicional. Así, mientras que en el caso del artículo 1 lo que se sanciona es el simple incumplimiento, el artículo 2 bis conmina a quién lo hiciera mediante la disminución del valor de su patrimonio...²⁵

Sin que varíen los medios comisivos previstos para la insolvencia fraudulenta del artículo 179 Código Penal (CP), en lo sustancial, atendiendo a la técnica legislativa empleada por el legislador, la referencia del artículo 1 sobre “medios indispensables para la subsistencia” dista del artículo 2 bis en cuanto menciona “cumplimiento de las obligaciones alimentarias”, más allá de las implicancias concursales entre ambas tipicidades.

Así, se ha dicho que

... en lo que respecta al objeto del incumplimiento, Molinario destaca que mientras la primera figura habla de “medios indispensables para subsistir”, esta dice “obligaciones alimentarias”, por lo que sin duda ambas expresiones no significan lo mismo. Las obligaciones alimentarias se establecen por sentencia o por acuerdo, su monto depende de la fortuna y posibilidades del obligado y no sólo comprende los medios indispensables para la subsistencia.²⁶

24. Romero Villanueva, Horacio J. y Da Vita, Sebastián, *op. cit.*, p. 58.

25. Cám. Nacional de Casación Penal, Sala III, “Fernández, Omar N.”, resuelta el 22/02/2002 (ref.: AR/JUR/970/2002).

26. Marum, Elizabeth A. “Ley 13.944. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, en D’Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), *Código penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, T. III, “Leyes especiales comentadas”, 2^{da} edición actualizada y ampliada, La Ley, 2010, p. 179.

Resta mencionar que el artículo 4 de la Ley N° 13944 introdujo una modificación al artículo 73 CP, previendo que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuanto la víctima fuere el cónyuge, será de acción privada. Ello descarta el imperio del principio de legalidad procesal sobre esta clase de conductas, que se regirán por el proceso de conocimiento especial previsto por los ordenamientos rituales de cada jurisdicción para esta clase de acciones, procediéndose por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales (para el caso de la CABA, arts. 252 a 265 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, CPPCABA). También se regirán por este sistema de la acción penal privada aquellas que nazcan por conversión de la acción (art. 10 *in fine* CPPCABA).

Diferencias entre el ilícito penal y el ilícito civil. Incidencias del Código Civil y Comercial y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Con respecto al tipo previsto en el artículo 1 de la Ley N° 13944, este se refiere a “medios indispensables para la subsistencia”, así como el artículo 2 bis a “obligaciones alimentarias”. Resulta clara la vinculación sistemática que se plantea entre el ordenamiento jurídico penal, en este punto, y el plexo sustantivo civil, el cual se encuentra codificado juntamente con el ordenamiento jurídico comercial desde la codificación conjunta vigente a partir del primero de agosto de 2015 en el Código Civil y Comercial (CCyC, cfme. Ley N° 26994).

Sin embargo, la regulación normativa sobre el derecho/deber de alimentación prevista en aquel cuerpo obedece, fundamentalmente, a directrices emanadas de tratados internacionales que prevén derechos fundamentales, sobre todo para niñas, niños y adolescentes, en pos de satisfacer sus necesidades de alimentación básicas. En este sentido, bajo las consideraciones del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Grosman expresa que

... el concepto de necesidad tiene, entonces, un aspecto objetivo gestado en el proceso histórico y un contenido subjetivo derivado de las particulares características del niño. Sus necesidades de alimentación, vivienda, educación, salud y esparcimiento responden a cada momento de la

historia humana, lo cual se traduce en el contenido de derechos de la infancia (derecho a la vida, derecho a la integridad psicofísica, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al desarrollo), reconocidos en los diversos tratados de derechos humanos, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁷

Así, la CDÑ reconoce el derecho de toda/o niña, niño y adolescente a un nivel de vida adecuado para su desarrollo, como el deber de los padres u otras personas encargadas del niño de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para lograr aquel desarrollo; deber a su vez reconocido para con los Estados Parte en cuanto adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (art. 27, CDÑ).

Siguiendo los lineamientos de la CDÑ, la Ley N° 26061 también se constituye en un instrumento jurídico infraconstitucional que innova sobre el alcance de la intervención estatal, estableciendo contenidos concretos de políticas, servicios y programas locales cuyos destinatarios son las niñas, niños y adolescentes, como un eje de orientación sobre las atribuciones, responsabilidades y relaciones entre los diferentes actores estatales y no gubernamentales habilitados para garantizar el bienestar y la protección de sus derechos.

El principio de especialidad que rige en cuanto a la niñez concreta la principal obligación de los Estados respecto de la infancia en cuanto asegurarle condiciones de vida digna que posibiliten su protección y desarrollo; obligación cuya principal fuente emana del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), por cuanto prescribe que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En este sentido, el principio de “interés superior del niño”, resulta fundamental en la concepción de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo particular, a la vez que implicó un cambio de paradigma en cuanto a la percepción que se tenía sobre la niñez

27. Grosman, Cecilia P., “Introducción”, en Grosman, Cecilia P. (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Buenos Aires, UBA, 2004, p. 22.

como un objeto de tutela, pasando a ser un sujeto pleno de derechos. En cuanto a su contenido, el artículo 3 de la CDÑ establece que

... 1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; 2) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los alcances sustanciales de dicho principio fueron establecidos por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación N° 14, donde se destacó que el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Así, se ha dicho sobre el punto, que es:

... un derecho sustantivo, lo cual implica que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño”.

Es un principio jurídico interpretativo fundamental, por lo cual “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”. Y es además una norma de procedimiento, lo cual conlleva que

... siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados [...] Esta triple función del interés superior del niño está muy presente en toda la regulación del Código Civil y Comercial.²⁸

En aquel sentido, el nuevo CCyC incorpora en su artículo 658, dentro de los derechos y deberes de los progenitores derivados de la

28. Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, pp. 39-40.

responsabilidad parental, la obligación de alimentos, es decir, el deber de “criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”, estipulando que dicha obligación no se circunscribe a lo estrictamente alimentario o con un concepto restringido como en el supuesto de la obligación que nace entre los parientes, o derivados del vínculo matrimonial vigente o preexistente tras su disolución, así como de la convivencia (en este sentido, como deberes y derechos alimentarios de los parientes, arts. 537 a 554 CCyC, y con respecto a la unión matrimonial, art. 432 CCyC, respectivamente), sino, tratándose de menores de edad con una protección especial, la noción de alimentos se ve extendida a otros rubros más que los gastos en víveres o alimentos en sentido estricto.²⁹ Cabe recordar que en cuanto al deber entre cónyuges y parientes, el artículo 2 de la Ley N° 13944 extiende el ámbito de incriminación de la norma penal, por lo cual también resultan aplicables las disposiciones civiles en relación con los sujetos pasivos o activos de la normativa penal.

En sintonía con ello, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) prevé un juicio de conocimiento especial, abreviado y sumarisimo para los procesos de reclamos de alimentos, de aumento de cuota o de reducción (estos dos últimos, formas incidentales del principal al cual resultan conexo) regulado en los artículos 638 a 650 CPCCN.

Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación sustantiva civil podría constituir tanto un ilícito civil como un cuasi ilícito, dependiendo de las circunstancias del caso, frente al incumplimiento de aquel deber jurídico. Así, el CCyC:

... regula aspectos de fondo y procedimentales de los alimentos en general, es decir, que resultan aplicables a las cuatro fuentes de la obligación alimentaria: 1) alimentos derivados del matrimonio y su ruptura (divorcio); 2) alimentos derivados de la uniones convivenciales mientras la pareja conviva; 3) alimentos a favor de los hijos o derivados de

29. Herrera, Marisa, “Responsabilidad parental”, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. IV, 2015, p. 390. En aquel sentido, el artículo 659 CCyC que estipula que la obligación alimentaria comprende las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos de enfermedad y los necesarios para adquirir profesión u oficio.

la responsabilidad parental y 4) alimentos entre parientes. Más allá de las particularidades que cada fuente alimentaria exhiba, la técnica legislativa parte de la regulación entre parientes a los efectos de establecer principios o reglas generales aplicables a las restantes, y remite para cada fuente en particular en relación a las cuestiones específicas propias de la causa fuente alimentaria, y por supuesto siempre que resulten compatibles.³⁰

Si bien esta clase de procesos e incumplimientos civiles se juzgan en la órbita de la jurisdicción nacional civil federal, o de la competencia nacional ordinaria de la Capital Federal, como de los juzgados ordinarios provinciales, lo cierto es que las disposiciones civiles sustantivas resultan aplicables a los elementos normativos de los tipos de la Ley N° 13944 que remiten a ellas. Sin embargo, conforme lo antes expuesto, resulta cuanto menos ardua la tarea de considerar cuándo una conducta obedece a una u otra esfera del derecho, más aún considerando que el incumplimiento de deberes de asistencia familiar resulta un tipo penal de peligro abstracto y de mera omisión para la mayoría de la posición doctrinaria y jurisprudencial.

Si bien el delito de la Ley N° 13944 resulta doloso, lo cual podría marcar un primer eslabón de la diferencia, dicha substracción, por lo tanto, como verbo típico si bien implica incumplir con la obligación alimentaria que nace del plexo civil, marca una diferencia de un mero ilícito de aquella naturaleza por el incumplimiento de deberes, en lo penal, ya que para que una conducta caiga bajo el ámbito de incriminación de la normativa punitiva se requiere no prestar los medios mínimos suficientes, teniendo la noción de asistencia un carácter más restrictivo que la obligación sustantiva del plexo del Derecho Privado, ya que si bien todo el que realiza el tipo incumple su correlativa obligación *iusprivatista*, no todo el que quebranta aquella manda legal comete el ilícito de la Ley N° 13944.

Tanto la exigencia, desde la tipicidad subjetiva de dolo en el autor del hecho, como las diferencias exigidas por las obligaciones o medios que receptan cada normativa, separan la esfera penal de la civil de acuerdo a cada caso concreto, y permiten demarcar la línea punitiva que hace operar, o no, la herramienta más poderosa del Estado.

30. Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, op. cit, p. 662.

En igual sentido, corresponde recordar que, tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el principio político que caracteriza al Derecho Penal es un principio de *ultima ratio* como rama del ordenamiento jurídico a la cual acudir,³¹ por lo cual, siempre debe priorizarse la solución del conflicto en el ámbito del Derecho Civil y Comercial, el cual en definitiva brinda una solución concreta y sustancial a la discrepancia suscitada.

Sobre este punto, la normativa penal no se ha encontrado exenta de fuertes críticas. Entre otras, se ha dicho que

... la sanción penal al incumplimiento de deberes de asistencia familiar merece serios reproches, en especial porque en nuestro ordenamiento jurídico existen jueces especialistas en la materia que son más aptos para resolver este tipo de conflictos, sin necesidad de recurrir a la violencia que implica la amenaza de una pena de prisión. En todo caso, si las normas y los recursos que hoy se utilizan no bastan para cumplir con los deberes constitucionales, debemos mejorarlos y adecuarlos conforme a las necesidades y a las exigencias previstas por la Ley N° 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.³²

Traspaso de la investigación y juzgamiento de los delitos de la Ley N° 13944 a la CABA. Consideraciones sobre su subsunción bajo la temática de género

A partir de la reforma de 1994, el artículo 129 de la Constitución Nacional consagró la federalización del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, atribuyéndole facultades autónomas de legislación y jurisdicción propias, bajo la regulación que garantizaría los intereses de dicho Estado nacional en la medida en que el territorio de la Ciudad continúe siendo la Capital Federal del país. Dicha Ley N° 24588 denominada “Ley Cafiero”, estableció en su artículo 6 que el Estado federal y la CABA celebrarían convenios relativos a la transferencia de

31. Fallos: 331:858, entre otros.

32. Crotto, Joaquín J., “Florecido para mí...”, nota al fallo del Juzgado Correccional N° 5 de Mar del Plata, resuelto el 22/03/2017, que condenó a un padre por sustraerse del pago de alimentos a sus hijos menores de edad. Publicado en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 2017 V, Editorial Abeledo Perrot.

organismos, funciones, competencias, servicios y bienes, en consonancia con el artículo 8 de dicha norma que establece que la Ciudad tendrá competencias propias, autónomas y originarias en materia de vecindad, en los fueros Penal, Contravencional y de Faltas y Contencioso Administrativo y Tributario locales. Sin embargo, para el caso de las competencias en materia penal, la ley previó no solo que la justicia nacional ordinaria mantendría su actual jurisdicción y competencia a cargo del Poder Judicial de la Nación, sino que la forma de traspaso progresivo se instrumentaría por convenios de transferencia.

Bajo aquella figura, a partir del segundo convenio celebrado entre ambos Estados, aprobado por la Ley Nacional N° 26357 y la Ley local N° 2257, se dispuso el traspaso de los delitos previstos en la Ley N° 13944, de naturaleza ordinaria, a la jurisdicción local para su investigación y juzgamiento. En aquel sentido, la Resolución de Fiscalía General N° 54/08 dispuso que, desde el 9 de junio de 2008, dichos ilícitos, entre otros previstos en el convenio, se reputarían transferidos a la órbita local; lo cual concretó, y continúa concretando, el mandato constitucional del artículo 129, así como con la organización federal de competencias previstas en los artículos 121 y 125 CN, y el imperio del *forum delicti comisi* previsto como atribución propia de cada jurisdicción provincial en el artículo 118 CN.

Ahora bien, más allá de que dicho mandato constitucional del artículo 129 CN lleva más de 20 años, y de los grandes progresos de los últimos tiempos en relación con la autonomía de la Ciudad, así como la novedosa jurisprudencia de la CSJN en aquel sentido de concretar la transferencia, en cuanto a los delitos de incumplimiento de deberes, lo cierto es que aquellos se encuentran en la jurisdicción Penal, Contravencional y de Faltas local desde el año 2008.

En el último tiempo, la agudización de la problemática de género y la relevancia social que aquella cuestión adquirió impusieron la necesidad de adecuar las diferentes instituciones estatales y adoptar medidas concretas para combatir este flagelo, lo cual también tuvo un fuerte impacto a nivel jurisdiccional local y, por lo tanto, sobre la investigación y juzgamiento de los delitos tipificados en la Ley N° 13944.

Sobre el punto, se manifiesta de manera cotidiana que el incumplimiento de deberes de asistencia familiar, o la insolvencia alimentaria fraudulenta, configuren una forma de violencia económica contra

una mujer, previsto en el artículo 5 inciso 4 de la Ley N° 26485 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Dicha norma resultó la concreción de mandatos internacionales asumidos por el Estado argentino para lograr la igualdad de género y la no discriminación de las mujeres, cuyo *corpus iuris* convencional se integra con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés), convenio actualmente con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 CN; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención de Belém Do Pará, aprobada por Ley N° 24632) y, con la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Siguiendo dicha línea, el artículo 5 inciso 4 de la ley nacional establece como tipo de violencia:

Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

En cuanto a la Ley N° 13944, el inciso c) encuentra especial relevancia toda vez que, como se especificó, resulta frecuente que la víctima del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar sea una mujer, tanto como cónyuge, así como progenitora, tutora o guardadora de un menor. Dicho inciso fue reglamentado por el Decreto N° 1011/10, el cual agregó, con especial relevancia para el tema abordado, que “en los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna”.

Sobre el punto, se ha dicho que

... puede definirse a la violencia económica como todo acto de fuerza o de poder ejercido contra las mujeres y que vulnera sus derechos, entre ellos, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades indispensables para vivir dignamente. Otras expresiones de violencia económica son las amenazas de no proporcionar manutención mensual o, habiéndose comprometido, no hacerlo, disponer o administrar libremente de propiedades pertenecientes a las parejas, evitar o negar las cuotas alimentarias, establecidas tras una separación, para sus hijos.³³

También, sobre esta clase de violencia, se refirió a que “una de las principales razones por las cuales muchas mujeres siguen sometidas a situaciones de violencia radica en el poder económico ejercido por su pareja, o la falta de ingresos propios que las hacen más vulnerables”.³⁴

A su vez, la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW establece en su párrafo 23 que

... la violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de la violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, incluidas las lesiones, la violación, otras formas de ataque sexual y formas de violencia, violencia mental y de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a mantenerse en relaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede representar una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad para participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.³⁵

Considerando aquella definición, siempre que se cumplan los presupuestos objetivos y subjetivos del artículo 4³⁶ de la Ley N° 26485, el incum-

33. Fellini, Zulita y Morales Deganut, Carolina, *Violencia contra las mujeres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 54.

34. Ídem.

35. Recomendación del 29/01/1992 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

36. Art. 4, Ley N° 26485 dispone que: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial,

plimiento de deberes de asistencia familiar cometidos contra mujeres, o cuyas hijas sean mujeres, podrían constituir casos de violencia contra la mujer de tipo económica, y en función de sus modalidades, bajo una forma doméstica (art. 6, inc. a)³⁷ de la Ley N° 26485), ello por el especial vínculo existente entre los sujetos activos y pasivos del conflicto penal.

En estos supuestos debe reconocerse que la mujer, si bien puede no ser considerada como damnificada directa del delito, ocupa un papel de suma relevancia pues el incumplimiento del progenitor suele impactar definitivamente en ella no solo desde el punto de vista económico o patrimonial sino también en lo personal, ya que debe asumir esta responsabilidad por su cuenta saliendo muchas veces a redoblar sus esfuerzos en materia laboral.

Sobre el punto, la Recomendación General N° 35 de la *CEDAW* propone a los poderes judiciales:

... la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional. La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención.

como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

37. Establece dicho inciso que “a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia”.

En igual sentido, desde el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, la jueza Alicia Ruiz ha afirmado que

... los delitos establecidos en la Ley N° 13944 pueden conllevar el ejercicio de una de las formas en las que se manifiesta la violencia de género (violencia económica y patrimonial) según lo dispone el art. 5 inc. 4, Ley N° 26485 [...] Es oportuno advertir que la violencia de género puede ser ejercida de manera indirecta a través de los perjuicios que afecten a los hijos a cargo de la mujer. Ello exige una especial atención de los jueces en virtud de los parámetros establecidos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.³⁸

En el ámbito de la CABA, el Ministerio Público Fiscal (MPF) le ha dado un especial abordaje a la investigación y juzgamiento de delitos y/o contravenciones que se subsuman bajo la temática de género. Así, corresponde mencionar que la Resolución de Fiscalía General N° 219/15 prohibió la derivación de casos de violencia de género a mediación, en recepción del criterio previsto en el artículo 28 de la Ley N° 26485 (normas procesales receptadas lisa y llanamente por la CABA por la Ley local N° 4203) que veda aquel mecanismo para conflictos enmarcados en un contexto de género, en el cual se presenten los presupuestos del artículo 4 de la Ley N° 26485. Con especial referencia a los delitos de la Ley N° 13944, el fiscal general mencionó que los conflictos de género manifiestan situaciones donde no se dan los supuestos de paridad de fuerza y voluntariedad propias de estos tipos de mecanismos alternativos, y que esta clase de delitos presenta usualmente como víctima directa a un niño, y como perjudicada indirecta a la madre, también constituyendo un tipo de violencia económica y de modalidad doméstica.

En la mencionada Resolución, se transcriben las disposiciones que el Decreto N° 1011/2010 estableció sobre el artículo 5, inciso 4 de la Ley N° 26485, afirmando, a mayor abundamiento, que los tipos penales de la Ley N° 13944 deben ser considerados como forma de violencia contra las mujeres (bajo la puntual consideración de la madre de los menores víctima como damnificada indirecta), además de considerar dicha Resolución que, al ser de peligro abstracto y consumación

38. TSJCABA, Expte. N° 9166/12, "Incidente de apelación en autos Ucha, Sebastián Alberto s/ infr. art. 1 Ley N° 13944 s/recurso de in-constitucionalidad concedido", 12/02/2014.

instantánea, difícilmente la mediación podría reparar un perjuicio ya provocado y consumado por estos delitos, afirmándose también que el resarcimiento económico no supe los fines generales que prevé la Ley N° 13944 frente a las conductas tipificadas.

En este orden de ideas, si bien la mediación se reconoce como un adecuado mecanismo de autocomposición que genera una resolución alternativa de conflictos de manera rápida y eficiente, lo cierto es que en materia de género, dicho instituto manifiesta serios inconvenientes.

Por un lado, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA (TSJ) ha dicho que

... (l)la mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (la afectación real del bien jurídico tutelado, la expectativa de pena que eventualmente podría aplicarse al ofensor y el daño concreto sufrido por el ofendido), permite saltarse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito; sentencia que, muchas veces, no encuentra más justificación que el solo cumplimiento de la ley y no resuelve el conflicto que subyace a la eventual respuesta punitiva que brinda o podría brindar el Poder Judicial.³⁹

Sin embargo, en cuanto a las cuestiones de violencia de género o intrafamiliar en concreto y la procedencia del instituto procesal, el Máximo Tribunal local se ha pronunciado sobre el punto afirmando que “no es ocioso recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe ‘Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas’ OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007 Original: Español, se pronunció respecto de la mediación en estos casos”. Dice enfáticamente en el párrafo N° 161 que

Es de reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos. Un gran número de expertas y organismos internacionales han identificado los peligros del uso de la conciliación como método para resolver casos de violencia, sobre todo la violencia doméstica. Han manifestado que al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La

39. TSJ CABA, Expte. N° 6784/09, “Del Tronco, Nicolás s/ art. 184 inc. 5 CP”, 27/09/2010. Voto de la Dra. Conde.

conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En varios países ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones de poder entre la víctima y el agresor.⁴⁰

Conclusiones

Desde su sanción en 1950 hasta nuestros días, no han existido variaciones significativas en la estructura de la Ley N° 13944, que penaliza los incumplimientos de deberes de asistencia familiar. Si bien se introdujo el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta (cfr. Ley N° 24029), los restantes cambios solo implicaron la actualización de los montos de multa aplicables de modo alternativo como sanción.

Más allá de las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la naturaleza de los ilícitos penales contenidos en la norma, en la actualidad, la principal discusión se ciñe a la subsunción de esta clase de actos bajo los presupuestos objetivos y subjetivos de lo que, legal y convencionalmente, ha sido definido como un supuesto de violencia económica contra las mujeres.

Bajo aquella visión, la jurisdicción local ha logrado reajustar sus recursos económicos, humanos y materiales para que esta clase de hechos sean valorados con perspectiva de género. Si bien el tratamiento resulta novedoso, y aún la línea de distinción con el ordenamiento civil resulta difusa en cuanto a su intervención, los avances en reconocer esta clase de conductas como constitutivas de violencia económica contra las mujeres colabora en el proceso de lucha contra el flagelo de la desigualdad de género y la opresión patriarcal.

40. TSJ CABA, Expte. N° 10818/2014, “Espósito, Ricardo Adolfo s/ art. 149 bis CP”, 22/04/2015. Voto de la Dra. Alicia Ruiz.

Matrimonios ilegales

Marcela Vivian De Langhe* y José R. Béguelin**

Bien jurídico protegido

El capítulo de los matrimonios ilegales se encuentra bajo el título referido a los delitos contra el estado civil, que puede ser definido como “el que cada persona tiene en el seno de la familia a que pertenece, por el hecho del nacimiento o en virtud del matrimonio”.¹ Si se repasa la historia de nuestro Derecho Penal, empero, se advertirá que ello depende de contingencias: recién en el Proyecto de 1898 aparecen los matrimonios ilegales agrupados en un solo título dedicado al estado civil. En los antecedentes, las figuras eran legisladas por separado.²

El tratamiento que se le da en otros ordenamientos jurídicos también demuestra esta contingencia. Así, el caso del Código Penal español, que los reúne bajo el título “de los delitos contra las relaciones familiares” (art. 217 y ss.); el del alemán, en la sección dedicada “a los delitos

* Abogada. Especialista en Derecho Penal y Políticas Públicas de Seguridad (UBA). Juez del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Ex Juez de la Cámara de Apelaciones PCyF de la CABA (2003-2019) y del Juzgado de Garantías N° 3 de San Isidro (1999-2003). Ex Rectora del Instituto Superior de Seguridad Pública de la CABA (2011-2019). Profesora adjunta regular a cargo de la materia Teoría del Delito y Sistema de la Pena (UBA) y de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la UBA (desde 2003). Autora y coordinadora de numerosos libros, colecciones y publicaciones de Derecho Penal y Procesal Penal.

** Abogado graduado con diploma de honor en la Facultad de Derecho de la UBA. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Exbecario de doctorado del Servicio Alemán de Intercambio Académico - DAAD (Universidad de Düsseldorf, Alemania, 2010-2012), y exbecario de la Fulbright Commission (Columbia University, Estados Unidos, 2015). Actualmente es prosecretario letrado del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Profesor adjunto interino de Derecho Penal en la UBA y profesor asociado de Derecho Penal en el Instituto Superior de Seguridad Pública de la CABA.

1. Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, T. II, 1940, p. 269.

2. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 4ª ed., T. V, 2007, p. 174.

contra el estado de las personas, el matrimonio y la familia” (§ 169 y ss.); el italiano, como “delitos contra la familia” (art. 556); también el Código Penal Modelo de los Estados Unidos, entre “los delitos contra la familia” en la sección 230. En cambio el francés, al igual que nuestro Código, regula la bigamia en la sección “de los atentados contra el estado civil” (art. 433-20). En el Anteproyecto de 2013 se modifica el título, que pasa a ser “el de delitos contra las relaciones de familia y el estado civil”.³ El Anteproyecto de 2018 mantiene esta propuesta de reforma.⁴

La ubicación sistemática en una u otra sección, en definitiva, es un indicador del bien jurídico protegido, pero por lo visto no puede ser determinante. Por ello, se considera que el estado civil es un bien jurídico protegido solo indirectamente por estas figuras,⁵ mientras que lo que se protege inmediatamente es el matrimonio como acto jurídico, a través del aseguramiento del sector de su régimen legal que prohíbe en ciertos casos de forma absoluta (no dispensable) su celebración.⁶ En esta línea se señala que lo que se intenta resguardar aquí es el matrimonio civil;⁷ el ordenamiento estatal del matrimonio;⁸ la legalidad

3. Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN N° 678/12), Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, p. 203.

4. Anteproyecto de Código Penal 2018, p. 105. Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/08/proyecto-codigo-penal.pdf> [Fecha de consulta: 12/10/2019].

5. Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 6ª ed., T. 1, 2007, p. 1131: “Detrás de ello, el *estado civil*” (las itálicas pertenecen al original).

6. Mir Puig, Santiago, “Matrimonios ilegales en el Código penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 27, Fasc/Mes 3, 1974, p. 473. Los “otros sectores” del régimen legal matrimonial que también establecen prohibiciones, aludidos tácitamente en esta frase, son los que proscriben el adulterio y el abandono de familia.

7. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 175.

8. Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, Múnich, ed. Beck, 61ª ed., 2014, § 172, n° m. 2; Lenckner, Theodor; Schönke, Adolf y Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Múnich, ed. Beck, 27ª ed., 2006, § 172, n° m. 1, quien afirma que el fin del precepto alemán –que únicamente prohíbe la bigamia– solo puede ser el de impedir el estado ilegal consistente en que coexistan dos matrimonios formalmente válidos.

del matrimonio civil;⁹ la institución del matrimonio.¹⁰ En cambio, una corriente minoritaria sostiene que lo que se preserva son las pretensiones jurídicas recíprocas que nacen del matrimonio.¹¹ Pero, pese a la distinción entre los bienes jurídicos, también se afirma que lo que se protege es directamente el estado civil.¹² Se ha expresado, asimismo, que aquí se afecta la administración pública.¹³

Resumidamente, los matrimonios ilegales propiamente dichos lesionan el *matrimonio como acto jurídico*. La forma específica y principal de afectación es la *celebración* de un matrimonio prohibido bajo sanción de nulidad absoluta. Solo indirectamente se protege el *estado civil*, en tanto el matrimonio es una de sus fuentes. A modo de bien jurídico común a todas las figuras del capítulo, pero también de afectación solo mediata, puede señalarse la *administración pública*. Otros bienes jurídicos acompañantes serán señalados en los casos respectivos.

Delitos previstos en el capítulo

La figura principal en este capítulo es la que incrimina *contraer matrimonio prohibido*, prevista en el artículo 134, CP. A los efectos del

9. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, T. IV, 1964, p. 407; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba, Lerner, 1976, p. 157: “En este capítulo la ley penal reprime los atentados contra la legalidad del matrimonio civil”; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7ª ed., T. 1, 2013, p. 272; Diedrich, María A. y Divito, Mauro, “Delitos contra el estado civil (arts. 134-139 bis)”, en D’Alessio, Andrés, *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2009, p. 303; Breglia Arias, Omar y Gagna, Omar, *op. cit.*, p. 1131; Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. II-A, 2001, p. 20; Castro, Natalia E., en Riquert, Marcelo Alfredo (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018, p. 877.

10. Molinario, Alfredo, *Los delitos*, Buenos Aires, TEA, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, 1996, p. 509.

11. Cfr. la exposición en Fischer, Thomas, *op. cit.*, § 172, n° m. 2.

12. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 4ª ed., T. III, 1987, p. 376; Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 272; Navarro, Guillermo R. y Raña, Andrea F., en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 5, 2008, p. 3 y ss.; Tazza, Alejandro, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. I, 2018, p. 486.

13. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 515.

delito de matrimonios ilegales, son prohibidos aquellos celebrados con un impedimento dirimente que cause nulidad absoluta. Entre estos, sobresale el de vínculo anterior subsistente: es corriente en la legislación comparada el castigo de la bigamia. En algunos casos, como el del Código Penal alemán (§ 172), se trata del único impedimento que puede dar lugar al delito. En el proyecto Tejedor se destacaba el caso de bigamia como el más grave de los matrimonios ilegales, pero ya la exposición de motivos del proyecto de 1891 decía que no se necesitaba mencionar especialmente el vínculo anterior en particular.¹⁴

El tipo penal se agrava cuando, además de afectar el bien jurídico matrimonio civil, se lesiona la libertad del otro contrayente a través de ocultarle a este la circunstancia que causa nulidad absoluta (art. 135, inc. 1 CP). En este supuesto, la conducta punible es la de *contraer matrimonio prohibido mediando ocultamiento*.

En relación con el matrimonio prohibido, bajo la forma de un delito especial se castiga al *oficial público que lo autoriza*. Esta autorización puede ser con conocimiento del impedimento, es decir, dolosamente (art. 136, 1 párr. CP), o bien sin saberlo, figura en la cual el oficial actúa imprudentemente (art. 136, 2 párr. CP). Con independencia del matrimonio prohibido, el oficial también realiza una conducta típica cuando dolosamente *celebra un matrimonio sin haber observado todas las formalidades* exigidas por la ley (art. 136, 3 párr. CP).

Con esta última figura se relaciona el tipo penal del *representante del menor impúber que da el consentimiento* para su matrimonio (art. 137 CP).

Por último, a través de un delito muy cuestionado por su ubicación sistemática, se reprime a quien, *engañando* a una persona, *simula matrimonio con ella* (art. 135, inc. 2 CP).

Matrimonio ilegal básico (art. 134 CP)

Tipo objetivo

El tipo objetivo de la figura básica del artículo 134 CP consiste en contraer matrimonio mediando impedimento que cause nulidad abso-

14. Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, T. 4, 1923, pp. 320 y 322.

luta. Es indistinto cuál es el contrayente afectado por el impedimento: en la tipicidad objetiva basta con que exista uno solo en cabeza de cualquiera de los contrayentes para que el matrimonio sea reputado ilegal.

Los elementos de esta figura son *normativos*. A diferencia de los *descriptivos*, en los que el tipo hace referencia a un objeto perceptible y alcanza con que el autor tenga una representación suficiente, en el caso de los conceptos *normativos* su contenido solo puede determinarse mediante una valoración complementaria. A su vez, se trata de un tipo penal en blanco impropio,¹⁵ pues respecto del contenido de la prohibición remite a otras normas (complementarias) del Derecho Civil.¹⁶ En efecto, la conducta prohibida puede cambiar (y lo ha hecho, según se verá en las siguientes páginas) sin que se modifique la norma penal.

El matrimonio ha sido definido como la unión solemne de dos personas tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho.¹⁷ Es necesario, por lo tanto, establecer cuáles son los requisitos de esa unión solemne y cuáles aquellos que, incumplidos, causan nulidad absoluta.

Sujeto activo

Se afirma que el tipo no requiere características especiales en los sujetos activos.¹⁸ No obstante, también se considera que es un delito especial, pues solamente puede ser cometido por los contrayentes, “que están calificados por la propia ley como tales”.¹⁹

La clasificación depende en definitiva del concepto que se adopte para esta categoría. Si se considera que “los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona”, mientras que “en los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad

15. Otto, Harro, *Manual de derecho penal* (traducción de José Béguelin), Barcelona, Atelier, 7ª ed., 2017, p. 45. Son impropios cuando “el legislador remite a disposiciones de la misma ley o a otra de sus leyes” y no a instancias administrativas.

16. *Ibidem*, p. 44.

17. Azpiri, Jorge, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 62.

18. Diedrich María A. y Divito, Mauro, en D’Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 304.

19. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 24; en sentido similar, para el caso de la bigamia, Fischer, Thomas, *op. cit.*, § 172, n° m. 8: “Solo pueden ser autores los cónyuges del segundo matrimonio”.

(“cualificación de autor”),²⁰ entonces debería afirmarse que, en la medida en que cualquier persona puede contraer matrimonio, el delito es común y no especial.

Sin embargo, por otras razones, en la mayoría de los casos no es correcto afirmar que cualquier persona puede ser autora de este delito, pues cuando se trata de un impedimento intrínseco a ambos contrayentes, como los relativos al vínculo que los une (parentesco o afinidad), necesariamente se exige una característica especial de autor en ambos (p. ej., en el supuesto del casamiento entre hermanos, se exige que los contrayentes sean hermanos). Si, en cambio, el impedimento se refiere a uno solo (p. ej., bigamia), entonces será un delito especial solo para él, porque las características especiales de autoría las reunirá únicamente él. Respecto del otro contrayente se trata de un delito común: cualquier persona puede realizar el ilícito de contraer matrimonio con quien ya está casado.

Un problema adicional de autoría es tratado por la doctrina. En general, se afirma que el delito exige “codelinuencia” o “codelinuencia necesaria”.²¹ También, que es forzosa la participación objetiva de tres personas;²² que es un delito de actividad bilateral.²³ Según se verá a continuación, no es correcto requerir “codelinuencia”.

El conocimiento del otro contrayente

La discusión acerca de la “codelinuencia” remite a la singular cuestión de si el conocimiento del contrayente B sobre el impedimento integra o no el tipo objetivo del contrayente A. En general, se deriva este requisito (incorrectamente agregado) de la frase “sabiendo ambos”, en el artículo 134 CP.

En ocasiones, el tipo del texto puede expresar elementos que en verdad no integran el tipo penal, sino que han sido incorporados con

20. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general* (traducción de Diego M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 2ª ed., T. I, 1997, p. 337.

21. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, T. IV, 1964, p. 408; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 276; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 23; Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *op. cit.*, p. 1136.

22. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 185.

23. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 385.

la sola intención de aclarar la conducta prohibida. Un ejercicio simple para establecer si determinado concepto compone verdaderamente el tipo consiste en indagar si agrega o no contenido de ilícito al comportamiento, es decir, si se puede identificar un bien jurídico protegido por la inclusión de ese concepto. Luego de este análisis, que depura al tipo del texto de elementos que no lo integran, se llega al “tipo de la interpretación”. Sancinetti ha estudiado este problema de la “construcción del tipo” con profundidad en otro grupo de casos²⁴ a través de la contrastación con la teoría del error,²⁵ pero también ha advertido el problema específico de los matrimonios ilegales.²⁶ Uno de los autores de este aporte ha desarrollado extensamente el problema en otra publicación.²⁷

La circunstancia de que el contrayente B sepa que el contrayente A ya está casado no le agrega nada al injusto de A. El tipo objetivo de la conducta prohibida de A consiste simplemente en contraer matrimonio cuando existe un impedimento que causa su nulidad absoluta. No suma un ápice de contenido de ilícito el hecho de que B esté al tanto del impedimento y, naturalmente, no hay ningún bien jurídico protegido detrás de tal elemento.²⁸

Es poco feliz que el legislador haya expresado en el artículo 134 CP: “sabiendo ambos que existe impedimento”. La redacción de los proyectos anteriores al Código actual era más limpia, pues se describía la conducta desde la perspectiva del autor, al igual que en el

24. Sancinetti, Marcelo, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 107 y ss.

25. *Ibidem*, pp. 138-139, en nota 36: “Elíjase al azar una definición dogmática de cualquier delito en particular, sométasela a múltiples supuestos de error acerca de los elementos en él incluidos y se verá si la construcción del tipo, así concebida, es afortunada”.

26. Sancinetti, Marcelo, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed., T. 2, 2005, p. 185, caso 110, “Impedimento matrimonial”; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 39, también advierte el problema y lo trata como “problemas de error”, con otras referencias de doctrina; Dietrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 308, también lo analizan.

27. Béguelin, José R., “La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 1507.

28. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 286: en esta línea, la afirmación “La hipótesis de matrimonio ilegal contemplada en el primer inciso del artículo 135 del código, no difiere de la prevista en el artículo anterior, sino en la circunstancia de que, en ella, uno de los contrayentes no conoce la existencia del impedimento *porque el otro se lo ocultó*” (el resaltado fue agregado).

actual artículo 135, inc. 1 CP.²⁹ Ciertamente es que solo se castigaba la acción del contrayente sobre el cual recaía la prohibición, pero para extender la punibilidad al otro contrayente no era necesario agregar el “ambos” al tipo penal.

¿Cómo debe interpretarse entonces el elemento “ambos” en “sabiendo ambos que existe impedimento” del artículo 134 CP? Primero, como componente del tipo del texto que no integra el tipo de la interpretación y que se ha incluido con fines didácticos: es un indicador de que en el caso paradigmático, sin errores y sin engaños, ambos contrayentes saben del impedimento, a diferencia del caso paradigmático de la agravante, en la que solo uno tiene conocimiento. En segundo lugar –y con esto se contestan posibles cuestionamientos basados en el principio de legalidad *sub specie lex stricta*–,³⁰ debe ser interpretado en el sentido de que cada uno de los cónyuges, por separado, para realizar el tipo penal tiene que “saber que existe impedimento”. Quien no lo sabe no realiza el ilícito, pero sí lo realiza el contrayente que tiene conocimiento. Es decir, no se pretende aquí suprimir el elemento “sabiendo ambos”, sino que debe ser considerado en una interpretación sistemática del tipo que lee allí lo único que se puede leer: que cada uno de los contrayentes debe tener conocimiento del impedimento *para que cada uno de ellos sea punible*. De otra manera, solo se castigará al que tenga conocimiento, pero no a los dos.

Con todo, *de lege ferenda* sería preferible la siguiente redacción: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que contrajera matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta”.³¹

29. Villegas, Sisto; Ugarriza, Andrés y García, Juan A., *Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor*, Buenos Aires, imprenta de El Nacional, 1881, p. 121. A modo de ejemplo, el art. 290 del Proyecto establecía: “El que contrajera matrimonio estando casado válidamente ó ligado con voto solemne de castidad será castigado con prisión media” (ortografía original).

30. Béguelin, José R., *op. cit.*, p. 1514.

31. En definitiva, esta es la redacción, p. ej., del Código Penal italiano, limitada al delito de bigamia, en el cual se describe cada conducta por separado: “Quien, estando unido en matrimonio que tenga efectos civiles, contrae otro, aunque tenga efectos civiles, es castigado con prisión de uno a cinco años. A la misma pena está sujeto quien, no estando casado, contrae matrimonio con una persona unida en matrimonio con efectos civiles”.

Contraer matrimonio

Se contrae matrimonio cuando los contrayentes, “después de haber prestado su consentimiento ante el funcionario que la ley indica para recibirlo, han sido declarados por este unidos en matrimonio”³² (art. 418, 3 párr. CCyC). Son presupuestos de la existencia del matrimonio la declaración del consentimiento por parte de dos personas y la intervención de un funcionario público³³ (art. 406 CCyC). Por lo tanto, el elemento normativo “contrajer en matrimonio” solo estará completo si se dan estos presupuestos existenciales del matrimonio. En cambio, los vicios del consentimiento, los impedimentos y los vicios de forma no producen el efecto de inexistencia, por más que anulen o vuelvan anulable el matrimonio.³⁴

Para que la conducta sea típica, además de que exista matrimonio debe mediar un impedimento que cause nulidad absoluta. Es decir, que no son ilegales en el sentido del artículo 134 CP los matrimonios celebrados con nulidad relativa del artículo 425 CCyC. Los impedimentos que causan nulidad absoluta están expresados en el artículo 424 CCyC. Establece que la nulidad puede ser demandada tanto por los cónyuges, como por los que podían oponerse a la celebración del matrimonio. No obstante, la declaración civil de nulidad no es necesaria para la condena penal. El artículo 424 CCyC remite a los incs. a, b, c, d y e del artículo 403 CCyC, en el que se prevé cuáles son los impedimentos dirimientes del matrimonio:

Art. 403. Impedimentos matrimoniales.

Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio:

- a. el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- b. el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- c. la afinidad en línea recta en todos los grados;
- d. el matrimonio anterior, mientras subsista;
- e. haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

32. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, op. cit., p. 408.

33. Azpiri, Jorge O., op. cit., p. 66 y ss.

34. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, op. cit., p. 408.

Impedimento por parentesco en línea recta (art. 403, inc. a CCyC)

El primer impedimento dirimente es el del “parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo”. La norma modifica el precepto anterior, que hacía referencia a la consanguinidad, por un lado, y al vínculo derivado de la adopción, por el otro. Ahora se ha eliminado la mención de la consanguinidad y de la adopción, las que han sido unificadas a través de la expresión “cualquiera que sea el origen del vínculo”.³⁵

El concepto de parentesco es definido en el artículo 529 CCyC como “el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”. Con relación a las técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 575 CCyC hace una aclaración que agrega un impedimento más: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Ello significa que también causa nulidad absoluta (y, por tanto, torna típica la conducta) la existencia de vínculo entre el aportante de los gametos y la persona nacida, a pesar de que no genera parentesco.

Impedimento por parentesco en línea colateral (art. 403, inc. b CCyC)

Este impedimento solo alcanza a hermanos y medios hermanos, cualquiera que sea el origen del vínculo (consanguinidad, adopción). En la actual terminología civil, se los denomina hermanos bilaterales y unilaterales. Así como en el caso de la línea recta, pese a no generar parentesco, el vínculo genético entre personas nacidas de gametos provenientes del mismo aportante (hermanos o medios hermanos “genéticos”) es impedimento dirimente que causa nulidad absoluta y, por lo tanto, torna típico el matrimonio ilegal.³⁶

35. Bueres, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, T.1, p. 332.

36. Azpiri, Jorge, *op. cit.*, p. 72.

Impedimento por afinidad en línea recta (art. 403, inc. c CCyC)

El artículo 536 CCyC define al parentesco por afinidad como “el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge”. En la línea recta ascendente, se trata de los suegros y sus ascendientes, y en la descendente, de los hijos del cónyuge y demás descendientes.³⁷ No están incluidos los afines en línea colateral (p. ej., cuñados).

El impedimento se refiere, en su aspecto práctico, a aquellos vínculos nacidos de un matrimonio válido que ha sido disuelto por las causales del artículo 435 CCyC: muerte, ausencia con presunción de fallecimiento o divorcio. Si no estuviera disuelto, el segundo matrimonio estaría prohibido ya por la prohibición de la bigamia. En cambio, el matrimonio que ha sido anulado no tiene tales efectos y, en esos casos, no subsiste el parentesco por afinidad.

Impedimento por matrimonio anterior (art. 403, inc. d CCyC)

La norma civil prevé como impedimento dirimente que causa nulidad absoluta el matrimonio anterior, mientras subsista. Este supuesto es generador de bigamia o poligamia y en algunas legislaciones del derecho comparado es el único impedimento que puede dar ocasión al delito. Antes de la existencia del divorcio, representaba la causa más común de matrimonios ilegales.³⁸

Para que exista delito, el matrimonio anterior debe ser válido. Si ha sido celebrado en el extranjero de conformidad con las leyes del país de origen, será reputado como impedimento a los efectos del artículo 134 CP. La muerte del primer cónyuge luego de celebrado el segundo matrimonio no obsta a la tipicidad de la conducta ni la subsana, dado que la culpabilidad debe constatarse “en el momento del hecho” (art. 34 CP). Debe subsistir al momento de la nueva celebración, pero si es anulado con efecto retroactivo, aun habiendo coexistido con el segundo, no surtirá ningún efecto con relación al segundo matrimonio.³⁹ La solicitud de nulidad del primer matrimonio es considerada una cuestión prejudicial civil con respecto al

37. Ídem.

38. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 383; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 182.

39. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 413.

proceso penal por el juzgamiento del matrimonio ilegal en los términos de los artículos 134 y 135, inc. 1 CP.⁴⁰ Si se inicia el procedimiento civil, se aplica el artículo 67, 1 párr. CP:

La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

En torno a ello se suscitó un intenso debate acerca de si la nulidad del primer matrimonio solo podía ser iniciada antes del proceso penal o si también podía comenzar durante la sustanciación de este.⁴¹ El primer caso era admitido sin hesitaciones, pero, respecto del segundo, la jurisprudencia hacía una diferencia según que el planteo de nulidad en sede civil fuera tan solo una maniobra dilatoria para el proceso penal. Para decidirlo, el juez penal atendía a la seriedad de la solicitud civil.⁴²

Impedimento por homicidio (art. 403, inc. e CCyC)

Causa nulidad absoluta el haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso del cónyuge del otro contrayente. El homicidio del propio cónyuge no tiene este efecto.⁴³ La muerte tiene que haber sido causada dolosamente; queda excluido el homicidio imprudente y el preterintencional. Está discutido el duelo como homicidio doloso.⁴⁴ En contra de una interpretación de cierta doctrina,⁴⁵ no hay razones para agregar especiales elementos subjeti-

40. En el ámbito nacional son de aplicación los arts. 9 a 11, CPPN.

41. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 183 y ss. Extensamente, Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 280 y ss.; Navarro, Guillermo R. y Raña, Andrea F., "Desarrollo exhaustivo", en Carrera, Daniel y Cafferata Nores, José, "La nulidad del matrimonio como cuestión prejudicial en un proceso penal por estupro", *JA* 1978-I-251, p. 35 y ss.

42. CCC, Fallos, T. II, p. 144; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 183 y ss.; Navarro, Guillermo y Raña, Andrea, *op. cit.*, p. 35 y ss. Consultar también respecto de la jurisprudencia referida a la cuestión prejudicial, Donna, Edgardo; De la Fuente, Javier; Maiza, María C. y Piña, Roxana, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2003, p. 134 y ss.

43. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, *op. cit.*, p. 411. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 182.

44. Cfr. las referencias bibliográficas en Navarro, Guillermo R. y Raña, Andrea F., en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código Penal y normas ...*, *op. cit.*, p. 31.

45. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 181.

vos del ilícito, como el haber cometido el homicidio *con la intención de casarse* posteriormente con el cónyuge supérstite. La ley civil solo exige un homicidio “doloso”.

A los efectos probatorios, se requiere una condena, lo que implica sentencia firme. La mera acusación, el inicio de un proceso penal por homicidio, el procesamiento, etcétera, no alcanzan para la condena por el matrimonio ilegal. La cuestión es clara con la última modificación de la ley civil, que exige “haber sido condenado” (art. 403, inc. e CCyC), mientras que antes solo requería “haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges” (art. 166, inc. 7 CC).

Consumación

Se trata de un delito instantáneo,⁴⁶ consistente, como dijimos, en “contraer matrimonio prohibido”.⁴⁷ Se consuma el delito cuando el oficial público pronuncia que los contrayentes “quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley” (art. 418 CCyC).⁴⁸ Esto es preferible a la afirmación según la cual ya hay consumación cuando los contrayentes firman el acta.⁴⁹ Con la firma del acta, aún no “contraen matrimonio”, de tal manera que el delito no está consumado.

Se discute intensamente si puede haber tentativa de matrimonio ilegal. La discusión tiene que regirse por los preceptos de parte general –y, en este sentido, la tentativa es posible y punible–, no por criterios casuísticos.⁵⁰ En palabras de Soler: “Esos actos, cuando reúnan las condiciones de inequívocidad y proximidad suficiente al acto consumativo, podrán, sin duda, ser calificados de tentativa”.⁵¹ Por lo demás, no debe confundirse la consumación con los efectos del delito (art. 23, *in fine*, CP).⁵² Así, el estado de bigamia o poligamia es efecto del

46. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 376.

47. *Supra*, “Delitos previstos en el capítulo” y “Matrimonio ilegal básico (art. 134 CP), “Tipo objetivo”.

48. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 275: “y producida la respectiva declaración del oficial público que los declara unidos en matrimonio”; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 36.

49. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 185.

50. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 413.

51. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 379.

52. *Ibidem*, p. 378; Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 409.

matrimonio ilegal, pero no hace a la consumación. La misma solución cabe para la antigua discusión sobre la “cópula carnal”.

Participación

Rigen las reglas generales de la participación criminal (art. 45 y ss. CP), con las aclaraciones expuestas *supra* en los puntos “sujeto activo” y “el conocimiento del otro contrayente”. La participación del oficial público está específicamente regulada como delito autónomo en el artículo 136, CP: él no es parte del delito de *contraer* matrimonio ilegal, sino que es parte directamente del matrimonio ilegal, y su conducta consiste en *autorizarlo*.⁵³

Tipo subjetivo

El delito es doloso, por lo tanto alcanza, respecto de la conducta en general, el dolo eventual.⁵⁴ No obstante, se debe diferenciar el dolo referido a la generalidad de los elementos del tipo objetivo del dolo específico requerido con relación al impedimento que causa nulidad absoluta. Aquí se agrega una condición adicional que exige dolo directo de segundo grado (consciencia o conocimiento seguro), pues la ley introduce específicamente el elemento “sabiendo” (“sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta”). Por ello, no es correcto afirmar sin distinciones que la conducta solo puede ser cometida con dolo directo, como lo hace la mayoría de la doctrina.⁵⁵ Pero tampoco se puede allanar el elemento “sabiendo” hasta equipararlo al dolo eventual, como parece hacer Soler.⁵⁶

Se sostiene que no es necesario que ambos contrayentes conozcan el mismo impedimento.⁵⁷ Es decir, si existe más de uno y cada contrayen-

53. *Infra*, “Autorización dolosa de matrimonio ilegal (art. 136, 1 párr. CP)”, “Tipo objetivo”.

54. Otto, Harro, *op. cit.*, p. 141: “Los elementos cognitivo y volitivo, que son comunes a todas las clases de dolo, constituyen el concepto de dolo, mientras que a los demás elementos del concepto solo les corresponde una función de diferenciación entre las distintas clases de dolo”.

55. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 276; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 178.

56. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 383.

57. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, *op. cit.*, p. 409; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 178; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 272; Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 308.

te tiene conocimiento de un impedimento diferente, ese conocimiento es suficiente para afirmar que cada uno actúa con dolo. Esto es correcto, porque el ilícito es personal y, por lo tanto, independiente del ilícito del otro (más allá de las reglas generales de la participación criminal).

La ausencia de conocimiento de alguno de los elementos típicos constituye error de tipo que, a falta de una respectiva figura imprudente, conduce a la atipicidad. Para el supuesto específico de los impedimentos, la mera duda acerca de los presupuestos fácticos ya excluye el dolo (dado que se exige dolo directo de segundo grado). Entonces, quien ignora que el otro contrayente está casado, o quien alberga dudas al respecto, actúa con error de tipo (o, al menos, sin dolo directo de primer grado) y, por lo tanto, de manera atípica.

No obstante, una cuestión espinosa se presenta con el error sobre los elementos normativos del tipo, específicamente sobre la norma complementaria en casos de tipos penales en blanco. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el autor conoce los hechos (sabe que el otro contrayente está casado, o sabe que es medio hermano del contrayente) pero desconoce la norma civil (no sabe que esas circunstancias constituyen impedimentos que causan la nulidad). Aquí corresponde distinguir: si el autor, pese a desconocer la norma concreta, reconoce el desvalor social de la conducta, se considera que “alcanza con el conocimiento de la situación de hecho conminada con pena por el legislador y de su contenido de significado social; si no, ‘solo los juristas podrían cometer delitos’”.⁵⁸ Es decir, se exige aquí una valoración paralela en la esfera del lego. En este supuesto, habrá conocimiento y consciencia del ilícito, por lo tanto, la conducta será antijurídica y culpable. El autor tiene conocimiento seguro de la circunstancia que constituye impedimento y se representa la prohibición. En cambio, si el autor no reconoce esa valoración social, es decir, si solo sabe que están prohibidos los matrimonios ilegales (art. 134 CP) y desconoce por completo que el homicidio o el vínculo anterior subsistente constituyen un impedimento civil para el matrimonio, entonces tendrá conocimiento seguro sobre los hechos, pero no sobre el derecho.

58. Otto, Harro, *op. cit.*, p. 137.

Matrimonio ilegal calificado por el ocultamiento (art. 135, inc. 1 CP)

Bien jurídico

El tipo penal previsto en el artículo 135, inc. 1, CP consiste en una agravante del matrimonio ilegal básico:⁵⁹ a la conducta de contraer matrimonio mediando impedimento que cause nulidad absoluta se suma la de ocultarle el impedimento al futuro cónyuge.⁶⁰ En el Anteproyecto de 2018, este inciso es trasladado al artículo 134, como inciso 2: “Se introduce el actual artículo 135 del Código Penal en el inciso 2) como agravante, manteniendo las escalas penales”.⁶¹

El bien jurídico “matrimonio como acto jurídico” no varía en este caso, pues es afectado por la parte básica de este delito, esto es, la celebración de un matrimonio ilegal. Lo mismo vale para el estado civil, cuyo menoscabo es indirecto.⁶² No consideramos que se afecte aquí específicamente un supuesto “estado civil del contrayente de buena fe”.⁶³ Lo específico de esta agravante es la afectación de la autonomía del otro contrayente, quien pasa a ser el sujeto pasivo del delito. La víctima no puede decidir libremente acerca de contraer o no matrimonio ilegal, dado que desconoce el impedimento.

Tipo objetivo

El contrayente tiene posición de garante respecto del otro, lo que genera, en el caso concreto, un deber de informarle sobre eventuales impedimentos. En este aspecto, se trata de un delito de infracción de deber.⁶⁴

59. Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, *op. cit.*, p. 414; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 179, “matrimonio ilegal calificado”. En contra: Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 277; probablemente Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 311.

60. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 386: “si uno de los contrayentes lo ignora, a esa lesión se suma una considerable lesión inferida a un particular, que aumenta la pena (CP, 135, 1)”.

61. Anteproyecto de Código penal, 2018, p. 105.

62. *Supra*, “Bien jurídico protegido”.

63. Así, en cambio, Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *op. cit.*, p. 1139.

64. *Supra*, “Matrimonio ilegal básico (art. 134, CP), “Tipo objetivo”, “Sujeto activo”.

Lo determinante para definir el concepto de ocultamiento es el mandato de actuar que le subyace, basado a su vez en el deber de informar. Ante la existencia de ese deber, es irrelevante definir significados del verbo ocultar, en el sentido de enumerar un listado de formas en que es posible hacerlo (en verdad, sinónimos del verbo típico). Esto solo agrega requisitos no previstos por el tipo penal y resta sistematicidad al análisis, con lo cual conduce, en definitiva, a soluciones arbitrarias, basadas en que se constate o no el elemento añadido por la interpretación.⁶⁵

Según una interpretación sistemática, el ocultamiento puede ocurrir por acción o por omisión.^{66 67} Se actúa por acción cuando, por ejemplo, se suprime un correo electrónico dirigido al otro contrayente, en el que se le informaba del impedimento; cuando se amenaza a un tercero que tiene la información para que no la ponga en conocimiento del otro contrayente; cuando, a través de un engaño, se convence a la víctima de que el impedimento que ella conocía no es tal, o cuando simplemente se le niega el impedimento hasta hacerle creer que no existe.

Es objetivamente típica la omisión de quien no informa al otro contrayente de la existencia del impedimento y este permanece en la ignorancia. Dado que la ignorancia en la que se encuentra el otro contrayente tiene que ser resultado de la omisión del autor,⁶⁸ se exigen aquí los presupuestos de la omisión impropia: situación generadora del deber de actuar; capacidad de actuar; omisión de la conducta debida (no informar); posición de garante (que surge del art. 135, inc. 1 CP⁶⁹ y acaso indirectamente del art. 409 CCyC); resultado (la

65. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 38. A modo de ejemplo de esta metodología criticable: "Ocultar significa simplemente no poner de manifiesto algo que el otro contrayente ignora, es decir que la acepción válida debería ser callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir; basta con callar, pero se admite la acción de negación".

66. En este sentido, Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *op. cit.*, p. 1139. Es preferible distinguir acciones de omisiones con el criterio del movimiento muscular o el del empleo de energía; cfr. al respecto Lerman, Marcelo, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 111 y ss.

67. De otra opinión, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 39, quien lo cataloga como omisión.

68. En sentido amplio, independientemente de la cuestión de si las omisiones "causan".

69. En este sentido, Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 523: "debe entenderse que la figura consagra la obligación de hacer conocer la circunstancia que causa la nulidad absoluta"; lo sigue Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 37.

ignorancia del otro contrayente respecto del impedimento); el nexo de evitación (¿la intervención de A habría evitado el resultado con probabilidad rayana en la certeza?).

Tipo subjetivo

En la parte básica se requieren los mismos elementos subjetivos que en el artículo 134 CP. Respecto de los elementos propios de la agravante solo se exige dolo, de manera que alcanza con el eventual.⁷⁰ El autor debe conocer que el otro contrayente desconoce el impedimento, debe saber que está omitiendo sacarlo de la ignorancia y debe saber que su intervención evitaría el estado de ignorancia con probabilidad rayana en la seguridad.

Se da un supuesto de falta de tipicidad subjetiva por error de tipo cuando el autor cree que el otro contrayente también conoce el impedimento. A modo de ejemplo, el contrayente A parte de la base de que B sabe que él todavía está casado con otra persona, pero en realidad B no lo sabe; o bien, A le cuenta a B que está casado, B piensa que es una broma y A cree que B ha entendido que estaba hablando en serio. En estos casos, A no tiene dolo (conocimiento y voluntad) de ocultar. Por lo tanto, retrocede la agravante y queda subsistente la responsabilidad por la figura básica (art. 134 CP). Por cierto, el tipo del matrimonio ilegal básico estará completo.⁷¹

Tentativa

El caso de “error de tipo al revés”⁷² debe ser tratado aquí, pues, a grandes rasgos, un error invertido, es decir, el supuesto en que el autor se representa incorrectamente que se da uno de los elementos del tipo penal, constituye la estructura básica de toda tentativa.

70. De otra opinión, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 38 y ss., quien exige dolo directo (de segundo grado, aunque no lo aclara) respecto de todos los elementos.

71. Como aquí, Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 523, quien correctamente aclara que solo A realiza el tipo del art. 134 CP, mientras que la conducta de B es atípica, con lo cual se quiebra la idea de la “codelinuencia necesaria”. De otra opinión, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 40, quien al igual que aquí considera que no se puede aplicar la agravante, pero respecto del art. 134 CP entiende que se da una tentativa inidónea, porque el otro contrayente desconoce el impedimento (lo que, a nuestro criterio, no integra el tipo objetivo).

72. Al respecto, Otto, Harro, *op. cit.*, p. 405.

En el ejemplo, el contrayente A cree que está ocultando el impedimento cuando, en verdad, B ya lo conocía. Se da aquí una tentativa (inidónea) de matrimonio ilegal calificado del artículo 135, inc. 1, CP. Dos soluciones son posibles, que dependen de las reglas de parte general que se tomen por base: o bien esta tentativa inidónea es punible y la conducta de A también lo será, o bien no es punible y, por lo tanto, A solo responderá por el matrimonio ilegal básico del artículo 134, CP.⁷³ A la misma solución se llega si ambos se ocultaron mutuamente el mismo impedimento: tentativa de matrimonio ilegal agravado.

En caso de que los contrayentes se oculten diferentes impedimentos, el tipo objetivo de cada una de las conductas está completo, y también lo está el subjetivo. Un último supuesto se presenta si A y B están de acuerdo en casarse mediando impedimento de ligamen, pero solo A sabe que son medio hermanos. A le oculta esta última circunstancia a B. En este caso, la conducta de A es típica de matrimonio ilegal calificado, mientras que la de B solo lo es respecto de la figura básica.

Simulación de matrimonio (art. 135, inc. 2 CP)

El delito consiste en engañar a una persona a través de simular matrimonio con ella. Es cierto que no se trata de un matrimonio ilegal, en la medida en que no hay ninguna celebración de un matrimonio, ni siquiera anulable, sino una parodia.⁷⁴ Por eso se lo ha llamado “matrimonio ilegal impropio”.⁷⁵

Bien jurídico

La figura es criticada por su ubicación sistemática, lo que lleva a esfuerzos de interpretación del bien jurídico tutelado,⁷⁶ pues en razón de la inexistencia de una verdadera celebración de matrimonio no se

73. De otra opinión, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 40, quien considera que la conducta de A es atípica de la figura básica porque “él no quiere, o técnicamente no tiene dolo de realizar un matrimonio ilegal bilateral”.

74. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 516.

75. *Ibidem*, p. 515.

76. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 417: “el sistema de la ley puede explicarse, aunque no aplaudirse sin reservas”.

ve afectado aquí el régimen jurídico matrimonial, ni el matrimonio como acto jurídico, etcétera. Tampoco se menoscaba el estado civil.⁷⁷ En palabras de Soler, este delito “rompe la arquitectura de este título”, quien explica que si bien se citaba como fuente el Código Penal alemán, allí se lo ubicaba entre los delitos contra las buenas costumbres y ya la descripción del hecho era diferente, pues se trataba de un medio para lograr el acceso carnal.⁷⁸ Con todo, no sería incorrecto ver aquí una protección mediata de la administración pública, pues a través de la simulación, el autor de este delito monta una parodia con la cual se causa la impresión (al menos a la víctima) de que se están ejerciendo actos propios de la función. De esta manera la administración pública sufre descrédito por vía indirecta. Otra corriente, en cambio, afirma que el bien jurídico subyacente es el estado civil,⁷⁹ dado que se atenta contra este por asignarle falsamente a la víctima una situación jurídica determinante de su estado civil.⁸⁰

En todo caso, genera en la víctima la ilusión de que está unida en matrimonio con el autor del delito. Entonces, podría afirmarse que se protege la buena fe de la víctima⁸¹ y de algún modo también su autonomía, pues todo engaño supone, en última instancia, una afectación a la libertad.⁸² Cualquiera que haya sido la intención del legislador, el delito ha perdido toda relevancia práctica.⁸³

Tipo objetivo

En el aspecto objetivo, la conducta consiste en simular un matrimonio con una persona para hacerle creer a esta que efectivamente se está celebrando la unión. Por lo tanto, se deben emular las formalidades esenciales del acto jurídico válido,⁸⁴ lo que implica la participación

77. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 387.

78. Ídem.

79. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, *op. cit.*, p. 417.

80. Ídem; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 279.

81. En este sentido, Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 387.

82. Así, en definitiva, en el delito de estafa.

83. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 516. Tiempo atrás ya se señalaba que “hace años que nadie pone empeño en cometer este delito”.

84. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 279.

de terceros, a los que eventualmente se les aplicarán las reglas generales de la participación criminal.⁸⁵ Es delito de resultado y este radica en el error de la víctima.⁸⁶ Y dado que la figura contiene el elemento engaño, es aplicable aquí, en lo pertinente, la doctrina ampliamente desarrollada en el ámbito de la estafa.⁸⁷

Ya objetivamente se debe analizar si el engaño es idóneo para inducir a error a la víctima. Si bien al respecto se podrían hallar criterios generales, no es posible tomar en consideración únicamente el medio empleado, sino que también deben ser analizadas las características de la víctima tenidas en cuenta por el autor. Estas reglas definirán en el caso concreto cuál es el grado de credibilidad que debe tener la parodia que se ha montado. No obstante, es cierto que es típica la conducta si la obra es “objetivamente apta para inducir a un ser *medianamente normal* a que tenga por cierto un acto de celebración de matrimonio”.⁸⁸ Solo hay que agregar aquí el correctivo de que ya en el aspecto objetivo deben tomarse en consideración las características de la víctima.⁸⁹

Si, por ser burdo el engaño, se considera que el medio es inidóneo, la conducta resultará atípica. En cambio, si el medio es idóneo pero, aun así, la víctima no resulta engañada, faltará el resultado y, por lo tanto, la conducta será punible como tentativa.⁹⁰

85. En este sentido, Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 314.

86. Ídem, en contra, quienes en verdad no niegan el resultado de error, sino que se oponen a asignarles carácter de resultado a ulteriores intenciones del autor: “El tipo no exige un resultado, por lo que resulta irrelevante si con la simulación se logra el acceso carnal con el contrayente engañado, o se le causa algún perjuicio de índole patrimonial”. Este argumento no demuestra que el delito no sea de resultado, sino tan solo la circunstancia de que *esas* finalidades, cuando son logradas, no constituyen el resultado del delito”. Cfr. *Infra* “Tipo subjetivo”.

87. Así, la exposición en Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 518 y ss.

88. *Ibidem*, p. 519 (itálicas agregadas).

89. Si el autor desconoce que se halla frente a una víctima extremadamente crédula y monta una simulación tan burda que ninguna persona “medianamente normal” la creería verdadera, el caso realizará los elementos del tipo objetivo, pero subjetivamente se dará un error de tipo, porque el autor, según su representación, no podía razonablemente esperar que con su simulación burda engañaría a una víctima normal.

90. Fontán Balestra, Carlos, en contra quien considera que “no parece posible la tentativa”. A favor, Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 314.

Tipo subjetivo

No hay razones para exigir en el tipo objetivo algo más específico que el dolo, de manera que alcanza con el eventual, en contra de la gran mayoría de la doctrina.⁹¹ Si una persona simula matrimonio con otra sin la intención de engañarla, pero en algún momento se da cuenta de que la víctima no ha advertido el carácter simulado, ¿por qué razón se debería afirmar que la conducta es atípica? Nada en el texto de la ley (ni en el tipo de la interpretación) autoriza a pensar que sea necesaria esa intención.⁹²

Tampoco se requieren especiales elementos subjetivos distintos del dolo, tales como tendencias internas trascendentes. Las intenciones ulteriores que tenga el autor con la simulación no integran el tipo penal. Así, es irrelevante que “el sujeto joven simul[e] matrimonio con vieja rica, para lograr, por ese medio, una vida desahogada o, sencillamente, una suma de dinero”.⁹³

Autorización dolosa de matrimonio ilegal (art. 136, 1 párr. CP)

El artículo 136, CP prevé dos formas de intervención en un matrimonio ilegal de los artículos 134 y 135, y una forma de conducta autónoma, consistente en el incumplimiento de deberes del oficio. En este sentido, además de afectar al matrimonio como acto jurídico o al régimen jurídico matrimonial, se afecta aquí la administración pública.⁹⁴

Se trata, en los tres casos, de delitos especiales propios: únicamente pueden ser cometidos por el oficial público con capacidad para autorizar matrimonios. En lo atinente a la autoría, los supuestos de los dos primeros párrafos, esto es, los de autorizar matrimonios ile-

91. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 517, en contra, quien exige dolo directo; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 280; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 44; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 189; Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 314.

92. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 189, específicamente en contra (“el dolo debe abarcar la intención de engañar a la víctima”).

93. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 388.

94. En definitiva, como aquí, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 47.

gales, constituyen figuras autónomas con relación a los delitos de los artículos 134 y 135. Aunque es cierto que si no existieran los delitos del artículo 136 serían de aplicación las reglas generales de la participación criminal, no es correcto afirmar que estos constituyen una forma de participación en el delito doloso de un tercero.⁹⁵ Pues el oficial público participa del matrimonio ilegal, pero no necesariamente de la conducta de los contrayentes.

Tipo objetivo

La conducta específica prevista en este párrafo es la de autorizar matrimonios ilegales. La ley hace referencia a “un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores”, es decir, artículos 134 y ambos incisos del 135 CP, pero debería interpretarse que queda excluida la simulación de matrimonio (art. 135, inc. 2 CP). Ciertamente, el matrimonio simulado no puede ser autorizado, dado que no es un matrimonio.⁹⁶

Se discute si la conducta de los contrayentes debe ser típica (es decir, si el oficial público tiene que saber que al menos alguno de los contrayentes conoce el impedimento), o si basta con que el impedimento exista. Dicho con otras palabras, si el único que sabe que se trata de un matrimonio ilegal es el oficial público, ¿es típica su conducta o debe considerarse, por el contrario, que aquí no se ha celebrado ningún “matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores”, en la medida en que estos serían atípicos por falta de tipicidad subjetiva de parte de los contrayentes?⁹⁷ Por alguna razón, el legislador hizo de la intervención del oficial público un tipo penal autónomo. Entonces, la remisión que hace el artículo 136 se refiere a que el oficial público autorice un matrimonio ilegal (es decir, con impedimento causante de nulidad absoluta) o a que autorice un acto todavía más grave, en el que se viola la autonomía de uno de los contrayentes.

95. Ídem; Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 505.

96. En este sentido, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 281.

97. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 186, a favor de exigir el tipo completo del art. 134 (o art. 135) CP; Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 418; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 47; Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 316, dicen que la acción es objetivamente atípica.

El problema de la interpretación que hace la doctrina tradicional radica en que se toma como punto de referencia el “contraer matrimonio” de los artículos 134 y 135 CP. Pero el artículo 136 CP no remite a la conducta de contraer matrimonio ilegal, sino directamente al matrimonio ilegal. Esto tiene sentido, porque la figura del artículo 136 CP es autónoma y es diferente a la que realizan los cónyuges. Lo común de ambas conductas es el matrimonio ilegal: unos contraen matrimonio, el otro lo autoriza.

Tipo subjetivo

En el aspecto subjetivo se requiere dolo directo de segundo grado, pues el legislador introdujo la fórmula “a sabiendas”.⁹⁸ Con esto queda excluida la posibilidad de realizar la conducta con dolo eventual, supuesto que podría subsumirse en el segundo párrafo de esta norma (pero solo si se dan los demás requisitos que analizaremos *infra*). Con todo, no se debe confundir la consciencia segura como elemento agravado del dolo con la intención, es decir, con el dolo directo de primer grado. Este tipo penal no exige ninguna intención específica, más allá de la mera voluntad propia de la forma más básica del elemento volitivo.

Penas

Llama la atención que, a diferencia del inciso 2, no se prevea aquí la pena de inhabilitación. En todo caso, es facultativo imponerla por aplicación del artículo 20 bis CP.⁹⁹

98. Otto, Harro, *op. cit.*, p. 143, con relación a esto, dice: “Respecto del dolo directo de segundo grado, es decir, ‘a sabiendas’, ello significa lo siguiente: actúa a sabiendas el autor que no solo es consciente del riesgo inmediato y concreto de lesionar el bien jurídico, sino que además prevé como segura la realización del peligro y, no obstante, actúa”.

99. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 187; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 281; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 49.

Autorización de matrimonio ilegal ignorando el impedimento (art. 136, 2 párr. CP)

Aquí la conducta del oficial público consiste en autorizar un matrimonio ilegal “sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio”. Se trata de un delito imprudente. Según Soler: “Es evidentemente una forma culposa, ya que el hecho arraiga en una negligencia causalmente vinculada con el hecho de la ilegal celebración”.¹⁰⁰

Lo característico de esta figura es que el deber de cuidado relevante no es el que se construye a partir de las reglas generales y especiales que delinear la actuación esperable de un oficial público, sino que es mucho más específico, pues se trata de “haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio”. Núñez advierte que debe tratarse de “los requisitos precaucionales o comprobaciones que la ley exige llenar al oficial público para cerciorarse de la inexistencia de un impedimento absoluto para el casamiento de las partes”.¹⁰¹ Esta aclaración es muy atinada, porque en razón del concepto de “conducta alternativa conforme a derecho” no pueden ser tomados en consideración aquellos requisitos previstos por la ley para la celebración del matrimonio que no tengan aptitud para reducir el riesgo del bien jurídico. Dicho brevemente: el resultado debe tener fundamento en la conducta contraria al deber.¹⁰²

Se ha señalado que estas exigencias están detalladas en el artículo 416 CCyC, relacionado con la solicitud inicial de quienes pretenden contraer matrimonio, y en el artículo 420 CCyC, que establece las condiciones del acta.¹⁰³ No obstante, dentro de esos múltiples requisitos hay que depurar cuáles tienen aptitud para cerciorarse de la inexistencia de impedimentos.

Definida la especificidad del deber de cuidado, se presenta un problema respecto de la relación entre esta figura y la dolosa. Parece extraño

100. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 388 y ss.

101. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 419.

102. Otto, Harro, *op. cit.*, p. 297.

103. Castro, Natalia, *op. cit.*, p. 892.

que sea punible la autorización con dolo directo de segundo grado, que también lo sea la imprudente, pero que no lo sea la de dolo eventual.

Sucede que si el oficial público hubiera cumplido con todas las formalidades “que la ley prescribe para la celebración del matrimonio” pero actuase, no obstante, con dolo eventual respecto del impedimento (porque, por ejemplo, le ha llegado a su conocimiento por otra vía, aunque no de forma cierta), la conducta no podría ser típica de este delito imprudente. Desde luego, tampoco lo sería con relación al delito doloso, dado que se requiere consciencia segura.

Pero en los demás casos, si las dudas del funcionario público (que no alcanzan a fundar el dolo directo, pero sí el eventual) proviniesen de la violación específica del deber de cuidado que establece este tipo penal, entonces sí podría subsumirse aquí la conducta realizada con dolo eventual.¹⁰⁴

Inobservancia de formalidades (art. 136, 3 párr. CP)

Esta tercera forma de conducta del oficial público se diferencia de las anteriores en la medida en que ya no se castiga la autorización de un matrimonio ilegal, sino “la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley”. Que el matrimonio celebrado sea ilegal o no, es indiferente a los efectos de este delito.¹⁰⁵

Tipo objetivo

La conducta contiene un elemento de comisión y uno de omisión. La parte comisiva consiste en la celebración del matrimonio, mientras que la omisiva se refiere a la falta de observancia de las formalidades.

104. Así, en definitiva, Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino, op. cit.*, p. 419; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 282, dicen que a esta situación “sólo de modo figurado se la puede calificar de culposa”, pero coinciden con Núñez en la solución. En igual sentido, Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 317.

105. En este sentido, Diedrich, María A. y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 318; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 283: “Todo lo que la tipicidad exige es que el matrimonio se celebre sin las formalidades legales (aunque se trate de una sola), siendo indiferente la consecuencia jurídica de la inobservancia”.

Estas formalidades surgen del Código Civil y Comercial, específicamente del capítulo 5, dedicado a la celebración del matrimonio, dentro del título referido a los matrimonios. La primera sección trata la modalidad ordinaria de celebración, mientras que la segunda prevé formas extraordinarias, en las que se establecen excepciones a todas o de alguna de las formalidades de la primera sección.

Tipo subjetivo

Se interpreta que esta conducta es dolosa y que basta con el dolo eventual.¹⁰⁶ Esto parece correcto, pues de otra manera se castigaría penalmente la mera imprudencia en el oficio sin que existiera un resultado dañoso efectivo.

Ciertamente, la estructura “sin haber observado” puede hacer pensar en el componente “sin haber”,¹⁰⁷ propio de los delitos imprudentes. No obstante, por lo general ese elemento se combina con la causación de un resultado dañoso, lo que no se exige en este delito, dado que el matrimonio celebrado puede ser perfectamente válido.

Consentimiento del representante de un menor impúber (art. 137 CP)

La conducta consiste en dar consentimiento para el matrimonio de un menor impúber. Se trata de un tipo penal cuya interpretación ha sido problemática desde sus inicios,¹⁰⁸ dado que la edad del Código Civil para determinar que un menor era impúber (catorce años) no coincidía con la edad mínima para que una menor (una niña) contrajera matrimonio con consentimiento de su representante (doce años).

Independientemente de este problema, es un delito especial propio, en tanto solo puede realizarlo el representante legítimo del menor.

106. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 526, en contra, quien considera que es un delito culposo y que si las formalidades son vulneradas dolosamente, el hecho se subsume en el art. 248, cuya pena es más grave.

107. Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción de Marcelo Sancinetti), Buenos Aires, Hammubari, 1990, lo desarrolló inicialmente.

108. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 391; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 52.

A diferencia de los demás casos, se trata de un matrimonio cuya ilegalidad no proviene de un impedimento que causa nulidad absoluta, sino relativa. Además, aquí no se castiga a los contrayentes, sino al representante del menor impúber y, desde luego, al oficial público, en la medida en que haya omitido dolosamente observar esta formalidad, que conduciría a no poder celebrar el matrimonio.

Con relación al bien jurídico, sin dudas afecta el matrimonio como acto jurídico, al igual que la mayoría de las figuras de este capítulo, pero además se protege el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño,¹⁰⁹ que se ve lesionado cuando contrae matrimonio a una edad prematura.

Tipo objetivo

Son representantes los padres o tutores de un menor que no ha alcanzado la edad para casarse¹¹⁰ (art. 101, inc. a CCyC). Con relación al “menor impúber”, el artículo 127 del Código Civil mantuvo el concepto hasta su abrogación en 2015. En el Código Civil y Comercial ya no existe esa noción, pero se introdujo la de “adolescente”, que es el menor de edad (esto es, menor de dieciocho) que ha cumplido los trece años (art. 25 CCyC). Entonces, se puede trazar cierta correspondencia entre el derogado concepto de menor impúber (menor de catorce) y el de menor que no ha alcanzado la adolescencia (menor de trece).

Actualmente, según el artículo 404 CCyC, la autorización de los representantes solo se exige para el matrimonio de menores de dieciocho años que ya hayan cumplido los dieciséis. Es decir, que un representante no puede válidamente autorizar a un menor de dieciséis años a casarse. En cambio, el juez puede otorgar la dispensa judicial también a menores de dieciséis.

Cierta doctrina interpreta a partir de esta nueva norma que lo que ahora debe entenderse por menor impúber en el sentido del artículo 137 CP, es el menor de dieciséis años, pues es aquel cuyo matrimonio su

109. ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo. El derecho al desarrollo se reconoce en el art. 6.2 de la Convención y es reiterado en varios artículos más.

110. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 391.

representante no puede válidamente consentir.¹¹¹ Otro sector propone que solo sean alcanzados los casos de menores de trece años, dado que los actos lícitos de estos son considerados involuntarios por falta de discernimiento (art. 261, inc. c CCyC).¹¹²

La segunda lectura que hace la doctrina tiene a su favor que, en principio, no interpreta el concepto en contra del imputado, dado que si se compara con la ley civil anterior, que definía como menor impúber a quien no había cumplido los catorce años, ahora la ley penal solo castigaría al representante que consiente en el matrimonio de un menor de trece años. En este sentido, deja al imputado en una mejor situación y realiza una interpretación que es aceptable, pues considerar impúber a un menor de trece años es razonable según parámetros biológicos.

Con todo, subsiste el problema de que el elemento normativo al que hacía referencia la ley penal ha desaparecido de la ley civil.

Tipo subjetivo

El tipo penal no exige ningún requisito adicional al dolo, de manera que para el aspecto subjetivo alcanza con el eventual.¹¹³

Consumación

No parece necesario que se celebre el matrimonio para que se considere consumado el delito, dado que la conducta consiste simplemente en “dar el consentimiento”, lo que puede ocurrir durante la

111. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 137: “a fin de guardar coherencia interpretativa entre las normas en juego, pensamos que la disposición se refiere a la autorización que el representante legal ha dado a un menor de 16 años para contraer matrimonio”.

112. De la Torre, Natalia, “Delitos contra el estado civil de las personas: familias e identidades en plural”, en Zaffaroni, Eugenio y Herrera, Marisa (dirs.), *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho penal. Impacto del Derecho civil y comercial en el Derecho Penal desde una perspectiva constitucionalizada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 335; la sigue Castro, Natalia, *op. cit.*, p. 897.

113. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 510, en contra, pero sin explicar de dónde nace esa exigencia: “en razón de la exigencia del cierto conocimiento que debe tener el representante acerca de la edad y del impedimento para la celebración del casamiento sólo puede admitir su comisión bajo la forma del dolo directo”. El art. 137 CP no contiene ninguna exigencia de conocimiento cierto. En todo caso, sería necesario algún tipo de fundamento para explicar la necesidad de introducir tal elemento.

celebración del matrimonio o antes.¹¹⁴ Sin embargo, parte de la doctrina afirma que el delito se “perfecciona” con el acto de prestar el consentimiento, pero queda “plenamente configurado cuando se da por finalizado el acto del matrimonio”.¹¹⁵

Bibliografía

Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN N° 678/12), Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.

“Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, 2018.

AZPIRI, Jorge O., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

BÉGUELIN, José R., “La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, Astrea, 6ª ed., T. 1, 2007.

BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 1, 2015.

CARRERA, Daniel y CAFFERATA NORES, José, “La nulidad del matrimonio como cuestión prejudicial en un proceso penal por estupro”, en *JA*, 1978-I-251.

CASTRO, Natalia E., en RIQUERT, Marcelo A. (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018.

114. En este sentido, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 54.

115. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 510.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea ,7ª ed., T. 1, 2013.

DE LA TORRE, Natalia, “Delitos contra el estado civil de las personas: familias e identidades en plural”, en ZAFFARONI, Eugenio y HERRERA, Marisa (dirs.), *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho penal. Impacto del Derecho civil y comercial en el Derecho Penal desde una perspectiva constitucionalizada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

DIEDRICH, María Alejandra y DIVITO, Mauro A., “Delitos contra el estado civil (arts. 134-139 bis)”, en D’ALESSIO, Andrés J., *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2009.

DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. II-A, 2001.

DONNA, Edgardo A.; DE LA FUENTE, Javier E.; MAIZA, María C. y PIÑA, Roxana G., *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2003.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, Múnich, ed. Beck, 61ª ed., 2014.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, T. V, vol. 4ª ed., 2007.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, T. II, 1940.

LENCKNER, Theodor; SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Múnich, ed. Beck, 27ª ed., 2006.

LERMAN, Marcelo D., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

MIR PUIG, Santiago, “Matrimonios ilegales en el Código Penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 27, Fasc/Mes 3, 1974.

MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, TEA, 1996.

MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, T. 4, 1923.

NAVARRO, Guillermo R. y RAÑA, Andrea F., en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 5, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, T. IV, 1964.

_____, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba, Lerner, 1976.

OTTO, Harro, *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal* (traducción de José R. Béguelin), Barcelona, Atelier, 7ª ed., 2017.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general* (traducción de Diego M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997.

SANCINETTI, Marcelo A., *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

_____, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed., 2005.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 4ª ed., T. III, 1987.

TAZZA, Alejandro, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. I, 2018.

VILLEGAS, Sisto; UGARRIZA, Andrés y GARCÍA, Juan A., *Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión*

nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor,
Buenos Aires, imprenta de El Nacional, 1881.

ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (traducción de Marcelo Sancinetti), Buenos Aires, Hammubari, 1990.

Abandono de personas y omisión de auxilio

Rubén E. Figari*

Abandono de personas

Antecedentes históricos

Relata Carrara que la opinión de los eruditos concuerda acerca de la tolerancia con que en la antigua Grecia se miraba la exposición de niños; pero parece que solo Esparta tenía disposiciones especiales al respecto y que en las demás ciudades esa tolerancia era únicamente hija de las costumbres. En la ciudad de Tebas se prohibía la exposición de niños, lo cual da la pauta de que, en el resto de Grecia, esta cuestión por ley o por costumbre ocurría de otro modo. Tanto Platón como Aristóteles aconsejaban la tolerancia de ese delito y parece que en Atenas el niño expósito era declarado esclavo de quien lo recogía, medida que probablemente se inspiró con el fin de alentar a los ciudadanos para que pusieran bajo su cuidado a esos niños. Eso confirma la generalidad de las costumbres.

A los antiguos romanos les estaba permitido exponer los hijos *ex utero madentes* –recién salidos del útero–. Por otra parte, se ha discutido mucho acerca del tiempo preciso en que se empezó a reprobar en Roma esta costumbre; algunos, sobre la base de la Ley N° 29, *Digesto*, titulado *De manumissis testamento*, sostienen que esto sucedió en los

* Abogado (UNC) 1971. Doctor en Ciencias Jurídicas egresado de la Escuela de Posgrado de la UN de LM; Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la UCC; Profesor de Derecho Penal I y Derecho Penal II de la UNSL en la carrera de Ciencias Jurídicas (FCEJS); Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes, San Luis); Miembro del Comité de Redacción de la *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la Ed. La Ley; Investigador y ensayista; autor, coautor y colaborador en 36 libros relacionados al fuero Penal y Procesal Penal; y autor de más de 70 artículos publicados en diversas revistas digitales e impresas en papel.

últimos tiempos del paganismo, pero otros objetan que para sacar tal conclusión carece de valor ese fragmento.

Los edictos de los emperadores cristianos que se leen en el Código Teodosiano (ley 1, *De alimentis quae inopes parentes*, y la ley 1, *De expositis*), no hablan de penas corporales contra los autores de la exposición; pero el que dichos emperadores consideraran como delito este hecho, aunque no le siguiera efecto de muerte, es incontrastable por lo que dice la Ley N° 2 titulada *De infantibus expositis*, del Código, y por la *Novela 153*, en el que Justiniano parece equiparar la exposición de niños con el abandono de esclavos enfermos; y es de notarse que la reunión de estos títulos –exposición de niños y abandono de personas impotentes–, que parece una novedad en los códigos contemporáneos, no es sino un regreso al novísimo derecho de Justiniano.

La confusión entre la exposición de niños y el infanticidio ha producido errores históricos, pues por ejemplo, se ha dicho que los antiguos pobladores de Germania castigaban la exposición de niños, apoyándose para ello en distintos pasajes de autores y leyes, que únicamente contemplaban el infanticidio; por esto Tácito no habla sino de infanticidio *voluntario* y lo mismo debe decirse de las leyes alemana, longobarda, sálica, ripuaria, y otras leyes bárbaras. De modo que parece verosímil la opinión de Spangenberg acerca de que en esos pueblos la exposición de niños quedaba impune, y no solo de modo excepcional en lo tocante a criaturas que hubieren nacido monstruosas o mutiladas según la antigua costumbre recordaba por Mylius, sino indistintamente y como regla general.

Fue el Derecho Canónico el que introdujo en las leyes de los visigodos el castigo de la exposición de niños, y después Carlos V, en el artículo 132 de su Constitución, lo amplió para toda Alemania con medidas más severas. En Francia, hasta fines del siglo XVIII no existía una ley especial que castigara dicho delito y únicamente se le castigaba a tenor de las costumbres jurisprudenciales, que infligían azotes, destierro, picota o multa.¹

En el tiempo de Alfonso X de Castilla se elaboró la “Ley de Partidas”. Coloca el tema de abandono de niños en la Ley N° 4, Título 20,

1. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, Bogotá, Temis, 3ª ed., 2005, T. IV, § 1378 y § 1384.

Partida IV referida al derecho de familia, en lugar de figurar en la Ley N° 7, alusiva al Derecho Penal, lo cual pone a las claras que el objeto primitivo de protección era el estado civil de los menores abandonados.²

Antecedentes legislativos nacionales

El Código Tejedor en el Título VI “De los delitos contra las garantías individuales”, capítulo III “Abandono de niños” establecía en el artículo 288: “El que abandone a un menor de siete años que esté a su cuidado, sufrirá tres meses de arresto y multa de 20 a 200 duros”; también el 289 decía: “Si a consecuencia del abandono muriese el menor, se aplicarán tres años de prisión. Si solamente estuviere en peligro su vida, la prisión será de un año”; asimismo el 290 establecía: “En la misma pena de tres meses de arresto incurría el que pudiendo no auxilie a un niño, cuya vida estuviere en inminente peligro”. El artículo 291, por su parte, rezaba:

El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor, lo pusiere en un hospicio público, o lo entregase a alguna persona, sin la anuencia de sus padres o guardadores, o de la autoridad local a falta de unos y otros, será castigado con multa de cincuenta a quinientos pesos fuertes.

Por último el artículo 292 decía:

El que encontrando perdido o desamparado a un menor de siete años, no lo recogiese o depositase en lugar seguro dando cuenta a los padres o guardadores del menor o a la autoridad, será castigado con multa de veinte y cinco a doscientos cincuenta fuertes.

El Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 consignaba en el artículo 305: “El que abandone a un menor de siete años, que esté a su cuidado, sufrirá arresto menor”. El artículo 306 establecía: “Si a consecuencia del abandono muriese el menor se aplicará la pena de prisión media. Si solamente estuviere en peligro su vida la pena será de prisión menor”. También el artículo 307 disponía: “Incurrirá en pena de arresto menor

2. Navarro, Guillermo y González Garrido, Raúl, en Baigún, David; Zaffaroni Eugenio (dirs); Terragni Marco; (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, T. 4, p. 183.

el que, pudiendo, no auxilia a un niño cuya vida estuviere en inminente peligro”. A su vez, el artículo 308 estaba redactado de la siguiente forma:

El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor lo pusiere en un hospicio público, o lo entregase a alguna persona, sin la anuencia de sus padres o guardadores, o de la autoridad local a falta de unos y otros, será castigado con multa media.

Mientras que el artículo 309 se acuñaba de la siguiente manera:

El que encontrare perdido o desamparado a un menor de siete años y no lo recogiese o depositase en lugar seguro, dando cuenta a los padres o guardadores del menor o a la autoridad, será castigado con multa menor.

El Código de 1886 establecía en su artículo 162: “El que abandone a un menor de siete años que esté a su cuidado, sufrirá arresto de tres a seis meses y multa de veinte a doscientos pesos”; el artículo 163 decía: “Si a consecuencia del abandono muriese el niño, se aplicará de tres a seis años de penitenciaría”. Asimismo, el artículo 164 estipulaba:

El que teniendo su cargo la crianza o educación de un menor, lo pusiere en un hospicio público o lo entregase a alguna persona, sin la anuencia de sus padres o guardadores, o de la autoridad local, a falta de unos y otros, será castigado con multa de cincuenta a quinientos pesos a favor del menor.

El Proyecto de 1891 recién lo incluye en el título “De los delitos contra las personas”. Así, en el artículo 134 establece:

El que abandonare o dejara en desamparo a una persona incapaz, enferma o menor de diez años, a quien deba mantener o cuidar, será reprimido con penitenciaría de seis meses a dos años. Si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud, la pena será de dos a seis años de penitenciaría. Si ocurriere la muerte, la pena será la penitenciaría de tres a diez años.

También, el artículo 135 decía:

El máximo y el mínimo de las penas establecidas del artículo precedente serán aumentadas en un tercio cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos, o por estos contra aquellos, o por el cónyuge. Serán disminuidas a la mitad cuando el abandono fuere de tres días, aún no inscripto en el Registro Civil, para salvar el honor propio o de la esposa, de la madre, de la hija o de la hermana.

Por último, el artículo 136 disponía:

El que, encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años a una persona herida, amenazada de un peligro cualquiera o inválida, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, o no diere aviso inmediatamente a la autoridad, será reprimido con multa de cien a quinientos pesos.³

El Proyecto Segovia de 1895 en el artículo 143 enunciaba:

En que abandonare o dejare en desamparo a un enfermo, incapaz o un menor de diez, a quien debe mantener o cuidar, será reprimido con penitenciaría de tres a diez y ocho meses. Esta pena será de uno a cuatro años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud, o la desaparición de la persona abandonada. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a seis años de la misma pena. Las disposiciones precedentes quedarán sin efecto, cuando el hecho importe otro delito castigado con pena mayor.

El artículo 144 hablaba de:

Las penas establecidas en el artículo precedente se aumentarán en un tercio: inc1. Si el abandono tuviere lugar en un lugar solitario u otro de mayor peligro para la persona del abandonado; inc. 2. Si el delito fuere cometido por los padres contra los hijos, legítimos, naturales, incestuosos o adúlteros, o por estos contra aquellos, o por un cónyuge contra el otro.

También el artículo 145 disponía: “Si el abandono tiene lugar por una de las personas y en las mismas circunstancias del artículo 116, las penas establecidas en el artículo 143 se disminuirán en tres quintos; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187”. A su vez, el 146 refería:

El que teniendo a su cargo un menor de diez años u otro incapaz, le pusiere en un manicomio o en un hospicio público, o lo entregare a otra persona sin la anuencia de sus padres o guardadores, o de la autoridad local, a falta de unos y otros, será reprimido con multa de cincuenta a quinientos pesos.

3. Véase “Exposición de Motivos”. Cfme. Zaffaroni, Eugenio y Arnedo, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, AZ Editores, 1996, T. 2, pp. 399-400.

Finalmente, el artículo 147 reproducía el siguiente texto:

El que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida, amenazada de un peligro inminente cualquiera o inválida, omitiere prestarle el auxilio necesario, pudiendo hacerlo sin riesgo personal, o no diere aviso oportuno a la autoridad, será reprimido con multa de cien a mil pesos.

El Código reformado de 1903 reproducía los textos del Código de 1886 mientras que el Proyecto de 1906 en el artículo 109 disponía:

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que abandonare o dejare en desamparo a un menor de diez años, u otra persona incapaz por causa de enfermedad, a quién deba mantener o cuidar. La prisión será de dos a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz. La prisión será de tres a diez años, si ocurriere la muerte.

También el artículo 110 decía:

El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo serán aumentadas en un tercio, cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos, y por estos contra aquéllos, por el cónyuge. Serán disminuidos a la mitad, cuando el abandono fuere de un menor de tres días, aún no inscripto en el Registro Civil, para salvar el honor propio, o el de la esposa, madre, hija o hermana.

El artículo 111 consignaba:

Será reprimido con multa de cien a quinientos pesos, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años, o a una persona herida o inválida, o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

El Proyecto de 1917 reproduce en los artículos 106, 107 y 108 los textos del anterior Proyecto. El Código de 1921 adopta el Proyecto de 1917. El Proyecto Coll-Gómez de 1937 proponía en el artículo 142:

Se impondrá prisión de uno a tres años, al que abandonare a un menor de menos de doce años u otra persona incapaz por causa de enfermedad o ancianidad, a quien deba mantener o cuidar. Se impondrá prisión de tres o seis años si, a consecuencia del abandono, sobrevinieren lesiones de las previstas en los artículos 128 y 129; y reclusión o prisión, de seis a doce años, si sobreviniere la muerte.

Además, el artículo 143 decía: “Se impondrá prisión de uno a tres años, al que prive a un menor de doce años o a un incapaz por causa de enfermedad o ancianidad, que tuviere a su cargo, de los alimentos o cuidados que necesite, al punto de comprometer su salud”, tanto que en el artículo 144 legislaba sobre la omisión de auxilio:

Se impondrá multa de cien a quinientos pesos, al que, encontrando perdido o desamparado a un menor de menos de doce años, o a una persona incapaz, desvalida o amenazada de un peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal; o cuando solicitare el concurso de la autoridad o de otras personas,

El artículo 145 consignaba: “El máximun de la sanciones establecidas en los artículos anteriores se aumentará en la mitad, si el delito fuere cometido por los ascendientes contra sus descendientes o por estos contra aquellos, por el cónyuge”. Asimismo, el 146 regulaba la exposición o abandono de un menor de tres días:

Se impondrá prisión de seis meses a dos años, cuando el abandono o exposición fuere de un menor de tres días, si obedeciere al móvil de ocultar la deshonra de la esposa, madre, hija o hermana. Si sobreviniere la muerte del abandonado o lesiones de las previstas en los artículos 128 y 129, el máximun de la sanción se elevará a cuatro años.

Finalmente, el artículo 147 establecía:

Se impondrá multa de cien a quinientos pesos al que entregare a otro a un menor de diez y ocho años para tenerlo bajo su guarda permanente y al que lo recibiere en ese concepto, sin poner el hecho en conocimiento de la autoridad.⁴

El Proyecto Peco de 1941 en el artículo 130 sancionaba el abandono de menor de doce años o persona incapaz:

Al que abandonare a un menor de doce años; o a otra persona incapaz de proveerse a sí misma, por enfermedad, ancianidad o por otra causa, a quien deba mantener o cuidar, se le aplicará privación de libertad de seis meses a tres años. Si a consecuencia del hecho resultare la muerte, la sanción será de tres a diez años; si sobreviviere lesión grave, de uno a seis años.

4. Véase “Exposición de Motivos” (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 4, p. 612.

Seguidamente, el artículo 131 castigaba el abandono de un menor de tres días:

Al que abandonare a un menor de tres días, con la mira de ocultar la deshonra propia, de la esposa, madre, hija o hermana, se le aplicará privación de libertad de tres meses a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere la muerte, el máximo de la sanción se elevará a tres años, si resultare lesión grave a dos años.

Por último, el artículo 132 punía la omisión de los deberes de asistencia:

Al que encontrando perdido o desamparado a un menor de doce años o a una persona incapaz, desvalida o amenazada de un peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, o cuando no solicitare el concurso de la autoridad o de otras personas, se le aplicará multa de cien a quinientos pesos.⁵

El Proyecto de 1951 en el artículo 196 aborda el abandono de personas:

Al que abandonare a un menor de catorce años; o a una persona que, por enfermedad, ancianidad o cualquier otro motivo, no se encontrare en condiciones de proveerse a sí misma y de la cual tuviere la custodia o debiere tener cuidado, se impondrá prisión de uno a tres años.

El artículo 197 regula la calificación por el resultado: “Cuando, a consecuencia del abandono, sobreviniere la muerte, se impondrá prisión de dos a ocho años; sí solo resultaren lesiones de las previstas en los artículos 189 y 190, la sanción será de uno a cinco años”; a continuación, el artículo 198 dice: “Cuando el hecho fuere perpetrado por el ascendiente, el descendiente, el cónyuge, el tutor, el curador o guardador, la sanción se elevará en un tercio”. También el artículo 199 consigna: “A la mujer que, por ocultar su deshonra, abandonare a su hijo inmediatamente después del nacimiento se impondrá prisión de uno a dos años”, en tanto que el artículo 200 trata la calificación por el resultado:

Cuando, a consecuencia del abandono contemplado en el artículo anterior sobreviniere la muerte, se impondrá prisión de uno a seis años;

5. Véase “Exposición de Motivos” (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 5, pp. 207-209.

sí solo resultaren lesiones de las previstas en los artículos 189 y 190, la sanción será de uno a tres años.

El artículo 201 regula la omisión de auxilio:

Al que, encontrando perdido o desamparado a un menor de catorce años o a una persona que, por cualquier circunstancia, estuviere amenazada de un peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin correr grave riesgo, o no le diere inmediatamente aviso a la autoridad, se impondrá multa de cien a diez mil pesos.

Asimismo el artículo 202 trata la calificación por el resultado: “Cuando, a consecuencia de la omisión sobreviniere la muerte, la sanción se elevará al doble; sí solo resultaren lesiones de las previstas de los artículos 189 y 190, se aumentará en un tercio”.

El Proyecto de 1953 en el artículo 154 establecía:

Al que abandonare a una persona de menos de catorce, o cuya subsistencia corriera peligro en razón de enfermedad, vejez u otra causa, siempre que la víctima estuviere de hecho o legalmente a su cargo o cuidado, se le impondrá prisión de uno a tres años. Si como consecuencia del abandono resultare la muerte, se impondrá prisión de dos a ocho años; y si resultaren lesiones de las previstas en los artículos 147 y 148 o aborto, prisión de uno a cinco años. Si el agente fuere ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge, adoptante, adoptado, tutor, curador o guardador de la víctima, las penas que correspondieren se aumentarán en la mitad.

En tanto, el artículo 155 hacía referencia:

A la madre que abandonare a su hijo menor de tres días, con el propósito de ocultar su deshonor, se le impondrá prisión de seis meses a dos años. Si como consecuencia del abandono resultare la muerte, se impondrá prisión de dos a ocho años; y si resultaren lesiones de las previstas de los artículos 147 y 148, prisión de uno a cinco años.

Por último, el artículo 156 consignaba:

Al que por no adoptar las medidas de precaución y protección necesarias o por no cumplir las impuestas en las reglamentaciones vigentes, pusiere en peligro la vida o la salud de sus empleados u obreros o la de los participantes o espectadores de competencias deportivas o espectáculos públicos se le impondrá prisión de seis meses a dos años o multa de quinientos a cien mil pesos. Si resultare la muerte se impondrá prisión de

dos a ocho años y si resultaran lesiones de las previstas de los artículos 147 y 148 o aborto, prisión de uno a cuatro años.

El Proyecto de 1960 legisla la exposición y abandono de personas en el artículo 141:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de alguno, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a la que se deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.⁶

En tanto que el artículo 142 legislaba sobre el abandono por causa de honor:

La madre que abandona al hijo poco después del nacimiento, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.⁷

El artículo 143, por su parte, punía la omisión de auxilio:

Será reprimido con multa hasta cien días el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

En el Título XV “Delito contra la administración de justicia”, Capítulo IV “Evasión y quebrantamiento de pena”, artículo 331, se legisla la fuga del lugar del accidente en los siguientes términos:

El que, después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después

6. Ver nota de Soler, Sebastián (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 6, p. 447.

7. Ver nota respectiva (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 6, p. 447.

dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con prisión no mayor de un año y con multa no mayor de noventa días.⁸

La ley de facto N° 17567 sustituyó el artículo 106 por el siguiente texto:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de reclusión o prisión a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.⁹

El artículo 107 es sustituido por el siguiente:

La mujer que abandonare a su hijo poco después del nacimiento, para ocultar su deshonra, será reprimido con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere la muerte o un grave daño en el cuerpo o salud de la víctima, la pena será de prisión de uno a cuatro años.¹⁰

La Ley N° 20509 derogó la Ley N° 17567 volviendo al texto original de 1921.

La ley de facto N° 21338 restaura los textos de los artículos 106 y 107 de la Ley N° 17567.

El Proyecto de 1979, en el artículo 146, estipulaba:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: inc.1 El que abandonare a una persona incapacitada o a la que deba mantener o cuidar, poniendo de ese modo en peligro su vida o su salud; inc.2 El que pusiere en peligro la vida o salud de una persona, colocándola deliberadamente en situación de desamparo. La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si resultare un grave daño en el cuerpo o salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

El artículo 147 reprimía el abandono por causa de honor:

La mujer que, para ocultar su deshonra, abandonare a su hijo dentro de los tres días de su nacimiento, será reprimida con prisión hasta un año. Si como consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.

8. Ver nota pertinente (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 6, p. 508.

9. Véase "Exposición de Motivos" (Cfme. Ídem, *op. cit.*), T. 7, p. 67.

10. Ídem.

El artículo 148 enunciaba:

Será reprimido con multa hasta cien días el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal. Se impondrá prisión hasta dos años al que omitiere prestar auxilio a una persona a la que hubiese incapacitado sin querer, poniendo de ese modo en peligro su vida o su salud.

Y como en el proyecto de 1960 en el Título XV “Delito contra la administración pública”, Capítulo III, artículo 340, legisla sobre la fuga del lugar del accidente:

El que, después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para susstraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con prisión hasta un año o multa hasta noventa días, siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado.

La Ley N° 24410¹¹ reformó el texto vigente del artículo 106 aumentando la pena del primer párrafo de dos a seis años de prisión; el segundo de tres a diez años de reclusión o prisión y el tercero de cinco a quince años de reclusión o prisión. Al artículo 107 se le suprime el último párrafo. Al artículo 108 se le aumenta la multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos.

El Proyecto del M.J.D.H.N del 2004 en el artículo 109 regulaba el abandono:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de prisión.

El artículo 110 trataba las agravantes:

11. Sanción: 30/11/1994, Promulgación: Decreto N° 2332 del 28/12/1994, Publicación: BO N° 28051 del 02/01/1995.

El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo 109 serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos o por estos contra aquéllos, o por los cónyuges o convivientes estables entre sí.

El artículo 111 la omisión de auxilio:

Será reprimido con multa de veinte a doscientos cincuenta días-multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

El Anteproyecto de la Reforma Integral del Código Penal de 2014 regulaba el abandono en el artículo 98:

1. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que pusiere en peligro la vida o la salud de una persona abandonándola a su suerte, cuando tuviere el deber de garantizarlas conforme a una prescripción legal, contrato, promesa, función pública, o por haber creado o causado el riesgo, desamparo o incapacidad de esta.
2. El máximo de la pena de prisión será de diez años, si resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.
3. Si resultare la muerte de la víctima, la pena será de cinco a quince años de prisión.
4. El máximo y el mínimo de las penas establecidas en los incisos anteriores serán aumentados en un tercio cuando el delito fuere cometido entre las personas mencionadas en el apartado a) del inciso 1 del artículo 77.
5. La pena será de seis meses a tres años si el hecho fuere cometido por la madre en las circunstancias señaladas en el artículo 80 y resultare grave daño en la salud o muerte del niño. No produciéndose estos resultados, la madre no será punible.¹²

El artículo 99 establecía:

Será reprimido con multa de veinte a cien días, el que encontrando perdida o desamparada a una persona, que no pudiese valerse por sí misma, o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio

12. Véase “Exposición de Motivos”, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*, 1ª ed., marzo de 2014.

necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, o si lo hubiere, no diere inmediato aviso a la autoridad.¹³

El Proyecto de Reforma al Código Penal elaborado por la denominada “Comisión Borinsky”, en el Capítulo 7 “Abandono de persona”, artículo 106, establecía:

Se impondrá prisión de dos a seis años, al que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado. Si como consecuencia no querida del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, la pena será de tres a seis años de prisión. Si como consecuencia no querida del abandono ocurriere la muerte, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.¹⁴

Por último, el artículo 107 consignaba: “Las escalas penales previstas en el artículo 106 se elevarán en un tercio del mínimo y del máximo si el hecho lo cometiere el ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente de la víctima”.¹⁵

Abandono de persona

El artículo 106 contiene en la normativa distintos casos de abandono de personas:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años.

13. Ídem.

14. En la “Exposición de Motivos” se aduce: “Se decidió respecto de esta figura por antonomasia de peligro que la escala quede determinada con un mínimo de dos (2) años y un máximo de seis (6) años de prisión. Para los supuestos de resultado previstos en los párrafos segundo y tercero, se precisa que el resultado sea consecuencia no querida por parte del autor, y es por ello que, en proporcionalidad, se establece una escala penal con un mínimo y máximo menores a las escalas penales actuales. En caso contrario, cuando el resultado fuere querido por parte del autor, escapará de estas previsiones normativas, quedando subsumida en los tipos penales dolosos correspondientes”.

15. En la “Exposición de Motivos” se explicita: “Se modifica levemente el texto, reemplazando el término ‘padres’ e ‘hijos’ por ascendiente y descendiente, respectivamente, y se incorpora además del cónyuge al ‘conviviente”.

La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima

Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión.

Bien jurídico protegido

El abandono de personas se encuentra situado dentro de los delitos contra las personas en razón de que en ellos la ley tiene como objeto tutelar la incolumidad material de la persona humana que vaya en detrimento contra conductas que privan a otro de la vida o la salud. Si bien en este capítulo la norma sustantiva tiene como objetivo idénticos bienes jurídicos, aquí se produce la especial circunstancia de que se los erige en tales en función del peligro al que puedan estar sujetas las víctimas por su circunstancial vulnerabilidad, la cual puede tener visos de absoluta o relativa. Para afirmar estos conceptos se ha dicho que en este capítulo la ley mira la situación de los mismos bienes jurídicos que tutela en los anteriores –vida e integridad material de cada persona– pero los considera en función del peligro que pueden correr por su natural vulnerabilidad.¹⁶

Sin embargo, la cuestión no siempre fue vista de esta manera. Recorriendo los antecedentes legislativos nacionales se ha podido observar que por ejemplo el Código Tejedor ponía el abandono de persona como un delito que afecta las garantías individuales. Núñez criticaba esta ubicación aduciendo que el autor del delito no está obligado a darle garantías a la víctima, sino a prestarle asistencia.¹⁷ El Código de 1886 mantenía el criterio de Tejedor.

El Proyecto de 1881, por su parte, lo incluyó entre los delitos contra el orden de las familias y la moral pública. Ya en el Proyecto de 1891, en la “Exposición de Motivos”, se exponía la disconformidad al respecto expresando que la protección a la que las personas desvalidas tienen derecho respecto de otras, solo en razón determinada, no debe

16. Lucero Offredi, Guillermo, “Abandono de persona”, en Carrera, Daniel (dir.), *Estudios de las figuras delictivas*, Córdoba, Advocatus, 1994, p. 186.

17. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner, T. III, vol. I, 1988, p. 298.

confundirse con las garantías de libertad aseguradas a todos sin consideración a una situación especial. Por ello, lo incluye en el título “Delitos contra las personas”, sistema que se ha adoptado por los Proyectos de 1906, 1917 y pasa al Código de 1921. Se aprecia que el Proyecto de 1937 sigue la misma tónica del Código vigente y el Proyecto de 1941 –Peco– incluye en el Título I “Delitos contra la vida y la integridad corporal” y de poner en peligro a las mismas en el Capítulo III “Delitos de poner en peligro la vida o la integridad corporal”. Ya el Proyecto de 1960 los contempla en el Título I “Delitos contra la vida y la integridad personal” en el Capítulo VI “Exposición de personas al peligro”.¹⁸ En el Proyecto del M.J.D.H.N de 2004 se incluye en el Título II “Delitos contra la vida”, Capítulo V “Abandono de personas”; lo mismo acontece con el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014 y otro tanto ocurre con el Proyecto de Reforma al Código Penal elaborado por la denominada “Comisión Borinsky”.

La fórmula contenida en el artículo 106 proviene de la ley de facto N° 17567, luego adoptada por la Ley N° 21338 y es la que rige en la actualidad en virtud del artículo 2 de la Ley N° 23077, con el aumento de las penas establecidas por la Ley N° 24410.

Según el texto anterior el delito de abandono estaba limitado al de un menor de diez años u otra persona incapaz, por causa de enfermedad, a quien el agente debía mantener o cuidar. En cambio la figura actual amplía dicha protección extendiéndola en la forma descripta teniendo en consideración principios de solidaridad, consciencia y responsabilidad profesional.

El Código Penal español introduce la omisión del deber de socorro en el anterior Código –previo a la modificación de 1995– por la Ley del 17 de julio de 1951. Originariamente se encontraba un precepto similar entre las faltas en el Libro III, artículo 583 N° 7, referido a la omisión de socorro en caso de peligro para la vida o la integridad física. La reforma del 8 de abril de 1967, además de realizar unas modificaciones en el tipo básico, adjuntó un párrafo tercero al entonces artículo 489 ter. Este contemplaba una calificación para los casos en que el omitente del auxilio fuese el causante del accidente. El actual Código Penal le dedica

18. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 2007, T.1, p. 253.

a la omisión del deber de socorro el Título IX que está integrado por dos artículos. El primero de ellos –art. 195– reproduce en sus dos primeros apartados, respectivamente, el contenido de los dos párrafos primero y segundo del artículo 489 ter. del anterior Código y lo más significativo es la incorporación en el artículo 196 de una normativa referida a la de denegación y abandono de asistencia sanitaria. Estos delitos de omisión de deber de socorro se encuentran relacionados, según Muñoz Conde, con el tipificado en el artículo 450 que se halla en el Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia”, Capítulo II “De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”.

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico protegido se considera que se trata de la solidaridad humana es decir, el deber que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorro a otras personas que se encuentren en situación de peligro. La no prestación de ese deber es lo que constituye la esencia de esos delitos que se tipifican como delitos de omisión pura. No obstante, se aduce con razón que la invocación a la solidaridad en forma abstracta no alcanza para determinar la naturaleza de estos delitos, y consecuentemente se postula un criterio muy etéreo o vago para distinguirlo entre sí ya que no existe un deber de socorro genérico sancionado penalmente, sino un deber de socorro respecto a determinados que en una situación determinada se encuentran en peligro. De allí que los tipificados en los mencionados artículos 195 y 196 en realidad protegen bienes jurídicos tales como la vida y la integridad física.¹⁹

En nuestra legislación se pueden observar cuatro conductas punibles diferentes, tres tipificadas en el artículo 106 referidas al abandono de personas propiamente dichas y la omisión de auxilio en el artículo 108 –abandono de persona por omisión de auxilio–.

Aspecto objetivo

Un sector de la doctrina ha interpretado el primer párrafo del artículo 106 como la descripción de una sola conducta con dos medios omisivos distintos, de modo que, la acción típica es “poner en peligro la vida

19. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 20ª ed. completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas N° 1/2015 y N° 2/2015, del 30 de marzo, 2015, pp. 296-297.

o la salud” mediante las acciones de colocar en situación de desamparo o abandono. La acción no es simplemente la de abandonar o colocar en situación de desamparo al sujeto pasivo, sino la de “poner en peligro su vida y su salud mediante el abandono o su colocación en situación de desamparo”; estos últimos procedimientos son modos de comisión del delito que requiere un específico resultado: la situación de peligro efectivamente corrida por la víctima; si ese peligro no se ha corrido concretamente, el hecho puede quedar en tentativa o ser penalmente impune.²⁰

Otros publicistas entienden que el artículo contiene dos tipos distintos: la exposición a peligro de una persona colocándola en situación de desamparo, por una parte, y la exposición a peligro, por abandono a su suerte, de una persona incapaz de valerse a la que el autor deba mantener o cuidar, y de una persona incapacitada por el autor.²¹

Otros autores entienden que los tipos penales del artículo en cuestión son tres: colocar a otro en situación de desamparo; abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar; y abandonar a su suerte a la víctima al que el mismo autor ha incapacitado.²²

Donna considera que el artículo prevé dos acciones distintas, la exposición a situación de desamparo y el abandono. La primera, requiere que se traslade a la víctima del lugar que tenía en ese momento y en el cual se encontraba protegida, a otro sitio o lugar, y que al quedar sin protección su vida y salud entren en estado de peligro. El abandono

20. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 7ª ed. actualizada y ampliada, 2007, T. I, p. 120. En el art. 195.1 se habla de no socorrer a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave. Es decir, que se deben dar las dos circunstancias, persona desamparada que es la que no puede prestarse ayuda a sí misma y el peligro consiste en la probabilidad cognitiva de que se produzca un determinado resultado perjudicial para la vida y la integridad corporal, además debe ser manifiesto, o sea, que debe ser perceptible y conocido por la generalidad de las personas, y grave, esto depende tanto de la índole del mal que campea sobre el sujeto, como del grado de probabilidad e inminencia, por otra parte es menester que sea objetivamente actual siendo indiferente la causa, voluntaria o involuntaria, externa o interna, de la situación peligrosa (Cfme. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 299).

21. Della Vedova, Mario, *El delito de abandono de personas*, JA III-1989-916; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 254.

22. Núñez, Ricardo, *Manual de derecho penal, parte especial*, Córdoba, Lerner, 4ª ed. actualizada por Reinaldi, Víctor, 2009, p. 105; Fontán Balestra, Carlos y Ledesma Guillermo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2014, T. I, p. 351; Navarro, Guillermo y Gonzalez Garrido, Raúl, *op. cit.*, T. 4, p. 187.

comprende la actitud de que el autor sea el que se traslade del lugar en donde se encuentra la víctima y la coloque en un estado de peligro. Básicamente, para ambas, lo primordial del tipo penal es que se coloque a la víctima en un estado de peligro para la vida o la salud, lo cual deriva en un peligro concreto o estado de peligro.²³

Lucero Offredi estima que las figuras que en número de dos, o de tres, según se mire, prevé el artículo 106, son formas mediante las cuales es posible poner en peligro la vida o la salud de otro, como acción típica sustancial del delito único que esta disposición encierra. Aquellas son hipótesis alternativas, no acumulativas, con las que se lo puede configurar.²⁴

Me inclino a pensar que las alternativas del abandono de persona que trata el artículo 106 son tres que a continuación se describirán.

Colocar en desamparo (primer supuesto del art. 106)

Esta hipótesis resulta diferente a las restantes ya que normalmente requiere una conducta activa por parte del sujeto activo y no una conducta omisiva²⁵ como en el caso de las otras, pues en este caso aquel realiza un despliegue físico para colocar a la víctima en una situación de desamparo, con lo que genera un peligro para la vida o la salud. La conducta implica un traslado de la víctima; puede realizarse por medio de aislamiento, privando a la víctima de medios de comunicación, encerrándola, etcétera, y debe darse en una situación contraria a la voluntad de la víctima o por medio de engaños o aprovechando que esta no se dio cuenta sobre la suerte que le esperaba. Aquí la palabra “colocar” significa “poner” o “exponer” a una persona que no estaba desamparada, ni corría riesgos en una situación que implique un peligro para su vida o salud. Es situar a la víctima fuera del ambiente de

23. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rosario, Rubinzal-Culzoni, 4ª edición actualizada y reestructurada, 2011, T. I, p. 406; Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Mave, 2ª ed. actualizada, 2003, T. I, p. 262.

24. Lucero Offredi, Guillermo, *op. cit.* p. 191.

25. Silvestroni, Mariano, “Homicidio por omisión. El artículo 106 del Código Penal y la reforma de la ley 24.410”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año II, N° 1-2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 285. Así se pronuncia este autor al entender que la hipótesis del artículo 106, párrafo 1 comprende los abandonos omisivos con dolo –eventual o directo– de homicidio y es tentativa de homicidio por omisión.

protección en el cual se encontraba, privándola de la asistencia necesaria o interrumpiéndole esta, con la consiguiente creación de riesgo para su salud o su vida. Se trata de colocar a la otra persona en un ámbito donde no pueda tener ayuda, lo que tiene relación directa con la idea de desamparo.²⁶

Apunta Donna que la variación espacial, el encierro o el aislamiento no son suficientes por sí mismos, pues recién se convertirán en desamparo cuando se den dos presupuestos: a) que se sustraiga a la víctima de ayuda ajena; b) que la víctima entre, a consecuencia de ello, en situación de desamparo, es decir, luego de la acción del autor y por ende, le debe resultar imposible al sujeto pasivo aventar, por sí mismo, un peligro para la vida o su salud. De modo que no será típica la exposición a desamparo la conducta del autor que abandona su víctima en un lugar donde es seguro que en forma pronta y sin peligro alguno para su vida o salud será atendido.²⁷

Según Creus y Buompadre se coloca a la víctima en situación de desamparo cuando el sujeto activo la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que su condición exige, lo cual puede ocurrir por el traslado de la víctima a un lugar donde la prestación de estos auxilios se torna imposible –sitio deshabitado– por su aislamiento de las comunicaciones necesarias –privarlo de los medios de comunicación– o preservando el mantenimiento de esas condiciones, vigilando su cumplimiento –cuidando que se mantenga el encierro sin auxilio–. Aquí la conducta típica no se da cuando el sujeto activo simplemente se limita a variar las condiciones de vida del otro sin privarle de los auxilios propios o de terceros, aunque en alguna medida haga más difícil su obtención si no se crea el peligro.²⁸

El sujeto activo puede ser cualquier persona pues alcanza a aquellos que no tienen ninguna obligación con la víctima. El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona sin importar su condición física, edad, o relación jurídica con el autor, siendo el único requisito que no se encuentre desamparado al momento en que el agente realiza su acción, de lo contrario se estaría en presencia de un abandono.

26. Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 406-407.

27. Ídem, p. 408.

28. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 125.

Se ha afirmado que la conducta precedente del sujeto activo que coloca en situación de desamparo a la víctima en este primer supuesto del artículo 106, debe ser una conducta dolosa, al menos con dolo eventual, es decir, enderezada a colocar en situación de desamparo a la víctima para poner en peligro la salud o la vida, pues en el caso de que la acción que genera el peligro fuera meramente culposa se estaría ante la hipótesis del tercer supuesto del artículo 106.²⁹ No comparto esta última afirmación, pues siempre se está ante delitos dolosos de dolo directo.

Este tipo de delito se consuma con la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima, de modo que se está en presencia de un delito de peligro concreto. Cada caso particular debe analizarse al momento en el cual dicha situación peligrosa se genera por la conducta del sujeto activo. La situación de desamparo en la que se la coloca a la víctima es la que hace emerger inmediatamente un riesgo para la vida, por lo que solo será delictiva aquella actividad que ponga en peligro concreto la vida del sujeto pasivo que debe tratarse, en todos los casos, de una persona que sea incapaz de valerse y a la vez que deba mantener o cuidar el sujeto activo o a la que el mismo por cualquier motivo haya incapacitado. En la colocación de situación de desamparo el sujeto activo rodea a la víctima de circunstancias que le impiden obtener los auxilios que le exige su condición.

Abandono a su suerte (segundo supuesto del art. 106)

La alternativa del abandono ya resulta un tanto más compleja porque puede darse por acción u omisión –omisión impropia–. Por otra parte, el abandono tiene como sujeto pasivo tanto al que es incapaz, como al que el propio autor ha incapacitado y la consecuencia es similar a la anterior hipótesis, esto es, poner en peligro la salud o la vida de un tercero.

Así se abandona a su suerte a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integridad de su salud, cuando ella misma no puede suministrarlos y en situación en que normalmente no es posible que se los presten los terceros –abandonado a su suerte–. Tal abandono puede ser ocasionado por el sujeto activo apartándose de la víctima o quedándose con ella pero sin prestarle los auxilios o cuidados necesarios.

29. Navarro, Guillermo y González Garrido, Raúl, en Baigún, David, *op. cit.*, T. 4, p. 189.

El solo alejamiento o inacción en los casos en que terceros deben –jurídicamente– o pueden –solidariamente– asumir el cuidado de la víctima, no sería típico pues no se origina un peligro concreto –dejar de acompañar un menor en un orfanato o al enfermo en un hospital–.³⁰

Soler entiende que hay un delito al que llama abandono el cual puede asumir dos formas: a) llevar a la persona fuera del ambiente de protección en que se encontraba, dejándolo sin otra, en cuyo caso se procede trasladando al que luego es abandonado; b) alejándose el sujeto activo del ambiente de protección y dejando en el mismo lugar al abandonado. En el primer caso, el hecho no consiste en privar al sujeto pasivo de la propia protección, sino en dejarlo sin ninguna, de modo que no existe este delito cuando la víctima es abandonada en un lugar donde es seguro que en forma celeré y sin peligro para la salud, no ya para la vida, será atendido por persona determinada o indeterminada sin que corra realmente ningún riesgo. Lo que establece la situación de abandono más que el alejamiento o no del autor es la existencia o inexistencia de una situación de peligro. La simple privación de asistencia o la interrupción de aquella no son suficientes siempre que pueda razonablemente calcularse que la duración breve de la inasistencia no creará peligro para la vida o la salud. Debe evitarse toda confusión entre esa forma de abandono y la *exposición* de infante [redacción anterior], delito contra el estado civil, porque los bienes jurídicos de las respectivas infracciones son muy distintos. La situación de riesgo ha de medirse con el criterio de lo que puede normalmente ocurrir. Para excluir el delito, es preciso que el sujeto que realiza el abandono pueda tener una esperanza justificada de que el auxilio ocurrirá, pero no basta la simple *posibilidad* de que ocurra.³¹

En el segundo caso, el abandono se produce por el alejamiento del sujeto activo; no está claro si es necesaria la separación espacial entre ambos integrantes de la relación delictiva o si basta la omisión de cuidados debidos, es decir, una especie de aislamiento moral. Hay que decir, en síntesis, que si bien no es expresa la necesidad de una separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto activo *equivalga* a la de esa separación, y ello se da cuando se produ-

30. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 120.

31. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, T. III, p. 173.

ce la privación de los auxilios debidos y el *aislamiento de los inmediatos auxilios posibles*, de modo que se genere la situación de peligro. En el segundo de los modos de comisión de este delito, es decir, el que se consume *dejando* abandonada a la persona, la fuente de la obligación de *no dejar* está constituida por una preexistente obligación de mantener o de cuidar. De tal manera, la determinación del ámbito de esa obligación coincidirá con la determinación de los sujetos a quienes tales obligaciones incumben.³²

Menciona Donna que la esencia del abandono consiste en que el autor ya tenía a la víctima bajo su guarda o estaba, de alguna forma, obligado a ocuparse de ella. Se trata de un delito especial, de modo que el deber de cuidado surge no tanto de las fuentes formales, sino de la relación especial del autor con la víctima. Se trata de un delito de comisión, que no admite la omisión simple, el abandono implica que se aleje del lugar o del espacio físico de la víctima, de modo que se cree un peligro concreto para la vida o la salud.³³ Es posible la omisión impropia en cuanto es equivalente al acto positivo, en cuanto se encuentre en la posición de garante o de cercanía con respecto al bien jurídico; de allí que el delito en su forma de abandono admite la omisión impropia cuando es realizado por el garante.³⁴

En este caso, el sujeto pasivo del abandono necesariamente debe ser una persona incapaz de valerse por sí misma, para cuidar su vida o salud. De hecho esta fórmula es sencillamente más amplia que la contenida en el original texto del artículo 106 que reducía el sujeto pasivo a menor de diez años o a la persona incapaz por causa de enfermedad. Es preciso aclarar que la palabra “incapaz” no tiene las mismas connotaciones que en el derecho civil, ni tampoco en el derecho penal con relación a la inimputabilidad, sino, en realidad, a la carencia de aptitudes para prodigarse los cuidados que la propia subsistencia requiere –conservación de la vida y la salud– por ejemplo niños, enfermos e inválidos en general, de manera amplia.

El sujeto activo debe tener especiales condiciones, pues no cualquier persona puede ser sujeto pasivo de esta hipótesis, sino aquella

32. Ídem, p. 174.

33. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 410.

34. Ídem.

que tenga una relación con la víctima y especialmente una obligación con la misma. De modo que no se daría el problema que conlleva toda comisión por omisión, en el sentido de que se agregan nuevos elementos de tipo penal, que los delitos de acción no tienen, que es la posición de garantía, sencillamente en este ya la ley lo exige *per se*.³⁵

Al hablar de la posición de garante, tradicionalmente se ha entendido que la misma deriva exclusivamente de tres fuentes: a) la ley, b) el contrato o c) la conducta precedente.

En el supuesto de la ley se puede mencionar a título de ejemplo: la obligación de los padres de criar y alimentar a sus hijos menores de edad –arts. 646, 658, 659 del CCyC– y la de los hijos para sus padres en la ancianidad o enfermedad –art. 671 CCyC–, Alimentos entre cónyuges –art. 432 CCyC– y entre excónyuges –art. 434 CCyC–. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Deberes alimentarios de los tutores, guardadores y curadores. Obligaciones de asistencia a las personas detenidas –Ley N° 24660–.

En el contrato o deberes que derivan de una aceptación voluntaria, tal el caso del guardavidas, niñera, guía de montaña, instructor de vuelo, médicos, enfermeras/ros. Tal como dice Donna en estos casos no interesa la figura contractual sino que lo trascendente es que el sujeto activo haya asumido el deber del cuidado, aunque el contrato sea nulo.³⁶

El hecho precedente que genera el sujeto activo por un acto propio ya sea por una conducta previa lícita o ilícita –dolosa o culposa– pues lo que se pune no es el hecho previo, sino el abandono cuando el sujeto pasivo, dada tal circunstancia, queda al cuidado del autor y por consiguiente este sometido al deber de cuidado de la víctima. Tanto incurren en esta situación aquel que secuestra o priva ilegítimamente de su libertad, como quien recoge un niño abandonado –conducta lícita–, asume deberes asistenciales de manutención y cuidado para con el secuestrado, prisionero o niño cuyo incumplimiento puede importar el abandono a su suerte, los guardadores de hecho.³⁷

35. *Ibidem*, p. 416.

36. *Ibidem*, p. 417.

37. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 256.

Para la postura tradicional, en variados casos, la fuente de responsabilidad no es la trasgresión del tipo penal, sino la violación de una norma emanada del Código Civil o de un incumplimiento contractual, lo que es criticado por Zaffaroni al sostener que en tal caso, el ilícito es civil y no susceptible en convertirse en penal, de modo que, ante la ausencia del tipo penal omisivo escrito, su consecuencia no puede ser una pena. Al respecto señala: “Se privilegian hoy los contenidos de los deberes más que las fuentes formales de estos”.³⁸ El criterio es en la actualidad, más material que formal; la responsabilidad por la propia organización y la responsabilidad por la posición institucional del sujeto explican, desde una perspectiva funcionalista, el origen del deber de obrar en resguardo del bien jurídico.³⁹ Se trata de un delito doloso que podría abarcar el dolo eventual.

Quizás sea menester aclarar que esta disposición no debe ser confundida con los deberes de asistencia familiar que imponía la Ley N° 13944, ya que en este caso se regulan delitos de peligro abstracto y de omisión que no demandan la existencia de riesgo cierto contra la persona del alimentario.

Víctima a la que el mismo autor haya incapacitado (tercer supuesto del art. 106)

El último supuesto del artículo 106 se trata del abandono en el caso de que el mismo autor ha incapacitado a la víctima. Esta circunstancia tiene su fuente, como ya se ha enunciado *ut supra*, en el artículo 141 del Proyecto de 1960. Al respecto se ha señalado que la incapacidad puede provenir de un acto penalmente atípico, inocente, como el derivado de la intervención quirúrgica que el cirujano inicia y luego abandona sin que ocurra nada más que la situación de peligro que deriva de alejarse o dejar interrumpida la operación, o cuando la incapacidad se produce por negligencia de la propia víctima o por caso fortuito. Si el acto causante de la incapacidad es un hecho delictivo doloso, como por ejemplo una lesión, al igual que en los casos por culpa, se tratará de

38. Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 6ª ed., 2001, p. 549.

39. Buján, Javier y De Langhe, Marcela, *Tratado de los delitos. Delitos contra las personas*, Buenos Aires, Abaco, 2004, T. I, p. 814.

un concurso real, siempre que el autor de la lesión haya tenido conciencia clara y la posibilidad de un daño extraño causado por él a la víctima. Aquí el deber asistencial del autor del hecho causante de la incapacidad no deriva de un deber jurídico preexistente, sino que nace en el mismo momento en que el agente comete el hecho causante de la incapacidad. Cualquier persona puede ser sujeto activo y pasivo de la relación –pero debe ser la persona a quien el activo ha incapacitado– y se trata de una forma delictiva de comisión por omisión.⁴⁰

Lucero Offredi apunta que el abandono de una persona incapaz de valerse y a la que el mismo autor haya incapacitado se asemeja en forma notable al supuesto anterior, pero se diferencia de este debido a que el autor adquiere la obligación de mantener y cuidar a la víctima por ser la causa de su incapacidad para valerse por sí. Esta característica lo aproxima al abandono por colocación en situación de desamparo, pero se distingue de ella porque aquí la incapacitación no es dolosa, sino culposa o inocente, aunque el autor no debe representarse al momento del abandono la posibilidad de que ese peligro puede concretarse en lesiones gravísimas o en la muerte, ya que de ser así las figuras de resultado se tornan aplicables por dolo eventual.⁴¹

Soler pone como caso testigo el que se presenta en los accidentes de tránsito. La novedad de esta figura consiste esencialmente en imponer aquí el deber positivo de asistir a la víctima, aun a riesgo de que con ello quede eliminada indirectamente la impunidad tradicionalmente reconocida en la autoeximición sin violencia. Las grandes facilidades proporcionadas al hombre por los modernos medios técnicos, en este caso, el automóvil, deben ser balanceadas por un correlativo aumento de exigencias y de responsabilidades. Está referido a la incapacitación como consiguiente a una acción inocente o meramente culposa, porque si la incapacitación proviene de una acción dolosa por supuesto que las consecuencias de ellas son directamente abarcadas por el dolo: lesiones agravadas por peligros de vida, u homicidio por la muerte ulterior del lesionado. Claro está que también responderá por homicidio culposo el imprudente que abandonó a su víctima, cuando

40. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 226; Della Vedova, Mario, *op. cit.*, p. 916.

41. Lucero Offredi, Guillermo, *op. cit.*, pp. 199-200.

esta muere a consecuencia del abandono, pero en ambos casos se aplicará el principio de consunción en favor del delito de daño. De este modo, cuando no ocurre la muerte, la diferencia consistirá en que el peligro de vida que en el caso de culpa es constitutivo para el delito de abandono, es calificante para las lesiones dolosas, y lleva ya de por sí una responsabilidad muy superior.⁴²

Según Núñez, el autor incurre en esta circunstancia si, después de haber incapacitado físicamente a otro, se desentiende de su asistencia de una manera que, con arreglo de la incapacidad sufrida por la víctima y a las circunstancias del caso, crea un peligro para la vida o la salud de ella. Es así que el acto de haber incapacitado a la víctima que no puede esperar el oportuno auxilio de terceros, para salvar por sí el peligro que la amenaza a raíz del abandono del autor. De modo que el mal esperable puede consistir en el agravamiento producido por el del autor a la víctima o en otro mal distinto. Afirma que el acto causante puede ser un acto penalmente inocente, como es la incapacidad derivada de la intervención quirúrgica que practica el propio autor, o puede ser un acto delictivo culposo, tal como la incapacidad ocasionada culposamente por el automovilista a la víctima del accidente de tránsito. En este último caso, el acto culposo concurre en forma real con el abandono. Pero si a raíz del acto culposo la víctima perdió su vida queda excluida la posibilidad del delito de abandono, porque ya no se puede esperar que sufra otro mal físico mayor.⁴³

Mercado, en su trabajo sobre este tópico, llega a las siguientes conclusiones: 1) Es indiferente que el peligro para la vida o la salud de la víctima provenga de un proceder culposo o doloso; 2) es necesario como consecuencia de dicho abandono que se haya puesto en peligro real la vida o salud del incapacitado sin que se requiera un resultado por ser una figura de peligro; 3) que dicho delito puede ocurrir en lugares poblados como deshabitados, sin interesar que la víctima pueda ser socorrida por terceros, porque la ley, en este caso particular, no menciona el aspecto del “desamparo”, imponiendo al autor del hecho la obligación de prestar socorro y requiriendo, además, la intervención de los

42. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 176.

43. Núñez, Ricardo, *Análisis de la ley 21.338. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1976, p. 26.

órganos penales en detrimento del sujeto activo, para reprimir su delito incluido como tal en el cuerpo legal, en un esfuerzo de contener la gran cantidad de accidentes de tránsito resultante del desarrollo y aumento de los transportes automotores. Agrega que el abandono como delito es distinto del hecho que suele llamarse fuga, como se expresa en la “Exposición de Motivos”, cuya esencia consiste en dificultarle la investigación del delito en trámite de sustraerse a su identificación o detención. Supuesto de muerte del accidentado, en este caso no hay peligro para su vida o salud y por consiguiente el agente está en fuga únicamente. Pero en el Código Penal no es así la figura, el artículo 106 tiene en cuenta la vida o la salud del abandonado como consecuencia de un accidente de tránsito y no la muerte del accidentado.⁴⁴

Acorde con lo expuesto en el último párrafo que se está tratando se ha intentado realizar una distinción según cual fuera la actitud del conductor antes y después del accidente y el momento en el que se produzcan determinados resultados. De esta manera pueden darse diferentes alternativas: a) Si se da el caso de que la víctima muera inmediatamente después del accidente, dándose el conductor a la fuga, la solución que deviene es el encuadre de la conducta de este en lo dispuesto por el artículo 84 del CP [antigua redacción] no vinculándolo al 106 por ausencia del sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, en este caso vida o salud; b) Si como consecuencia del accidente la víctima sufre lesiones leves y el conductor se da a la fuga, agravándose estas con posterioridad, se producen dos circunstancias: que dicho agravamiento sea a consecuencia del accidente, por ende, hay una concurrencia material de las figuras de los arts. 94 [antigua redacción] y 106, 1 párrafo, ambos del CP; o que el agravamiento de las lesiones sea como producto del abandono, lo que encasilla la conducta del sujeto activo en artículo 106, 2 párrafo del CP, pues las lesiones culposas se consumen por la figura mencionada en virtud de un concurso aparente de leyes; c) Si el accidente provoca lesiones a la víctima y luego se da la fuga del conductor se produce su deceso, este puede ser consecuencia del mismo accidente o del abandono. En el primer caso, como en el anterior, hay un concurso real (art. 55 CP) entre el artículo 84 [antigua

44. Mercado, Ángel, “Abandono de personas”, *LL* 134-1119.

redacción] y 106, 1 párrafo y en la segunda hipótesis será el tipo del artículo 106, 3 párrafo, todos del CP.⁴⁵

Sin embargo, Cossio explica que, a los fines de una correcta interpretación de la ley en este caso particular, no debe olvidarse que esta figura delictiva es una excepción a la regla tradicional de la impunidad de la autoeximición y, en consecuencia, la disposición que se comenta debe ser interpretada restrictivamente circunscribiéndosela a los supuestos de los delitos culposos, máxime teniendo en cuenta que los citados precedentes legislativos corroboran sin hesitación esta interpretación. Por otra parte, obligar penalmente al autor de una lesión dolosa, a no abandonar a la víctima a quien ha incapacitado para valerse a sí misma, poniendo en peligro la vida o su salud, resultaría un contrasentido jurídico, puesto que su intención al cometer dicho delito ha sido precisamente la de producir un daño en la integridad física de aquella, y en consecuencia la ley represiva, al fijar la pena correspondiente, ya ha tenido en cuenta dicha actitud de abandono que está consustanciada con su conducta dolosa. Finalmente, ello importaría violar indirectamente la garantía constitucional que hace a la libertad individual, como es la de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y, correlativamente, a la garantía procesal de que nadie puede ser obligado a prestar declaración indagatoria, sin que su negativa a hacerlo constituye una presunción de culpabilidad. En efecto, si se exigiera al autor de un hecho doloso a no abandonar a la víctima, ello sería, prácticamente, obligarlo a confesar su autoría. En definitiva y de acuerdo con lo considerado, se estima que la figura de abandono al que el mismo autor haya incapacitado se refiere únicamente a los delitos culposos o los accidentes que no constituyan delito, quedando, en consecuencia, excluidos los delitos dolosos.⁴⁶

45. Caramutti, Carlos y Repetto, Agustín, "Abandono, homicidio y lesiones en accidente de tránsito", LL 1983-A-778.

46. Cossio, Raúl, "Abandono de personas en caso de accidente", LL 134-1419. Abona esta postura Lucero Offredi al considerar que la incapacitación causada por obrar doloso nos ubica en la hipótesis de abandono, pues el propósito de lesionar, o de matar que ello importa, supone una determinación consciente de la voluntad que *ab initio* es contraria al cumplimiento de la obligación de preservar en el otro la vida o la salud. Más bien se encuentra que la incapacitación por dolo, subjetiva y objetivamente, implica colocar al otro en situación de desamparo, y que por lo tanto queda afuera de este tercer supuesto y comprendido en el primero (Cfme. Lucero Offredi, Guillermo,

Para Cossio es indiferente que el abandono haya tenido lugar en un sitio poblado o despoblado, ya que lo relevante es que en ambos casos no haya existido la posibilidad o la esperanza fundada de que la víctima pueda ser socorrida a tiempo, por ser tal circunstancia un presupuesto esencial para que pueda hablarse jurídicamente de abandono. Considera que no puede haber abandono de persona sin desamparo, dentro de las distintas figuras contempladas en el mentado artículo 106. Así, consecuentemente entiende que nada significaría que el accidente ocurriera en una ciudad si por la hora, por la temperatura reinante o por cualquier otra circunstancia, el lugar del accidente se encuentra práctica y transitoriamente desierto, pone el ejemplo de una persona atropellada una noche de crudo invierno, por un ciclista sin causar ruido, y la víctima fuera abandonada, con una seria lesión y con pérdida de conocimiento. En cambio, si el accidente ocurriera en el campo, pero en el lugar de este se encontrara eventualmente alguna persona pueda auxiliarla, no se tipificaría el abandono. En concreto, estima que son situaciones de hecho que deben tenerse en cuenta en cada caso en concreto.⁴⁷

Resulta interesante, el razonamiento que realiza Lucero Offredi, cuando asevera que atento a la frecuencia con que la aplicación de esta disposición podía ser convocada con motivo de los accidentes derivados del tránsito vehicular, se la cuestionó porque *impone el deber positivo de asistir a la víctima aun a riesgo de que con ello quede eliminada indirectamente la impunidad tradicionalmente reconocida en la autoeximición sin violencia*. Empero, se ha dicho con acierto que, por un lado, las facilidades que el automóvil proporciona, deben ser balanceadas por un correlativo aumento de exigencia y de responsabilidades, y por otra parte la norma no impone la obligación de autoincriminarse, sino de asistir a la víctima, lo cual bien puede hacerse llevándola donde pueda ser atendida. Si la incapacitación se deriva de la lesión causada culposamente por quien luego abandona a la víctima a su suerte, con riesgo para su vida o salud, el tipo del artículo 94 concurre materialmente con esta hipótesis del artículo 106 del CP.⁴⁸

op. cit., p. 202). En igual sentido Molinario, Alfredo, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Aguirre Obarrio, Eduardo, Buenos Aires, Ed. Tea, 1996, T. I, p. 308.

47. Cossio, Raúl, "Abandono de personas...", *op. cit.*, LL 134-1419.

48. Lucero Offredi, Guillermo, *op. cit.*, p. 200.

En estos casos puntuales de accidentes de tránsito donde la misma persona lesiona a la víctima y como se dice comúnmente “la abandona”, se ha sostenido que existen circunstancias externas que tornan la conducta del agente impune, tal es el caso cuando la víctima objeto del accidente es dejada en un lugar donde seguro que prontamente y sin peligro para la salud o la vida será atendida por una persona determinada o indeterminada, tal sería el caso de un conductor que atropella casualmente a la víctima en pleno centro de la ciudad y huye dejándola allí desamparada, dado que seguramente será auxiliada rápidamente por terceros, y por consiguiente, en realidad no se ha puesto en peligro su vida o salud.

También el caso de la víctima atropellada que por sus propios medios se dirige al hospital donde es atendida, lo cual indica que tampoco existió peligro para su vida o la salud. Por lo que solo habrá abandono de persona, en cualquiera de sus tres supuestos, cuando la víctima quede en una situación de absoluta soledad y por consiguiente, no puede evitar por sí misma el peligro para la vida o la salud. Si bien esto a simple vista puede resultar injusto, pues hace depender la responsabilidad penal de una circunstancia quizás externa al dolo o culpa del autor, como es, por ejemplo del hecho de que el lugar del abandono esté transitado o no, o que la víctima de alguna manera pueda recibir ayuda de terceros, lo cierto es que de verificarse esta circunstancia de ayuda externa, no existía peligro alguno para la vida o la salud de la víctima que constituye el bien jurídico protegido por la norma y consiguientemente no habrá peligro de abandono de persona.⁴⁹ Esta representa una constante en la doctrina y jurisprudencia, con algunas excepciones como sería el caso de Mercado, de acuerdo a lo expresado en el punto 3 mencionado *ut supra*, o con algunos matices, Cossio, quien sintetiza su pensamiento de la siguiente manera:

1. El delito de abandono a la víctima que el mismo ha incapacitado, únicamente procede en los delitos culposos cualquiera que ellos sean o en caso de accidente en los que este último ha tenido parte, aunque no constituya delito, quedando por lo tanto excluidos los delitos dolosos;
2. Es necesario que como consecuencia de dicho abandono se haya puesto en peligro la vida o la salud de la víctima, vale decir, que

49. En tal sentido por todos Navarro, Guillermo y González Garrido, *op. cit.*, T. 4, p. 196.

- haya sentido desamparo, dejándose a la misma sin posibilidad de ser socorrida de inmediato;
3. Dicho abandono puede producirse tanto en lugar poblado o despoblado, debiéndose resolver en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias particulares que rodearon el hecho, a fin de determinar si hubo desamparo punible;
 4. Para la agravación de dicha figura, es necesario que en la salud o muerte, sea una circunstancia del abandono y no del accidente del mismo;
 5. La figura que se comenta puede ser violatoria indirectamente de la garantía constitucional, de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.⁵⁰

Queda claro que en este tercer supuesto de abandono de persona el delito es doloso que admite el dolo directo o eventual y el delito precedente –en el caso se trata de los accidentes de tránsito– es culposo.

La puesta en peligro implica una representación respecto a que el mismo se producirá de modo que basta con que el autor conozca la circunstancia que fundamenta el peligro, es decir, los factores causales a partir de los cuales se sigue la posibilidad de una lesión del bien jurídico, de ello deviene que para que esté presente el dolo es necesario sobre el conocimiento de tales circunstancias, pero no la conclusión sobre la posibilidad de una lesión, ya que esta es un elemento de la formación del tipo, con cuya ayuda son seleccionadas las circunstancias que fundamentan el peligro en el marco de las leyes causales y reglas de la experiencia.⁵¹ Trasladados estos conceptos a la especie, concretamente en el caso del abandono, el autor debe tener conocimiento, amén de la posición de garante que ostenta, de las características que reviste el sujeto pasivo, de lo contrario se estaría ante un error de tipo.

Así, Donna expresa, que el dolo abarca el conocimiento de la acción típica, sea esta como desamparo o como abandono, la relación de causalidad que existe entre la acción y la creación del peligro y las circunstancias que fundamentan el peligro para la vida o la salud de la víctima.

A este delito le es aplicable lo dicho en el caso anterior sobre la culpabilidad, momento consumativo y tentativa.

50. Cossio, Raúl, "Abandono de personas...", *op. cit.*, LL, pp. 134-1419.

51. Struensee, Eberhard y Jakobs, Günther, *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 821, citado por Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 422.

Hubo un proyecto de ley en el Senado de la Nación en 1997 sobre “Régimen de la responsabilidad penal por imprudencia e inimputabilidad disminuida” en el cual el senador del Valle Rivas procuró la incorporación de un 2º párrafo en el artículo 108 de CP con la siguiente redacción:

La pena será de seis meses a un año de prisión para el que habiendo tomado parte de un accidente del que hubiese resultado heridas o muerte de alguna persona, omitiera prestarle el auxilio necesario sin riesgo físico personal, siempre que su conducta no importare el delito de abandono previsto en el artículo 106.

Si bien dicha normativa no tuvo acogida en el seno de la Comisión, se interpretó que la razón que motivó el párrafo sugerido consiste en que es opinión corriente que el abandono de la víctima en un accidente automovilístico que perpetra el conductor del vehículo en un centro urbano, no cumpliría el tipo penal del artículo 106 ni el de artículo 108, ambos del CP, porque la persona “no queda abandonada” en razón de que las otras pueden prestar el auxilio necesario. Al menos esta tesis se ha sostenido muchas veces en la doctrina e invocado en la jurisprudencia para no imputar el abandono del conductor en esas condiciones. Una Comisión entendió lo siguiente:

A nuestros fines es suficiente con dejar en claro que cuando un conductor se halla ante una persona necesitada de auxilio, debe socorrerlo al menos ya según el artículo 108 CP vigente, y con mayor razón, según el artículo 106 del CP, cuando él mismo lo ha incapacitado, siendo, incluso posible que, en este caso responda por homicidio doloso cometido por omisión (art. 79 CP). Por tanto, no hace falta incorporar al Código Penal una figura para alcanzar tal comportamiento omisivo o abandonante, sino que basta con lo que ya existe en la ley penal.

En el mismo Proyecto se sustituye el artículo 35 del CP por el siguiente texto:

... 2) Dentro del marco del delito respectivo, la responsabilidad por el delito respectivo, la responsabilidad por el delito imprudente será establecida atendiendo prioritariamente a la infracción al deber de cuidado que hubiere implicado el comportamiento, en particular a la gravedad del conjunto de circunstancias riesgosas propias de la acción. 3) El tercio más elevado de la escala penal sólo será aplicable cuando la infracción al

deber de cuidado hubiera implicado una grave desconsideración de los bienes en juego, tal como la conducción de un vehículo automotor en condiciones personales o instrumentales manifiestamente inapropiadas para el aseguramiento de una correcta participación en el tránsito, u otros modos de conducta gravemente descuidado. 4) Si la infracción al deber de cuidado hubiere sido escasa, tal como una momentánea distracción factible también en un comportamiento en general diligente y cuidadoso el tribunal podrá aplicar la escala penal atenuada que establece el art. 38 o bien, en el caso de insignificancia de la infracción eximir de pena al autor.

Se sustituye el inciso 2 del primer párrafo del artículo 72 del CP por el siguiente: “2) Lesiones del artículo 89. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de inseguridad o interés público”. Se hace lo propio con el artículo 81: “2) Se impondrá prisión de dos a tres años a aquel que con voluntad de causar daño en el cuerpo o en la salud de otro, produjere su muerte por imprudencia o negligencia”. En cuanto al artículo 84 se propugna el texto siguiente: “Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación en su caso, de cinco a diez años, el que por imprudencia o negligencia causare a otro la muerte”. Y el artículo 94 determina que

Será reprimido con prisión de tres meses a cuatro años, multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, e inhabilitación especial, en su caso de uno a seis años, el que por imprudencia o negligencia causare a otro en el cuerpo o en la salud una lesión de las previstas en el artículo 90 o en el artículo 91.

Por último se sustituye el artículo 108 del CP por el texto siguiente:

Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, o multa de dos mil a veinte mil pesos, el que, hallándose ante una persona desvalida o amenazada de sufrir un peligro grave para su integridad corporal o su vida, a causa de infortunio, accidente o acción de un tercero ocurridos o por producirse, no prestare el auxilio necesario para aventar el peligro, cuando pudiese hacerlo sin riesgo de entidad para sí mismo o personas a su cuidado y no diere aviso oportuno a la autoridad. Incurrirá en la misma pena el que, advirtiendo el peligro grave para la integridad corporal o la vida de alguna persona proveniente del defecto de una fuente de peligro no controlada suficientemente, no neutralizare el riesgo eventual cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso oportuno a la autoridad.

Más recientemente, en 2015, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto que incorpora como novedad el concepto de “conducción temeraria” que, según explicó la diputada Bullrich, “va más allá de la imprudencia o negligencia”. Además, incorpora los delitos de “conducción en estado de alcoholemia o bajo influencia de drogas”, “conducción sin registro habilitante” y de “participación en una prueba de velocidad con un vehículo con motor”, al referirse a las “picadas” que luego se transformarían en la Ley N° 27347 de controvertida redacción.

Agravantes

La norma en examen en su segundo y tercer apartado tiene como agravantes de la punición cuando a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o la salud de la víctima o si ocurriere la muerte. Huelga decir que en estos casos debe mediar una causa-efecto, vale decir, que aquellos resultados tienen una derivación directa e inmediata del abandono o el desamparo sin que haya mediado algún tipo de interferencias originadas en causas ajenas, anteriores, concomitantes o posteriores al abandono.

La expresión “grave daño en el cuerpo o en la salud” que utiliza el artículo 106 ha concitado algunas interpretaciones controvertidas. En efecto, tanto Fontán Balestra como Oderigo y Buompadre consideran que la misma se refiere solo a las lesiones graves o gravísimas. En tanto Núñez tiene una visión más amplia al estimar que si bien puede abarcar o no estas lesiones, es suficiente que el cuerpo o la salud hayan sufrido un importante perjuicio sin que necesariamente se enrole en los artículos 90 y 91 del CP. Siguen esta tesitura Estrella y Godoy Lemos aduciendo que el Código, cuando ha querido referirse exclusivamente a las lesiones de los artículos 90 y 91, lo ha hecho expresamente, tal como en los supuestos de los artículos 97 inciso 2, 99 inciso 2 y 166 inciso 1, siguiendo en tal sentido la opinión de Della Vedova.⁵² Esta es la posición más adecuada.

Silvestroni aporta una particular visión al entender que solo se encuentran incluidas las lesiones gravísimas, debido a que no resultaría armónico que la causación de lesiones graves tenga prevista una

52. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, pp. 257-258; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 123.

pena menor que si son ocasionadas mediante una omisión (art. 106, 2º párr. CP).⁵³

Soler interpreta que para ambos casos –grave daño en el cuerpo o en la salud o muerte– debe tratarse de eventos preterintencionales. No es necesario que ocurran para que exista el delito básico; además, para que esta figura sea aplicable, se requiere que esos resultados no estén abarcados por la intención directa o eventual del autor, la cual no puede haber ido más allá del conocimiento de una mera situación de peligro. Agrega que debe observarse que la ley en ambos casos hace referencia al evento preterintencional por medios de expresiones del tipo de las que siempre emplea para calificar esta clase de relaciones objetivas: si resultare, si ocurriere. Con lo cual, se expresa una vinculación simplemente externa y no una relación subjetiva dolosa.⁵⁴

Con referencia al hecho de la muerte se han suscitado algunas controversias respecto a la admisión de que tal evento resulte preterintencional o doloso.

En tal sentido ya se conoce la posición de Soler, mencionada *ut supra*. En idéntica posición se sitúa Buompadre.⁵⁵

Fontán Balestra y Ledesma remarcan que es evidente que los resultados deben responder causalmente al abandono; pero es preciso que la conducta del autor no haya sido cumplida con previsión de tales resultados, porque esa actitud subjetiva sitúa el hecho en las figuras comunes de homicidio y lesiones. Esta es la opinión dominante que llena el dolo del abandono con la consciencia de una situación de peligro.⁵⁶ Es decir, la diferencia es una cuestión de dolo, dice Donna, si el conocimiento del autor llega hasta las circunstancias que fundamentan el peligro efectivo de afectación al bien jurídico, se estará dentro de las figuras agravadas de abandono; más si el conocimiento del sujeto activo va más allá, abarcando la previsión de tales resultados como posibles, se encuadrará el hecho en las figuras de lesiones u homicidio.⁵⁷

53. Silvestroni, Mariano, *op. cit.*, pp. 282-283.

54. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 179.

55. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 266.

56. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, *op. cit.*, p. 359.

57. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 427.

Núñez sostenía que resulta incongruente aplicar a quien intencionalmente ha causado lesiones graves por medio del desamparo o el abandono la pena de las lesiones graves dolosas (art. 90) que es menor a la del abandono seguido de lesiones graves (art. 106, 2° párr.), con lo cual se vendría a castigar más severamente el resultado preterintencional que el doloso, de modo que propicia como solución la aplicación de la pena del artículo 106, segundo párrafo, a todos los casos en que a consecuencia del abandono se produzcan lesiones graves, o aun cuando a su autor se le pueda imputar dolo al respecto. No sucede lo mismo si resultare una lesión gravísima u ocurriere la muerte de la víctima. En estos casos la actitud dolosa del autor del abandono en relación con la lesión gravísima o el homicidio, llevaría una imputación más grave y excluyente de los tipos y de las penas de los párrafos segundo y tercero del artículo 106.⁵⁸

Creus y Buompadre se hacen eco de esta incongruencia que señala Núñez, pero a pesar de que reconocen la justicia de la solución propuesta por este, no dejaría de ser conflictiva pues se desconocerían los principios que rigen el concurso de leyes o concurso aparente de delitos e importaría una modificación de la ley –por procedimientos interpretativos– aunque se procure con ella superar el error legislativo en que se ha incurrido.⁵⁹

Finalmente, Donna no está de acuerdo con el argumento de Soler –mencionando la pena del art. 84 anterior a la reforma– pues en caso de ser un abandono más la muerte culposa de la víctima, daría una escala penal cuyo máximo sería de nueve años –seis del artículo 106 y tres del artículo 84 y no los quince que estipuló el legislador–. Además, sostiene que el resultado muerte, necesariamente, debe tener alguna relación subjetiva con el abandono y aquí se advierte dificultades para determinar si se trata de un resultado imprudente o doloso. Aduce que, el principal escollo es establecer una diferencia entre este delito y el homicidio simple cometido con dolo eventual, cuando el sujeto que abandona se representa la posible muerte del sujeto pasivo y no hace nada para evitarlo, entonces considera que una futura reforma legislativa debería aclarar expresamente este punto a los efectos de evitar interpretaciones forzadas. Entonces, modifica su posición en las

58. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 305.

59. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 124.

anteriores ediciones y considera que podría admitirse que el resultado muerte sea imputable también a título de imprudencia, en aquellos casos en que el autor no se ha representado el resultado más grave y solo ha aceptado el peligro. Es que, como se sostuvo al analizar el delito preterintencional, el problema de si el evento no querido directamente debe imputarse a título de dolo o de imprudencia, no admite una regla general, sino que depende de la actitud del autor frente al resultado, por una parte, y a cómo se ha legislado en la ley el tema, concretamente teniendo en cuenta la pena impuesta para este tipo de delitos. Refiere que como se ha podido ver en el resto de la obra y sin perjuicio de lo que ahora se diga, debe hacerse una remisión al concepto de dolo, sus clases, alcances y al concepto de culpa que se adopte en el punto. Lo que no es admisible, tal como suele hacerlo cierta parte de la doctrina y jurisprudencia, es imputar el resultado de manera mágica, por el solo hecho de haber sucedido.⁶⁰

En síntesis, lo que resulta evidente es que si el sujeto activo aportó todos los elementos para la consecución de un delito doloso, no puede verse beneficiado bajo ningún punto de vista por una pena más leve, pues ello entra en colisión con la idea de sancionar más benignamente un resultado doloso que uno preterintencional. Es decir, que si el sujeto quiso ocasionar la muerte deberá responder como autor de homicidio, si ella se produjo, o habrá tentativa de ese delito si la misma no tuvo lugar por causas ajenas a su voluntad. En ambos casos la actitud dolosa lo hace merecedor de una imputación que por ser más grave excluye el tipo y la pena del párrafo tercero, pues su conducta es un medio para el designio final: matar. Cuando la muerte sobreviene al abandono –“si ocurriere la muerte....”–, este se agrava solo si ella no estaba abarcada por la volición del autor aunque se representa la posible muerte del sujeto pasivo y no hace nada para evitarlo.

Agravación por el vínculo

La norma positiva en su artículo 107 (texto según Ley N° 24410) aumenta la pena cuando el sujeto activo es el hijo, padre o cónyuge de la víctima. Así se dispone: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentadas en un tercio

60. Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 427- 428.

cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge.”

El fundamento como es lógico, deriva de la infracción a los deberes que tienen los parientes entre sí, fundamento del cual se habló al tratar el artículo 80 inciso 1. Pero en este caso la ley limita la agravante a los padres e hijos⁶¹ entre sí y a los cónyuges, excluyendo todo otro parentesco por consanguinidad en cualquier grado, ascendente o descendente,⁶² como también los otros sujetos activos incorporados recientemente, lo cual muestra a las claras que cuando se modifica una norma se puede alterar toda la hermenéutica del resto del texto global.

La ley de reforma mentada a la vez que incrementó la pena ha derogado la atenuante por causa de honor que preveía la anterior fórmula del artículo 107 en su segunda parte.

Esta agravante introduce una consecuencia absurda con relación a las lesiones del segundo párrafo del artículo 106 ya que establece una pena mayor para las lesiones omisivas que para las activas. Es así que las lesiones del artículo 91 cometidas entre tales parientes conllevan la aplicación de la agravante del artículo 92 que tiene una escala penal de tres a quince años, mientras que las del artículo 106, segundo párrafo con la agravante del artículo 107 tiene una escala de cuatro años a trece años y cuatro meses. Es decir, que las lesiones gravísimas omisivas tendrían una pena mínima de cuatro años mientras que las activas una pena mínima de tres años. Se aduce que para tratar de armonizar las escalas es menester tener en cuenta que debe existir una tentativa de homicidio para que las lesiones omisivas gravísimas encuadren en este tipo penal. No obstante, el mínimo sigue apareciendo injustificado porque no existe la misma relación entre los mínimos del tipo básico y los del agravado, quedando en definitiva la declaración de inconstitucionalidad por irrazonabilidad.⁶³

61. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 390. Este autor considera que los hijos adoptivos deben ser incluidos dentro de la agravante.

62. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 429, entiende que el abandono de un abuelo o un nieto permanece en la figura básica.

63. Silvestroni, Mariano, *op. cit.*, p. 285.

Jurisprudencia del delito de abandono de persona

Las maestras, directivos y auxiliares de un jardín de infantes que no contaba con habilitación para funcionar deben ser condenadas como autoras de abandono de persona, agravado por haber causado grave daño en la salud de las víctimas, 30 alumnos de la institución entre 45 días y 3 años, pues se encuentra comprobado que colocaron en peligro la salud de estos, incapaces de valerse por sí mismos, respecto de quienes tenían un deber de actuar y la posibilidad objetiva de evitar el riesgo por medio de la conducta debida.

T. Crim N° 4 de San Isidro, “Mariana Buchniv; Yanina Graciela Gogonza; Vanina Gisela Diap; Noemí Elizabeth Núñez; Noelia Soledad Gallardo s/Abandono de persona agravado por el resultado, lesiones y amenazas”, 05/11/2018. Disponible en: *LL Online*.

El imputado debe ser absuelto por la posible comisión del delito de abandono de persona en perjuicio de una persona de edad avanzada y enferma que con él convivía pues la prueba colectada no permite concluir que hubiera impedido la internación de aquella o se hubiera negado a aceptar ayuda o tratamientos, siendo que por el contrario surge que no impidió el ingreso de los médicos ni de personal del gobierno local a la vivienda y requirió ayuda en varias oportunidades.

C. Apel. en lo Penal, Contraven. y de Faltas de la CABA, Sala I, “L. S., M. B. H. s/infr. artículo 106 CP”, 31/08/2015 (ref.: AR/JUR/36528/2015).

La imputada debe ser absuelta por el delito de abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo, ya que si bien reúne las cualidades especiales del agente activo por ejercer la patria potestad de la menor de edad fallecida, agotó frente a todos los condicionamientos propios y de su medio social, las acciones que permitieron trasladarla sin dilaciones y con esfuerzo, aunque infructífero, para alcanzar aún con vida la asistencia médica, sin perder de vista sus limitaciones intelectuales, su estado de gravedad y que vivencia un contexto de violencia doméstica.

T. Oral en lo Crim. N° 2 de San Isidro, “G., Y. s/Abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo”, 11/03/2015. Disponible en: *LL Online*.

El sobreseimiento de los encartados por el delito de abandono de persona, respecto de su hijo menor de edad, debe ser revocado, pues no se

desprende de modo manifiesto, tal como lo requiere la excepción de manifiesto defecto por atipicidad, de la simple lectura del requerimiento de elevación a juicio la atipicidad de su conducta, máxime cuando el hecho existió en tanto dejaron solo a un hijo menor en una estación de tren, poniendo en peligro concreto su salud y su vida (del voto en disidencia del Dr. Vázquez).

C de Apel. en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala I, “C., J. B.”, 04/11/2013. Disponible en: *LLCABA* 2014 (febrero).

El imputado debe ser condenado en orden al delito de homicidio culposo y no por abandono de persona seguido de muerte, al no haberse podido comprobar una solución de continuidad entre el resultado de la conducción imprudente de un automotor, la posibilidad de salvamento omitida al ignorarla o despreciarla deliberadamente y el deceso directamente relacionado al desamparo.

C. P. de Jujuy, Sala II, “J. R. L. s/abandono de persona seguido de muerte”, 11/04/2012. Disponible en: *LLNOA* 2012, 786.

El procesamiento de los imputados, como miembros de las fuerzas policiales encargados de la seguridad durante una manifestación de personas, por el delito de abandono de personas agravado por el grave daño producido a una de las víctimas y la muerte de otra, debe ser confirmado, si el resultado lesivo investigado, ocurrido debido al enfrentamiento entre dos grupos de manifestantes que tenían conflictos con anterioridad al día del suceso, pudo haberse evitado de haber cumplido los acusados el rol de garantes por la función que desempeñaban, dados los altos cargos que ocupaban en la fuerza policial, no solo previo a los graves incidentes ocurridos, sino con posterioridad a éstos, pues la experiencia y jerarquía de los imputados imponía el deber de actuar interponiéndose entre ambos bandos, mas no su pasividad frente a la problemática que era conocida por ellos y la agresividad que ya se había evidenciado con anterioridad.

C. N. Crim. y Correc., Sala I, “Ferreyra, Jorge Raúl y otros s/procesamiento embargo sobreseimiento”, 15/11/2011, *LL* 2012-A-212.

No incurre en abandono de persona el padre que no hace asistir a su bebé por un médico, de las lesiones que presenta si el progenitor desconocía que ellas importaban un riesgo para la vida o la salud.

T. de Cas. Penal de Buenos Aires, Sala II, “Loiza, Benjamín y otro”, 02/09/2010 (ref.: 70068192).

Omisión de auxilio

Este supuesto está contemplado en el artículo 108 del CP en los siguientes términos:

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

Bien jurídico protegido

La mayoría de la doctrina reconoce la discusión que se ha generado alrededor del nombre de esta infracción, y por ejemplo Soler admite que algunos la han llamado indolencia culpable, lo cual deviene de doctrina italiana, aunque para él, tomando las propias palabras centrales de la figura puede llamarse omisión de auxilio.⁶⁴

Por su lado, Núñez entiende que esta disposición se funda en ser, en ciertas circunstancias, un derecho exigible como es el de la mutua asistencia o ayuda que se deben los hombres en su convivencia social. Es un delito de peligro contra las personas y la ofensa delictiva reside justamente en el peligro que implica para la vida o salud de la víctima seguir sometida a la situación peligrosa en que se encuentra y que el autor omite salvar o procurar que se salve.⁶⁵

Buompadre considera que esta figura se caracteriza por convertir un deber de contenido ético-social en un deber legal de cumplimiento obligatorio para los ciudadanos.⁶⁶

Molinario entiende que en realidad el Código no exige con esta disposición ninguna clase de heroísmo, aunque sí el cumplimiento de un deber elemental de asistencia, impuesto por la sociedad civilizada para la subsistencia de cuerpo social.⁶⁷

En una misma línea interpretativa se considera que el bien jurídico protegido consiste en el despliegue de la solidaridad humana,

64. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 179.

65. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 311-312.

66. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 266.

67. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 312.

pero solo en cuanto están en peligro los bienes en la vida e integridad personal y lo que se castiga es la lesión a aquellas, que se producen con la sola puesta en peligro de algunos de los otros bienes.⁶⁸

Aspecto objetivo

Se trata del tipo omisivo clásico, pues lo que está latente en el tipo penal no es una prohibición sino un mandato tendiente a proteger el bien jurídico que se ha definido en el acápite anterior. No se requiere un resultado de ninguna naturaleza ya que la omisión en sí misma ya lesiona al bien jurídico, la ausencia injustificada de la ayuda ya vulnera la norma.

Hay que destacar que el delito de omisión es sustancialmente distinto al de abandono de personas, ya que en el primero el sujeto se ve sorprendido por el hallazgo de una persona en situación de peligro para su vida o salud; peligro que él no provocó y seguramente tampoco conocía previamente a la víctima. En cambio, en el delito de abandono de persona el sujeto había sido contratado o estaba obligado por alguna disposición o él mismo había incapacitado al otro y de ahí nace su obligación de auxiliar.

El dispositivo destaca claramente dos modalidades de conductas omisivas: a) no prestar el auxilio necesario y b) no avisar a la autoridad. Dos condimentos que no son optativos sino subsidiarios porque lo que impone la ley es la prestación del auxilio en primer término y ante el riesgo personal que pueda darse de no poder llevar a cabo ese auxilio, se hace menester dar aviso a la autoridad. De allí que Fontán Balestra y Ledesma aseguran que el sujeto no puede optar y por ello quien pudiendo prestarle el auxilio necesario, sin riesgo personal, no lo hace y se limita a dar el aviso a la autoridad, es alcanzado por la previsión del artículo 108.⁶⁹

El denominado auxilio necesario que debe prestarse es el suficiente para colocar fuera de peligro real o presunto a las personas que la ley impone asistir: a un menor de diez años, una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera. La clase de auxilio que se debe prestar está sujeto al caso concreto y solo es esencial que sea adecuado, ya por sí mismo o junto con otro ya prestado o que se está

68. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 432.

69. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, *op. cit.*, p. 363.

prestando, para combatir el peligro, reducir su gravedad, su inminencia o disminuir la probabilidad.⁷⁰

“Dar aviso” consiste en hacer conocer la situación en que se encuentra la víctima a cualquier persona que, por su función esté obligada a proveer el auxilio o lograr que otro lo suministre. Desde luego que el aviso debe ser de inmediato y adecuado, de manera que no cualquier comunicación será suficiente y efectiva para dar por cumplido dicho deber, sino la que efectivamente pueda dar ayuda a la persona en peligro.⁷¹

En cuanto a la fórmula “encontrado perdido o desamparado” que contiene la ley –de origen italiano pues proviene del Código Zannardelli de 1889 y traspolada al proyecto de 1891– tiene alguna interpretación no muy uniforme. Núñez adhiere a una posición restringida, en el sentido de que el autor encuentra a la víctima si se la halla o se da con ella, no cuando va o se encuentra en su compañía, pues en este caso no se puede decir que el agente encuentra a una persona en esas situaciones, aunque no es necesario que el autor haya buscado a la víctima, sino que basta que la haya hallado sin buscarla.⁷² Sigue esta tesitura Ranieri, en la doctrina italiana, al afirmar que la conducta que prevé el párrafo primero del artículo 593 del Código Penal italiano consiste en omitir dar aviso sobre el hallazgo de un menor y no basta con tener noticias del abandono o del extravío.⁷³

En otro sector se encuentran los que aportan una interpretación más amplia de esta fórmula, es decir que el verbo “encontrar” significa, además de lo antes expuesto, “estar en presencia de”. Así lo entienden Soler, Gómez, Fontán Balestra, Laje Anaya y Terán Lomas y el mismo Buompadre quien menciona la opinión de Maggiore cuando expresa que hallar –encontrar– no significa únicamente dar con algo casualmente, sino también estar en presencia, refiriéndose no solo al que se mueve, sino también al que, estando quieto, se da cuenta con la vista o con el oído, de una persona en peligro. Por ende, comete el delito el que está, en el mismo lugar, en presencia o en compañía de la persona

70. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 434.

71. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge *op. cit.*, p. 128.

72. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 316.

73. Ranieri, Silvio, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 1975, T. V, p. 400, citado por Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 269.

necesitada de socorro.⁷⁴ De allí que se pone el ejemplo del caso del guía de montaña que abandona al turista de otro grupo que ha caído en una grieta, como el simple compañero de viaje o el médico llamado y que se niega a prestar sus servicios cuando puede hacerlo sin riesgo.⁷⁵

Creus y Buompadre estiman que la víctima puede ser encontrada, porque expresamente se la ha buscado o porque se da con ella accidentalmente; pero también queda comprendida la hipótesis de quien es llamado a colaborar en el auxilio de la víctima por un tercero que la encontró, porque necesita o es útil su ayuda, o por las particulares condiciones del llamado, aunque este no se encuentre en presencia de la víctima –por ejemplo, el médico que se niega a acudir al llamado que se formula para que atienda a un herido o enfermo–⁷⁶.

En lo referente al *sujeto activo* se puede decir que abarca a cualquier persona, en principio sin que posea aptitudes o cualidades personales de las que puedan derivar concretos deberes de obrar, aunque se reduce a las circunstancias en que se encuentran dos calidades de personas: el menor de diez años o la persona herida o invalida, de lo que se deduce que lo dispuesto por el artículo 108 no impone el deber jurídico de prestar auxilio a todas las personas en general que están en condiciones de prestarlo. Ya se ha explicado más arriba la cuestión referida a la fórmula “encontrado perdido o desamparado”.

Hay determinadas personas que están obligadas siempre a actuar por su función, no obstante el riesgo personal que puedan correr, tal es el caso los bomberos, agentes de policía, médicos, etcétera.

En cuanto a la participación, todos los que han encontrado al sujeto pasivo tienen el deber individual de actuar, por ejemplo si pasan tres sujetos juntos frente a la víctima y no la auxilian, se considera que los autores de la omisión son los tres y acontece lo mismo si pasan en forma individual cada uno de ellos y ninguno presta ayuda.⁷⁷

74. Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 1972, p. 383, citado por Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 270.

75. Ejemplos dados por Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 181. Donna Edgardo, *op. cit.*, p. 439, comparte la posición aunque expresa que sería conveniente reformar el artículo reemplazando la actual redacción, con el fin de evitar conflictos con el principio de legalidad.

76. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 126.

77. Navarro, Guillermo y González Garrido, Raúl, *op. cit.*, T. 4, p. 216.

El *sujeto pasivo* –como ya se adelantó– está constituido por *el menor de diez años perdido o desamparado*. La primera situación se da cuando, por ejemplo, el menor no sabe llegar al lugar donde recibirá la ayuda necesaria para su subsistencia, o que no podrá llegar a su casa o encontrar a sus familiares. No es el caso mencionado por Molinario del niño que no sabe dónde queda el cine, el circo o el estadio deportivo donde quiere ir, lo cual indica que puede estar desorientado mas no perdido porque sabe volver a su casa.⁷⁸

La segunda alternativa –desamparado– alude al niño que no puede prestarse ayuda a sí mismo ni tiene a quien le preste la ayuda necesaria. Es de relevante importancia en este caso, tener en consideración la edad del menor pues va de suyo que un niño de uno o dos años solo en la calle se considera lisa y llanamente desamparado, en cambio, otro de ocho o nueve años no está en las mismas condiciones y deberá analizarse en cada caso en particular las circunstancias que rodea la situación.

El supuesto de la *persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera* abarca el caso –el primero– del sujeto que ha sufrido un daño en el cuerpo que le impide proveerse de los auxilios que necesita en esa emergencia. El segundo implica a la persona que no puede valerse libremente de su actividad física –aunque más no sea parcialmente– para procurarse los auxilios y, la tercera, comprende la situación referida a hechos de una naturaleza o actos del hombre que amenazan la integridad física de la víctima –p. ej. el que se está ahogando; el que ha quedado apretado entre los hierros retorcidos a raíz de un accidente–. Si bien es verdad que no quedan comprendidos riesgos distintos del que amenaza la integridad física, sí lo están los casos en que esa integridad se encuentra comprometida aunque el peligro principal incida primordialmente sobre otros bienes jurídicos de la víctima –p. ej. comete un delito quien no presta auxilio a una mujer que está por ser violada por medio de la fuerza, o al que sufre coacción física con motivo de un robo–.⁷⁹

Se ha considerado que el peligro debe ser manifiesto, concreto y actual, no valorado en abstracto sino acorde a las circunstancias reales del caso. No hay razón para hacer una distinción entre el peligro proveniente de un accidente natural y el de una acción humana.

78. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 313, citado por Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 438-439.

79. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 127.

Aspecto subjetivo

La omisión de auxilio es una figura dolosa consistente en el conocimiento del estado de peligro en que se encuentra la víctima y la puesta de voluntad omisiva, sabiendo que se podía prestar ayuda.

Se menciona un sector aislado de la doctrina española –Navarrete, Sainz Cantero, Rodríguez Devesa– que admite la posibilidad de la omisión imprudente, en los supuestos de prestación de socorro insuficiente por negligencia y en los de retardo negligente en prestarlo o en procurar el auxilio ajeno. Sin embargo, esta postura se topa con una dificultad importante, según Donna, en cuanto a que el tipo imprudente exige la producción de un resultado dañoso para el bien jurídico, por lo que se produce una incompatibilidad en cuanto a la forma imprudente, con un delito de peligro, cuya acción típica es una omisión. Por otra parte, como es sabido, el legislador cuando se pronuncia sobre estas cuestiones relativas a la negligencia, lo hace expresamente y, este no es el caso.⁸⁰

El aspecto intelectual del dolo, en este caso, está representado por el conocimiento de hallarse en presencia de un niño menor de diez años perdido o desamparado o de una persona herida, inválida o amenazada de un peligro y consecuentemente omitiendo el auxilio deja latente la situación de peligro sin tener alguna relevancia la finalidad que el agente persiga con la omisión. Basta el dolo eventual.

El error sobre la situación de desamparo o pérdida en que se encuentra el niño menor de diez años, o sobre la gravedad de la persona herida, inválida o amenazada por un peligro, como sobre la propia capacidad para prestarle socorro, constituye un error de tipo que desplaza al dolo, otro tanto acontece sobre la expresión “sin riesgo personal”.

Consumación y tentativa

Sobre la consumación no hay grietas en la doctrina en admitir que al tratarse de un delito de omisión y de peligro, este se consuma por la omisión de auxilio en el momento en el que debía ser prestado, empecese a que la víctima haya sido socorrida por un tercero o que ella misma haya podido soslayar la situación de peligro.⁸¹

80. Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 441-442.

81. Navarro, Guillermo y González Garrido, Raúl, *op. cit.*, T. 4, p. 216.

No es tan claro el razonamiento con respecto a la tentativa, pues al tratarse de una omisión propia no es factible admitir el conato. Se menciona como un dato, que se podría dar el caso de la tentativa inidónea cuando el omitente deja de prestar auxilio creyendo que la víctima se encuentra viva, pero, en realidad ya ha fallecido.

Jurisprudencia sobre omisión de auxilio

El funcionario de seguridad debe ser procesado por el delito de violación de los deberes de funcionario público, dado que pese a tener conocimiento de los incidentes sucedidos en un establecimiento, pese a ello incumplió sus funciones ya que, sin motivo alguno, no brindó el auxilio necesario ni ordenó a sus subordinados que lo hicieran.

C.N. Crim. y Correc., Sala VI, “C., U. K. s/Procesamiento”, 16/05/2018. Disponible en: *LL Online*.

Media un concurso aparente de leyes entre el delito de homicidio y el de abandono de persona pues, el dolo específico de matar excluye el dolo de omisión de auxilio en tanto, deviene incoherente afirmar que puede sancionarse a alguien por matar a otro y a la vez por omitir auxiliarlo luego de herirlo mortalmente.

C. de Apel. en lo Crim. y Correc. de Formosa, “David, Miguel Eduardo y otros”, 27/10/2008. Disponible en: *LLLitoral* 2009, 87.

Es procedente confirmar el sobreseimiento de los imputados por el delito de homicidio culposo atribuido en ocasión del suicidio de un interno de la unidad penitenciaria en la cual aquellos eran guardiacárceles, ya que cuando la causa inmediata de un resultado es una acción intencional, el hecho no puede imputarse a un tercero, al mismo tiempo, a título de imprudencia o negligencia, en tanto la eventual criminalidad de la conducta del tercero podrá configurar otro delito doloso, tal el incumplimiento de los deberes del funcionario público u omisión de auxilio.

C. Crim. de 2a Nomin. de Río Cuarto, “Montiel, Norberto G. y otros”, 25/03/2004. Disponible en: *LLC* 2004, 646.

Comete el delito de omisión de auxilio (art. 108, Cód. Penal), el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera omitiere prestarle el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad, y encuentra su funda-

mento legal esta disposición en el “derecho exigible el de la mutua asistencia o ayuda que se deben los hombres en la convivencia”.

C. Crim. de Gualeguay, “R., N. R. y otra”, 23/05/1981 (ref.: AR/JUR/6088/1981).

Bibliografía

BUJÁN, Javier y DE LANGHE, Marcela, *Tratado de los delitos. Delitos contra las personas*, Buenos Aires, Ed. Abaco, T. I, 2004.

BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Ed. Mave, 2ª ed. actualizada, T. I, 2003.

CARAMUTTI, Carlos y REPETTO, Agustín, “Abandono, homicidio y lesiones en accidente de tránsito”, LL 1983-A-778.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 3ª ed., T. III, 2005.

COSSIO, Raúl, “Abandono de personas en caso de accidente”, LL 134-1419.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 7ª ed. actualizada y ampliada, T. I, 2007.

DELLA VEDOVA, Mario, “El delito de abandono de personas”, JA III-1989.

DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rosario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 4ª ed. actualizada y reestructurada, T. I, 2011.

ESTRELLA, Oscar y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., T. I, 2007.

FONTÁN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, T. I, 2014.

LUCERO OFFREDI, Guillermo, “Abandono de persona”, en CARRERA, Daniel (dir.), *Estudios de las figuras delictivas*, Córdoba, Ed. Advocatus, T. 1, 1994.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, 1972.

MERCADO, Ángel, “Abandono de personas”, LL 134-1119.

MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, Buenos Aires, Ed. Tea, T. I, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 20ª ed. completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, del 30 de marzo de 2015.

NAVARRO, Guillermo y GONZALEZ GARRIDO, Raúl, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio (dirs.); TERRAGNI Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, T. 4, 2010.

NÚÑEZ, Ricardo, *Análisis de la ley 21.338. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Ed. Lerner, 1976.

_____, *Manual de derecho penal, parte especial*, Córdoba, edición actualizada por Reinaldi, Víctor, Ed. Lerner, 4ta ed., 2009.

_____, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner, T. III, vol. I, 1988.

RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Temis, T. V, 1975.

SILVESTRONI, Mariano, "Homicidio por omisión. El artículo 106 del Código Penal y la reforma de la ley 24.410", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año II, N° 1-2, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1996.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Tea, T. III, 1970.

STRUENSSE, Eberhard y JAKOBS, Günther, *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio y ARNEDO, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, AZ Editores, T. I-VII, 1996.

_____, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2001.

Amenazas. Artículo 149 bis del Código Penal

Mario Filozof* y Federico Cabuli**

Introducción

Bien jurídico protegido. Efectos

El Derecho Penal se basa en la necesidad de resolver conflictos. En ese afán, la técnica legislativa se aplica en la descripción de conductas que conllevarán una sanción, por alterar la convivencia social o el orden institucional.

Así nuestra Carta Magna –tomada a partir de las reformas introducidas en 1994– garantiza el derecho a la libertad. Ya en el Preámbulo, su articulado y los tratados internacionales como en las opiniones de los organismos del mismo tenor, poseen variedad abundante de pautas consagratorias del derecho a la libertad.

La natural libertad del ser humano es reglamentada por el derecho, incluso con su silencio. A ello se somete la persona en pos de la pacífica vida en sociedad (incluso de no encontrarse en comunidad tendría otros límites que no corresponde tratar en esta tarea). En otras palabras, el derecho brinda facultades para que el ser humano haga o no haga, lo que se denomina libertad de ejercicio.¹

* Secretario del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 5, en 1984 –primer concurso considerado obligatorio por la CSJN–. En diciembre de 1988 fue designado Juez Nacional de Instrucción a cargo del Juzgado N° 24. El 15 de diciembre de 1993 juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, ejerciendo la presidencia durante cuatro años. Desde el 2016 ejerce la profesión liberal y actualmente es miembro del Tribunal de Disciplina del CPACF y coordinador de veedores en el debate donde se ventila la obra pública ante el TOF II.

** Abogado (UBA). Ejerció la actividad privada desde el año 2015, tras haber sido empleado del Poder Judicial de la Nación; colaboró como ayudante en la cátedra Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal a cargo del Dr. Andrés José D'Alessio, en la Facultad de Derecho de la UBA.

1. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1992, T. IV, p. 2.

Así cuando se pretende anular, menoscabar o trabar ese derecho a la libertad aparece la norma penal que advierte un acto lesivo y actúa en favor del bien jurídico, ratificando su tutela a partir de la aplicación de una sanción.

La libertad es un bien sustancial; de allí la imperiosa necesidad de protegerla frente a terceros y los posibles actos del Estado, abarcando sus aspectos materiales, psicológicos, sociales y jurídicos.² Es decir, la libertad –bien tutelado– debe comprenderse en su mayor amplitud pues, como derecho personalísimo, integra la condición de dignidad del ser humano.

El comportamiento de todo individuo y su sometimiento a las reglas sociales ha impuesto al Estado legalizar dicha tutela y, de ser lesionada o puesta en peligro, el sistema penal se pone en marcha, en la medida que el ataque resulte idóneo para ello.

Hasta aquí lo expuesto no es baladí, pues de no advertirse aquel menoscabo entonces no se transgrede el bien jurídico y no existirá tipicidad, colofón de lo que conocemos como “principio de lesividad”.

Cuerpo de fondo

Art. 149 bis

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera 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 emplearan armas o si las amenazas fueran anónimas.

Será reprimido con prisión de dos a cuatro años el que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Previo adentrarnos al análisis de fondo, corresponde enumerar las diversas conductas previstas bajo el mismo título o bien elaboradas con el objeto de tutelar las libertades individuales. Luego, analizaremos aquella que prevé el primer párrafo de la norma antes transcripta.

Así, en custodia del bien jurídico, el Código prevé y reprime la privación ilegal de la libertad personal y sus agravantes; el secuestro;

2. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. IIA, pp. 107-111.

la reducción a la servidumbre o condición análoga; la conducción de personas hacia fuera de las fronteras; sustracción, retención u ocultamiento de una persona; la retención ilegal de un detenido; la incomunicación indebida; las severidades, apremios y vejaciones; la imposición de torturas; captación y trata de personas; delitos contra la libertad de trabajo y asociación; contra la libertad de reunión; contra la libertad de prensa; extorsión; amenazas contra el honor; sustracción de cadáveres. Todas estas resultan distintas modalidades de afectación al bien jurídico en cuestión –la libertad– y las normas que las prevén y sancionan son la respuesta legislativa para su tutela o protección.

En particular, la figura de amenazas comprende aquellas acciones capaces de afectar la libertad individual y/o psíquica, impidiendo la autodeterminación del sujeto que, por regla, tiene el derecho a esa libertad de actuar y/o decir sin condicionamientos injustos provenientes de terceros.

En ese sentido, nos enseñan la doctrina y jurisprudencia que

Tanto las amenazas como las coacciones tienden a quebrantar la tranquilidad espiritual del individuo. Así, el bien jurídico en juego es la libertad individual en su esfera psíquica, que es la libertad de determinarse, de obrar conforme a la propia voluntad...³

En la actualidad, se corroboran reiterados hechos de tal naturaleza que replican en grandes proporciones, por tal razón la respuesta jurisdiccional debe ser rápida y eficaz, en pos de la buena administración de justicia.

Síntesis histórica

El antecedente local más lejano que identificó el quehacer que hoy definimos como ilícito, puede encontrarse en el Proyecto Tejedor de 1867 –cuya fuente parece ubicarse en el sistema español–, formalizado en el texto de 1886 como amenazas y coacción.

Se conservó tal metodología de tipificación en el Proyecto de 1916, que incluyó nuevas figuras, como fue el delito de extorsión que,

3. Céliz, Fabián, “Amenazas y coacciones”, en *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2003, citado en causa CNac. Crim. y Correc., Sala 4, “Pérez Alati, Eduardo Juan Rodolfo s/procesamiento”, 05/06/2019.

además de la libertad tutelaba la propiedad, siendo esta la característica que lo distinguía de la coacción.

Tras idas y venidas, se dictó el Decreto-Ley N° 17567⁴ en el año 1968 que sancionaba las amenazas y coacciones, incorporando algunas de las agravantes aún vigentes. Con el gobierno democrático, en 1973 se derogó dicha norma mediante la promulgación de la Ley N° 20509,⁵ y el año siguiente se dictó la Ley N° 20642⁶ que reincorporó esos tipos penales, vigentes hasta la redacción actual que data del año 1984.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del 2004 –al sancionarse el Código Contravencional– se reguló la contravención por “Intimidación, hostigamiento y maltrato”. Una deficiente técnica legislativa conlleva que la redacción actual de la norma pueda generar alguna confusión en cuanto a sus alcances. Reza el artículo 52 de dicho cuerpo normativo:

... quien intimida y hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$200) a un mil (\$1000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto.

Advertimos que la modalidad que requiere el tipo para su comisión podría generar confusiones en cuanto a la aplicación de la norma antes transcrita o la prevista en el Código Penal, no obstante, ello se supera –en principio– a partir de la fórmula de subsidiariedad contenida en la ley local, que delimita su operatividad a supuestos en que “el hecho no constituya delito”.

En otras palabras, en el derecho positivo, un suceso de tintes amenazantes podrá tener carácter de contravención, en tanto que no constituya

4. Sanción: 06/12/1967, Publicación: BO N° 21353 del 12/01/1968. “El que mediante amenazas graves o violencias compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado, será reprimido con prisión de tres meses a dos años. El que hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amedrentar a una o más personas, será reprimido con prisión de un mes a un año. La pena se elevará al doble cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos con armas de fuego o por tres o más personas reunidas o si las amenazas fueran anónimas. En este caso la acción penal es de oficio”.

5. Sanción: 27/05/1973, Promulgación: 27/05/1973, Publicación: BO N° 22674 del 28/05/1973

6. Sanción: 25/01/1974, Publicación: BO N° 22841 del 29/01/1974.

delito, es decir que no encuadre en la figura del artículo 149 bis del Código Penal, cuyas características analizaremos más adelante.

A fin de sortear esta técnica de tipo residual (que en el caso luce como una *cuasi* violación al principio de taxatividad), se ha acudido a determinar o merituar la gravedad del suceso o el peso e impacto sobre la víctima, en pos de aplicar una u otra figura penal;⁷ lo cual entendemos riesgoso, toda vez que al no ser los juzgadores más que seres humanos pueden darse interpretaciones diversas, pretorianas, y más de un caso resuelto en forma contradictoria.

De allí la necesidad de una reforma legislativa que imprima mayor claridad en torno a las consecuencias que pueden o deben esperar las personas frente a un actuar determinado. Estamos convencidos de que las leyes, en especial las sancionatorias, deben llegar a los ciudadanos para que estos adecúen su accionar y estén preparados para la reacción estatal ante sus actitudes reñidas con la norma. De otro modo no estaríamos cumpliendo con las mandas constitucionales.

Análisis del tipo objetivo

Acción típica

La amenaza es la acción escrita, verbal, gestual, simbólica o de cualquier otra forma, de desafío, ultimátum o intimidación que anticipe un daño o mal injusto sobre las personas o las cosas, dirigido a otro sujeto determinado o determinable, con el propósito de alarmarlo o amedrentarlo.

En cuanto al modo de comisión del delito, cualquier forma de comunicación puede resultar apta (carta, llamado telefónico, notas o mensajes de celular, personalmente, por interpósita persona o a través de redes sociales). En efecto, los avances tecnológicos descubren nuevas maneras de contacto –a través de dispositivos electrónicos, servidores, etcétera– y cualquiera de ellas podría ser una vía idónea para cometer el ilícito, si se corrobora el resto de los elementos del tipo. Por

7. CPCyF, Sala I, causa N° 11.584-02-CC/18, “R. G. s/art.149 bis – amenazas”.

ejemplo, se considera amenaza el anuncio de males proferidos a través de distintas cuentas de usuarios en las redes sociales.⁸

La acción, para alcanzar el umbral de la tipicidad, debe contener entidad suficiente para menoscabar la libertad psíquica del sujeto pasivo, por su capacidad de infundir un temor ilegítimo. Veremos, más adelante, que no resulta condición de tipicidad que se concrete el temor en la víctima; basta para ello que el anuncio sea idóneo a tal fin, valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Así, la sola expresión de malos deseos o augurios no constituirá delito,⁹ ni tampoco los pronósticos ingobernables por el actor, pues competen a la futurología.

El mal anunciado, objeto de la amenaza, debe referirse a un interés legítimo de la víctima,¹⁰ y debe revestir seriedad, caracterizándose ello por su gravedad, injusticia e idoneidad.¹¹

La seriedad se corrobora con la gobernabilidad del daño amenazado; es decir, las posibilidades materiales del autor de concretar o dominar el mal anunciado,¹² ya sea por sí o por intermedio de terceros.

Serán graves e idóneas cuando la valoración objetiva del mensaje o gesto permita vislumbrar como hipótesis razonable la afectación de la libertad del sujeto pasivo.¹³ No es grave –y por ende no será idóneo– el anuncio a otro acerca de retirarle el saludo o la palabra.¹⁴

Por injustos deben entenderse aquellos males o daños que no deban ser legítimamente soportados por su destinatario, como puede resultar el anuncio sobre el inicio de una acción judicial (v. *gr.* quien anuncia que iniciará una demanda por daños o perjuicios).¹⁵

8. CNCrim. y Correc., Sala 4, causa N° 82.472/18, “D. R., F. J. s/procesamiento”, 05/06/19.

9. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, T. I, p. 328.

10. Alvero, Marcelo R., en Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio (dir.); Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 547.

11. D’Alessio, Andrés J. (dir.), Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, p. 497.

12. CNCrim. y Correc., Sala IV, “Bergensfeld, S. F”, 23/03/1999, citado D’Alessio Andrés J. (dir.), Divito, Mauro A. (coord.), *op. cit.*, p. 497.

13. Céliz, Fabián, *op. cit.*, p. 266.

14. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 330.

15. CNCrim. y Correc., Sala 4, “Pérez Souts, Luis F.”, 27/05/2008.

Cabe destacar que el mal que se anuncie no necesariamente debe significar un delito criminal,¹⁶ pudiendo ser de cualquier otra especie o características, en tanto reviste aptitud para afectar el bien jurídico.

Con relación a las características antes enunciadas, sostuvo la doctrina que, para resultar típica, la amenaza debe ser:

... sería, grave e injusta. Es seria, según Carrara, cuando además de representar un mal injusto, ese mal es posible y gobernado. La seriedad se mide desde el punto de vista del sujeto pasivo, también con el criterio del hombre medio [...]. La amenaza debe ser grave, requisito este que juega con la apreciación objetiva que debe hacerse de la situación. No basta el anuncio de oponer inconvenientes; es necesario anunciar algo que alarme o amedrente a un hombre prudente.¹⁷

En el ámbito de la jurisprudencia se sostuvo al respecto que

De los mensajes remitidos por escrito y en más de una ocasión por el imputado al denunciante exigiéndole la entrega de un título universitario en los términos que surgen de la imputación –esto es, bajo amenaza de diversos males, algunas metafóricas como ser el “sacárselo por la boca”, revelar secretos o darle un “tratamiento” que lo haría hablar sistema Braille– lleva a considerar que se encuentra cumplido el recaudo de idoneidad de las frases proferidas para amedrentar, de acuerdo al tipo penal aludido.¹⁸

En igual sentido se consideró típica la conducta de quien escribió mensajes de texto y conversaciones en una red social, con frases intimidatorias e idóneas para infundir temor.¹⁹ También la de quien, por vía postal, anunció males que, sin tener una marcada gravedad, su reiteración –en numerosas ocasiones– denota una actitud tenaz que puede provocar el temor en la víctima, configurándose el delito de amenaza.²⁰

16. Tal condición la exigía expresamente el art. 168 del Código Penal de 1886, e incluso la mensuración de la pena se apoyaba el tipo de delito anunciado por el autor de la amenaza.

17. Soler, Sebastián, *op. cit.*

18. “Pérez Alati, Eduardo...”, ver nota 3.

19. Trib. Casación Penal Buenos Aires, Sala II, “Almirón Dionisio”, 14/10/2003, citada en Romero Villanueva, Horacio, *Código Penal de la Nación y legislación complementaria: anotados con jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, p. 426.

20. CNCrim. y Correc., Sala 1, “Sánchez, Marcelo F.”, 21/04/1980.

Igual temperamento se adoptó respecto de la acción de un grupo de personas que, en el marco de una protesta por despidos profirió cánticos que referían “ay ay ay ay, qué risa que me da, si no lo reincorporan qué quilombo se va a armar” y “te vamos a matar”, pues se sostuvo que

... el derecho de expresión, de reclamar, peticionar y quejarse ante las autoridades posee protección constitucional, mas, en el caso, no puede recogerse dicha argumentación pues la Carta Magna no ampara la intimidación, las lesiones, la quema de edificios públicos (o su intento), los daños y, claro está, no protege los hechos de violencia.²¹

Con relación a este punto, es dable destacar que el contexto en el cual se trasmite el anuncio del mal o daño futuro debe ser cuidadosamente analizado en el estudio de la tipicidad, a partir de la determinación de su seriedad, gravedad, idoneidad e injusticia. Con respecto a la última cita de jurisprudencia, podemos indicar que en el marco de protestas laborales, sociales o de cualquier otra índole, pueden existir ánimos exacerbados que conlleven la proliferación de insultos y anuncio de daños, que por lo general no se concretan (justamente porque su seriedad está menguada a partir del ánimo provocado por la discusión). De tal modo, destacamos el derecho a la protesta que garantiza ampliamente la Constitución Nacional, empero también debemos poner de relieve que dicho cuerpo normativo no puede legitimar los actos de violencia; por tanto cuando las amenazas ocurran en este tipo de ámbitos, deberá analizarse especialmente las características del hecho para evitar la colisión de derechos fundamentales, como lo son el derecho a protesta y a la libertad individual, que en definitiva no son otra cosa que las dos caras de una misma moneda.

En definitiva, compartimos el criterio según el cual las acciones que *prima facie* pudieran encuadrar en la norma bajo análisis, deben ser analizadas contextualmente, en tanto que las amenazas vertidas por aquel que actúa en estado de ira, enojo o en el marco de una pelea pasional, no siempre resultarán típicas. Es que, en casos como esos, los daños anunciados pueden perder la seriedad que torna punible la acción.

21. CNCrim. y Correc., Sala 6, “Monte, Sergio José”, 10/07/12.

En ese sentido, se sostiene que: “La lógica y la experiencia permiten afirmar que una misma expresión cambia sustancialmente de significado conforme al ámbito en el que es pronunciada”.²² En tal sentido, se precisó que “no son típicas las amenazas proferidas irreflexivamente al calor de un altercado verbal, en un arrebato de ira, de ofuscación o de nerviosismo, que no tiene idoneidad para amedrentar”,²³ aunque a ello corresponde adunar, en nuestro criterio, lo antes indicado respecto a la necesidad de analizar el marco fáctico, pues la circunstancia de pelea no puede por sí sola excluir la tipicidad.

Sobre el punto se sostiene, en criterio que compartimos, que

... lógicamente, las frases de esa entidad (amenazante) solo surgen en circunstancias de particular violencia, razón por la cual debe analizarse en cada caso concreto la verosimilitud del mal amenazado y la incidencia sobre la libertad de determinación de la presunta víctima.²⁴

En la misma línea de pensamiento, se sostuvo que: “La mera circunstancia de que (las amenazas) hayan sido vertidas en el marco de un altercado no permite descartar en forma automática su tipicidad...”.²⁵ En estos casos podrá existir lo que se denominó un indicio grave de falta de intención,²⁶ que deberá juzgarse, en definitiva, a partir del análisis global del caso.

Por lo demás, se han considerado atípicos aquellos anuncios que, aunque subidos de tono o proferidos en circunstancias de violencia, advierten sobre el ejercicio de una acción legal o sobre un mal que no resulta serio, idóneo o injusto.

En esa línea, se estimó atípica la manifestación por vía de mensajería instantánea que prevenía: “No me hagas que te demuestre los contactos que tengo y lo que puedo hacer con tu abogado narco, no

22. CNCrim. y Correc., Sala 1, causa N° 68.562/2018, “A., C., E. s/procesamiento”, 11/06/2019.

23. CNCrim. y Correc., Sala 6, causa N° 48.365/2017, “T., P. E. s/sobreseimiento”, con cita D’Alessio, Andrés J., *op. cit.*, p. 498.

24. CNCrim. y Correc., Sala 5, causa N° 24.079/2019, “Casagrande, Juan s/procesamiento”, 04/06/2019.

25. CNCrim. y Correc., Sala V, causa N° 7.687/2018, “T., A. N y otro s/ sobreseimiento”, 22/06/2018.

26. Romero Villanueva, Horacio, *op. cit.*

me desafíos”. Destacada jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires sostiene que en casos como este:

No se estaría anunciando al sujeto pasivo la intención de cometer un delito contra su persona, ni la de causarle un mal concreto. Pero incluso en el supuesto caso de que esa mención pudiese ser considerada como el anuncio de un acto perjudicial, este último debe ser grave y serio para una persona media, lo que aquí no sucede en virtud de la indeterminación que rodea los dichos...²⁷

Se concluye que resulta relevante, a los fines de determinar la tipicidad que la locución objetivamente revista entidad suficiente como para afectar la libertad personal del destinatario del anuncio.

También se descartó la tipicidad de la acción consistente en manifestaciones del tipo de “En la vida todo vuelve... ya te va a tocar a vos...”,²⁸ por considerar que no cuentan con la entidad y seriedad para configurar la acción típica.

Autoría. Sujeto activo

El texto sustantivo no efectúa límite alguno ni definición que caracterice al posible autor de este delito, de lo que se desprende que el sujeto activo puede ser cualquier humano.

Se admite también como autor a quien pueda resultar perjudicado por la hipotética concreción del daño que él mismo anuncia (v. *gr.* el cotitular del bien que amenaza con destruir).²⁹

Alguna jurisprudencia afirma que el sujeto activo puede ser –a su vez– objeto del mal que anuncia (v. *gr.* el hijo que dice a sus padres que se quitará la vida),³⁰ no obstante creemos que tal hipótesis solo sería viable ante un supuesto de amenazas coactivas.

La figura comprende cualquier forma de participación criminal, incluso la instigación a cometer el delito.

27. CPCyF, Sala II, INC 20486/17, “P, D. D.”, 28/12/2018.

28. CNCrim. y Correc. Fed., Sala II, “Alsogaray, Gonzalo L.”, 22/04/2005, citado en Romero Villanueva, Horacio, *op. cit.*, p. 426.

29. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 332.

30. Ídem. Céliz, Fabián, *op. cit.*, p. 267.

La víctima. Sujeto pasivo

Se afirma que puede serlo toda persona que tenga la capacidad suficiente de intelección para comprender el contenido de la amenaza. Así, en principio no podrían serlo quienes sufran insuficiencias psíquicas, con excepción de quienes, pese a su limitada capacidad, puedan llegar a comprender el amedrentamiento, por ejemplo a partir de la intervención de terceros.

Las voluntarias decisiones o el libre actuar no puede sufrir mengua alguna ni intromisiones que no sean las previstas en las normas; cuando ello ocurre se está frente al ilícito de amenazas o coacciones –según el caso–, siempre que la persona llegue a comprender que se pretende incidir en sus decisiones a partir del anuncio de un mal injusto.

Es decir, la intimidación debe poseer la potencialidad de generar temor y afectar la autodeterminación del sujeto pasivo.

Análisis del tipo subjetivo

El delito de amenazas es una figura dolosa, que por sus características admite solo dolo directo,³¹ aunque alguna doctrina ha sugerido la posibilidad de su comisión por dolo indirecto o de consecuencias necesarias.³²

Si el ánimo del autor no estuviera dirigido a lograr la coerción de la libertad psíquica de la víctima (*v. gr.*, por estar haciendo una broma o diciendo una mentira) no se presentarán las condiciones que debe reunir la figura penal en tratamiento para decirse típica.

No parece admitirse la posibilidad de dolo eventual, en tanto que también esta modalidad abarca alguna porción de intencionalidad. En tal sentido, las normas que asignan un *extra* propósito o finalidad a la acción (en el caso: causar alarma o amedrentar) solo admiten su concreción mediante dolo directo.

31. Creus, Carlos, *op. cit.* p. 331. D`Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 499.

32. Céliz, Fabián, *op. cit.* p. 268.

Consumación y tentativa

La amenaza se consuma cuando el anuncio del mal o del daño propagado por cualquier medio o forma llega a conocimiento del sujeto pasivo. Es a partir de ese momento cuando se produce el peligro para el bien jurídico.

Tratándose de un delito de pura actividad bastará con que se corrobore el fin de amedrentamiento de la acción y su aptitud objetiva de lesionar la libertad psíquica. Resultará irrelevante que el anuncio logre –o no– generar temor, o si la víctima se convence de su capacidad de repeler o evitar el mal anunciado, pues ello dependerá de las características personales de cada individuo, y no es el coraje –o la falta de aquel– lo que ha de determinar sobre tipicidad y la consumación del delito.

En tal sentido, se afirmó que para la concreción del delito no resulta necesario:

... que el propósito de influir sobre la libertad del sujeto al que se destina la intimidación tenga éxito o surta efecto concreto, si las amenazas tienen una entidad suficiente para considerarse dotadas de la potencialidad de obligar a la víctima a hacer o no hacer algo.³³

De este modo, no será necesaria la efectiva intimidación del sujeto pasivo, sino que bastará con que el anuncio sea considerado razonablemente adecuado para ello.

Por lo demás, y pese a las destacadas opiniones en contra,³⁴ consideramos que la figura bajo análisis admite tentativa,³⁵ la que ocurre en aquellos casos en que el mensaje es emitido sin que llegue a conocimiento del sujeto pasivo por motivos ajenos a la voluntad del autor.

33. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.); Terragni, Marco A. (coord.), *op. cit.*, citado en CNCrim. y Correc., Sala 6, causa N° 60022/18, “Galletto, Ricardo Rubén s/procesamiento”, 06/06/2019.

34. Soler, Sebastián, *op. cit.*; Fontán Ballestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, edición actualizada por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2^{da} ed., T. II V, 1992.

35. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 2^{da} reimp., T. IV, 1989. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 331.

Agravantes

Empleo de armas

Los alcances del término “armas” han sido motivo de diversas opiniones en doctrina y jurisdiccionales, alcanzando interpretaciones diametralmente opuestas.

Frente a ello, en primer lugar debemos destacar que el sentido literal de la norma nos persuade respecto de que el empleo de cualquier tipo de armas –tanto propias como impropias– agrava la conducta.³⁶

Para configurar la agravante, el arma debe ser blandida o exhibida con intenciones de causar mayor amedrentamiento o alarma en la víctima. La portación (o tenencia) de un arma que no es exhibida, la sola mención de su existencia, o la exhibición de un bulto que simule serlo no conllevan la aplicación de la agravante. Si bien la doctrina no es unánime respecto a la exigencia marcada precedentemente, lo cierto es que de no ser vista el arma por el damnificado durante el suceso lesivo, se produce en la práctica un verdadero problema probatorio de difícil solución.

A los fines de determinar la aplicabilidad de la agravante, debemos señalar dos cuestiones que resultan sustanciales y de especial interés. Por un lado, la que tiene que ver con la aptitud y capacidad de disparo del arma. Y por el otro, la especificidad que desplaza al artículo 41 bis del Código Penal.

Con relación a la aptitud y funcionamiento del arma, un sector argumenta que no se exige la efectiva carga de las armas ni tampoco acreditar su aptitud para el disparo, pues el motivo de la agravante sería la mayor capacidad de causar temor.³⁷ Es decir, una mayor afectación al bien jurídico medida a partir del uso del elemento, a todas

36. *Ibidem*, p. 333. Con relación a los alcances de la voz arma Creus indicó que abarca: “las armas propias (las destinadas ordinariamente a la ofensa o a la defensa activa) e impropias, equiparadas a las propias (que, aunque tienen un destino distinto, son aptas para ofender, como el cuchillo de trabajo) o impropias en sí mismas (las que por sus características de punta o filo, su potencialidad contundente o su dañinidad, pueden utilizarse para ofender)”.

37. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 333. En igual sentido, CNCrim. y Correc., Sala 2, “Yafme, J. L. y otro”, 28/04/1992; CNCrim. y Correc., Sala 3, “Barrueta, D. V.”, 30/09/1980; CNCrim. y Correc., Sala 4, “Del Valle Guerra, M.”, 26/10/1993”, citados en D’Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 500.

luces intimidatorio, sin perjuicio de su capacidad o incapacidad para concretar el daño amenazado.

En contraposición, otros sostienen que no existen motivos para alterar los alcances del término “arma” en sus diversas menciones dentro del Código Penal; no pudiendo admitirse que sea una cosa en el análisis –por ejemplo– del artículo 149 bis y otra distinta en la del 166, inciso 2, ambos de dicho cuerpo normativo.

En todos los casos, un arma supone ser un objeto apto para dañar y su ofensividad consiste en la aptitud de funcionamiento, la cual debe acreditarse,³⁸ con excepción de los casos en que, pese a no ser apta o estar descargada, se la utiliza como arma impropia, por ejemplo para golpear.³⁹

No podemos dejar de señalar que destacada doctrina ha resaltado, con acierto, que la reforma del artículo 166 del Código Penal⁴⁰ introdujo la noción “arma de utilería”, a partir de lo cual tampoco parece del todo razonable que un arma de utilería –como nueva especie– agrave la conducta de robo, y no así la de amenazas mediante el empleo de un arma verdadera que no cuenta con balas.⁴¹ Creemos que, más allá de lo razonable del análisis, la cuestión debe ser precisada por el legislador, pues de otro modo se corre el riesgo de asignar distintos alcances a idéntica cosa, o bien echar mano de una analogía inadmisibles, por darse de bruces con el principio de legalidad.

Por otro lado, con relación a la aplicación de la agravante bajo estudio y su superposición con la genérica del artículo 41 bis del Código Penal, que, como hemos dicho, puede generar distintos criterios u opiniones, es dable recordar que la legislación modificó el término *armas de fuego* por la de *armas*,⁴² a secas. Del modo en que figura en la actualidad, se admite la discusión sobre si se trata del género y la especie y

38. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Troncoso, G.A.”, 10/12/1991.

39. CNCrim. y Correc., Sala 7, “Ratibel, A. J.”, 20/11/1992.

40. Ley N° 25882. Sanción: 07/04/2004, Promulgación: 22/04/2004, Publicación: BO N° 30387 del 22/04/2004.

41. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., *op. cit.*; citado en CNCrim. y Correc., Sala 4, “Alba, Ricardo s/procesamiento”.

42. El Decreto-Ley N° 17567 preveía que: “... La pena se elevará al doble cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos con armas de fuego o por tres o más personas o si las amenazas fueran anónimas...”.

al respecto resulta ilustrativo un fallo en el que se debatió la posible aplicación del artículo 41 bis del texto sustantivo.

Si bien no corresponde a esta tarea colocar extensas decisiones judiciales durante el desarrollo del tema, la especificidad de la que sigue, nos convenció de efectuar la excepción. El voto que más tarde compartieron algunas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal,⁴³ señaló que

El art. 41 bis del CP establece: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que esta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este 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” [...]. Tal como lo sostuvo el voto de la minoría en la causa de esta sala aludida por mi destacado colega, más allá de la intención del legislador, debe darse prioridad a la letra de la ley y no solo por aplicación de lo preceptuado por el art. 16 del Cód. Civil sino además, para que los justiciables que solo tienen acceso a la publicación de la norma, puedan sujetar sus conductas previniendo las consecuencias. Por otra parte, la intención legislativa solo puede prevalecer in bonam parte. En ese contexto cabe dejar expresamente sentado que “arma” es el género y “arma de fuego” la especie [...]. En consecuencia, debe interpretarse que el referido art. 41 bis del CP no resulta aplicable [...] habrá de recordarse, entonces, la discusión parlamentaria y, a continuación transcribiré algunos párrafos del Sr. Diputado Nacional, Bernardo P. Quinzio (Ver antecedentes parlamentarios, LL, 2001-151):

... la incorporación en la Parte General del Código Penal de agravantes genéricas conlleva necesaria e irremediablemente, a un desbalanceo general en los marcos punitivos, creando una situación de injusticia [...]. Si los proyectistas interpretaron que había algún tipo penal de la parte especial que justificaba la incorporación de la agravante utilización de arma de fuego, entonces la reforma debería haber incorporado en cada uno de los tipos penales que aún no tenían una forma agravada por el uso de arma de fuego, y no una norma que incluya a todos los tipos penales;

43. CN Casac. Penal, Sala I, causa N° 3.955, “Molina, Mariano Andrés s/rec. de casación”, 16/05/2002 y Sala II, causa N° 3.811, “Garay, Marcos Jonathan s/rec. de casación”, 10/06/2002.

peor aún es la situación al advertir que la mayoría de las conductas típicas descritas por el Código de fondo ya tienen una agravante referida al empleo de arma de fuego [...] tanto el robo, como los amenazas, las coacciones y los delitos contra la integridad sexual ya tienen incorporado como agravante el empleo de arma de fuego.

En definitiva, cualquier arma estaría comprendida en las normas analizadas, agravando la conducta; aunque en caso de ser de fuego deberá acreditarse su aptitud (salvo que se la utilice como arma impropia), quedando como tarea pendiente para el legislador precisar sobre las consecuencias del empleo de un arma descargada, que por su naturaleza no puede asimilarse a una de utilería y si bien ambas afectan de igual forma la libertad del sujeto pasivo –por el amedrentamiento que significa su exhibición–, la falta de precisión normativa impone estar-se a la solución que resguarda la interpretación unívoca de los elementos normativos que componen el tipo penal. Por lo demás, como se expuso, creemos que en ningún caso resultará aplicable el incremento de pena que prevé la parte general del Código Penal.

Anónimas

Cuando la identidad de quien persigue el amedrentamiento de su víctima es encubierta, el legislador contempló –con acierto– un mayor reproche. La zozobra es evidente y justifica el incremento en la sanción. Ninguna duda cabe acerca de que el desconocimiento respecto de quién es el sujeto que procura generar miedo, suma inquietud y temor en el receptor de la amenaza, al disminuir sus posibilidades de protección y/o desconocer los motivos del anuncio ilegítimo.

Anónimo es todo aquello que no lleva el nombre de su autor. Desde allí, podemos afirmar que encuadra en la agravante toda forma de amenaza que se emplee ocultando la verdadera identidad del sujeto activo. La ausencia del nombre; distorsión de la voz; utilización de seudónimos desconocidos por la víctima o la utilización de identidades falsas merecen el reproche agravado previsto por la norma.

Las redes sociales suelen ser una herramienta que, por su anonimato y masivo alcance, se emplean para propiciar amenazas. Indudablemente, la utilización de dichas plataformas y usuarios inventados para proferir amenazas encuadra dentro de la agravante.

Relación con otras figuras

Hostigamiento

Como ya lo hemos señalado, la fórmula subsidiaria contenida en el artículo 52 de la Ley N° 1472 y la coincidencia de algunos elementos de la tipicidad objetiva que compone dicha contravención y las amenazas del artículo 149 bis del Código Penal, puede generar alguna confusión.

Ninguna duda cabe acerca de que, corroborado el delito, se desplazará la figura contravencional. La cuestión radicará en la precisa distinción entre ellos, que solo podrá concretarse mediante un análisis caso a caso. Descartada la figura de amenazas (art. 149 bis CP); corresponderá el análisis en torno a los elementos de la figura local.

Sobre el punto se tiene dicho que

... ambas conductas –intimidación y hostigamiento– deben desplegarse “de modo amenazante”. Tenemos aquí un elemento normativo del tipo, es decir, un concepto que para ser despejado exige al intérprete acudir a una valoración jurídica. En tal sentido [...] quedará atrapada por el tipo toda intimidación u hostigamiento que genere en el sujeto pasivo algún tipo de limitación en su esfera de autodeterminación [...]. Así, a partir de lo expuesto es posible que la distinción principal entre el delito de amenazas y la contravención de hostigamiento esté dada por el grado del ilícito, pues si bien ambas figuras tienen en común un componente de intimidación o de amenaza, no se puede afirmar una naturaleza sustancialmente diferente.⁴⁴

Se indicó que la utilización del verbo “amenazar” por parte del legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lleva a que necesariamente el tipo de hostigamiento se vea absorbido por el delito de amenazas contemplado en el artículo 149 bis del Código Penal, cuya figura básica simplemente reclama que estén dirigidas a alarmar o amedrentar a otra persona y se agrava cuando se convierte en coacción. A todas luces resultará complejo encontrar, en la práctica, un caso de hostigamiento amenazante que no resulte desplazado por la figura del dígito sustantivo.

44. Expte. N° 18854/18-1, “R. D., N. L. s/ art. 149 bis CP”, 25/03/2019, citada en CPCyF, Sala I, causa N° 11.584-02-CC/18 “R. G. s/ art. 149 bis – amenazas”.

En consecuencia, todo indica que la figura subsidiaria acabará siendo el resorte punitivo de todos aquellos casos que no encuadren en el delito bajo análisis, probablemente a partir de la valoración de la gravedad, seriedad o credibilidad del mal anunciado por el sujeto activo.⁴⁵

Coacción

Destacamos la relación que guarda el delito de amenazas que antes analizamos y el de coacciones, previsto en el párrafo 2 del artículo 149 bis del Código Penal, que comprende una modalidad más grave, por la mayor afectación al bien jurídico que provoca.

El artículo 19 del supremo texto legal de la República Argentina protege la libertad de determinación de todo individuo mientras no se cause daño a terceros, lo que se completa con la máxima que reza que “lo que no está prohibido está permitido”.

De allí se justifica que la ley reprima al que coarte la autonomía de actuar y pensar de otro, injustamente. Parece reiterativo así el señalar que las palabras o las actitudes deben incidir o influir, mediante el anuncio de un mal, en los derechos legítimos del amenazado. No es superfluo aclarar que el mal puede recaer en la salud, un bien, incluso de terceros o cualquier otro aspecto de la vida que afecte, como ya se dijo, la tranquilidad de espíritu del sujeto pasivo.

Opera la figura de coacción, desplazando la de amenazas—simples o agravadas— cuando del contenido del mal anunciado resulte que el destinatario deba hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad.

Para su distinción, cabe destacar que el hacer típico puede comprenderse como la exigencia de que el sujeto pasivo cumpla con cierta actividad o la omita en pos de evitar la realización del mal anunciado por el sujeto activo. Sobre el punto cabe destacar que cuando el requerimiento es de imposible incumplimiento, se verifica el delito de amenazas y se descarta el de coacción.

45. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., *op. cit.*, p. 552.

Subsidiariedad. Concursos

Sabido es que una amenaza, normalmente, podrá estar precedida o bien continuada por otra acción de mayor intensidad dañosa, lo cual incidirá en la subsunción jurídica que corresponda en cada caso.

La amenaza será autónoma y reprochable como tal cuando la acción pretenda alarmar o amedrentar a la víctima, pero no cuando sea empleada en un robo –o para perpetrarlo–, o durante una privación ilegítima de la libertad o bien durante una agresión sexual (del tipo de las gravemente ultrajantes o cuando hubiera mediado –además– penetración). En esos casos, los anuncios de males serios, graves e idóneos quedarán materialmente comprendidos en los delitos antes mencionados.

Se admite el concurso real entre el delito de amenazas y otras figuras cuando circunstancias temporales o de contexto permiten escindirlos materialmente.

En cualquier caso, y como ya lo hemos señalado reiteradas ocasiones, será el marco fáctico en que se suceden los hechos de amenazas, y su análisis lo que determine la aplicación de una u otra norma o de las reglas de concurso en forma adecuada, sin afectar el principio de lesividad ni la garantía de la prohibición de doble juzgamiento.

Bibliografía

BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.) y TERRAGNI, Marco A. (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

CÉLIZ, Fabián, “Amenazas y coacciones”, en *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2003.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, T. I.

D’ALESSIO, Andrés J. (dir.); DIVITO, Mauro A. (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011.

DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II A, 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, actualizada por Guillermo Ledesma*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2^{da} ed., T. II y V, 1992.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 2^{da} reimp., T. IV, 1989.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. TEA, T. IV, 1992.

El delito de violación de domicilio

Silvina Manes* y Florencia Marconi**

Art. 150 del Código Penal de la Nación

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocios ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

Bien jurídico protegido

La figura legal descripta se encuentra incluida en el Título V del Código Penal, donde se enumeran los delitos que atentan contra la libertad individual. Así, es claro que la protección que el legislador le ha querido dar al domicilio, no es desde el punto de vista patrimonial, sino como el recinto donde las personas desarrollan su intimidad, tanto a nivel laboral, como personal y afectivo.

Esta protección no hace más que permitirle al hombre desarrollar su personalidad en toda su expresión y sin riesgo a ser visto o perturbado por aquellas personas con las cuales no desee compartirlo. En ese sentido, la norma reafirma la protección constitucional del artículo 18 “el domicilio es inviolable”, y del artículo 19 en cuanto sostiene que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”; de esta forma, mientras el hombre se encuentre en el interior de su hogar

* Jueza de la Cámara Penal Contravencional y de Faltas de CABA. Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo) y Diplomada en Derechos Humanos (American University, Washington, USA). Profesora de grado y posgrado de Derecho Procesal Penal, Técnicas de Litigación y Derecho Penal parte especial.

** Abogada, especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Prosecretaria coadyuvante del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas de CABA.

podrá llevar a cabo todas las actividades que desee (siempre que no ofendan al orden y la moral pública y no afecten a terceros) sin riesgo a ser invadido.

Lo que ha buscado en definitiva el legislador con este tipo penal es habilitar al ciudadano a impedir el acceso de personas no deseadas en su esfera de intimidad, y también lo protege para que dentro de su domicilio haga y deshaga según su parecer, siempre que esas acciones no afecten a terceras personas.

Requisitos del tipo: tipo objetivo

Acción típica

La conducta punible según el texto legal es “entrar” en el recinto considerado domicilio ajeno. Es decir, que el autor debe ingresar todo su cuerpo, desde afuera hacia adentro, del lugar objeto de protección que más adelante describiremos.

No configura el delito de violación de domicilio quien perturba la paz del hogar o lugar de trabajo con ruidos desde el exterior hacia el interior, quien se asoma o quien observa desde el exterior; para que el hecho se consuma, todo el cuerpo del sujeto activo debe ingresar en el domicilio.

Tampoco se requiere que el ingreso se realice de un modo en particular, de forma tal que puede llevarse a cabo mediante engaño, clandestinidad, con violencia sobre las personas o sobre las cosas, etcétera.

Ahora bien, la doctrina ha discutido dos situaciones que podrían entenderse como incluidas en el tipo penal. Estas son: la de aquella persona que habiendo ingresado legítimamente en una morada (casa de negocios, dependencia u otro recinto habitado) se desplaza hacia otro sector del lugar al que no se lo había invitado a ingresar, y la segunda se da por la persona que, habiendo también ingresado legítimamente, permanece en el lugar cuando el sujeto pasivo le pide que se retire.

Con relación al primer supuesto, la mayoría de la doctrina (Soler, Creus, Donna, Estrella y Godoy Lemos) entienden que si se da la conducta típica, pues por un lado el agente cumple con el verbo típico, ya que ingresa en esa nueva habitación, desde fuera de ella y, por

otro lado, es la manera de brindar mayor objeto de protección al bien jurídico protegido. De lo contrario, cualquier persona que ingresara en una casa para realizar una tarea específica en un ámbito de ella, estaría facultado a deambular por la casa sin limitaciones (por ej., el plomero que ingresa en el baño de la finca para reparar una canilla, estaría autorizado a ingresar en el escritorio y observar cómo uno de los hijos estudia o juega con la computadora).

Además, como se abordará más adelante, al analizar los lugares sometidos a protección veremos cómo en muchos casos dentro de una misma vivienda habitan diferentes personas cuya intimidad debe ser protegida por la norma, así como también cómo dentro de un local comercial existen lugares cuyo acceso se permite al público en general, como lugares donde no.

Sin embargo, la doctrina que acepta esta postura estima que dentro de una casa donde vive una sola persona o un grupo homogéneo (familia, amigos), para que el ingreso a otra dependencia del hogar sea ilegítimo debe ser contra la voluntad expresa de quien tiene derecho a excluir, mientras que en los locales de acceso público, la voluntad de excluir de las dependencias internas del mismo, puede ser tanto expresa como presunta.

Para Ricardo Núñez, la hipótesis antes descripta no encuadra en el supuesto del artículo 150 del CP, por cuanto entiende que de ese modo deberían existir tantos consentimientos o disentimientos como habitaciones hubiera en una casa. Para el autor, no puede considerarse punible la conducta de aquel que ingresando legítimamente en el escritorio del dueño de casa se desplaza hacia el interior de la habitación de la hija de este.

Pasando a la segunda hipótesis planteada, denominada doctrinariamente como “permanencia arbitraria”, al contrario que el supuesto anterior, la mayoría de los autores la consideran no punible, siendo Sebastián Soler quien se inclina por incluirla dentro de la figura prevista en el artículo 150 del CP.

Respecto a esto último, Soler entiende que esta conducta es la única manera de atentar contra los lugares de concurrencia pública indeterminada que el legislador ha querido proteger, de modo que solo se puede violar una casa de negocios donde puede ingresar un número

indeterminado de personas, cuando una vez dentro, el titular del derecho de exclusión invita al autor a retirarse y este se resiste.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que esta no es una conducta típica porque no es asimilable a “entrar” y aclaran, que en el caso analizado por Soler, el sujeto pasivo no desarrolla su derecho a la intimidad, sino que ejerce su derecho de dominio sobre el bien. Como ya veremos, lo que la norma protege en los casos de locales comerciales de acceso público indiscriminado, no es el local en sí, sino las partes privadas que se encuentran dentro de él; esto sería la oficina, el depósito, etcétera.

Cabe aclarar que la permanencia arbitraria se encontraba expresamente incluida en los proyectos del Código Penal de 1891/1906, habiendo desaparecido en el proyecto de 1917 y en el Código actual; por lo tanto, aceptar que esta conducta es asimilable a “entrar” sería, como sostienen Estrella y Godoy Lemos, acudir a la analogía, lo que se encuentra prohibido en el ámbito del Derecho Penal.

Sujetos

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, siempre que no sea un funcionario público en el ejercicio de su función, ya que su conducta podría recaer en la figura del artículo 151 del CP.

Incluso puede resultar autor de esta figura el propio dueño de un inmueble cuando lo hubiera alquilado o prestado, o le hubiera facilitado alguna dependencia a otra persona para su habitación.

Cabe aclarar que la persona que comete el delito no debe tener derecho a ingresar en el domicilio, como sería el caso de un hijo conviviente o el cónyuge. Este último podría estar excluido de la comisión de la figura en estudio, incluso cuando se encontrara separado del otro, en caso de que aún no hubiere abandonado el hogar, siempre que no exista acción judicial alguna que le impida ingresar.

El sujeto pasivo es aquel que ostente el derecho de exclusión, pudiendo este recaer en más de una persona a la vez, como ser ambos cónyuges o en varias personas adultas independientes que convivan bajo un mismo techo. Este puede delegar el derecho de exclusión en otras personas que convivan con él, para que lo ejerzan en su representación cuando no se encontrara en la casa, como por ejemplo el

patrón con la empleada doméstica o los padres con los hijos mayores al dejarlos solos en la casa. El encargado del comercio puede delegarlo en cualquiera de sus dependientes o el dueño de la empresa en alguno de sus empleados, para el caso de las casas de negocios.

Existen supuestos en los que la voluntad de quien tiene derecho de excluir se contrapone con la de quien habita en el interior de una de las dependencias de la morada o casa de negocios. En esos supuestos, el juzgador deberá analizar las circunstancias que rodean cada caso para determinar cuál de ellas prevalece, pero en principio pareciera que la voluntad de excluir pesa sobre la de permitir el ingreso, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido.

Concepto de domicilio

En primer lugar, corresponde aclarar que el domicilio protegido por la norma no coincide con el concepto de domicilio del Código Civil y Comercial, que establece en su artículo 73 que el *domicilio real* de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia habitual y de su actividad profesional o económica, mientras que el *domicilio legal*, según el artículo 74, es aquel “donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”.

Para el Derecho Penal, el domicilio protegido por el artículo 150 es un concepto más amplio en cuanto entiende como tal a la morada, casa de negocios, dependencias y todo recinto habitado por otro. Sin embargo, es más restringido que el concepto del Código Civil, en cuanto que establece que para que se entienda que esos lugares son objeto de protección deben estar habitados.

Es decir, que no importa si se trata de una cueva sin puerta, pero sí debe ser el lugar en que la persona está morando o donde desarrolla parte de su intimidad en la actualidad. De este modo, incluso una casa de fin de semana, es domicilio a los efectos del Código Penal, pues si bien es utilizada solo dos o tres días a la semana, no puede dudarse de que en ese lugar periódicamente una o más personas desarrollan su intimidad.

Las acepciones incluidas por el legislador:

a) Morada

Sebastián Soler entiende por morada al

... conjunto de recintos dentro de los cuales una persona o un conjunto homogéneo de personas, por ejemplo, una familia, viven, permaneciendo en ese lugar durante considerable tiempo y generalmente pernoctan, aunque no es indispensable este último requisito. Recíprocamente, es morada el lugar en el cual tan solo se pernocta.

En cambio, Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos destacan que

... ni el número de habitantes, ni la pluralidad de recintos, ni la cantidad de tiempo que se ocupe, ni el hecho de que se pernocte son notas esenciales del concepto de morada. Lo que caracteriza a la morada es la permanencia de su destino como habitación para alguien.

Por su parte, Edgardo Donna entiende que

En definitiva, cualquier lugar o recinto puede ser morada, bastando que esté erigida en forma tal que, de manera real o simbólicamente, se demuestre intención de vedar el paso a los demás, excluyéndose así a los extraños, por precaria que sea la construcción.

La morada, conforme el decir de Carlos Creus,

... [p]uede estar constituida por un inmueble edificado, total o parcialmente destinado a moradas por inmuebles no destinados a habitación, pero que se utilizan para ese fin (p. ej., una cueva natural), o por muebles afectados a vivienda (casas rodantes, construcciones flotantes, vagones, etc.).

Ricardo Núñez entiende que

... la morada está aplicada para albergar la intimidad de la persona y sus cosas y, siendo el caso, de su familia o núcleo semejante, con un propósito de continuidad más o menos prolongada.

Resumiendo, la morada es el lugar donde una persona habita, solo o con un grupo de personas (familia o pares); es el espacio físico donde despliega su personalidad y, por lo tanto, el legislador ha querido proteger su intimidad.

No importa si el lugar se encuentra permanentemente habitado o se utiliza únicamente para pasar la noche, pudiendo el dueño incluso tener más de una vivienda, mientras desarrolle en todas ellas su intimidad. Tampoco es relevante a los efectos del tipo penal si el sujeto pasivo reside allí en forma permanente o más aislada, debiendo incluirse en el concepto de morada al alojamiento ocasional.

Puede tratarse de una vivienda edificada total o parcialmente, que puede haber sido construida con ese fin o no, pero que en definitiva se utiliza con ese fin. De este modo, puede entenderse como morada a una casa, un departamento, ya sea que esté finalizada la obra de construcción o no, una casilla, una cueva, un galpón, una casa rodante, una embarcación, una habitación de hotel, una carpa, etcétera.

Debe tratarse de un lugar habitado, aunque al momento de la perpetración del hecho no se encuentre ninguna persona en el lugar. Sin embargo, si se trata de una casa que se encuentra deshabitada, no habrá violación de domicilio, porque no se trata de un lugar donde una persona desarrolla actualmente su intimidad.

b) Casa de negocio

Edgardo Donna entiende por este concepto:

... el lugar destinado a cualquier actividad comercial, profesional, científica, artística o deportiva, ya sea que se encuentre abierto al público en general (por ej., un bar, un restaurante, un comercio, un teatro, etc.) o que solo esté habilitado para los sujetos que trabajan en ese lugar (por ej., un laboratorio científico o una fábrica que no tiene atención al público).

En este mismo sentido opina Sebastián Soler, quien explica que

... casa de negocios no quiere decir casa de negocios cerrada ni casa de negocios actualmente habitada, sino, sencillamente casa privada abierta al público con el fin genérico de la realización de cualquier negocio que demanda la concurrencia más o menos indeterminada de gente, quedando en el dueño la facultad de excluir a los concurrentes.

Comparten también esta idea Estrella y Godoy Lemos: “Su concepto no se limita a los locales comerciales, sino que es comprensivo de todo reciente en el que se practique cualquier actividad lícita...”.

Sin embargo, este concepto no es uniforme en la doctrina, por cuanto Creus y Núñez entienden que por casa de negocios el legislador

ha querido incluir, únicamente, al lugar donde se desarrolla una actividad de tipo comercial, artística o científica, que no esté destinado al acceso de un número indeterminado de personas.

c) Dependencia

Los autores citados precedentemente coinciden en definir como dependencias de una morada o casa de negocios a todos los recintos anexos a ellos, vinculados con el objeto del principal (es decir, si se trata de una casa de negocios que guarde relación con la explotación de la misma). En este espacio el sujeto pasivo tiene que desarrollar también su intimidad, para que se encuentre protegido por la norma.

El lugar debe estar delimitado, de algún modo, de forma tal que el titular del derecho de exclusión muestre su voluntad de ejercerlo. Asimismo, esta delimitación debe servir para que el sujeto activo tenga que llevar a cabo el verbo típico, esto es entrar.

d) Recinto habitado

Con este concepto el legislador ha querido extender el ámbito de protección de la norma a todos aquellos lugares que dogmáticamente no podrían ser considerados morada, pero que en los hechos sí lo son, porque transitoriamente albergan a una o más personas.

Algunos autores entienden que este concepto se refiere a los casos en los cuales una persona ocupa una parte de una morada o casa de negocios como habitación, es decir, un cuarto de un hotel o de una casa de familia que es alquilado o prestado a otra persona ajena al núcleo familiar para su hospedaje. De esta forma, se distingue del concepto de morada por la menor prolongación en el tiempo en que se utilice el recinto con ese fin.

Voluntad de exclusión

Uno de los requisitos fundamentales del tipo objetivo está dado por la voluntad de exclusión, que puede manifestarse de manera expresa o presunta.

En el primer caso debe manifestarse de forma inequívoca oralmente, por escrito o cualquier otro signo o gesto, que permita claramente comprender que el titular del derecho de exclusión está en

contra del ingreso de determinada persona o personas a su domicilio, casa de negocios, dependencia de ellos o recinto por él habitado.

En el supuesto de la voluntad presunta, justamente al no haber brotado de la expresión del titular del derecho de exclusión, esta debe presuponerse por indicios, como podría ser una puerta cerrada o una cerca de altura elevada. Sin embargo, es deber del juzgador en cada caso en concreto y analizando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, decidir si el sujeto activo debía entender la voluntad presunta de excluirlo de ese lugar o no.

En los casos de las moradas, la voluntad de exclusión se presume respecto de toda persona ajena al núcleo de personas que habitan en ella, así como también en las casas de negocios que no están destinadas a la atención del público, o cuando ocurriera fuera del horario destinado a esa atención, así como también en dependencias de ella que no estuvieran destinadas al público en general (por ej., una oficina o depósito en el interior de un comercio).

La mayoría de la doctrina estima que la presunción se invierte en el caso de las casas de negocios destinadas a la atención del público en general, siendo el acceso permitido, salvo voluntad expresa en contrario. Sin embargo, para Núñez no existe violación en este supuesto, durante el horario en que se desarrolla la actividad, por cuanto no es un espacio reservado a la intimidad. En caso de hacer uso del derecho de exclusión, el sujeto pasivo no está protegiendo su intimidad, sino ejerciendo el derecho de dominio que toda persona tiene sobre su propiedad.

Finalmente, cabe aclarar que la autorización al ingreso de quien tiene derecho a excluir elimina la tipicidad de la conducta, más esa voluntad no puede estar viciada, debe ser libre y consciente. Incurrir en el delito de violación de domicilio quien engañando a su morador o dueño, consigue autorización para ingresar, sabiendo que si no hubiera mediado el error, no se le hubiera habilitado el acceso a la vivienda.

Requisitos del tipo: tipo subjetivo

Dolo

La figura en estudio solo admite el dolo directo, es decir que requiere del sujeto activo el conocimiento y la voluntad de ingresar en los lugares protegidos por la norma, contrariando la voluntad expresa o suponiendo que contraría la voluntad no manifiesta, de aquel que tiene derecho a excluirlo; es decir, de quien desarrolla en el interior de ese espacio físico su intimidad.

Según parte de la doctrina (Donna y Soler) esta figura admite también dolo eventual, pues incurre en ella quien dudando de que cuenta con autorización para ingresar, de todos modos decide hacerlo, asumiendo la posibilidad de contrariar la voluntad de quien tiene el derecho de excluirlo.

Existen innumerables situaciones que pueden derivar en un error de tipo, las que deberán ser analizadas en cada caso concreto por el juzgador.

Jurisprudencia de requisitos del tipo objetivo y subjetivo

Jurisprudencia nacional

“No obstante la no acreditación del elemento subjetivo requerido por la figura prevista en el art. 162 del CP, si se determinó que el incuso ingresó en dos dependencias –balcones– de domicilios ajenos, las que forman parte del ámbito de intimidad de los sujetos pasivos, a sabiendas de la voluntad de exclusión –presunta– de quienes tenían derecho a hacerlo, debe homologarse el procesamiento dictado al imputado con la aclaración que resulta ‘prima facie’ autor penalmente responsable del delito de violación de domicilio reiterado (arts. 45, 55 y 150 del CP)”.

CNCrim. y Correc. Sala VI. Escobar, Gerome (Prosec. Cám.: Uhrlandt), c. 21.788, “Sanchez, Miguel Ángel”, rta.: 22/05/2003.

“Incurrir en violación de domicilio quien logra ingresar en el hall de entrada de una casa de departamentos cuando se encuentra cerrada la puerta de acceso [...] Con ello, si se ha acreditado que el imputado ingresó al interior del inmueble de la víctima sin su consentimiento, debe confirmarse el auto que dispuso su procesamiento en orden al delito de violación de domicilio”.

CNCrim. y Correc. Sala I. Donna, Elbert, Filozof (Sec.: Gorostiaga), c. 21.660, “Rodríguez, Cristian Sebastián Fernando”, rta.: 20/08/2003.

“La conducta punible del art. 150 del CP es la de entrar a uno de los recintos constitutivos de un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluir y se consuma cuando la persona entra en el domicilio y pasa a su interior desde afuera. No viola el domicilio ajeno el que, sin haber entrado ilegalmente, permanece en él contra la voluntad del titular, aunque dentro del mismo recinto domiciliario, pase a un ámbito reservado por una razón cualquiera (*); tampoco se configura el delito si se ingresa a un lugar de acceso público, aunque se lo haya realizado contra la voluntad expresa del titular [...] Con ello, si los imputados –dirigentes gremiales– ingresaron al domicilio de la empresa destinado a la recepción del público, no hubo oposición expresa por parte del director de la sociedad sino que su voluntad de exclusión fue expresada con posterioridad a tal entrada. Por tanto, corresponde confirmar el sobreseimiento de primera instancia (voto del Dr. Barbarosch al cual adhirió el Dr. González Palazzo)”.

CNCrim. y Correc. Sala IV. Barbarosch, González Palazzo (Sec.: López), c. 21.533, “Alcaraz, Luis A. y otros”, rta.: 26/08/2003.

“Si el incuso ha sido sorprendido en la terraza de una finca deshabitada y el ingreso fue a través de la propiedad de la denunciante, el evento reprochado se enmarca en la figura del art. 150 del CP, máxime cuando no existen elementos que autoricen a inferir que la conducta desplegada por el encartado estuviera dirigida a apoderarse de bienes de la finca en cuestión. ‘... el elemento subjetivo de este delito lo constituye el conocimiento que el sujeto tiene de la inexistencia del consentimiento del dueño. Ese conocimiento surge con toda claridad cuando el violador del domicilio ha empleado medios que suponen eludir la manifestación de voluntad contraria: introducción clandestina

o incidiosa'. 'Impedir la prohibición, equivale a la prohibición, y bien puede decirse que ha impedido la prohibición el que ha buscado introducirse en la casa ajena de manera que el inquilino no lo sepa'".

CNCrim. y Correc. Sala VI. Gerome, Escobar, Bunge Campos. Prosec. Cám.: Uhrlandt), c. 25.054, "Rivero, Victerman y otro", rta.: 13/09/2004.

"El delito de violación de domicilio no se configura si el titular del derecho de exclusión le permitió retirar sus pertenencias de la empresa, como consecuencia de la finalización de la relación laboral y por las circunstancias de tiempo y modo en que habría de concluirse la prestación laboral, la entrada del encausado al establecimiento pudo ser causa del error de este sobre la existencia de una voluntad de admisión. Por ello, debe confirmarse el sobreseimiento decretado".

CNCrim. y Correc. Sala V. Navarro, Filozof, Pociello Argerich (Sec.: Collados Storni), c. 25.379, "Lubinski, Arnoldo y otros", rta.: 25/11/2004.

"En tanto las escaleras, hall, palieres, azoteas, techos, cocheras, etc., son consideradas dependencias siempre y cuando la voluntad excluyente sea notoria para quien ingresa en el inmueble, incurre en violación de domicilio quien logra ingresar en el hall de entrada de una casa de departamentos encontrándose cerrada la puerta de acceso –art.150 del CP– [...] Si los imputados al ser encontrados en el hall de entrada del edificio, refirieron al encargado que iban a visitar a las personas que habitaban el departamento del segundo piso, en donde no vivía nadie, sumado a que tenían en su poder una llave que permitía el ingreso mas no el egreso al edificio y que se secuestraron del interior de sus rodados varios manojos de llaves, algunas de ellas en forma de 'T' para abrir puertas de edificios, se ve acreditado el grado de sospecha exigido por el art. 294 del CPPN. Por ello, debe revocarse el sobreseimiento decretado".

CNCrim. y Correc. Sala I. Bruzzone, Elbert (Prosec. Cám.: Fernández de Cuevas), c. 24.659, "Araoz, Héctor José y otro", rta.: 27/12/2004.

"Que las circunstancias de la causa permitan descartar que el ingreso al domicilio y rotura de una ventana se hubiera debido a que intentaba un robo, no lleva directamente a considerar que esas con-

ductas son atípicas, porque el ingreso en dependencias de morada ajena para procurar la impunidad resulta una acción típica del delito previsto en el art. 150 del CP. Ello así, toda vez que las dependencias de la morada y de la casa de negocios se encuentran alcanzadas por la protección legal, tratándose de ‘espacios o recintos unidos materialmente a las mismas y que sirven como accesorios para las actividades que se despliegan en el local principal –jardines, cocheras, azoteas, balcones–’ [...] La rotura del vidrio de una ventana, cuya imputación objetiva a la persona del encausado se justifica en que en el momento en que habría ocurrido se contaba con su exclusiva presencia en el lugar, y ese deterioro constituye un daño previsto en el art. 183 del CP, delito que, si integraba su plan de ingresar en el interior de la finca propiamente dicha, debe concurrir idealmente con el de violación de domicilio [...] Por ello, corresponde confirmar parcialmente el punto que dispuso el procesamiento del encausado modificando su calificación legal por la de violación de domicilio y daño en concurso ideal, que concurre materialmente con los dos hechos de tentativa de robo abarcados por el mismo auto”.

CNCrim. y Correc. Sala I. Bruzzone, Rimondi (Sec.: Bruniard), c. 29.476, “Caldirola, Diego H.”, rta.: 16/08/2006.

“Tanto el hall de entrada como las escaleras son consideradas dependencias siempre y cuando, la voluntad excluyente sea notoria para quien ingresa en el inmueble [...] Si los imputados habrían ingresado violentamente al inmueble, mediante uso de llave falsa previo forcejeo, y oportunamente al ser detenidos se encontraban en el interior –hall de entrada y escaleras entrepisos– del edificio, no hubo principio de ejecución de un delito contra la propiedad sino que tal conducta se subsume en la figura de la violación de domicilio (art. 150 del CP) (del voto del Dr. Bruzzone al que adhirió el Dr. Ameghino Escobar). En consecuencia, corresponde confirmar el procesamiento modificando la calificación legal por la de violación de domicilio (art. 150 del CPN). Disidencia del Dr. Rimondi: La conducta de ingresar sin autorización a los espacios comunes de un edificio de propiedad horizontal no encuadra tampoco en el delito de violación de domicilio (art. 150 del CP). Dicha figura protege un ámbito de intimidad de la persona, consecuentemente, se considera que solo se puede infringir el art. 150,

CP, si se ingresa a un lugar al que pueda conferírsele dicho carácter íntimo. “No se puede vulnerar la intimidad donde ella no se desarrolla”, descartando que pueda considerarse dependencia de una morada “los lugares que están afectados a un uso común a varios departamentos interiores (p.ej., el pasillo común a varios departamentos interiores de un inmueble)”. “Lo protegido es un ámbito de intimidad y no un recinto cerrado que no lo implique, incluso si este forma parte de la construcción donde existe un domicilio”. “El hall, el pasillo y escaleras no pueden considerarse involucrados en un recinto de reserva, propia de la que es objeto de resguardo penal en el delito de violación de domicilio, ya que por otra parte están librados al uso común de personas indeterminadas”, declarando atípico, en consecuencia, el ingreso a dichos espacios “no obstante que los motivos de los encausados al ingresar [...] no eran legítimos”. Más allá que la puerta de acceso al edificio se encontraba cerrada, lo que conllevaría una voluntad de exclusión por parte de los vecinos, no puede reputarse cometido el delito en cuestión, toda vez que los espacios comunes no pueden considerarse dependencias de las moradas que conformarían los departamentos. Por ello, debe desvincularse a los encausados dado que la conducta que habrían cometido no encuadra en una figura legal”.

CNCrim. y Correc. Sala I. Escobar, Bruzzone, Rimondi (en disidencia) (Sec.: Serraglia), c. 29.583, “Guallar, Matías N. y otros”, rta.: 06/09/2006.

“Nos encontraríamos frente a actos preparatorios del delito de hurto por el cual se lo imputa, pero esos actos subsumen en la figura de la violación de domicilio (art. 150, CP), ya que respecto del tipo escogido por la jueza de grado no se dio comienzo de ejecución, pero respecto del otro se constató su ingreso en morada ajena contra la voluntad de sus dueños, encontrándose subsumidos en ese concepto las partes comunes de un edificio así como su cochera. Por ello, corresponde confirmar parcialmente el procesamiento del imputado como autor del delito de violación de domicilio (arts. 45 y 150 del CP). Disidencia del Dr. Rimondi: coincido con el colega preopinante en cuanto a que no se puede considerar que haya tenido principio de ejecución un delito contra la propiedad. La conducta que se ha dado por acreditada no resulta una unívoca manifestación de la voluntad de atentar

contra un patrimonio ajeno. De tal modo, más allá de que la versión de descargo no se condice con las evidencias colectadas, lo que permitiría afirmar que el imputado ingresó al garage del edificio por causas ilegítimas, la subsunción legal escogida en la instancia de origen no puede ser sostenida. Asimismo, tal y como lo afirmé como juez de instrucción en los autos “Araos, Héctor José y otro” (causa n° 590/2004), considero que la conducta de ingresar sin autorización a los espacios comunes de un edificio de propiedad horizontal no encuadra tampoco en el delito de violación de domicilio (art. 150 del CP). La doctrina es pacífica al afirmar que dicha figura protege un ámbito de intimidad de la persona, consecuentemente, se considera que solo se puede infringir el art. 150, CP, al ingresar a un lugar al que pueda conferírsele dicho carácter íntimo [...] “no se puede vulnerar la intimidad donde ella no se desarrolla”, descartando que puedan considerarse dependencias de una morada “los lugares que están afectados a un uso común o al cual puedan acceder personas indeterminadas (por ej., el pasillo común a varios departamentos interiores de un inmueble)”. Núñez, en un sentido similar, le resta relevancia típica a la circunstancia de que existiesen restricciones al acceso, al postular que “[l]o protegido es un ámbito de intimidad y no un recinto cerrado que lo implique, incluso si este forma parte de la construcción donde existe un domicilio”, citando también como ejemplo, en la nota al pie respectiva, “los pasillos de una casa de departamentos” (el destacado no forma parte del original). Por su parte, en la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia, al afirmar que “el hall, el pasillo y escaleras no pueden considerarse involucrados en el recinto de reserva, propio de la que es objeto de resguardo penal en el delito de violación de domicilio, ya que por otra parte están librados al uso común de personas indeterminadas”, declarando atípico, en consecuencia, el ingreso a dichos espacios “no obstante que los motivos generales de los encausados al ingresar [...] no eran legítimos”. En consecuencia, más allá de que la puerta de acceso al garage del edificio se encontraba cerrada, lo que conllevaría una voluntad de exclusión por parte de los vecinos, no puede reputarse cometido el delito en cuestión, toda vez que los espacios comunes no pueden considerarse dependencias de las moradas que conformarían los departamentos. Es decir, voto por la desvinculación del imputado,

dado que la conducta que habría cometido no encuadra en una figura legal (art. 336, inc. 3, CPPN”).

CNCrim. y Correc. Sala I. Bruzzone, Filozof, Rimondi (en disidencia). c. 31.460_1, “Crespi, Daniel E.”, rta.: 20/06/2007.

Nota de la Secretaria: el imputado fue encontrado en el garage del edificio. Al momento en que se presentó personal policial, ante la advertencia de la portera, el imputado se encontraba acostado debajo de un automóvil que estaba estacionado y cuando los preventores dieron la voz de alto el nombrado dijo: “me entrego no estoy armado”. La defensa apeló el auto de procesamiento en orden al delito de tentativa de hurto (arts. 42 y 162, CP).

“En el delito de violación de domicilio, para considerar típica la conducta, el sujeto activo debe tener conocimiento no solo de que se trata de una ‘morada o casa de negocio ajena’, sino también que se ingresa ‘contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo’, art. 150, CP. Si bien el imputado se desempeñaba como personal de vigilancia del edificio en el que se encuentran las oficinas de la damnificada, pesaba sobre su persona la prohibición absoluta de ingresar a las instalaciones y era su obligación, en caso de notar alguna irregularidad, dar aviso a la policía. El pleno conocimiento de tal impedimento descarta la existencia del error de tipo, que determinaría la falta de dolo”.

CNCrim. y Correc. Sala IV. Barbarosch, Escobar, c. 18.087, “Siancha, Claudio A.”, rta.: 20/03/2002.

“La conducta del encargado de un edificio, de haber entrado ilegítimamente a un departamento de dicho edificio con llave que le había sido entregada debido a que tenían que fumigar, reúne los elementos subjetivos del tipo, al haber ingresado ‘contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo’, lo que permite considerarlo ‘prima facie’ como autor de la violación de domicilio (art. 150, CP)”.

CNCrim. y Correc. Sala IV. Barbarosch, González Palazzo (Sec.: López), c. 19.513, “Madera, Guillermo” rta.: 12/09/2002, Pub. en Bol. Int. de Jurisp. N° 3/2002, p. 420.

“Si no existen elementos de juicio que permitan sostener con el mismo grado de convencimiento que la intención del imputado era la de apropiarse de objetos existentes en el interior del edificio de departamentos, la calificación legal deberá ser reformada en su favor por la de tentativa de violación de domicilio (arts. 42 y 150 del C.P.). Disidencia del Dr. Rimondi: La conducta de ingresar sin autorización a los espacios comunes de un edificio de propiedad horizontal no encuadra en el delito de violación de domicilio (art. 150 del CP). Dicha figura protege un ámbito de intimidad de la persona, consecuentemente, se considera que solo se puede infringir el art. 150 del C.P., al ingresar a un lugar al que pueda conferírsele dicho carácter íntimo. ‘No se puede vulnerar la intimidad donde ella no se desarrolla’, descartando que puedan considerarse dependencias de una morada ‘los lugares que están afectados a un uso común o al cual puedan acceder personas indeterminadas’, ‘lo protegido es un ámbito de intimidad y no un recinto cerrado que no lo implique, incluso si este forma parte de la construcción donde existe un domicilio’. ‘Los pasillos de una casa de departamentos’, ‘el hall, el pasillo y escaleras pueden considerarse involucrados en el recinto de reserva, propio de la que es objeto de resguardo penal en el delito de violación de domicilio, ya que por otra parte están librados al uso común de personas indeterminadas’, declarando atípico, el ingreso a dichos espacios ‘no obstante que los motivos de los encausados al ingresar [...] no eran legítimos’. Por ello, no puede reputarse cometido el delito en cuestión, toda vez que los espacios comunes no pueden considerarse dependencias de las moradas que conformarían los departamentos (art. 336, inc. 3 del CPPN)”.

CNCrim. y Correc. Sala I. Barbarosch, Bruzzone, Rimondi (en disidencia) (Sec.: Bruniard), c. 29.152, “Galleguillo, Elías J.”, rta.: 11/09/2006.

Jurisprudencia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

EDIFICIO. LUGARES COMUNES “No caben dudas acerca de que en las dependencias comunes, que abarcan tanto el ‘hall’ y pasillos, como también –por ejemplo– un salón de usos múltiples, el jardín o la piscina, se preserva un ámbito de privacidad, libre de la intromisión de terceros, a favor de los moradores de cada una de las unidades

funcionales, del mismo modo en que ello se garantiza al titular de cualquier otra vivienda, sin que esto implique realizar una interpretación extensiva –ni mucho menos analógica– de la ley penal [...] En el supuesto bajo estudio, la denunciante le solicitó al encausado que se retirara del lugar y pese a ello, el imputado no solamente ingresó por la fuerza a los espacios comunes del edificio –tras romper el portero eléctrico y la puerta de ingreso–, sino que también se acercó al departamento de la denunciante –contra la expresa voluntad de la víctima– y rompió el vidrio de la puerta de entrada.

Ello así, mal puede sostenerse que surja de forma palmaria y evidente la inexistencia de una conducta que configure el tipo penal analizado, será el contradictorio el estadio procesal oportuno para dilucidar todas las cuestiones relativas a circunstancias de hecho y prueba”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 18791-2018-O. Autos: R., P. M. Sala II. Del voto de Dr. Fernando Bosch, Dra. Marcela De Langhe, Dr. Pablo Bacigalupo - 17-12-2018.

RECINTO HABITADO. HABITACIÓN “Dicho esto, es posible afirmar que al momento en que se desplegó la conducta investigada la denunciante se encontraba dentro de un ámbito destinado a resguardar su privacidad. En este sentido, la letra de la norma sanciona a quien entrare en el ‘recinto habitado’ por otro, y es así como debe considerarse la habitación que ocupaba la denunciante. Ello, pues se entiende como ‘recinto habitado’ al ‘lugar transitoriamente destinado a la habitación de una persona, dentro del cual ella tiene derecho a la intimidad [...] aún con independencia del titular del dominio, posesión o tenencia del inmueble o mueble a que aquel pertenezca’ (D’Alessio, Andrés (dir.); Divito, Mauro (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2da edición, 2004, T. II, p. 351).

Con respecto a los argumentos brindados por la Defensa que se apoyan en el consentimiento brindado por el tío de la damnificada cuando sostuvo que ‘la penetración del interior al interior de aquel que ingresó al domicilio de forma legal resulta ser atípica’, entendemos que quien se encontraba facultada para ejercer el derecho de exclusión respecto del recinto que habita –y que constituye su ámbito de privacidad– es la denunciante.

De lo expuesto se desprende que el consentimiento brindado por el tío de la denunciante para que el encartado ingrese a su morada, no torna atípica la conducta que prima facie se le imputa”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 23790-2018. Autos: G., C. R. Sala I, 17-10-2018.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - LIBERTAD - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO DE EXCLUSIÓN – LEGITIMACIÓN “En relación a la violación de domicilio, delito previsto en el artículo 150 del Código Penal, cabe recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que el tipo penal protege el bien jurídico libertad, que se manifiesta a través de la facultad con la que cuenta el sujeto pasivo de elegir quién ingresa o no a su ámbito de reserva e intimidad.

Asimismo, el derecho de exclusión de referencia no se encuentra exclusivamente en cabeza del titular del inmueble, sino en todos los que allí desenvuelven su ámbito de intimidad”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 23790-2018. Autos: G., C. R. Sala I. Del voto de Dra. Elizabeth Marum, Dr. Marcelo P. Vázquez, Dr. José Sáez Capel. 17-10-2018.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - IMPROCEDENCIA - BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - LIBERTAD - INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO - PRINCIPIO DE RESERVA - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES “En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado en cuanto rechazó la excepción de atipicidad planteada por la Defensa. El hecho que se le atribuye al imputado es haber ingresado al jardín de un inmueble ubicado en esta ciudad. Concretamente el imputado saltó las rejas del cerco delantero de la casa, desenroscó un foco de luz y se puso a dormir entre las plantas. La Fiscalía encuadró el suceso descripto en el delito de violación de domicilio, conforme artículo 150 del Código Penal. La Defensa sostuvo que no se habría afectado el principio de reserva, dado que entendió que esa garantía constitucional exige una lesión concreta al bien jurídico tutelado y que ello no se verificaría en autos. Específicamente la Defensa estimó que la conducta desplegada por el imputado es atípica porque los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de

violación de domicilio son la libertad y la intimidad, que no se vieron afectados. Sin embargo, el domicilio es inviolable y se encuentra constitucionalmente protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Es un derecho de tan alta jerarquía que no sólo vale como límite a las injerencias estatales, sino también contra la de los particulares”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 1629-2018-O. Autos: Mini, Alan Mariano Sala II. Del voto de Dr. Pablo Bacigalupo con adhesión de Dra. Elizabeth Marum y Dr. Marcelo P. Vázquez por sus fundamentos. 04-07-2018.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - DELITO DE DAÑO - TIPO PENAL - PRISIÓN PREVENTIVA - VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO “Ya hemos señalado que el ingreso al hall de entrada de un edificio, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, es suficiente para configurar la acción típica de violación de domicilio (causa N° 1682/2016-1 “Richini, Eduardo Gabriel s/art. 150 CP -Apelación; rta. el 23/05/2017)”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 11874-2018-1. Autos: A., J. A. Sala I. Del voto de Dr. Marcelo P. Vázquez, Dra. Elizabeth Marum. 21-05-2018.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - IMPROCEDENCIA - DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS - CONTEXTO GENERAL - CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA - OPORTUNIDAD PROCESAL - ETAPA DE JUICIO “En el caso, corresponde revocar la resolución de grado en cuanto dispuso hacer lugar a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

En efecto, para así resolver, la Judicante razonó que si bien el imputado ingresó al inmueble, solo transitó lugares comunes del edificio y a partir de ello, consideró que no hubo lesión al bien jurídico protegido y que la enumeración que realiza el legislador sobre los lugares protegidos por el tipo penal no incluyen dichos espacios.

Sin embargo, las constancias obrantes en la causa no permiten descartar sin más, en esta instancia del proceso, la tipicidad de la presunta conducta atribuida al encausado, encuadrada en el delito previsto y reprimido por el artículo 150 del Código Penal, sino que por

el contrario, los argumentos y testimonios dados por las partes deberán ser examinados en la audiencia de juicio oral y público.

En este sentido, obra la declaración del encargado del edificio, quien manifestó haber sido advertido por un empleado de una empresa del edificio, que circulaba por las escaleras del inmueble un masculino sospechoso, que estaba merodeando los pasillos. Asimismo, declaró que interceptó al encartado y le preguntó qué hacía en el edificio y este le respondió que iba a una empresa de turismo para comprar pasajes, mencionando el nombre de la empresa, lo que le pareció extraño al encargado ya que dicha firma se dedica a la marroquinería, por ello, ofreció acompañarlo para corroborar sus dichos pero el encartado se negó, lo empujó en el medio de las escaleras e intentó escapar. Manifestó que en la planta baja el imputado fue reducido en el suelo y los vecinos llamaron a la policía. También, expresó que la puerta del edificio permanece cerrada las 24 hs.

Así las cosas, surge del contexto fáctico analizado, que no es claro porque y en qué circunstancias supuestamente el imputado ingresó al edificio, cuando el acceso al edificio tiene la puerta cerrada con llave, la cual permanece así las 24 hs., y supuestamente no estaba autorizado por alguno de los propietarios, encargados u ocupantes del inmueble, lo que traduce varios puntos controvertidos, que deberán ser debatidos en una instancia posterior. Por ello, no se puede descartar la configuración de la figura penal en estudio, pues no se vislumbra que no se den 'prima facie' los elementos del tipo imputado."

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 1682-2016-1. Autos: Richini, Eduardo Gabriel Sala I. Del voto de Dr. José Sáez Capel, Dr. Marcelo P. Vázquez, Dra. Elizabeth Marum. 23-05-2017.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - INMUEBLE DESOCUPADO - DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS - CALIFICACIÓN DEL HECHO - CALIFICACIÓN LEGAL - DELITO DE DAÑO "En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que rechazó la excepción de atipicidad respecto del delito de violación de domicilio planteada por la Defensa.

La recurrente solicita se revoque lo resuelto atento que el artículo 150 del Código Penal no reprime el acceso a una vivienda

desocupada y que conforme los testimonios aportados en autos surgía que el inmueble al cual habrían ingresado las encausadas estaba deshabitado, que no había luz ni sanitarios y la entrada estaba tapiada.

En efecto, atento que no se sobresee por calificaciones sino por hechos, lo cierto es que, toda vez que el ingreso a la morada se habría producido a través de un boquete en una de las paredes no puede descartarse la existencia de otro ilícito, esto es, el delito de daño previsto en el artículo 183 del Código Penal”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 13879-01-00-16. Autos: Torroija, Mariángeles y otros. Sala III. Del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dra. Elizabeth Marum (Dr. Sergio Delgado en disidencia). 28-04-2017.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - EXCEPCIÓN DE DEFECTO LEGAL - ATIPICIDAD - INMUEBLE DESOCUPADO - DOMICILIO - BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - LIBERTAD - DERECHO A LA INTIMIDAD - CALIFICACIÓN DEL HECHO - CALIFICACIÓN LEGAL - PRECLUSIÓN - SOBRESEIMIENTO – DOCTRINA “En el caso, corresponde revocar la resolución de grado que rechazó la excepción de atipicidad y sobreseer a las imputadas respecto del delito de violación de domicilio.

En efecto, no habría violación a la intimidad alguna al realizar una conducta que consiste en ingresar a un predio deshabitado que habría sido una gomería y un lavadero que estaba roto, sucio, tenía escombros adentro, muebles rotos y no contaba con sanitarios ni con luz.

Según la acusación realizada por el Fiscal el inmueble al cual habrían ingresado las encausadas estaba deshabitado, extremo con el que coinciden los testimonios arrojados en autos.

En este marco fáctico advierto que el artículo 150 del Código Penal de la Nación castiga con pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años a quien entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

El tipo penal incluido en el Título del Código Penal correspondiente a los delitos contra la libertad, no resulta protegido por esta figura típica la propiedad en cuanto a espacio físico o lugar que constituye la casa donde una persona habita, sino que el bien jurídico tutelado por la

norma resulta ser una de las manifestaciones de esa libertad; esto es, el derecho de elegir quienes pueden entrar en el ámbito de intimidad del sujeto pasivo. (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, reimpresión, 2005, T. II-A, pp. 291-292).

Ello así y atento que ha precluido la posibilidad de recalificar la conducta reprochada conforme la hipótesis sostenida por la Fiscalía de cámara y en tanto el Fiscal de grado ha llevado adelante la investigación sin recurrir a otro supuesto acusatorio, corresponde hacer lugar a la excepción por manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad. (Del voto en disidencia del Dr. Delgado)”.
 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 13879-01-00-16. Autos: Torroija, Mariángeles y otros. Sala III. Del voto en disidencia de Dr. Sergio Delgado. 28-04-2017.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - CALIFICACIÓN DEL HECHO - TURBACIÓN DE LA POSESIÓN - *REFORMATIO IN PEJUS* - EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - SOBRESSEIMIENTO - DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS “En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado en cuanto tuvo por cumplidas las pautas de conducta impuestas al encausado en el marco de la ‘probation’, declaró la extinción de la acción penal y sobreseyó al imputado.

En efecto, se le atribuyó al encartado, hijo del administrador del edificio, el haber construido en el patio del mismo, propiedad de la denunciante, una losa, sin consentimiento de la damnificada, aprovechando que esta se encontraba de viaje.

Ahora bien, sin perjuicio de que la cuestión traída a estudio y la prohibición de la ‘*reformatio in pejus*’ veda a este tribunal, a esta altura, modificar la calificación de los hechos, no puede dejar de advertirse que el delito de violación de domicilio, atribuida al encartado, es una figura netamente subsidiaria: la propia ley expresamente aclara ‘si no resultare otro delito más severamente penado’ (art. 150, CP). Es manifiesto que para construir una losa sobre el patio de la propietaria necesariamente se ingresó a su unidad (sin su consentimiento), de tal modo que ‘*prima facie*’ se realizó ese tipo penal. Pero también es manifiesto que edificar por la fuerza un nuevo patio sobre uno ya existente es algo más grave que una mera (y subsidiaria) violación de domicilio.

En este sentido, el artículo 181, inciso 3º, del Código Penal, prevé el delito de turbación de la posesión de un inmueble. Para el caso, la acción típica consiste en turbar la posesión, con violencias, sin ocupar el inmueble ni tener la intención inmediata de hacerlo, restringiendo temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que le corresponden al sujeto pasivo (D'Alessio, Andrés, *Código Penal Argentino. Comentado y Anotado*, La Ley, 2009, T. II, p. 831).

Si bien estas observaciones podrían tener otras consecuencias jurídicas para la suerte del proceso, lo cierto es que aquí sólo serán valoradas a los efectos de resolver el objeto de apelación, que circunscribe la competencia de los suscriptos en virtud de la ya mencionada prohibición de la *'reformatio in pejus'*. En definitiva, la suerte del proceso penal ya ha sido sellada por la decisión de la *A-Quo* de tener por cumplidas las condiciones de la *'probatión'* y sobreseer al imputado”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 3909-00-CC-2015. Autos: Singerman, Martín. Sala II. Del voto de Dra. Marcela De Langhe, Dr. Fernando Bosch. 01-03-2017.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - PROCEDENCIA - BIENES PÚBLICOS DEL ESTADO - INTERPRETACIÓN DE LA NORMA – COCHERA “En el caso, corresponde revocar la resolución de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

En efecto, la Defensa sostuvo que el ingreso al estacionamiento subterráneo del edificio perteneciente al Consejo de la Magistratura de la Nación no constituiría morada, en los términos del artículo 150 del Código Penal. Así, indicó no se estaría en presencia de uno de los ámbitos amparados por el derecho a la intimidad que protege la regla y que tampoco existía ningún tipo de señalización respecto de una posible restricción de acceso.

Ahora bien, los edificios públicos y sus dependencias no son moradas ni casas de negocios privados. Los asuntos que allí se tratan no son “negocios” y nadie habita sus públicos despachos. Puede hacerse excepción, conforme lo propone Soler a las dependencias de la vivienda del Mayordomo del Palacio de los Tribunales, que sí deben considerarse una morada. Pero claramente no lo son las cocheras

destinadas a los funcionarios judiciales que no son sus moradores sino sus usuarios accidentales.

Así lo ha entendido la jurisprudencia invocada por la defensa (causa N° 3723, “Castillo, Luis Edgardo s/rec. de casación”, rta. el 8/5/2002, de los registros de la Sala III de la CNCP) claramente aplicable al caso de autos, en el que el sector de cocheras, en lugar de prestar servicios como dependencia a los tribunales de Bariloche, como en aquel caso, está ubicado en el cuarto subsuelo del inmueble afectado al Consejo de la Magistratura de la Nación. No es ello algo que dependa, en mi opinión, de circunstancias que deban ser acreditadas en debate (Del voto en disidencia del Dr. Delgado)”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 15067-01-CC-16. Autos: Rodríguez Arguelles, Carlos Andrés. Sala II. Del voto en disidencia de Dr. Sergio Delgado. 14-02-2017.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - PROCEDENCIA - DERECHO DE ADMISIÓN Y PERMANENCIA – HOTELES “En el caso, corresponde revocar la resolución de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

En efecto, asiste razón a la Defensa en cuanto a que el ingreso al baño de un hostel o a los sectores públicos del mismo, que no se ha efectuado contra la voluntad expresa del titular del derecho de admisión del local, no configura el delito de violación de domicilio.

En este sentido, la violación de domicilio se perpetra cuando se ingresa a una morada o casa de negocio ajena contra la voluntad de quien tiene derecho a excluir. En el interior de un hostel, la morada está integrada por los dormitorios y salas de estar. Los pasillos y baños no la integran, dado que son espacios de uso común. Ello, así se verifica en los planos agregados al legajo, en los cuales se advierte que tanto los dos baños del primer piso, los tres del segundo y los tres del tercero comunican a los respectivos pasillos de uso común. Ninguno tiene acceso directo desde ninguna de las habitaciones, que no cuentan con baño privado.

Por otro lado, al Hostel, además, se accede desde la planta baja ingresando por una escalera que comunica, simultáneamente, a la puerta que da acceso a la antesala del recinto destinado a la recepción y, al mismo tiempo, a la puerta de acceso al pasillo de circulación común,

por el que se accede al resto de las instalaciones. Es decir, que es posible ingresar a los sectores comunes del Hostel sin pasar por la recepción. Ello no permite afirmar que quien ingresa en forma directa a dicho Hostel, sin pasar previamente por la recepción, lo está haciendo contra la voluntad presunta de quien tiene derecho de admisión.

Por tanto, al describirse el hecho como el haber ingresado al Hostel y permanecido allí contra la voluntad presunta de quien tenía el derecho, dado que el ingreso reprochado no implicó el acceso a los recintos habitados del inmueble, la conducta reprochada deviene atípica de modo manifiesto (Del voto en disidencia del Dr. Delgado)”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 3511-01-16. Autos: M., F. M. Sala II. Del voto en disidencia de Dr. Sergio Delgado. 28-10-2016.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - ATIPICIDAD - IMPROCEDENCIA - SUBTERRÁNEOS - LUGAR PÚBLICO - CONTEXTO GENERAL - PRESUNCIÓN EN CONTRA “En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado en cuanto dispuso no hacer lugar a la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

En efecto, la Defensa entiende que tratándose de un transporte público como es el caso del subterráneo de la Ciudad, no se puede conceder la protección concedida al tipo de domicilio que contempla la norma del artículo 150 del Código Penal

Sin embargo, disentimos con la postura defensiva dado que si bien el subterráneo es un lugar de acceso público, el lugar donde se encontraba el encartado, esto es, un taller de una estación del subte, era de acceso restringido, por tanto, el hecho encuadra ‘*prima facie*’ en la figura analizada.

En este sentido, se ha dicho que ‘Los sitios o dependencias excluidos del acceso público se rigen por el principio general señalado para la morada, por el que la voluntad de exclusión se presume’ (Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 17ª ed., 2008, pp. 382-385).

Es decir, cuando se trata de un lugar abierto al público, la regla general se invierte y se presume que el ingreso está permitido, salvo que el titular manifieste lo contrario. Si se trata de un sector no destinado

al público –como es el caso del taller del subterráneo– rige la voluntad de exclusión presunta”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 562-00-CC-16. Autos: González Díaz, Francisco Gabriel. Sala I. Del voto de Dra. Elizabeth Marum, Dr. Marcelo P. Vázquez. 07-09-2016.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - CONVIVIENTE - UNIONES CONVIVENCIALES - RESIDENCIA HABITUAL - DERECHO DE EXCLUSIÓN – ATIPICIDAD “En el caso, corresponde absolver al encausado por el delito de violación de domicilio.

En efecto, el encausado fue acusado por haber ingresado al hotel donde habitaba su ex pareja, rompiendo la ventana del cuarto, ante la negativa de esta de abrirle la puerta.

Sin embargo, el supuesto ingreso forzado contra la voluntad expresa de la denunciante resulta atípico.

Del artículo 150 del Código Penal se advierte que uno de los requisitos de la figura penal es que el autor no tenga derecho alguno sobre el domicilio al que ha ingresado, y que exista alguien con derecho a excluirlo.

Morada es el lugar donde habita una persona, donde pernocta habitualmente aunque no lo haga en forma continua. Vale señalar que las uniones convivenciales, son consideradas familia por la nueva ley civil (están regidas por los artículos 509, 510 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación), y que por ello se les reconoce el hogar convivencial.

La denunciante expresamente reconoció que había convivido con el imputado, que era el padre de su hija y que la habitación del hotel les había sido otorgada cuando se quedó embarazada. Ratificó que allí vivía con el imputado hasta que este se fue ante la prohibición del Consejo del Menor.

Es evidente que existía entre la denunciante y el imputado una unión convivencial (que reunían los requisitos del artículo 510 del Código Civil y Comercial), fruto de la cual nació una niña, y que el hogar convivencial se hallaba en el hotel donde se habrían producido los hechos que motivaren el inicio de la presente causa, no acreditándose ninguna de las causales de cese de dicha unión previstas por el

artículo 523 del Código Civil y Comercial por lo que no es posible sostener que se trataba de morada ajena.

Ello así, la falta de demostración de este elemento normativo del tipo penal constituido por la ajenidad del imputado en relación a la morada, como asimismo del derecho de exclusión del hogar del acusado por parte de la denunciante, impide adecuar típicamente los hechos en la figura del artículo 150 del Código Penal”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 20691. Autos: M. F., J. L. Sala III. Del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dr. Sergio Delgado. 19-07-2016.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - PROPIEDAD HORIZONTAL “En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que rechazó el planteo de atipicidad.

En efecto, aún para el caso de acreditarse que la puerta de ingreso al edificio ‘se encontraba abierta’, lo cierto es que esa circunstancia tampoco descartaría *‘per se’* la tipicidad de la conducta pues, aun encontrándose abierta la puerta, el titular del bien jurídico bien puede manifestar su oposición al ingreso”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 15507-01-00-14. Autos: Sanz, Diego Martín. Sala III. Del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dr. Jorge A. Franza. 29-04-2016.

VIOLACIÓN DE DOMICILIO - TIPO PENAL - DELITO INSTANTÁNEO “En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que rechazó el planteo de atipicidad.

En efecto, más allá de si el imputado se retiró voluntariamente (o no) del lugar, lo cierto es que, en razón del carácter instantáneo del delito en trato, el mero ingreso ya comporta su consumación, por lo que no es posible sostener que el posterior retiro comporte un desistimiento”.

Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 15507-01-00-14. Autos: Sanz, Diego Martín. Sala III. Del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dr. Jorge A. Franza. 29-04-2016.

Antijuridicidad

Como señalara unos párrafos más arriba, la autorización del sujeto pasivo para ingresar en el domicilio no es una causal de justificación, sino que ello elimina uno de los elementos objetivos del tipo (la voluntad de exclusión).

Por ello, en esta figura las únicas causales de antijuridicidad son las previstas en la parte general del Código Penal y estas son las causas de justificación, siendo los ejemplos más comunes: quien ingresa en una finca ajena para protegerse de una agresión ilegítima, buscando ayuda por encontrarse frente a un peligro o extraviado.

Consumación y tentativa

Teniendo en cuenta el verbo típico, podemos decir que se trata de un delito instantáneo, cuya consumación se perfecciona cuando el sujeto activo ingresa en el recinto objeto de protección, esto es cuando todo su cuerpo ha ingresado en él. No es suficiente con que ingrese una parte de su cuerpo, el sujeto “ingresa” cuando todo su cuerpo se encuentra en el interior del lugar.

Por otra parte, en función de ese mismo verbo típico, podemos decir que el delito admite la tentativa, siendo aquellos actos propios del comienzo de ingreso al bien, que se vean interrumpidos por algo externo a la voluntad del sujeto activo.

Sin embargo, como veremos en el punto siguiente, es de importancia determinar la finalidad que tenía el actor al comenzar la ejecución. Si solo se proponía ingresar en la finca contra la voluntad de su residente, nos encontramos en presencia de una tentativa de violación de domicilio, mientras que si el ingreso en la finca tenía por objeto la comisión de un delito más severamente penado (agredir a su habitante, sustraer bienes que se encontraran en su interior, etc.) la tentativa de esta figura se verá desplazada por la del otro delito, en función de la subsidiariedad establecida por el legislador.

Jurisprudencia

“Al haber transpuesto la puerta del porche, el imputado ingresó al domicilio consumando el delito de violación de domicilio”.

CNCP, Sala I. Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, David. Reg. N° 2931.1, “Gómez, José Mariano s/recurso de casación”, rta: 10/08/1999, c. 2382.

“El delito de violación de domicilio y el de amenazas (arts. 149 bis y 150 del Código Penal), ambos, son como toda la doctrina y jurisprudencia reconoce, de consumación instantánea (Voto del Dr. Mitchell)”.

CNCP Sala II. Madueño, Fégoli, Mitchell. Reg. N° 2541.2, “Ortega, Guillermo s/recurso de casación”, rta.: 12/05/1999, c. 2031.

Carácter subsidiario

La figura legal en estudio posee un carácter subsidiario, según ha querido el legislador al decir que se aplica siempre que del hecho “no resultare otro delito más severamente penado”.

Ahora bien, la doctrina ha discutido ampliamente a qué se ha referido el autor con esta expresión, ya que según la interpretación que se le diera, podían darse situaciones ridículas como obtener una escala penal igual para quien viola un domicilio para calumniar a una persona y quien lo hace para injuriar.

Por ello, estimamos más adecuada la postura adoptada por Núñez, Creus y Donna, entre muchos otros, que entienden que la subsidiariedad se da únicamente cuando de la propia violación de domicilio se deriva un hecho más severamente penado, es decir cuando la violación de domicilio es parte constitutiva del delito más grave. Por ejemplo: el hurto agravado por escalamiento, el robo agravado por la misma condición o por efracción, así como también cuando la violación de domicilio es aquello que la víctima de una amenaza debe tolerar en contra de su voluntad.

Cuando la violación de domicilio ha sido un medio para la producción de un delito más severamente penado, la subsidiariedad establecida por la ley no opera, sino que en el caso se da un concurso real o ideal de delitos.

Jurisprudencia

“El robo calificado por el uso de armas concurre idealmente con la violación de domicilio si el acceso a las viviendas se produjo no con motivo del desapoderamiento sino posteriormente en el intento de lograr la impunidad con el hecho anterior, ya que la conducta aparece enmarcada en una única resolución delictiva”.

CNCrim. y Correc. Sala IV. Barbarosch, González Palazzo (Sec.: López), c. 20.710, “SANDOVAL, Martín”, rta.: 13/02/2003.

“El medio utilizado para ingresar al local de la víctima denota, por sí, una voluntad enderezada a desapoderar y no a afectar la intimidad personal de quien posee el derecho de exclusión, por manera que sin que se adviertan razones que autoricen a desatender el carácter subsidiario del delito de violación de domicilio (art. 150 del Código Penal), cabe concluir en que la hipótesis delictiva, aun en grado de conato, encuentra subordinación típica en la figura del hurto con escalamiento (art. 163, inc. 4 *ibídem*). Por ello, debe intervenir la justicia de instrucción”.

CNCrim. y Correc. Sala VII. Cicciaro, Bonorino Perú, Pociello Argerich. (Sec.: Sánchez). c. 32.704_7, “Ramos de los Santos, Pablo”, rta.: 13/09/2007.

Nota del Secretario: el propietario de un local observó una persona que oficiaba como “campana”, otra trepó la pared del frente del comercio. En el lugar se procedió a la detención de las dos personas en circunstancias en que descendía de un balcón. El juez correccional se declaró incompetente, en el entendimiento de que el despliegue utilizado por los imputados implicó, independientemente de la facilidad con que habrían contado, el vencimiento de una defensa no destinada a servir de entrada y estuvo encaminada a concretar un desapoderamiento que se frustró en razón de la intervención policial. La juez de instrucción fundó su rechazo en que la única conducta a pesquisar resulta constitutiva del delito de violación de domicilio, desde que el imputado se limitó a ingresar a una vivienda sin sustraer elemento alguno.

Figuras contravencionales vinculadas

Guarda estrecha vinculación con la conducta analizada la contravención prevista en el artículo 58 del ordenamiento de fondo, que establece:

Quien ingresa o permanece en lugares públicos, o de acceso público o privado, contra la voluntad expresa de quien tiene derecho de admisión es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos.

La figura descripta, a simple vista, pareciera ser idéntica a la conducta reprochada por el artículo 150 del Código Penal; sin embargo, su tutela recae sobre un bien jurídico diferente, ya no se protege la intimidad de las personas sino la libertad personal. Esto se evidencia en que el sujeto pasivo del delito es aquel que tiene el derecho de admisión y ya no el derecho de exclusión.

La tutela en este caso recae sobre lugares públicos de acceso público o privado; por lo tanto, es muy difícil que en estos supuestos pueda darse la violación de domicilio, toda vez que los lugares públicos no son usualmente aquellos donde las personas individuales desarrollan su intimidad.

La finalidad de esta contravención es sancionar a aquellas personas que ingresan en reuniones masivas o de una gran concurrencia (por ej., un boliche, un recital, un espectáculo artístico, etc.) en contra de la voluntad expresa de aquel que tiene el derecho de admisión. Así como también sanciona a quien, habiendo ingresado regularmente al lugar, permanece en su interior luego de que quien tiene a su cargo el derecho de exclusión le hubiera manifestado su voluntad de ejercerlo.

El ejemplo más común de esta contravención se da cuando a una persona se le rechaza el ingreso a una fiesta privada, que se desarrolla en un lugar público, por no encontrarse invitado y sin embargo, eludiendo los controles de acceso, ingresa por una puerta lateral en el evento. La otra hipótesis, dentro del mismo ejemplo, sería cuando un invitado a la fiesta no guarda dentro de la misma el comportamiento requerido y se le pide que se retire, negándose a hacerlo.

Si bien, normativamente pareciera que las conductas reprochadas son idénticas y que el objeto de protección es el mismo, a la luz de

los ejemplos advertimos que los ámbitos de protección son diferentes y que es prácticamente imposible que una misma conducta pudiera recaer en ambas previsiones legales o que se prestara a confusión la aplicación de una u otra.

Bibliografía

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 7ª edición actualizada y ampliada, T. I, 2007.

DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, T. II-A, 2005.

_____ *et al.*, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, T. II, 2006.

ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 2ª edición, T. 2, 2007.

LUCANGIOLI, Oscar, *Nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado. Anotado. Concordado*, Buenos Aires, Editorial García Alonso, 2005.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, T. IV, 1976.

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA Y BIBLIOTECA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, *Jurisprudencia*.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, T. IV, 1963.

Comentarios a la Ley N° 23592 de actos discriminatorios. Una mirada desde el derecho constitucional*

Leandro Abel Martínez**

Nadie es una isla, completo en sí mismo; cada hombre es un pedazo de continente, una parte de la tierra; si el mar se lleva una porción de la tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia; la muerte de cualquier hombre me disminuye, porque estoy ligado a la humanidad; y por consiguiente nunca hagas preguntar por quién doblan las campanas; doblan por ti.
John Donne***

Introducción

La Ley N° 23592,¹ de Actos Discriminatorios, tipifica como delitos un conjunto de conductas que tienen por finalidad, en primer lugar, la discriminación racial o religiosa y, en segundo, la persecución o el odio fundado en motivos de raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. En este sentido, los distintos tipos penales descriptos en la

* Agradezco los aportes que, de algún modo u otro, me formularon Juliana Aragón, Rodolfo Ariza Clerici, Diego Dolabjian, Eduardo Harrington, Sofía Lasca, Luciana Melograna y Leandro Otero. También deseo expresar mi gratitud al Prof. Daniel Pastor y, especialmente, a los cafés de Budapest y a Flavia Fontanini.

** Abogado (UBA). Profesor Adjunto (I) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Consejero Directivo de la Facultad de Derecho (UBA) en los períodos: 2016-2018 y 2018-2020.

*** Donne, John en Ernest Hemingway, *Por quién doblan las campanas*.

1. Sanción: 03/08/1988, promulgación: 23/08/1988, publicación: BO N° 26458 del 05/09/1988.

norma legal suponen una limitación al ejercicio de varios derechos fundamentales.²

Por esta razón, el castigo de conductas que podrían constituir el libre ejercicio de derechos, tales como la libertad de expresión o de asociación, constituye una delicada tarea jurisdiccional. Ese desafío intelectual y profesional deberá compatibilizar las exigencias constitucionales y la de los principios limitantes del poder punitivo estatal, al momento de subsumir³ acciones en los tipos penales descriptos en la ley.

Entre otras cuestiones, la ley plantea el dilema de hasta qué punto una democracia plural y tolerante debe convivir con individuos o grupos de personas que expresan ideas y actitudes contrarias a valores de amplio consenso social para el desarrollo, presente y futuro de una comunidad.

En este trabajo, me propongo analizar las particularidades de los tipos penales de ley en cuestión:

Art. 3

Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.⁴

2. Utilizo la expresión “derechos fundamentales” como comprensiva de los derechos constitucionales y de los derechos convencionales con jerarquía constitucional.

3. “En el lenguaje jurídico hablamos de subsunción o de razonamiento subsuntivo para referirnos a este modo de razonar que correlaciona hechos con normas a efectos de ver si esos hechos encajan o son subsumibles bajo el supuesto de la norma, para aplicarles la correspondiente consecuencia de la norma cuando la respuesta es positiva y para no aplicársela cuando la respuesta es negativa, cuando no encajan” (García Amado, Juan Antonio, “Subsunción y ponderación en Robert Alexy: Una crítica con algo de inevitable humor”, en *Dura Lex*, 01/07/2017. Disponible en <https://bit.ly/35RZf3d>).

4. La Ley N° 2257 de la CABA (sanción: 14/12/2006, promulgación: Decreto N° 106 del 18/01/2007, publicación: BOCBA N° 2609 del 22/01/2007) aprobó el Convenio N° 14/2004 (suscripto el 01/06/2004) de transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la CABA. En este se contempló el traspaso del delito previsto en el art. 3 de la Ley N° 23592. Esta transferencia de competencias se perfeccionó con la aprobación de la Ley N° 26357 de la Nación (sanción: 28/02/2008, promulgación de hecho: 28/03/2008, publicación: BO N° 31374 del 31/03/2008). Con posterioridad, la Ley N° 26702 de la Nación (sanción: 07/09/2011, promulgación: 06/10/2011, publicación: BO N° 32250 del 06/10/2011) transfirió delitos complementarios de las competencias asignadas por las Leyes N° 25752 y 26357. Allí, el artículo primero –inc. h)– del anexo es-

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.⁵

En esta contribución analizaré por separado los párrafos del artículo 3 de la Ley N° 23592, ya que cada uno de ellos describe conductas distintas.

Marco normativo de la igualdad

La Constitución federal histórica (1853-1860) (CF), en su artículo 16,⁶ consagró el principio⁷ de igualdad formal ante la ley. Este implica el trato igualitario del derecho positivo a todos los habitantes –nacionales y extranjeros (cfr. art. 20)– de la Nación argentina. La contracara de este derecho es el principio de no discriminación, que impide las distinciones

tipuló la transferencia de la siguiente competencia penal: “Penalización de actos Discriminatorios, conforme lo dispuesto en la Ley N° 23592”. Por su parte, la Ley N° 5935 de la CABA (sanción: 07/12/2017, promulgación Decreto N° 489 del 27/12/2017, publicación: BOCBA N° 5286 del 03/01/2018) aceptó el traspaso atribuido.

5. En el ámbito territorial de la CABA, el Código Contravencional (Ley N° 1472: sanción: 23/09/2004, promulgación: 25/10/2004, publicación: BOCBA N° 2055 del 28/10/2004) sanciona en su art. 68 la siguiente contravención: “Discriminar. Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o cuatrocientos (\$ 400) a dos mil (\$ 2.000) pesos de multa. Acción dependiente de instancia privada”.

6. CF, art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

7. Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina: Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 106, “La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía. En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización [...] En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio [...] en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela”.

injustificadas o arbitrarias. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN): “La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros”.⁸ En lenguaje claro: igualdad en igualdad de condiciones.⁹

Por un lado, la última reforma constitucional de 1994 incorporó el concepto de igualdad material, al facultar al Congreso de la Nación a dictar leyes que contengan medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades, trato y derechos.¹⁰ Esta disposición obliga al legislador a dar preferencia a niños, mujeres, ancianos y a las personas con discapacidad. De este modo, el órgano legislativo está autorizado por el texto constitucional a inclinar la balanza en favor de ciertos colectivos que históricamente fueron marginados, justamente para ponerlos en un pie de igualdad con otros sectores.

Así las cosas, la reforma constitucional incorporó una nueva concepción de la igualdad, fundada en una mirada estructural respecto de la situación de inequidad de grupos sometidos. Esta noción pretende revertir las prácticas de exclusión social tradicionales. Sobre la igualdad entendida como no sometimiento, Roberto Saba explica lo siguiente:

El reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas incluido en esa reforma confirma que la concepción de no sometimiento debe complementar la de no discriminación y, de este modo, esa versión combinada de la igualdad ante la ley debe guiar la interpretación del art. 16 de la

8. CSJN, Fallos: 153:67 y 238:60, entre otros.

9. Cámara Villar, Gregorio, “Principio de igualdad y derechos individuales”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2017, vol. II, p. 93, “La igualdad, como derecho público subjetivo ejercitable ante los jueces y tribunales ordinarios, conlleva la alegación de una discriminación. Ésta implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente, o finalmente en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Se puede decir que estamos ante una desigualdad ante la ley cuando esta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos...”.

10. CF, art. 75, inc. 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Constitución Nacional y la resolución de aquellos casos en que igualdad se ve vulnerada por actos u omisiones del Estado o los particulares.¹¹

Por otro lado, el poder constituyente reformador dio jerarquía constitucional¹² a un conjunto de tratados que contienen normas que obligan al Estado argentino a respetar derechos sin discriminación alguna, a generar políticas públicas para garantizar la igualdad y, en algunos casos, a castigar conductas discriminatorias por medio de la legislación penal. En este sentido, resultan relevantes la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CIETFDM), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIETFDR), la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD).¹³

Aquí cabe destacar lo normado por la CADH, toda vez que –a mi entender– establece una regla general en torno a las obligaciones del Estado y que debería orientar el comportamiento de los poderes públicos nacionales y locales:

11. Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016, pp. 80-81.

12. CF, art. 75, inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

13. Aprobada por la Ley N° 26378 (sanción: 21/05/2008, promulgación: 06/06/2008, publicación: BO N° 31422 del 09/06/2008) y dotada de jerarquía constitucional por la Ley N° 27044 (sanción: 19/11/2014, promulgación: 11/12/2014, publicación: BO N° 33035 del 22/12/2014).

Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En la misma línea, merece enunciarse lo dispuesto en el PIDCP, que reproduce las mismas causales de discriminación que la CADH:

Art. 2.2

Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De ese fragmento surge la prohibición de discriminación por las siguientes razones: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Estos supuestos resultan relevantes para la eventual determinación de las llamadas “categorías sospechosas”. De acuerdo con la doctrina judicial de la CSJN,¹⁴ la presencia de estas categorías tiene varias implicancias. En primer término, hacen que el control de constitucionalidad y el escrutinio de la razonabilidad de las normas o los actos que las contienen sea más estricto. En segundo término, esto deriva en la pérdida de presunción de constitucionalidad, razón por la cual el autor debe demostrar que el fin perseguido es sustancial y que no posee un medio alternativo para satisfacerlo.

En lo que se refiere a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), su Constitución alberga normas que están en sintonía con el marco antes descripto y propenden a la igualdad formal y material. Corresponde mencionar su artículo 11, ya que amplía el catálogo de motivos que podrían fundar una discriminación y exhorta a las autoridades locales a adoptar medidas para la realización del desarrollo de la persona en todos los ámbitos comunitarios:

14. CSJN, Fallos: 327:5118 y 329:2986, entre otros.

Art. 11

Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

Asimismo, la Constitución de la CABA (CCABA) vela por la real igualdad de las mujeres,¹⁵ en concordancia con la CIETFDM,¹⁶ al incorporar en el diseño de las políticas públicas la perspectiva de género y estimular la modificación de prácticas culturales.¹⁷

15. Valvidares Suárez, María, “Cuarenta años de sexo constitucional: de las diferencias prohibidas a la ciudadanía íntima”, en Punset Blanco, Ramón y Álvarez Álvarez, Leonardo (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, p. 62. En relación con este punto, se ha planteado que “La situación de desigualdad real fundamenta, además de las acciones positivas, el reconocimiento de que la discriminación puede producirse de manera indirecta. Así la oposición debe situarse en los binomios identidad/diferencia e igualdad/desigualdad. Lo que tengan en común determinadas personas o situaciones puede convertir en discriminatoria la exclusión de un estatuto jurídico común; pero la pervivencia de una situación de desigual acceso a los derechos, o de mayor vulnerabilidad en términos generales, justifica sin duda –¿tal vez obliga?– a una diferencia normativa que tenga por objeto, precisamente, erradicar dichas situaciones”.

16. CIETFDM, art. 1: “A los efectos de la presente convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

17. CCABA, art. 36: “La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución”. Art. 38: “La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad

De lo expuesto puede advertirse que el principio de igualdad –entendido como no discriminación y no sometimiento– posee una protección multinivel: constitucional, convencional y local. Ello es producto de la recepción a nivel constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos y del modelo de organización territorial federal (cfr. art. 1, CF) que confiere autonomía a las provincias y a la CABA.

Los límites a la intervención penal

La CF, en su artículo 18,¹⁸ consagra el principio de legalidad que ordena que las conductas sean tipificadas con anterioridad al hecho

entre varones y mujeres. Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas; fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas”.

18. CF, art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

para poder ser objeto de reproche penal. En igual sentido, se expresan tanto el artículo 9 de la CADH¹⁹ como el artículo 9 del PIDCP.²⁰

Asimismo, el artículo 19²¹ de la CF introduce el principio de reserva que opera como un dique de contención para el poder punitivo de las agencias estatales. Este establece, en su primera parte, que las acciones privadas que no producen una afectación a terceros quedan exentas de la imposición de sanciones y penas. En su segunda parte se consagra la regla de la libertad personal ante la inexistencia de una prohibición.

El principio de reserva limita el campo regulatorio del poder legislativo por cuanto le impide entrometerse, desde cualquier rama del derecho, en cuestiones que hacen a la esfera privada de las personas y que se relacionan con el desarrollo de su plan de vida. La letra del artículo 19 pone como valla de la libertad el orden, la moral y los terceros. Sin embargo, sostengo que no se pueden afectar el orden y la moral en abstracto, razón por la cual, en ambos casos, se necesita una lesión a terceros para que una acción sea reprochable. En otras palabras, no es posible producir una afectación al orden y a la moral sin afectación a terceros.

Estos principios –legalidad y reserva– orientan el ejercicio del poder de coerción de los poderes públicos, ya que imponen su uso racional de conformidad con el principio republicano de gobierno que emerge del artículo 1 del texto constitucional. Ahora bien, de estas disposiciones normativas se derivan los principios de “lesividad” y “máxima taxatividad” de la ley penal. Según el principio de lesividad, no se “puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien

19. CADH, art. 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

20. PIDCP, art. 9: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”.

21. CF, art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”.²² Por su parte, a nivel local, la CCABA, en su artículo 13, inciso 9,²³ desarrolla el “principio de lesividad” que descalifica a las normas que consagren delitos sin peligrosidad y que permitan las manifestaciones del derecho penal de autor, exigiendo que las acciones afecten derechos –individuales o colectivos– para poder ser merecedoras de la sanción penal.

De acuerdo al “principio de taxatividad”, la ley penal “debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible conforme el principio de máxima taxatividad legal”.

Cuando los límites legales no se establecen de esta forma cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el Derecho Penal tiene dos posibilidades: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley, o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.²⁴

Esta obligación de precisión legislativa en materia penal impide la interpretación por analogía o la aplicación extensiva de los tipos penales en perjuicio del imputado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se expidió en el caso “Kimel”:

En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los atañen o pongan en peligro, por lo que una tipificación amplia de los delitos de calumnia e injurias [...] al no satisfacer la exigencia de una clara definición de la conducta incriminada, resulta contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal y contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención.²⁵

22. Zaffaroni, Raúl E.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 121.

23. CCABA, art. 13, inc. 9: “Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos”.

24. Zaffaroni, Raúl E.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, pp. 110-111.

25. CIDH, “Kimel vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008.

Por su parte, la CCABA, en su artículo 13, inciso 3,²⁶ estipula que en el proceso penal se debe respetar el “principio de determinación”, el cual exige que se impute un hecho concreto. Esto obliga al Ministerio Público Fiscal, en el marco del sistema acusatorio que rige en la CABA, desde el inicio del caso, a formular imputaciones precisas de las acciones que se van a investigar y, eventualmente, juzgar.²⁷

Llegado a este punto, deseo formular una aclaración en torno al concepto de “bien jurídico”,²⁸ de amplia utilización en la doctrina y la jurisprudencia penal. Desde mi perspectiva, todo se reduce al perjuicio a terceros. Me refiero a que, de acuerdo a los principios constitucionales, convencionales y legales enunciados, las acciones deben causar una lesión (leve, media o intensa) para ser penadas. Por ello, cabe preguntarse hacia qué o quién debe dirigirse la conducta lesiva. Un bien, al igual que un derecho, supone la existencia de un titular individual o colectivo. Por las razones expuestas, prefiero expresar que las acciones, para satisfacer el requisito de lesividad, deben afectar a terceros o a derechos individuales o colectivos.

26. CCABA, art. 13, inc. 3: “Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

27. Código Procesal Penal de la CABA, (Ley N° 2303, sanción: 29/03/2007, promulgación: 30/04/2007, publicación: BOCBA N° 2679 del 08/05/2007), art. 92: “Decreto de determinación de hechos. Intervención al/la Juez/a. Cuando el/la Fiscal decida actuar en virtud de lo establecido en el artículo 77 y no disponga el archivo de las actuaciones, dictará inmediatamente un decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria, que deberá contener: 1) la relación suficientemente circunstanciada del hecho, con indicación, si fuera posible, del lugar, tiempo y modo de ejecución y su calificación provisoria; 2) las condiciones personales de los/las imputados/as y, en su caso, de la víctima que fueran conocidas; Si de la pesquisa surgiera que los hechos son distintos o deben ser ampliados, o cuando otras personas resulten imputadas, el decreto de determinación del hecho se deberá modificar de oficio, respetándose los requisitos establecidos en este artículo. La investigación preparatoria se limitará a los hechos referidos en el decreto de determinación y sus ampliaciones”.

28. En torno a esta problemática puede verse Hefendehl, Roland, Hirsh, Andrew von y Wholers, Wolfgang (eds.), *La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

En torno a los límites que imponen el respeto a los derechos de terceros y el principio de no discriminación, Mónica Pinto argumenta lo siguiente:

Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación derivan de las más clásicas definiciones de derecho, como orden jurídico objetivo, dadas por el derecho romano. Traduce la existencia de un conflicto que debe resolverse a favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. En este sentido, resulta necesario precisar cuáles son los criterios para resolver el conflicto planteado. Esencialmente el respeto por la dignidad humana, que es el valor subyacente al reconocimiento positivo de los derechos humanos, y la vigencia del principio de no discriminación, aplicados caso por caso.²⁹

En definitiva, el Derecho Constitucional condiciona el desenvolvimiento del Derecho Penal. Así lo enseña Daniel Pastor al referirse al contenido del Derecho Penal Mínimo:

Los principios fundamentales y superiores que regulan el funcionamiento del derecho penal establecen toda una serie de rigurosos requisitos para que una conducta lesiva de derechos, bienes o intereses pueda ser constitutiva válidamente en figura delictiva, de modo que el reconocimiento de una tutela constitucional previa de ese mismo bien o interés no dice nada acerca de una consiguiente protección penal: todas las figuras penales deben servir a la protección de bienes constitucionales pero no todos los bienes constitucionales son obligatoriamente dignos de tutela penal...³⁰

Finalmente cabe citar a Luigi Ferrajoli para explicar las relaciones entre los conceptos de “lesividad”, “legalidad”, “perjuicio a terceros” y “Derecho Penal Mínimo”:

... el principio de lesividad –por estar ligado al de necesidad de las penas y con ello a la versión liberal de la utilidad penal como mínima restricción necesaria, y una vez definidos sus parámetros y alcance– es idóneo para vincular al legislador a la máxima kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. En esta línea, el art. 4 de la Declaración

29. Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 105.

30. Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 188.

de derechos de 1789 establece que la libertad “consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley”. Históricamente, por lo demás, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales.³¹

Esta breve reseña de los principios limitantes del Derecho Penal pretende poner de manifiesto los requerimientos que deben satisfacer las conductas investigadas y juzgadas por las violaciones a la Ley N° 23592.

La libertad de expresión y el discurso del odio

El ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reglamentación (cfr. arts. 14 CF y art. 30 CADH). Esta regulación, en algunos, casos puede implicar el desarrollo del derecho y, en otros, su limitación. En ambos supuestos, se impone la exigencia de la razonabilidad (cfr. art. 28 CF) para que la reglamentación supere el test de constitucionalidad y convencionalidad. De allí que se sostenga, en general, la naturaleza relativa de los derechos fundamentales.

Por una parte, las disposiciones de la Ley de Actos Discriminatorios, en varios de sus pasajes, implican una limitación al derecho a la libertad de expresión y la consiguiente penalización de ciertas manifestaciones.³² Este derecho fundamental, si bien tiene un trato

31. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 467.

32. Este tipo de normas no deben confundirse con lo que se han denominado “leyes de la memoria”: “conviene distinguir las normas que incriminan el negacionismo de aquellas que, sin recurrir al instrumento penal, tienen por finalidad reconocer y/o definir determinados hechos históricos”. Fronza, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa: Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 35. Un buen ejemplo local es la Ley N° 14910 de la provincia de Buenos Aires, por cuanto su art. 1 dispone: “Incorpórase de manera permanente en las publicaciones, ediciones gráficas y/o audiovisuales y en los actos públicos de gobierno, de los tres poderes de la provincia de

preferente en algunas legislaciones, no reviste carácter absoluto.³³ Por otra parte, hay que tener presente que, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, todos los derechos fundamentales poseen la misma jerarquía normativa, motivo por el cual, frente a un conflicto o tensión entre ellos, no se puede hacer prevaler a unos por sobre otros. Sobre esta cuestión, Raúl Gustavo Ferreyra explica lo siguiente:

En el caso particular de la Constitución federal de la Argentina, por ejemplo, no hay cotización interna entre sus propias normas; *ergo*, la coherencia se mantiene en la realización, a condición de que se entienda que una norma no anula ni desvirtúa a otra norma. La compatibilidad, seguida de la complementación normativa, es el secreto que se presenta con voz propia, para respaldar la armonía y coherencia de las normas constitucionales. Coherentemente: todas las normas que emanan de la Constitución federal cotizan por igual. Y en caso de que se advierta una frustración o contradicción, el intérprete tiene la obligación de agotar los esfuerzos a su alcance para alcanzar la armonía que las compatibilice.³⁴

En cuanto al contenido del derecho, este posee una arista individual y otra colectiva. En palabras de la CIDH:

La libertad de expresión representa, por un lado, un derecho de cada individuo para que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de

Buenos Aires, el término Dictadura Cívico-Militar, y el número de 30.000 junto a la expresión Desaparecidos, cada vez que se haga referencia al accionar genocida en nuestro país, durante el 24 de marzo de 1976 al 09 de diciembre de 1983". Dicho esto, cabe aclarar que en nuestro medio no se encuentra penado el negacionismo de la última dictadura militar. La autora citada explica que "la penalización del negacionismo plantea un imperativo de memoria. El tipo penal porta un mensaje particular 'es necesario recordar de una cierta forma'. De este modo, no solo se atribuye carácter oficial a una única interpretación de la historia, sino que se sanciona a quien pretenda recordar de un modo distinto. Recurrir al instrumento penal es una elección que parte de la premisa de que las prácticas del discurso negacionista poseen carácter subversivo" (Fronza, Emanuela, *op. cit.*, pp. 36-37).

33. Así lo sostuvo la CSJN: "El derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio" (CSJN, Fallos: 306:1892, "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios", 11/12/1984). En el mismo sentido se manifestó la CIDH: "La libertad de expresión no es un derecho absoluto: la ley –en sentido formal y material– puede exigir responsabilidades ulteriores por su ejercicio y establecer restricciones, siempre que tengan carácter excepcional y no se conviertan en un mecanismo directo o indirecto de censura previa" (CIDH, "Kimel vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008).

34. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, p. 218.

manifestar su propio pensamiento, e implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.³⁵

En consecuencia, se puede distinguir una doble faceta del derecho: la libertad de opinión y la libertad de información. La libertad de opinión consiste en poder expresar juicios de valor (puntos de vista, opiniones, ideas, etc.), de los cuales, naturalmente, no se puede predicar ni verdad ni falsedad. En contraposición, la libertad de información tiene que ver con la divulgación de hechos que pueden ser comprobables por su carácter descriptivo.³⁶ Hecha esta diferenciación sobre el contenido del derecho, es la libertad de opinión la que se vincula con las conductas penalizadas por la Ley de Actos Discriminatorios.

Así las cosas, ¿qué condiciones deben darse para que el ejercicio de la libertad de opinión sea alcanzado por el Derecho Penal? La cuestión es compleja y no está exenta de polémica, ya que se trata de temas que hieren sensibilidades profundas y en los que la trazabilidad de los límites del derecho o de la prohibición no aparece del todo clara. En principio, podría afirmarse que en nuestro derecho positivo no se encuentran tipificados los delitos de opinión, entendidos como la expresión de juicios de valor que no tienen trascendencia y, por lo tanto, no son lesivos. Sobre esta problemática, desde el Derecho español y de la Unión Europea, José María Porras Ramírez argumenta:

En aras de delimitar las conductas que se consideran antijurídicas, ha de convenirse en que no debe sancionarse la ideología de una persona que alberga o contiene en su doctrina ese mensaje de odio, pues “los pensamientos no delinquen”; sino, en todo caso, a lo sumo, ciertas manifestaciones externas de aquella, consideradas especialmente graves,

35. CIDH, “La última tentación de Cristo. Olmedo Bustos y otros c/ Chile”, 05/02/2001.

36. Respecto a la diferenciación entre ambas libertades, se ha expresado el Tribunal Constitucional Español: “... ha establecido para diferenciarlas la doctrina del ‘elemento preponderante’ (STC 34/1996/4) según el cual estaremos ante un derecho u otro según cuál sea el elemento que predomine en el mensaje emitido: la opinión o la noticia. Si predominan los elementos valorativos, la opinión o los juicios de valor estaremos ante el ejercicio de la libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión: si, por el contrario, destacan los elementos fácticos, el relato de hechos, estaremos ante el ejercicio de la libertad de información”. Montilla Martos, José Antonio, “La libertad de expresión”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2017, vol. II, p. 223.

que suponen un uso abusivo de la libertad de expresión, encuadrándose objetivamente en el llamado *hate speech*, que agrupa una serie de conductas o actos, tanto simbólicos como expresivos, directamente incitadores de la agresión o el rechazo, e incluso, si cabe, la exclusión social o política de las personas o los colectivos en los que estas se integran, por razón de su etnia, creencias, orientación sexual, condición física o cualquier otra cualidad considerada objetivamente estimable.³⁷

Indudablemente, no cualquier manifestación de corte discriminatorio, por más inapropiada que sea, da lugar al reproche penal.³⁸ Las expresiones odiosas deben exteriorizarse en circunstancias de tiempo, modo y lugar, que generen un peligro concreto o lesión a terceros.

Por último, resulta de utilidad enunciar los estándares elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de libertad de expresión. Julio César Rivera (h) sintetiza la jurisprudencia de ese tribunal:

El principio cardinal de la jurisprudencia estadounidense es que el Estado no puede restringir una expresión en función de su contenido. Por ello es que el gobierno no puede castigar la difusión de una idea determinada con el único argumento de que dicha idea es nociva, peligrosa u ofensiva. En consecuencia, las expresiones de odio gozan de una tutela constitucional extraordinaria. El remedio frente a este tipo de expresiones es el *counterspeech* (es decir, responder con más expresión). Las expresiones de odio pueden ser castigadas en casos excepcionales si: (i) la expresión estuviera dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar a producir

37. Porras Ramírez, José María, “El ‘discurso del odio’ como límite a la libertad de expresión en Europa”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 34, Lima, Adrus D&L Editores S.A.C., 2017, pp. 77-78.

38. En esta línea es útil reseñar una sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo Español (04/2017), en la cual se condenó a la pena de una año de prisión a una persona (un cantante y artista), que publicó en su cuenta de Twitter una serie de comentarios, en el entendimiento de que constituían el delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas (art. 578 del Código Penal). Manuel Atienza al analizar el pronunciamiento rescata el voto disidente del magistrado Perfecto Andrés Ibañez por cuanto afirmó que “... en los mencionados mensajes él no ve otra cosa que ‘torpeza y grosería intelectual e incluso moral’, pero considera que ‘ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo’; de manera que, cuando ‘las propias disposiciones legales acusan este grave defecto’, lo que el juez debe hacer es ‘contener tal recusable desbordamiento’, para que el Derecho Penal no deje de ser ‘la última extrema ratio’”. Atienza, Manuel, “El juez perfecto”, en *Jueces para la democracia*, N° 90, 2017, pp. 43-48.

tal acción (“Brandenburg v. Ohio”); (ii) la expresión puede generar una reacción violenta por parte de los oyentes, y esta violencia inminente no puede ser prevenida de forma satisfactoria mediante el empleo de técnicas de control de multitudes (“Edwards v. South Carolina” y “Cox v. Louisiana”). Asimismo, el gobierno puede restringir las expresiones de odio exteriorizadas a través de (i) amenazas o actos de intimidación dirigidos a una persona o grupo determinado (“Virginia v. Black”); (ii) epítetos abusivos dirigidos directamente a otra persona, cara a cara, susceptibles de generar una reacción violenta por parte de la persona a quien la expresión está dirigida (*fighting words*), en la medida en que la ley sea neutral desde el punto de vista del contenido (“RAV v. City of St. Paul”); (iii) expresiones extremas y ultrajantes dirigidas directamente contra una persona, que le causan un daño moral severo (*tort of intentional infliction of emotional distress*) siempre y cuando el destinatario no sea una figura o un funcionario público.³⁹

El artículo 3 de la Ley N° 23592. Consideraciones generales

El artículo 3 de la Ley N° 23592, en sus párrafos 1 y 2, tipifica varias conductas al utilizar, en primer lugar, distintos verbos: “participar”, “realizar”, “alentar” e “incitar”. En mi opinión, la redacción de la ley no es lo suficientemente clara al describir las conductas que están sujetas a la sanción penal.⁴⁰ A fin de analizar las figuras contenidas en la norma, me permito clarificar su redacción desagregando las conductas prohibidas, para lograr una mejor comprensión del asunto.

Previo a ello, es necesario señalar que el artículo 3 no debe ser relacionado con el artículo 1 de la Ley N° 23592, al momento de subsumir una conducta en las normas penales descriptas.

39. Rivera, Julio César (h), *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 49-50.

40. La Ley N° 23592 utiliza tipos penales abiertos, en los que “... la materia de la prohibición no es exhaustiva, porque comprende comportamientos en los cuales la infracción a la norma no está expresada con suficiente precisión”; en contraposición, los tipos cerrados son aquellos “... en los cuales el comportamiento prohibido está descrito en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”. Righi, Esteban y Fernández, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 147.

Art. 1

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.⁴¹ (el desatado me pertenece)

Esta norma no configura un tipo penal, habida cuenta de que solo establece de manera genérica el derecho subjetivo de quien es discriminado a exigir el cese del acto y la reparación del daño tanto moral como material ocasionados. Así, la obligación de reparación y la ausencia de pena confieren naturaleza civil o administrativa⁴² al articulado.

41. "La sanción de la Ley N° 23592 contra la discriminación planteó el problema del sujeto obligado a no discriminar pues el art. 1 de la norma no distingue entre funcionarios públicos y personas privadas [...] Sin embargo, aunque la norma obliga al Estado y a los particulares, la expresión 'quien arbitrariamente' realice acciones discriminatorias remite a diferencias de trato establecidas o dispensadas sin fundamento razonable o legítimo derecho". Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 193-194.

42. La Ley N° 24515 (sanción: 05/07/1995, promulgación: 28/07/1995, publicación: BO N° 28199 del 03/08/1995) creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). En su art. 4 se establece que corresponde al INADI: "a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos, a través del análisis de la realidad nacional en materia de discriminación, xenofobia y racismo y la elaboración de informes y propuestas con respecto a dichos temas; b) Difundir los principios normados por la Ley N° 23592, normas concordantes y complementarias, así como los resultados de los estudios que realice o promueva y las propuestas que formule; c) Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a la valorización del pluralismo social y cultural, y a la eliminación de actitudes discriminatorias, xenofóbicas o racistas; participando en la ejecución de esas campañas; d) Recopilar y mantener actualizada la información sobre el Derecho Internacional y extranjero en materia de discriminación, xenofobia y racismo, estudiar esos materiales y elaborar informes comparativos sobre los mismos; e) Recibir y centralizar denuncias sobre conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas y llevar un registro de ellas; f) Constituir un registro en el que se reunirán todos los documentos, pruebas y evidencias vinculadas con los objetivos del INADI; g) Brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito para personas o grupos discriminados o víctimas de xenofobia o racismo; h) Proporcionar patrocinio gratuito y, a pedido de parte interesa-

En su última parte, se enumeran un conjunto de razones que pueden dar origen a actos u omisiones discriminatorias: “raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Por último, cabe señalar, que la Ley N° 23592 viene a dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado nacional en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, la CIETFDR, dispone lo siguiente:

Art. 4

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente

da, solicitar vistas de las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los temas de su competencia; i) Proporcionar al Ministerio Público y a los tribunales judiciales asesoramiento técnico especializado en los asuntos relativos a la temática de su competencia; j) Informar a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas que pudieran manifestarse en cualquier ámbito de la vida nacional, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo; provengan ellas de autoridades públicas o entidades o personas privadas; k) Constatar *–prima facie–* la existencia en el territorio argentino de personas que durante la Segunda Guerra Mundial o que posteriormente a ella participaron en el exterminio de pueblos, o en la muerte y persecución de personas o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política; y cuando corresponda, efectuar las denuncias ante las autoridades competentes; l) Promover e impulsar cuando existan suficientes evidencias y de acuerdo a lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, las acciones judiciales y administrativas pertinentes con relación a las personas comprendidas en el inciso anterior; m) Establecer vínculos de colaboración con organismos nacionales o extranjeros, públicos o privados, que tengan similares objetivos a los asignados al presente Instituto; n) Proponer, al organismo competente, la celebración de nuevos tratados sobre extradición; ñ) Celebrar convenios con organismos y/o entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, a efectos de propender a dar cabal cumplimiento a los objetivos asignados a este Instituto”. Sobre el rol del Derecho Administrativo en la determinación del derecho de igualdad, con referencia al Derecho español y de la Unión Europea, puede verse Boto Álvarez, Alejandra, “La determinación administrativa de derechos fundamentales: Autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales”, en Punset Blanco, Ramón y Álvarez Álvarez, Leonardo (coords.), *op. cit.*, pp. 477- 494.

enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a. Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b. Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c. No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales, promuevan la discriminación racial o inciten a ella.⁴³

43. Sobre este punto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD): “ha subrayado repetidamente la importancia primordial del artículo 4, que pone un límite al ejercicio excesivo de la libertad de expresión teniendo en cuenta el principio establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, el Comité ha emitido tres recomendaciones generales sobre este tema: N° 1 (1972), N° 7 (1985) y N° 15 (1993). En el artículo 4, los Estados parte deben declarar como actos punibles conforme a la ley: La difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; Incitación a la discriminación racial; Actos de violencia o incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico; Prestar cualquier asistencia a actividades racistas, incluyendo su financiación. Adicionalmente, las organizaciones, así como sus actividades y propaganda, que promuevan e inciten la discriminación racial, deberán ser declaradas ilegales y prohibidas (artículo 4 (b)). Pertenecer a esas organizaciones, así como participar en dichas actividades, también será considerada como un delito. El artículo 4 (c) subraya la obligación de los Estado parte de no permitir que las autoridades ni las instituciones públicas promuevan o inciten la discriminación racial. El pleno cumplimiento del artículo 4 es un tema particularmente complicado en muchos países, porque la argumentación en defensa de las obligaciones estatales bajo este artículo y el respeto a la libertad de expresión y asociación es a menudo confusa. Los Estados con frecuencia utilizan el argumento de proteger la libertad de expresión y de asociación para justificar el incumplimiento del artículo 4. También hay países con reservas al artículo 4 (20 Estados parte a partir del 05 de julio de 2011, ver Anexo I). En respuesta, el Comité ha tomado una posición sólida sobre la implementación del artículo 4. En su recomendación general N° 15 (1993), el Comité aclara que ‘la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión’, que está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19)...” (“La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación racial (ICERD) y su Comité (CERD): Una guía para actores de la sociedad civil”, IMADR, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf).

En la misma línea la CADH, demanda:

Art. 13

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En suma, estas convenciones obligan a calificar como delito a un conjunto de conductas discriminatorias vinculadas a la difusión de ideas, la incitación, los actos de violencia, la asistencia o financiación de actividades y la propaganda.

En torno al deslinde entre las responsabilidades penales, civiles y administrativas, en vinculación con las tensiones que pueden darse entre la libertad de expresión artística y las creencias religiosas, resulta interesante reseñar el caso “Ferrari”.⁴⁴ El 30 de noviembre de 2004, se inauguró en el Centro Cultural Recoleta la muestra artística de León Ferrari denominada “Retrospectiva. Obras 1954-2004”. Esta reunía dibujos, esculturas y collages que hizo el artista en los últimos 50 años. Parte de esas obras, en palabras del propio autor, constituían una crítica a la idea del cristianismo de castigar al diferente. Las autoridades del Centro Cultural Recoleta colocaron carteles que advertían al público que algunas imágenes podían afectar los sentimientos religiosos de la comunidad católica.

La muestra de León Ferrari generó una gran polémica, suscitando expresiones públicas de apoyo y de repudio, de diversa índole. A modo de ejemplo, el cardenal Jorge Mario Bergoglio, entonces Arzobispo de Buenos Aires y actual Papa Francisco, dio a conocer una carta pública, fechada el 1° de diciembre de 2004:

... se vienen dando en la Ciudad algunas expresiones públicas de burla y ofensas a las personas de nuestro señor Jesucristo y de la Santísima Virgen María; como asimismo diversas manifestaciones contra los valores religiosos y morales que profesamos. Hoy me dirijo a Ustedes muy dolido por la blasfemia que es perpetrada en el Centro Cultural Recoleta con motivo

44. Giunta, Andrea (comp.), *El Caso Ferrari: Arte, censura y libertad de expresión en la retrospectiva de León Ferrari en el Centro Cultural Recoleta, 2004-2005*, Buenos Aires, Lycopodio, 2008.

de una exposición plástica. También me apena que este evento sea realizado en un Centro Cultural que se sostiene con el dinero que el pueblo cristiano y personas de buena voluntad aportan con sus impuestos.

A raíz de la exposición, la Asociación Cristo Sacerdote interpuso un amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,⁴⁵ bajo el entendimiento de que la obra lesionaba “... el derecho a que no se ofendan o menoscaben los sentimientos religiosos de los habitantes o de un grupo de ellos”. El 17 de diciembre de 2004, la jueza de primera instancia Elena Liberatori, del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y resolvió suspender la muestra. Al fundar su resolución sostuvo: “... se han lesionado sentimientos religiosos de la enorme mayoría de los habitantes de esta ciudad [...] la sociedad vive con la sensación de un sentimiento religioso lesionado y se ha acudido a este tribunal a fin de reestablecerlo”.

El 27 de diciembre de 2004, la Sala I de la Cámara de Apelaciones –integrada por los jueces Horacio Corti, Carlos F. Balbín y Esteban Centanaro– resolvió revocar la suspensión de la muestra de León Ferrari. Asimismo, se dispuso que el Gobierno mantuviera la restricción al ingreso de los menores y los carteles ya existentes, añadiendo un cartel visible en la puerta de acceso en donde expresamente se alertara a los potenciales visitantes del contenido de la muestra y de la posible afectación que algunas obras podían generar en sus sentimientos religiosos. En la sentencia se afirmó que no hubo afectación a las creencias religiosas, enmarcada dentro del derecho a la intimidad:

La exposición organizada por el Gobierno de la Ciudad –a la que nadie se encuentra obligado a asistir– puede disgustar, irritar o incluso contrariar la sensibilidad o las creencias religiosas de quienes profesan la fe católica, pero en modo alguno les impide llevar adelante su plan de vital con arreglo a los dictados de ese culto. Por el contrario, la circunstancia de que parte de la comunidad católica se haya manifestado pública y libremente en contra del contenido de la exposición, lo que incluyó actos de oración y expresiones religiosas varias frente al lugar en el que ella se desarrolla es la mejor prueba de que la libertad de conciencia no se ha visto afectada ni restringida por la muestra en cuestión. (Del voto del juez Corti)

45. Expte. N° 14.194/O, “Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, 16/12/2004.

Por otra parte, en virtud de una denuncia,⁴⁶ se investigó la responsabilidad penal del artista por una eventual violación a la Ley N° 23592. La justicia penal resolvió, el 24 de mayo del 2005, sobreseer al imputado "... en razón de que el hecho investigado en autos no encuadra en figura legal alguna".

Los tipos penales del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley N° 23592⁴⁷

Tal como anticipé, me propongo clarificar la redacción de los tipos penales enunciados en el artículo 3, con el objeto de facilitar la comprensión de los requisitos objetivos y subjetivos de los delitos. Del análisis del párrafo 1, a mi entender se tipifican dos figuras distintas e independientes: por un lado, la participación en una organización y, por otro, la realización de propaganda. En síntesis, los delitos serían los siguientes:

1. Participar en una organización que esté basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color; que tenga por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.
2. Realizar propaganda que esté basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color; que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En ambos supuestos, para la configuración del tipo penal, la norma agrega los verbos "justificar" y "promocionar" la discriminación. De este modo, no sería suficiente la simple participación en una organización o la mera realización de propaganda para que la conducta encuadre en la previsión penal. Asimismo, tanto la organización como

46. Juz. Nac. Crim. y Correc. N° 8, Expte. N° 17.297/04, "Ferrari, León y otros s/ infracción ley 23.592", 27/12/2004.

47. "Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma".

la propaganda deben estar basadas en dos motivos: ideas o teorías de superioridad racial (para sintetizar aquí incluyo los términos “origen étnico” o “color”) o religiosa. En consecuencia, la justificación o promoción que se castiga, también, es la racial o religiosa. De acuerdo a lo expuesto, no estaría alcanzada por la letra de la norma cualquier tipo de discriminación, solo la racial o religiosa.

En el caso “Saboulard”,⁴⁸ la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas analizó los requisitos del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley N° 23592:

Se trata de una figura dolosa que requiere tanto el conocimiento de que se está realizando propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, como la voluntad de hacerlo. Por otro lado, dicha figura posee un elemento subjetivo que exige que la conducta tenga por objeto o esté dirigida a justificar o promover la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Justificar significa fundamentar la discriminación, mientras que promover se relaciona con iniciar y procurar que se concrete tal discriminación. Tanto la justificación como la promoción deben tener por fin la discriminación, es decir, dar un trato inferior a una persona por razones religiosas o raciales. (Voto de los jueces Marum y Vázquez)

Tal como se aclara en la sentencia, los términos “justificar” y “promover” tienen un alcance diferente. La acción de justificar implica la argumentación en favor de una idea. A mi entender, castigar la acción individual o colectiva de justificar la discriminación racial o religiosa implicaría incorporar a nuestro sistema legal un “delito de opinión”, de dudosa constitucionalidad. La simple justificación elogiosa de ideas discriminadoras, siempre que no se transformen en una provo-

48. La imputación consistía en que Rubén Saboulard se congregó en el espacio público, conjuntamente con un grupo de aproximadamente 250 personas, con la finalidad de manifestarse en contra de la política del Estado de Israel y haber exhibido una bandera de color verde con la leyenda “Fuera Israel de Palestina, Asamblea de San Telmo, Asamblea del Pueblo”, con la letra “S”, de Israel, reemplazada por una cruz esvástica. En la sentencia se absolvió al imputado, toda vez que se entendió que no se probó que la exhibición de ese símbolo nazi tuviera el objeto de realizar una apología de las ideas prácticas que la cruz esvástica representa (CPCyF, Sala I, causa N° 15.199/09, “Saboulard, Rubén Oscar s/ inf. art. 3 Ley 23.592”, 16/07/1010).

cación con potencialidad para dañar, quedan en el campo de los juicios de valor de la moral subjetiva.

Conviene recordar que “... el derecho penal nunca debería activarse para sancionar a quien no comulga con los valores consolidados o mayoritarios [...] Renunciar a ello supone volver a modelos de corte autoritario”.⁴⁹ Es que el derecho fundamental a la libertad de expresión⁵⁰ ampara expresiones del todo desafortunadas, en la medida en que no satisfagan el principio de lesividad.

Por el contrario, la promoción de la discriminación trae aparejada el despliegue de conductas que tendrían la capacidad de afectación a terceros. En definitiva, debe existir un nexo o relación de causalidad⁵¹ entre la conducta realizada y un atentado efectivo contra derechos

49. Fronza, Emanuela, *op. cit.*, p. 120.

50. CF, art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...] de asociarse con fines útiles...”; art. 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. Asimismo, CADH, art. 13: “Libertad de Pensamiento y de Expresión. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones; 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.5...”.

51. “... ha de exigirse que concurra una relación causal directa entre las acciones consistentes en humillar, amenazar o provocar, con el peligro cierto e inminente de cometer actos ilícitos contra bienes jurídicos bien definidos, merecedores de la máxima protección constitucional, como son la integridad y la igualdad, por medio de la violencia o la discriminación, ejercida contra las personas y los grupos en los que estas se integran”. Porrás Ramírez, José María, *op. cit.*, p. 89.

individuales o colectivos.⁵² En virtud del entramado de derechos y garantías, es inviable que el bien jurídico que se pretende resguardar no sean derechos subjetivos de ninguna persona en particular y que estos puedan ponerse en peligro por la sola transmisión de un mensaje.

Con relación al delito del punto primero, consiste básicamente en ser parte de una organización que tenga por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.⁵³ A mi modo de ver, la pertenencia a un grupo de reivindicación de ideas discriminatorias no es suficiente para dar lugar a la intervención del Derecho Penal. Ello por cuanto se castigarían eventuales actos preparatorios, que no se materializaron y, por lo tanto, no produjeron una afectación concreta a terceros.

Asimismo, esta disposición debe analizarse teniendo en cuenta el derecho constitucional “de asociarse con fines útiles” (cfr. art. 14, CF). En torno al sentido de la utilidad que requiere el derecho de asociación, Horacio Rosatti explica lo siguiente:

... la utilidad es un concepto que remite a una ponderación subjetiva. Lo que para algunos puede ser útil (y alentar la formación de una asociación), para otros puede constituir una pérdida de tiempo o un peligro para la sociedad. Por ello, en nuestro criterio, a efectos de valorar los fines asociativos, conviene hablar de licitud, extremo que se comprueba en base a parámetros objetivos. Si es lícito, no está prohibido, y si no está prohibido, no hay motivos para ponderar su utilidad...⁵⁴

En conclusión, la utilidad de organizaciones que promueven la discriminación racial o religiosa puede y debe ser prohibida, pero esa limitación no se traduce necesariamente en la configuración de un tipo penal. En pocas palabras, el Estado debe negar personería

52. “En términos generales, se ha sostenido que la Ley N° 23592 se halla orientada a tutelar la dignidad de la persona como bien jurídico protegido, que se vería afectada con los actos discriminatorios que la norma tipifica. El delito previsto en su artículo 3 alcanza a grupo enteros de personas, no solo a víctimas y en consecuencia produce un mayor daño social”. Slonimsqui, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, Di Placido, 2001, p. 130.

53. Respecto a la problemática que plantean este tipo de delitos puede verse Pastor Muñoz, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005.

54. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010, T. 1, p. 476.

jurídica⁵⁵ a esas asociaciones, toda vez que su objeto es ilícito y, en consecuencia, inútil.⁵⁶

En cuanto al delito del punto segundo, consiste básicamente en hacer propaganda racista que tenga por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Aquí resulta importante esclarecer la significación del término “propaganda”. Según el diccionario de la Real Academia Española, en las acepciones que importan a este análisis, se entiende por propaganda “Acción y efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores” o “Asociación cuyo fin es propagar doctrinas, opiniones, etc.”. De estas definiciones se podría distinguir entre dos tipos de propaganda: la comercial, destinada a atraer compradores, y la política, destinada a atraer adeptos o propagar una ideología. Entonces, ¿qué tipo de propaganda castiga la Ley de Actos Discriminatorios?

En el caso “P., D.”,⁵⁷ la Sala III de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas tuvo la oportunidad de tratar una excepción de atipicidad interpuesta por la defensa del acusado. La conducta atribuida al imputado consistía en que tenía en exhibición y para la venta –en un local comercial de venta de antigüedades militares– distintos artículos comunes entre

55. En el caso “Partido Nuevo Triunfo”, la CSJN tuvo que resolver si constituía una decisión constitucional negar autorización para funcionar como partido político a una organización que se identifica en actitudes, imágenes y programa con el partido nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945. La CSJN entendió que de acuerdo al marco normativo –constitucional, convencional y legal– resultaba imposible legitimar como partido político “... a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia cuando propugnan el ‘drástico desbaratamiento de la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina’, el doble castigo para los extranjeros, la utilización de símbolos del mismo modo en que lo hacían los nazis [...] y que utilizan terminología empleada por el Tercer Reich aludiendo a determinadas personas como ‘subhumanas’”. Por estas razones, el máximo tribunal entendió que las actitudes descritas configuraban una práctica discriminatoria prohibida (CSJN, Fallos: 332:433, “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento-Distrito Capital Federal”, 17/03/2009).

56. En torno a la relación entre igualdad y libertad de asociación, “... la configuración institucional de la igualdad y la distinción entre discriminaciones lícitas y proscriptas, están regidas por estas consideraciones normativas, en el orden siguiente: [...] c) por la exigencia de respetar instituciones que hacen posible el ejercicio de la autonomía personal de los que participan o quieren participar en ellas, lo que conlleva las dos dimensiones, que están a veces en conflicto, de la asociación con quien se desea y de la no asociación con quien no se desea”. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 420-421.

57. CPCyF, Sala III, Causa N° 25956/2017 “P., D. s/ inf. art. 3 de la Ley 23.592”, 29/08/2018.

los militares durante la Segunda Guerra Mundial, tales como estandartes nazis, cascos y birretes, medallas, armas, vajilla, entre otros, con escudos que reproducen la esvástica empleada por el régimen nacionalsocialista instaurado en Alemania. El voto del juez Delgado, el cual comparto, entendió que la conducta era atípica, con el siguiente fundamento:

... la tenencia de dicho material no se encuentra prohibida por la ley. Tampoco su comercialización. Lo que la ley prohíbe es realizar propaganda de determinadas ideas o teorías con la finalidad de promover discriminaciones con fundamento en origen racial, ideológico o religioso [...] la mera exhibición para su venta no importa propaganda en los términos exigidos por el artículo 3 de la Ley 23592. Como tampoco lo importa la exhibición de estas piezas por su interés histórico en un museo de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁸

Este litigio exhibe de buena manera la tensión que puede suscitarse ante el ejercicio del derecho constitucional a ejercer el comercio (cfr. art. 14, CF) y las previsiones de la Ley N° 23592 de Actos Discriminatorios. Atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar descriptas en la causa, surge que la exhibición de los objetos señalados tenía finalidad comercial y que se dio en el marco de un local de venta de antigüedades militares. Este conjunto de particularidades hace que la conducta no pueda ser considerada como propaganda discriminatoria tendiente a sumar adeptos. Asimismo, no se vislumbra la lesividad de la mera exhibición. Desde otra óptica, tampoco puede entenderse que la ley prohíba el comercio o la colección con fines históricos de ciertos elementos militares.

Los tipos penales del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley N° 23592⁵⁹

Este tipo penal, llamado “incitación a la discriminación”, castiga a quien aliente o inicie a la discriminación. La norma podría quedar reconfigurada de la siguiente forma:

58. En cambio, los jueces Franza y Vázquez entendieron que la tipicidad de la conducta debía resolverse en la audiencia de debate.

59. “En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

1. Alentar, por cualquier medio, a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.
2. Iniciar, por cualquier medio, a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

El término “incitar” hace alusión a la acción de alentar o arengar a que un individuo o un grupo realicen actos discriminatorios. En cambio, el uso de la palabra “iniciar” resulta un poco confuso, por cuanto parecería tipificar la conducta de dar inicio a actos discriminatorios o a la acción de comenzar a realizarlos. Por esta razón, puede que no sea clara la diferencia del verbo “iniciar” con la realización de actos preparatorios.

Sobre esta figura se expresó la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas:

Se trata de un delito doloso, en el que el dolo abarca, por un lado, el conocimiento de que se está alentando o incitando a la persecución u odio contra ese grupo de personas y por los motivos aludidos y, por otro, la voluntad de hacerlo. (Voto de los jueces Marum y Vázquez).⁶⁰

Por un lado, la norma establece que se puede alentar o iniciar a la discriminación por “cualquier medio”. Ahora bien, ¿cualquier medio es apto para la persecución o el odio? En mi opinión, la expresión debería ser entendida como “medio idóneo”, esto es, aquel con la aptitud suficiente para provocar un daño a derechos individuales o colectivos. En definitiva, el medio debe, expresa y concretamente, incitar a la discriminación, y no de manera general, abstracta e indiferenciada.

Por otro lado, la conducta descrita en el tipo penal tiene por finalidad la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas. Es evidente que perseguir implica la materialización de distintos actos con la entidad suficiente para generar una lesión a terceros. En cambio, la acción de pregonar el odio no trae aparejada, necesariamente, la exteriorización de actos con la idoneidad para producir una lesión concreta. Con relación a este tópico, Porrás Ramírez explica lo siguiente:

60. CPCyF, Sala I, causa N° 15.199/09, “Saboulard, Rubén Oscar s/ inf. art. 3 Ley 23.592”, 16/07/1010.

... no toda conducta que intente generar odio, a través de la opinión, por rechazable éticamente que ésta resulte, debería ser punible, a fin de no interferir en el ámbito constitucional de la libertad de expresión. Por tanto, la mera provocación al odio no debería ser castigada, a menos que la conducta tipificada constituya una incitación directa y previsible a la realización inminente de actos violentos o discriminatorios, de carácter delictivo, contra miembros de un determinado grupo minoritario.⁶¹

En todos los casos, resulta imprescindible verificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para determinar el nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el daño causado, habida cuenta de que el requisito de lesividad no se puede plasmar en abstracto.⁶²

Finalmente, las razones que darían origen a una discriminación son más amplias que las del párrafo primero, en donde solo se mencionan la raza y la religión, pues aquí la nómina de motivos incluye además la nacionalidad y las ideas políticas. De este modo, cabe preguntarse si la discriminación fundada en la nacionalidad o en las ideas políticas puede ser castigada de acuerdo a los parámetros del párrafo 1 de la ley. En clave de pregunta, ¿la propaganda que promueva la xenofobia o la discriminación política es una conducta típica? La aplicación del principio de máxima taxatividad de ley penal daría una respuesta negativa.

En conclusión, para Rivera (h) las expresiones de odio que se encuentran protegidas por la libertad de expresión, en el Derecho Constitucional argentino, son las siguientes:

... (i) la adhesión interna a ideologías de odio; (ii) las expresiones de odio no susceptibles de provocar actos de violencia inmediatos; (iii) la negación

61. Porras Ramírez, José María, *op. cit.*, p. 85.

62. En la causa "Beica" se imputó la participación del nombrado en distintas manifestaciones en el espacio público, frente a la embajada de Israel y la AMIA, pronunciando un discurso frente a los manifestantes en el que expresó lo siguiente: "ir donde están ellos, a las oficinas donde están las empresas, al lugar donde se esconden las ratas, a escracharlos, pero también si es necesario a tomar esas oficinas y, si es necesario, a rodearlas y bloquearlas, exigiendo ahí, en el nido de las ratas donde están los capitales sionistas, que se retiren las tropas de Gaza". En la sentencia se absolvió al imputado, ya que se consideró que no se probó que las conductas tuvieran por objeto bregar por un discurso evolucionista que tienda a la eliminación de razas inferiores, por lo que los hechos no cumplen las exigencias típicas del delito previsto en el art. 3, párrafo 2, Ley 23592. (CPCyF, Sala II, causa N° 3809-00/CC/2009, "Beica, Carlos y otros s/ inf. art. 3 de la Ley 23.592", 01/07/2010).

o minimización de genocidios o crímenes contra la humanidad; y (iv) la difusión de expresiones de odio de terceros con fines informativos.⁶³

En cambio, para este autor no tienen tutela:

(i) las expresiones ofensivas, hirientes o insultantes dirigidas contra una persona determinada; (ii) las amenazas y actos de intimidación contra una persona determinada; (iii) la incitación a la realización de actos de violencia inmediatos contra un grupo o persona determinada y (iv) las expresiones susceptibles de generar una reacción violenta por parte de los oyentes...⁶⁴

El agravante del artículo 2 de la Ley N° 23592

Finalmente, en lo que se refiere a las normas penales del articulado de la Ley N° 23592, corresponde señalar que el artículo 2 establece el agravamiento de las penas del Código Penal y de sus leyes complementarias cuando los delitos sean cometidos en función de motivos discriminatorios.

Art. 2

Elévase a un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

La primera parte del artículo 2 hace extensiva a la totalidad de los delitos del derecho positivo el agravamiento de la pena si es producto de una persecución u odio fundado en la raza, religión o nacionalidad. De este modo, una condena por una lesión o una amenaza, entre otras, será merecedora del agravante si se comprueba que el móvil de la comisión del delito se vinculaba a la raza, religión o nacionalidad de la víctima.⁶⁵

63. Rivera, Julio César (h), *op. cit.*, p. 197.

64. *Ibíd.*, p. 240.

65. En el caso del delito de homicidio se presenta una contradicción entre el agravante de la Ley N° 23592 y el previsto en el art. 80 del Código Penal. Esta última disposición, en su inc. 4, eleva la pena al que matare: "Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión". La pena

En cuanto a la competencia del Poder Judicial de la CABA, naturalmente sus jueces podrán aplicar el agravante a cualquier delito transferido si se dan las condiciones señaladas anteriormente.

La segunda parte del artículo 2 castiga la persecución o el odio que tenga como finalidad destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En este sentido, el Estado argentino se encuentra obligado por la CPSDG, ya que en sus artículos III y V dispone:

Art. III

Serán castigados los actos siguientes:

- a. El genocidio;
- b. La asociación para cometer genocidio;
- c. La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d. La tentativa de genocidio;
- e. La complicidad en el genocidio.

Art. V

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

A su vez, el artículo II describe las conductas que encuadran en la figura del genocidio:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con las intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a. Matanza de miembros del grupo;
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

aplicable es la reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52 ("Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años; 2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores"). Así las cosas, el art. 2 de la Ley de Actos Discriminatorios termina operando como un atenuante frente al agravante del art. 80 del Código Penal, por aplicación del principio de ley penal más benigna.

- c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Palabras finales

La Ley N° 23592 de Actos Discriminatorios, sancionada en 1988 con la recuperación de la democracia, constituyó un avance para la sanción de conductas discriminatorias contra individuos o colectivos de personas. Asimismo, da cumplimiento a las obligaciones asumidas en tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

Vivir en una democracia consolidada supone un ejercicio de pluralismo y tolerancia, aun con quienes no comulgan con los valores que edifican el pacto de paz comunitario. El Derecho Penal cumple una función, pero no debe ser el primer reflejo del sistema democrático para lidiar con las ideas o actitudes de sesgo discriminatorio. La Constitución Federal y los tratados de derechos humanos imponen límites al poder punitivo estatal. En la mayoría de los casos, los comportamientos que promueven la discriminación deben ser contrarrestados con conductas que afirmen la igualdad y la democracia.

La aplicación racional de la Ley de Actos Discriminatorios plantea varios desafíos a sus intérpretes. En primer lugar, tendrán que compatibilizar las tensiones que puedan suscitarse entre los derechos constitucionales y los derechos humanos consagrados en los tratados con jerarquía, habida cuenta de que, en este bloque de normas, conviven miradas más y menos “generosas” sobre la libertad de expresión. En segundo lugar, habrán de procurar evitar la utilización del Derecho Penal como mecanismo idóneo de respuesta a los actos odiosos, a riesgo de arribar a soluciones antipáticas o insatisfactorias para las personas ofendidas. En último término, si las circunstancias de tiempo, modo y lugar de una conducta discriminatoria dieran cabida al reproche punitivo, deberán aplicar el derecho penal de conformidad con los principios constitucionales y convencionales.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel, “El juez perfecto”, en *Jueces para la democracia*, N° 90, 2017.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, “La determinación administrativa de derechos fundamentales: autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales”, en PUNSET BLANCO, Ramón y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018.

CÁMARA VILLAR, Gregorio y BALAGUER CALLEJÓN, María L., “Principio de igualdad y derechos individuales”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. II, 2017.

CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina: Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995

FERREYRA, Raúl Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015.

FRONZA, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa: Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Subsunción y ponderación en Robert Alexy: Una crítica con algo de inevitable humor”, en *Dura Lex*, 01/07/2017.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

GIUNTA, Andrea (comp.), *El Caso Ferrari. Arte, censura y libertad de expresión en la retrospectiva de León Ferrari en el Centro Cultural Recoleta, 2004-2005*, Buenos Aires, Ed. Licopodio, 2008.

HEFENDEHL, Roland; HIRSH, Andrew von y WHOLERS, Wolfgang (eds.), *La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

MONTILLA MARTOS, José A., “La libertad de expresión”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. II, 2017.

NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

PASTOR, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005.

PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

PORRAS RAMÍREZ, José María, “El ‘discurso del odio’ como límite a la libertad de expresión en Europa”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 34, Lima, Adrus D&L Editores S.A.C., 2017.

RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996.

RIVERA, Julio César (h), *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016.

SLONIMSQUI, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, Di Placido, 2001.

VALVIDARES SUÁREZ, María, “Cuarenta años de sexo constitucional: de las diferencias prohibidas a la ciudadanía íntima”, en PUNSET BLANCO, Ramón y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018.

ZAFFARONI, Raúl E.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Homicidio y lesiones en riña

Elizabeth A. Marum*

Art. 95 CP

Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

Art. 96 CP

Si las lesiones fueran las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Objeto

Trataré estos delitos a la luz de los problemas dogmáticos que han generado, pero especialmente a partir de la jurisprudencia que se ha ido presentando en orden a las distintas cuestiones de interés que surgen a partir de los casos concretos.

Constitucionalidad de las figuras

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de expresarse con relación a la constitucionalidad de estos delitos en el fallo “Antiñir”, pero los integrantes del Alto Tribunal no han sido coincidentes en sus conclusiones.

* Abogada (UBA, 1986); Licenciada en Filosofía (USAL, 2006); Especialista en Derecho Penal (USAL, 1998); Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL, 2000); Profesora adjunta regular de la UBA en Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal; Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los agravios del recurrente se sustentaron en que la figura vulnera el principio de culpabilidad –al crear una ficción de autoría– y la presunción de inocencia, pues el tipo penal genera una presunción de responsabilidad penal en virtud de la cual se considera autor a todos los que habiendo participado en una riña hubieran ejercido violencia sobre la víctima, por el solo hecho de haberla ejercido.

La mayoría, constituida por los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Argibay y Lorenzetti, rechazó el planteo. Expresaron que el *a quo* dejó en claro que aquello por lo que se hace responder a los condenados no deriva de una presunción de autoría, sino que se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó “ejercer violencia” en el contexto de una riña, y que tal acción resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o lesiones. De modo que el tipo penal fue interpretado, razonablemente como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado (Considerando 6). Agregaron que se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente (Considerando 7). Por ello, concluyeron que en tanto se sujete la interpretación de los artículos 95 y 96 del Código Penal a límites estrictos, que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un “delito de sospecha” que invierta el *onus probandi*, tales normas resultan constitucionalmente admisibles.

Las figuras cuestionadas no constituyen una aplicación del *versari in re illicita*,

... pues el agente responde por su acto de participación en la riña, del que podrá estar eximido de culpabilidad solo si operan causas que la excluyan (necesidad, error de prohibición), pero nunca será responsabilizado por una mera consecuencia causalmente determinada y no abarcada como posible por la capacidad de previsión de cualquier persona.¹

1. Voto del juez Zaffaroni, Considerando 17.

En disidencia, el juez Fayt consideró que estos delitos “configuran un supuesto de responsabilidad objetiva: se atribuye el resultado de muerte o lesiones, según el caso, a aquellos que únicamente se sabe que ejercieron violencias” (Considerando 7). Asimismo, violan el principio de inocencia y culpabilidad. Pues aun cuando se determine la relación entre la violencia general ejercida durante la riña y el resultado producido, dicha verificación no suple la falta de comprobación del sujeto o sujetos a quienes se les atribuye la violencia de la que procedió el resultado.

La jurisprudencia ha seguido, en general, la doctrina sentada en este fallo.² En un caso, sin embargo, se declaró, de oficio, la inconstitucionalidad del artículo 96 CP, por considerar que la imputación por lesiones, cuando no se sabe quién las causó, viola el principio de culpabilidad al establecer una forma de responsabilidad objetiva y, en consecuencia, se revocó la sentencia y se absolvió a los tres imputados.³ También voto disidente en CPCyF.⁴ Dicho fallo fue dejado sin efecto por el TSJ, por cuanto el sentenciante omitió toda consideración de los fundamentos brindados por la mayoría de la CSJN en “Antiñir”, limitándose a transcribir el fallo del juez disidente –Fayt–, lo que no puede ser suficiente para fundar un apartamiento de la doctrina de la CSJN, por lo que dispuso el reenvío a la Cámara a fin de que otros jueces emitan un nuevo pronunciamiento.⁵

Delito de acción pública

En los casos en que se produce el resultado muerte, o lesiones graves y gravísimas, es claro que se trata de un delito de acción pública. Sin embargo, la cuestión no parece tan sencilla cuando se causan, a raíz del hecho, lesiones leves.

2. CNCC, Sala II, c. 2085, “V., W.E. y otro” del 07/03/2013; CPCyF, Sala III, “Espíndola, Alejandro Raúl s/infr. arts. 95 y 96 C.P.”, del 10/03/2016.

3. CPCyF, Sala III, “Legajo de juicio en autos A., L. y otros s/art. 96 CP”, del 15/02/2017.

4. CPCyF, Sala I, “NN s/infr. art. 96 CP”, del 10/03/2016.

5. TSJ, c. 14.462, “Legajo de juicio en autos Atiryan, Levon y otros s/infr. art. 96 CP s/recurso de inconstitucionalidad concedido” del 27/10/2017.

El artículo 72 CP establece que “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: [...] 2) Lesiones leves sean dolosas o culposas...”.

El interrogante que surge es si resulta asimilable al artículo 89 CP el caso de lesiones leves en riña.

Parte de la jurisprudencia entendió que resulta desacertada la inclusión de este delito en el artículo 72 CP, pues esta norma no comprende las lesiones en riña entre las que requieren instancia privada. Estas lesiones en riña resultan diferentes a las simples lesiones. Se sostuvo que

... toda riña o agresión importa un peligro para la vida o integridad física de las personas. La ley argentina, no obstante, no quiso crear un delito de peligro, sino solo sancionar a los que incurren en conductas más peligrosas cuando ese peligro se concreta en una lesión: la conducta peligrosa es la participación en una riña o agresión, ejerciendo violencia sobre una persona, y el peligro se concreta en la muerte o lesión de la persona. En este contexto, no es posible considerar a las lesiones en riña como una modalidad de lesiones.⁶

Lo propio se decidió en oportunidad de resolver un planteo de nulidad del proceso por erróneo impulso de la acción penal, ocasión en que se afirmó que los motivos por los que se hace depender la instancia de la acción a algunos delitos son diversos, pero en cualquiera de ellos ha sido consagrada como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado. El delito de lesiones leves en riña escapa a la esfera de los delitos dependientes de instancia privada, pues la enumeración del artículo 72 CP es taxativa.⁷

Contrariamente a ello, se resolvió que el artículo 72, inciso 2 CP no distingue en forma expresa que las lesiones allí previstas, sean dolosas o culposas, comprenda solo las tipificadas en el artículo 89 del CP, por lo que más allá de la modalidad en que estas fueran infligidas, se hallan también abarcadas las que hubieran resultado con motivo de la violencia ejercida en la víctima en el contexto de una riña. De modo que el artículo 96 CP se inserta en los delitos de acción pública cuya

6. CPCyF, Sala I, “Legajo de juicio en autos A.L. y otros s/art. 96 CP”, del 02/02/18, con cita de “Antiñir”; Sala I, “M., M. F. y otros s/art. 95 CP lesiones en riña”, del 06/07/2018.

7. CPCyF, Sala I, “C. de la C., A.J. s/art. 96 CP”, del 30/09/2015.

persecución depende de instancia privada, salvo que se verifiquen los supuestos de excepción fijados en la última parte de la norma.⁸

Tipicidad

El bien jurídico tutelado es la integridad física –en el caso de las lesiones– y la vida –cuando el resultado fuere la muerte–.

Tipo objetivo

La aplicación de la figura y la responsabilidad por los resultados requiere: a) la existencia de una riña o agresión entre, al menos, tres personas; b) que los resultados procedan de las violencias ejercidas en esas circunstancias; c) que no se pueda determinar con certeza quiénes fueron, de los intervinientes en la riña o agresión, los que causaron tales resultados; d) que hayan ejercido violencia sobre el sujeto pasivo.⁹

Acción típica

Es ejercer violencia sobre alguien, pero solo en el caso de que resulten lesiones o la muerte de la víctima, sin que conste quiénes las causaron. Es decir que la conducta típica no es la de matar o lesionar, sino haber participado de la riña o agresión, en las condiciones descriptas normativamente.

En tal sentido se decidió que la acción punible consiste en participar en una riña o agresión de dos o más personas de la que resulta muerte o lesiones, sin que se sepa quién es el autor, y ejercer violencia sobre la persona de la víctima.¹⁰

8. CPCyF, Sala II, “M.O.R. s/inf. Art. 96 CP”, del 12/11/2013, con cita de Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, actualización de Aguirre Obarrio, Eduardo, Buenos Aires, Tea, T. I p. 260; Romero Villanueva, Horacio, *Código Penal de la Nación y legislación complementaria, Anotado con jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ta ed. ampliada y actualizada, 2010, p. 412.

9. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, T. 1, 2013, p. 94. CPCyF, Sala II, c. 8324, “A., J. E. y otros s/inf. Art. 95 CP”, del 30/10/2009.

10. CNCyC, c. 27.447, “C., A. y otros”, del 12/10/2005.

Ejercicio de violencia sobre el sujeto pasivo

No basta con participar de la riña o agresión, sino que se debe establecer quiénes ejercieron violencia sobre la víctima, es decir que los autores de la violencia deben haber sido identificados. Esto significa la exclusión del interviniente que no haya ejercido violencia.¹¹ En este punto, se ha afirmado que no se considera ejercicio de violencia, en el sentido exigido por la ley, a quien solo ha tenido una intervención moral, como pronunciar frases de aliento,¹² injuriar o insultar, pues debe tratarse de violencia física.

Queda abarcada por la figura toda violencia física desplegada efectivamente sobre el cuerpo de la víctima. La doctrina enseña que el contacto entre quienes intervienen en la riña puede ser directo, mediante vías de hecho, golpes, empujones, puñetazos, puntapiés, puñaladas o instrumentos y medios contundentes o a distancia, mediante pedradas, disparo de armas de fuego o bombas de mano.¹³

Sin embargo, no debe entenderse como violencia, en el sentido de la norma en estudio, los actos de violencia que no tienen un sujeto pasivo determinable, como los disparos al aire.¹⁴

Diferencia entre riña y agresión

La diferencia entre riña y agresión ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia.

11. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, T. III, 1976, p. 144. El autor señala la diferencia entre nuestra legislación y otras –como la alemana– en las que el delito consiste en participar en la riña, de manera que aun conocido el autor del homicidio, es punible a título de partícipe en la riña todo aquel que hubiera tomado parte.

12. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 96.

13. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Rubinal Culzoni, T. I, 2003, p. 299; Terán Lomas, Roberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, T. 3, 1983, p. 255, con cita de Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá-Buenos Aires, Ed. Temis-Depalma, T. III, 1977, pp. 391-392; Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Bogotá, Ed. Temis, T. IV, 1972, p. 369; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 140; Núñez, Ricardo, "Homicidio o lesión en riña o agresión", en LL 35-1123; Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Buenos Aires, Depalma, T. 1, p. 86; Molinaro, Alfredo, *Derecho Penal. Segundo Curso*, p. 130, nota 24.

14. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, p. 300.

La agresión es el acometimiento de varios contra otro u otros que se limitan a defenderse pasivamente, pues si la defensa es activa estamos en presencia de una riña. Es indispensable la existencia de, al menos, cuatro personas –más de dos atacantes y el atacado–, a diferencia de la riña, en la que es suficiente la intervención de tres personas.¹⁵

Por riña se entendió la existencia de acometimientos recíprocos entre más de dos personas (tres o más), es decir ataque y defensa como actividades de todos los intervinientes.¹⁶ Según Soler, no se daría riña cuando resultare el acometimiento de varios contra uno, pues es necesaria la reciprocidad de las acciones –*colluctatio*–.¹⁷

La diferencia entre la riña y la agresión fue receptada por la jurisprudencia. Se decidió, partiendo del análisis del artículo 95 CP, que no puede afirmarse la existencia de una riña –ataque y defensa de todos los intervinientes– que se ejerce entre tres personas, sino que en el caso resulta más apropiado la figura de la agresión, entendiéndose por tal el acometimiento de varios contra otro u otros que se limitan a defenderse pasivamente.¹⁸

Así se ha sostenido que la agresión exige objetivamente el acometimiento tumultuario de tres o más personas contra otra u otras que no resisten activamente, y entre los requisitos de la figura, además de la agresión y del resultado indicado en el tipo, “que no conste quienes causaron la muerte o lesión y que conste que alguno de los participantes ejerció violencia sobre la persona del ofendido”. Es así que la descripción del tipo penal indica que se trata de descartar precisamente la participación criminal; y su adecuación depende de la falta de determinación del verdadero autor de la lesión recibida por la víctima, por lo que resulta necesario, para el perfeccionamiento de la figura en cuestión, que se pruebe que el responsable fue uno de los que ejercieron violencia sobre el sujeto pasivo. De ahí la disminución de pena, en relación con los tipos básicos mencionados en este delito.¹⁹ La agresión

15. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 94.

16. Ídem.

17. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 138.

18. CNCC, Sala IV, c. 18.644, “L., R.”, del 25/06/2002.

19. CNCP, Sala I, c. 2914, “C., J. R. s/recurso de casación”, del 05/09/2000, con cita de Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, T. III, 1992, p. 246 y ss.

se configura cuando los imputados accionaron sobre la víctima, mas no puede discernirse quién de los nombrados efectivamente efectuó el o los golpes letales.²⁰

Más específicamente, se decidió que se sancionan dos conductas distintas: la riña y la agresión, cuya diferencia se encuentra establecida por la forma en que respondan las víctimas, es decir si responden activamente el ataque constituye riña y, si lo hacen pasivamente, una agresión.²¹

En otro supuesto donde se discutía la competencia entre el fuero nacional y el de la CABA, se resolvió que si de las pruebas colectadas en autos surge que los imputados estaban recíprocamente agredándose al mismo tiempo en el contexto de una reyerta, ha sido correctamente calificado como lesiones en riña, pues el forcejeo e intercambio de golpes se produjo de modo súbito y tumultuario, a lo que se sumó que las características de la pelea generaron un estado de confusión.²²

El número de personas intervinientes forma parte del tipo objetivo. Así, se estableció en un planteo sobre la competencia que no puede concluirse que el hecho configure un supuesto de lesiones en riña, pues para ello deben tomar parte de la pelea más de dos personas, lo que en principio no ha ocurrido en el caso.²³ Ello, pues si solo hubiesen intervenido dos personas, siendo una la víctima, la otra tendría que ser necesariamente el victimario.²⁴ Es indiferente que esta intervención se produzca desde el inicio o sobrevenga una vez comenzada la contienda.²⁵

Asimismo, se dijo que no participa en la riña quien interviene para pacificar, por lo que no debe ser tomado en cuenta a los efectos del número requerido.²⁶ Por ello, aquel que se mezcla entre los conten-

20. CNCC, Sala IV, "Garcilazo, Emma", del 09/09/1997.

21. CPCyF, Sala I, c. 42100, "P., M. L. y otros s/art. 95 CP", del 29/12/2010.

22. CPCyF, Sala II, "E., L. N. s/art. 95", del 01/08/2018.

23. CPCyF CABA, Sala I, "Incidente de apelación en causa T., H. A. y otros s/infr. art. 96 CP", del 16/03/2018.

24. Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, T. 3, 1983, p. 256, con cita de Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 130.

25. Donna, Edgardo A, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.* p. 297.

26. CNCyC, Sala IV, c. 29385, "S. M., M. y otros" con cita de Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma*, Lexis Nexis, 16ª ed., 2002, p. 107.

dientes para separarlos, para frenar su enojo o para sacar a alguno, no puede decirse en verdad que toma parte de la riña.²⁷

La Corte Suprema enseña, en el ya citado fallo CSJN “Antiñir”, que ... riña tumultuaria es aquella en la que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una [...] es posible afirmar una imposibilidad material de determinar quién cometió cada acto y quién produjo el resultado final.

Resultados previstos: muerte o lesiones. Relación de causalidad

Es una figura de resultado, pues exige para su configuración la muerte o lesiones de la víctima. El resultado es esencial para que se configure el delito, pues la riña en sí misma no es típica, dado que la ley no castiga la mera intervención en una riña o agresión.

Este resultado debe haberse originado en la violencia ejercida. Sobre el punto, el más Alto Tribunal sostuvo que la violencia ejercida consistente en golpear a las víctimas había resultado idónea para producir el resultado muerte o lesiones. Existe una prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña o agresión, en tanto representa la creación de un riesgo cierto, previsible, cuyas consecuencias no pueden ser controladas por parte de quien interviene en ella (“Antiñir”).

Por ello, si se trató de una violencia insignificante, incapaz de producir los resultados abarcados normativamente, la imputación debe ser descartada; o si la conducta no se vincula con el resultado por haber empleado el autor golpes de puño cuando las lesiones han sido producto de un arma de fuego. En este sentido, la doctrina afirma que debe haber una causalidad entre las violencias desplegadas en la riña y el resultado producido, además de existir incertidumbre de la autoría respecto de esos resultados. Esa falta de certeza no se dará cuando por las características del daño inferido, la causalidad solo pueda relacionarse con un autor determinado.²⁸

Es decir, que la muerte o las lesiones deben haber resultado de la riña, de modo que han de ser la consecuencia de la violencia ejercida por alguno de los que participaron en ella sobre la persona del

27. Terán Lomas, Roberto, *op. cit.*, p. 258, con cita de Carrara, Francesco, *op. cit.*, T. IV, § 1471, p. 148.

28. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 95.

ofendido, es necesario que exista nexo causal entre la violencia ejercida y los resultados.²⁹ Destaca Donna que el resultado mortal o lesivo debe derivar de la actividad desplegada por cualquiera de los intervinientes, de modo que es necesario probar el nexo de causalidad entre las agresiones físicas y el resultado prohibido por la norma.³⁰

Algunos autores entienden que la víctima puede ser una persona distinta de los que intervienen como agresores o agredidos en la riña o agresión; por ejemplo, matar a un policía que está cumpliendo su función. Y también puede tener como víctima a un tercero que se mantiene al margen de la riña o agresión, por ejemplo un curioso que recibe el proyectil disparado en la riña. La ley no exige que se maten o lesionen los intervinientes en la riña o el agredido en ella, sino que la riña o agresión tenga uno de esos resultados, sea quien sea la víctima.³¹ Sin embargo, otra parte de la doctrina señala que sujeto pasivo solo puede ser una persona involucrada en la riña o agresión, sobre la que se hubiera ejercido violencia, pues la aplicación de la figura no tiene lugar solamente cuando se desconoce la identidad del autor, sino también cuando las lesiones o muerte han tenido lugar en la riña o agresión en que varias personas han ejercido violencia sobre la víctima, lo que no tendría lugar en el supuesto mencionado. Se destaca, en este punto, que solo se tendrá por autores a aquellos intervinientes de la riña o agresión que hayan ejercido violencia sobre la persona del ofendido.³²

Quedan fuera del tipo las consecuencias que tuvieron su origen en una actividad extraña a la riña o agresión. Esto no significa que se deba saber quién ocasionó el resultado lesivo con su violencia, sino que es necesario y suficiente que exista nexo causal entre la violencia ejercida y los resultados.³³

29. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 120-121.

30. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 301.

31. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1977, p. 249. Ver también Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 301, quien afirma que la figura “sí es aplicable aun cuando esos resultados se producen respecto de una víctima ajena a la reyerta pero a causa de la disputa”.

32. D’Alessio, Andrés J. (dir.); Divito, Mauro, (coord.), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T II, p. 99.

33. CPCyF, Sala II, c. 21.965, “L., S. A. y otros s/infr. art. 95 CP”, del 13/03/15, con cita de Lellin, Dalia; Pacheco y Miño, Julio A., “Comentario a los artículos 95/96 del CP”, en D’Alessio, Andrés (dir.); Divito, Mauro, (coord.), op. cit., T. II, p. 101.

Así, la CPCyF declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio porque de su lectura no era posible inferir cuál fue la contribución específica de los imputados en el evento y consecuentemente su nexos con los resultados causales.³⁴

Por ello, deben excluirse los resultados fortuitos, como los producidos por la caída de una cornisa, la muerte natural, o la apoplejía no ocasionada por la riña, la bala disparada por un no interviniente en ella, y la irrupción de un automóvil sobre los contendientes.³⁵

El resultado puede ser la muerte o lesiones leves (art. 89) –art. 96 CP–, graves (art. 90) o gravísimas (art. 91) –art. 95 CP–.

Las lesiones leves son de carácter residual, pues son las que no se encuentran previstas como graves o gravísimas.

Las lesiones graves son las que produjeren una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiese puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente en el rostro.

Las lesiones gravísimas son las que produjeren una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Se ha discutido si la pérdida de piezas dentarias en el contexto de la riña constituye el resultado de lesiones leves o graves. La CPCyF entendió, en ocasión de rechazar la prescripción de la acción, que se trataba de lesiones graves en riña (art. 95 CP en función del art. 90), pues el debilitamiento de un órgano es utilizado por la ley en sentido funcional y no anatómico; de modo que el concepto abarca el conjunto de partes que integran una determinada función, comprendiendo el caso de pérdida de dientes que afectan o debilitan el órgano de la masticación. Es decir que hay debilitamiento permanente de un órgano cuando está compuesto por dos o más piezas, y la desaparición de

34. Sala II, “c. 59.265, “F., R. L. y otros s/art. 95CP”, del 27/12/2012.

35. Terán Lomas, Roberto A. M., *op. cit.*, p. 257.

una de ellas no elimina totalmente el órgano, pero mengua su función, como sucede con la pérdida de un ojo o un diente.³⁶

En otro caso, frente a la imputación de lesiones graves en riña (art. 95), la defensa petitionó –entre otras cuestiones– una modificación de la calificación legal por la prevista en el artículo 96 CP, por entender que las lesiones causadas eran de carácter leve, pues no se verificaban los extremos exigidos por la figura –riesgo de vida–. Al respecto, se tuvo en cuenta que la víctima ingresó al hospital con un cuadro de politraumatismo de cráneo, heridas contusas en la cabeza, cara y extremidades inferiores y superiores, y luego de efectuadas las curaciones y exámenes de rigor se le dio de alta. Dos días más tarde ingresó nuevamente a otro hospital donde se le diagnosticó insuficiencia renal aguda, produciéndose posteriormente el deceso. Ello imposibilitó la valoración del curso del cuadro clínico que padeciera, sin perjuicio de lo cual los galenos respondieron afirmativamente a la posibilidad de un pronóstico mortal, con porcentuales estadísticos. Por ello se decidió que la figura elegida por la acusación no era arbitraria, todo lo cual debería dilucidarse en el debate.³⁷ En esas mismas actuaciones intervino la CSJN a raíz de una contienda negativa de competencia trabada entre un Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción y un Juzgado Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad, en virtud de la investigación por *mala praxis* ulterior que provocara el fallecimiento. El juzgado nacional entendió que aún no se había dilucidado si las consecuencias de la actuación de los profesionales que atendieron al occiso habían interrumpido o no el acontecer causal de las lesiones ocurridas en riña, cuya investigación estaba en manos de la justicia de la Ciudad; mientras que el juzgado del fuero local consideró que se trataba de hechos diferentes y que la *mala praxis* que podría haber sufrido la víctima no había sido transferida a la órbita de la CABA. La CSJN se remitió a los fundamentos del Procurador General de la Nación y otorgó compe-

36. Sala III, “Legajo de juicio en B. B., J. M. y otros s/inf. Art. 96 CP”, del 02/02/2018, con cita de Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 3^{ra} ed., T. I, p. 232; Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2^a ed., p. 973. CNCyC, Sala V, c. 26.899, “Aguirre, Manuel Martín”, del 20/05/2005; CNCyC, Sala VI, c. 39.436, “G.C.A.”, del 02/06/2010; CNCyC, Sala IV, c. 49.938, “D.M.D.Z.”, del 24/02/2015; TOC 13, c.43552, “L., M. F.” del 15/12/2017.

37. CAPCyF, Sala II, c. 21.965, “L., S. A. y otros s/infr. art. 95 CP”, del 13/03/2015.

tencia al fuero nacional pues no puede desconocerse la incidencia que, recíprocamente, podrían tener las conclusiones a que se arribe en la investigación de ambos episodios, en aras de la debida verificación del curso causal que llevó al resultado final que determina la necesidad de que intervenga un único magistrado.³⁸

El resultado es un elemento del tipo objetivo, de modo que su ausencia determina la atipicidad de la conducta, aunque también ha sido considerado una condición objetiva de punibilidad.³⁹ Terán Lomas señala que Mezger opinaba –sobre la base del Código Penal Alemán, § 227, que penaba la simple participación en una riña con resultado de muerte o lesiones– que la muerte o lesión constituyen una condición objetiva de punibilidad, en los casos de simple participación en la riña y si existiere una relación causal se trataría de un tipo calificado por el resultado.⁴⁰

Roxin critica la hiperextensión de la cuarta categoría del delito en la doctrina dominante y afirma que hay aparentes condiciones objetivas de punibilidad que son elementos del tipo. Señala que la participación en una pelea insignificante, que no haga temer consecuencias lamentables, no merece una pena de prisión de hasta tres años, sino que lo que quiere el legislador cuando vincula la punibilidad a la causación de una muerte o una lesión grave es castigar de modo específico la participación en agresiones o riñas especialmente peligrosas; y a ese respecto parte de la base de que esa peligrosidad se desprende típicamente de las consecuencias graves. Pero si esto es así, entonces el resultado grave pertenece al injusto típico y la culpabilidad del autor ha de extenderse a los factores que son constitutivos de la peligrosidad; es decir, el sujeto al menos ha de prever que la riña podría tener una de las consecuencias mencionadas en la ley. Desde el punto de vista político-criminal, agrega que en los supuestos en que los combatientes están armados o se comportan de un modo brutal, se puede prever el resultado, por lo que se justifica plenamente la necesidad de pena. Pero en los casos en que no haya que contar con una consecuencia grave, por regla general la riña tampoco será peligrosa, por lo que

38. Competencia CSJ 1563/2014 “Clínica Esperanza s/homicidio culposo”, del 09/06/2015.

39. En relación con esta última posición ver Donna, Edgardo, “El homicidio en riña en su aspecto dogmático”, en *Doctrina Penal*, Ed. Ediar, año 13, 1990, p. 31.

40. Mezger, Edmund, *Libro de Estudio. Parte Especial*, p. 83, citado por Terán Lomas, Roberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 1983, T. 3, pp. 249-250.

la producción de uno de los resultados legalmente previstos será más bien un desgraciado accidente o casualidad.⁴¹

Si se dieran múltiples resultados, es decir en caso de que se produjeran lesiones o muerte a diversas personas, la doctrina no es unánime.⁴² Algunos autores entienden que se trata de un solo hecho y que la multiplicidad de resultados no multiplica la delictuosidad, porque no constituyen hechos principales, sino la consecuencia del hecho principal de la riña o agresión.⁴³ Otros opinan que constituyen hechos distintos que concurren en forma real.⁴⁴ Entiendo que se trata de un caso de unidad de acción que no permite su desdoblamiento con base en el número de resultados, sin perjuicio de su valoración en la graduación de la pena.

En un supuesto donde se encontró acreditado que la víctima fue atacada, con piñas y patadas, por un grupo de al menos cinco personas que se encontraban imputadas, los que incluso le pegaron cuando se hallaba tendida en el suelo, a raíz de lo cual aquella sufrió diversas lesiones, se discutió qué incidencia tenían las lesiones sufridas por uno de los autores. Se decidió que en ese contexto fáctico, donde un solo individuo es acometido por varios sujetos, sufriendo graves secuelas físicas, difícilmente pueda materialmente ejercer en forma activa y con dolo final de lesión algún tipo de violencia contra sus agresores. Más bien algún movimiento de este tenor pudo traducirse en un acto reflejo e instintivo producto del ataque mismo, o bien en una defensa de la víctima a fin de proteger su integridad física y repeler las agresiones ilegítimas a las que fue sometida en el escenario de la reyerta. Su conducta está justificada dentro del marco del delito aquí investigado, lo que descartaría *per se* que dicha actuación pueda ser analizada en forma autónoma bajo la óptica de otro tipo delictivo distinto.⁴⁵

41. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos: La Estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, T. I, p. 974.

42. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 98; Terán Lomas, Roberto, *op. cit.*, p. 258.

43. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Lerner, T. III, vol. I, 1977, p. 249.

44. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 302.

45. CPCyF, Sala II, c. 8324, “Ávila, Jonathan Emiliano y otros s/inf. Art. 95 CP”, del 30/10/09.

No debe constar quién causó el resultado

La particular característica de este delito consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o la muerte. Si se determina quién fue el autor, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o las lesiones.⁴⁶ De modo que no es punible participar de la riña o agresión de la que resultaren muerte o lesiones, si el autor de estas es identificado, ni siquiera para quienes ejercieron violencia sobre la persona de la víctima. Individualizado el autor, la conducta de los otros que participan en la riña es atípica.⁴⁷ En igual sentido, Soler señala que "... la condición negativa del tipo legal es la de que no conste quiénes causaron la muerte o las lesiones". De lo contrario, aquellos deben responder individualmente por el resultado, puesto que "es preciso agotar la consideración de la posible autoría de uno o varios partícipes y para ello debe descartarse de esta calificación todo caso en el cual la muerte o las lesiones sean realmente la obra común de varios".⁴⁸

El TSJ CABA expresó que

... el texto se limita a castigar a quienes toman participación en una riña o agresión tumultuaria, siempre que ejerzan violencia sobre la persona del muerto o lesionado, siempre que ese resultado típico sea causado por la violencia desplegada durante el contexto de la riña o agresión, y siempre que, como consecuencia del carácter tumultuario del evento, sea imposible establecer autorías y participaciones con certeza.⁴⁹

En el mismo orden de ideas, se decidió que la riña constituye un delito autónomo contra las personas, que suponiendo la intervención de varios en una pelea que trasciende en lesiones u homicidio, no es un caso de participación criminal en esos delitos.⁵⁰

Y que en el delito de lesiones graves producidas por agresión (arts. 95 y 90 CP) se debe tener en cuenta la participación del imputado

46. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Lerner, T. III, vol. I, 1977, p. 249.

47. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 114.

48. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 4ª edición, 1987, T. III, p. 151. CAPCyF, Sala II, c. 59.265, "F., R. L. y otros s/art. 95CP", del 27/12/2012.

49. "L.A.", 27/10/2017, del voto del Dr. Lozano.

50. CNCC, Sala VI, c. 22078, "M., J. A.", del 31/10/2003.

en una riña o agresión de dos o más personas, de la que resulte muerte o lesiones, sin que se sepa quién es el autor, habiendo ejercido violencia sobre la persona de la víctima.⁵¹

A partir de los lineamientos expuestos, en diversas ocasiones la jurisprudencia resolvió la inaplicabilidad de esta figura, por haberse establecido la autoría respecto del resultado. Así, se decidió que para que resulte aplicable la figura de la riña resulta necesaria la presencia de distintas condiciones desde el plano objetivo: a) que no conste quiénes causaron la muerte o lesiones; b) que la muerte o lesiones resulten de la riña o agresión; c) que se haya ejercido violencia sobre la víctima. Si se ha demostrado quién ha sido el autor, no se da la primera condición indispensable para la procedencia del tipo legal y por ello resulta innecesario el estudio de los demás requisitos.⁵² Al haberse identificado a los autores de las lesiones y reducir el número de intervinientes a solo dos personas, la figura prevista en el artículo 95 CP no resulta aplicable.⁵³

Asimismo, en una cuestión de competencia suscitada entre el fuero local y el nacional, se tuvieron en cuenta diversos puntos a los fines de dilucidar el tema. La persona fallecida presentaba diferentes golpes en la zona encefálica y los testigos presenciales fueron contestes en cuanto a que en el hecho habrían intervenido varias personas agrediendo a la víctima. Sin embargo, existían pruebas que no permitían afirmar que no se podría determinar quién causó la muerte. Ello, pues, multiplicidad de testigos atribuyeron un rol central en el suceso a uno de los sujetos involucrados –respecto de quien brindan sus características físicas y de vestimentas–, pues era el que saltaba sobre la persona caída pisándole la cabeza, razón por la cual se entendió que debería continuar entendiendo el juzgado nacional, pues la autoría podría recaer sobre ella.⁵⁴

Igualmente se decidió que, si bien de acuerdo a lo que surge de las constancias obrantes, el hecho se habría iniciado a partir de una agresión o pelea entre cuatro hombres, del informe médico se desprende que salvo J. –quien recibió una herida cortante– ninguno de los restan-

51. CNCC, Sala de FERIA B, c. 140, “F., D.”, del 09/01/04.

52. CNCC, Sala VI, c. 29.881, “García, Pedro”, del 12/06/06.

53. CNCyC, Sala IV, c. 29385, “S. M., M. y otros”.

54. CPCyF, Sala II, S. G., C. D. y otros s/art. 95 CP”, del 12/08/16.

tes participantes de la pelea poseía lesiones traumáticas. Asimismo, se ha identificado al presunto autor de la lesión proferida, por lo que no es posible tener por configurados los requisitos legales establecidos para encuadrar típicamente el hecho en la figura del artículo 95 CP. Ello, pues dicha figura requiere, entre otros recaudos, que se desconozca el autor del daño concretado y que de la riña o agresión resulte la muerte o lesiones, resultado típico que debe haberse originado en la violencia que se haya ejercido en la riña o agresión.⁵⁵

Si surge con claridad que la víctima ha sido golpeada únicamente por uno de los imputados, mientras que el grupo de personas que acompañaba a este último se había limitado a formar una ronda, el hecho se subsume en el tipo penal de lesiones leves.⁵⁶ Si el denunciante identifica a los autores del hecho y no se advierte claramente la espontaneidad en la conducta de los denunciados, características ambas que son propias de la figura prevista en el artículo 96 del Código Penal, la conducta no puede ser subsumida en dicha norma.⁵⁷ Por el contrario, si no consta quién causó el resultado, procede la aplicación de la figura en estudio.

Así, se resolvió que corresponde adecuar el hecho a la figura del artículo 95 CP, ante la imposibilidad de extraer los proyectiles que impactaron en los cuerpos de las víctimas y, por ende, determinar su calibre y así la identificación del arma disparadora y la individualización de quien la accionó.⁵⁸

En el mismo sentido se decidió que si no se puede conocer con precisión si las lesiones que sufrió el sujeto pasivo encontraron su razón de ser, exclusivamente en la conducta del procesado –pues de la visualización de los videos se advierte que fueron varias las personas que agredieron físicamente al accionante–, es decir si acreditada la existencia de violencia por parte del autor sobre el damnificado no se probó que esa conducta fue la que produjo el resultado típico, al

55. CPCyF, Sala I, “E. T. N. y otros s/art. 95 CP”, c. 32115, del 22/02/2013, con cita de D’Alessio, Andrés (dir.); Divito, Mauro (coord.), *op. cit.*, pp. 97-103.

56. CPCyF, Sala II, c.13317, “P., G. s/art. 96 CP”, del 01/10/2015.

57. CPCyF, Sala I, “O., R. A. y otros s/art. 96 CP”, del 09/09/2015.

58. CNCP, Sala I, c. 1933, “B., O. A. y otros s/recurso de casación”, del 08/10/98.

ignorarse quién habría sido el autor de las lesiones, debe encuadrarse el caso en el artículo 96 CP, en función del artículo 95.⁵⁹

También se dijo que si hasta el momento existe un desconocimiento de quién ha sido el autor del hecho, presentándose una incógnita respecto de quiénes fueron los que arrojaron las piedras que lesionaron a las víctimas, el supuesto debe ser encuadrado en el artículo 95 CP.⁶⁰

Como se advierte, la determinación de la autoría del resultado excluye la aplicación de los tipos penales en análisis.

Tipo subjetivo

El tipo subjetivo requiere la presencia de dolo en la intervención en la riña o agresión y en el despliegue de violencia sobre otro, pero nunca dolo de homicidio o lesiones. Es decir, conciencia y voluntad de participar en la riña o agresión, con las características antes mencionadas, y prever que se está poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas que intervienen.⁶¹

Siguiendo a Núñez, se puede decir que

... en la riña no se piensa si se matará o si solamente se herirá con los golpes que se devuelven y se cambian entre sí los que se pelean. Se actúa ciegamente, para realizar o para devolver las ofensas: el hecho sale del dominio de la voluntad para entrar en el dominio del caso.⁶²

La atribución del resultado no puede descansar en la mera comprobación de que aquel se produjo, pues la constitucionalidad de la norma depende de que su interpretación se sujete “a límites estrictos que evite que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un delito de sospecha que invierta el *onus probandi*”.⁶³

59. CNCC, Sala V, “D, L.A. s/lesiones en riña”, c. 37.769, del 29/09/09.

60. CPCyF, Sala I, c. 41745, “Incidente de competencia en autos “V., J. y otros s/inf. Art. 96 CP”, del 28/09/10.

61. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 304, con cita de Gracia Martín, Luis, “Comentario al art. 154”, en Díez Ripollés, José L.; Gracia Martín, Luis y Laurenzo Copello, Patricia, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, p. 540.

62. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba, Ed. Lerner, T. III, vol. I, 1977, p. 244, con cita de Carrara, Francesco.

63. CSJN “Antiñir”, Considerando 14.

Debe existir, respecto del resultado, al menos previsibilidad de su producción, inherente a la culpa.

La doctrina insiste sobre la indeterminación de la finalidad de los agentes, en el sentido de que estos actúan queriendo desplegar violencia, pero sin proponerse, en concreto, un determinado resultado (matar o lesionar) y en la espontaneidad de la riña o agresión, lo que excluye una preordenación –mediante un proceso deliberativo anterior o decidida en el momento de los hechos– de disponer la actividad para el logro de un determinado resultado, aunque su producción haya estado tal vez presente en la mente del agente al decidirse la intervención (quien se lanza en medio de los contendientes arrojando golpes con un cuchillo pudo no haber querido herir o matar, pero no pudo dejar de pensar que podía hacerlo).⁶⁴

Tentativa y participación

Existe coincidencia en cuanto a que no es posible la tentativa, pues el dolo no exige la finalidad específica de matar o lesionar.⁶⁵

Asimismo, se excluye la posibilidad de participación, en los términos de los artículos 45 y 46 CP, ya que no puede existir convergencia intencional en cuanto a los resultados, ni tampoco es posible la instigación.⁶⁶ Los autores afirman que para la concurrencia de las figuras previstas en los artículos 95 y 96 CP, es preciso excluir las verdaderas hipótesis de participación, por lo que resultan inaplicables si el resultado es el producto de un obrar común o ha existido convergencia intencional.⁶⁷

64. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 97.

65. D'Alessio, Andrés, (dir.); Divito, Mauro., (coord.), *op. cit.*, p. 103; Fontán Balestra, Carlos, actualizado por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 110; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 97.

66. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 97.

67. Terán Lomas, Roberto, *op. cit.*, p. 259, con cita de Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 140; Fontán Balestra, Carlos, actualizado por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 115-117.

Sin embargo, algunos sostienen que se concibe la participación con los agresores, extremo que se ejemplifica en el caso de quienes alcanzan palos a los que participan en la riña o agresión.⁶⁸

La doctrina y la jurisprudencia destacan la *espontaneidad* del ataque colectivo, es decir que no se halle fundado en un acuerdo previo de matar o lesionar, ya que en ese caso no sería de aplicación el artículo 95 CP, sino que debería regirse por reglas comunes de participación criminal en los delitos respectivos.⁶⁹ Así, se ha afirmado que

... los autores de la riña son arrastrados a esta, súbitamente, movidos por el impulso que reciben en su ánimo exaltado por el altercado o por su propia indignación, y se acometen recíprocamente y tumultuariamente, esto es, sin orden ni concierto.⁷⁰

En otras palabras, este requisito excluye la concurrencia de voluntades que pueda configurar alguna forma de participación. Sin embargo, la exigencia de espontaneidad no obsta a que la idea del resultado dañoso pueda haber estado con anterioridad en la mente de alguno o algunos de los que participaron en la riña o agresión.⁷¹

En un caso donde el imputado había sido condenado por homicidio y la defensa postuló la aplicación de esta figura, se decidió que

... una de las condiciones negativas que prevé la aplicación de esta norma es que no conste quien causó la muerte. Sin embargo, conforme lo sostiene Soler, en consonancia con la distinción antes planteada, entre la mera causación física y la imputación de responsabilidad por un hecho, una interpretación estrictamente material del verbo causar puede llevar a la conclusión equivocada de que toda vez que no se sepa cuál de los agresores

68. D'Alessio, Andrés, (dir.); Divito, Mauro, (coord.), *op. cit.*, p. 103, con cita de Chiappini, Julio, "Los delitos de homicidio y lesiones en riña", (arts. 95 y 96 del Código Penal), LL 1985-E-919.

69. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 94; García, Jorge A., "Comentario a los arts. 95 y 96 CP", en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, (dirs.), *op. cit.*, p. 1073; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 140. PCyF, Sala II, c. 8324, "A., J. E. y otros s/inf. Art. 95 CP", del 30/10/2009; Sala II, c. 21.965, "L., S. A. y otros s/art. 95 CP", del 13/03/2015; Sala II, "c. 59.265, "F., R. L. y otros s/art. 95CP", del 27/12/2012.

70. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, actualizado por Guillermo Ledesma*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 245-246, con cita de Carrara, Francesco; Soler, Sebastián; Cuello Calón, Eugenio.

71. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial actualizado por Guillermo Ledesma*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 116-117.

res dio el golpe mortal, corresponderá la aplicación de este artículo [...] debe descartarse de esta calificación todo caso en el cual la muerte o las lesiones sean realmente la obra común de varios; es decir toda vez que se produzcan las condiciones generales de participación verdaderas, que supone, según sabemos, no solamente una comunidad material de acciones, sino una convergencia intencional. Cuando esta existe queda descartada la aplicación de la figura, porque es indiferente para la ley la persona del ejecutor material, puesto que coloca a los ejecutores en el nivel de perfecta igualdad con los cómplices primarios, es decir los que participan directamente en la ejecución del hecho. La expresión “quienes causaron” se entenderá, pues, en el sentido jurídico de causación [...] No quiere decir sin que constare quienes materialmente infirieron las heridas, sino más bien, sin que conste quienes eran los autores y sabemos que ser autor y ser causa son cosas distintas.⁷² En ese orden de ideas, sostiene el autor en cita que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de participación, en el caso de la riña o agresión existe una mera coincidencia temporal de acciones externamente comunes pero internamente autónomas.⁷³

En igual sentido se decidió que si tres personas concurren al domicilio de la víctima y le propinaron golpes de puño, denota la existencia de una concurrencia de voluntades entre los imputados para la comisión del hecho, por lo que habría existido un acuerdo previo entre ellos para la comisión del hecho. Por ello no puede sostenerse que la conducta encuadre *prima facie* en el artículo 96 CP, sino el de lesiones. Ello así en virtud de que, por una parte, el denunciante identifica a los autores del hecho, y por otro, no se advierte la *espontaneidad* en la conducta de los denunciados, características ambas que son propias de la figura prevista en la citada norma penal.⁷⁴

Asimismo, en otro supuesto en que se condenó a los imputados por el delito de lesiones graves, frente al pedido del defensor de aplicar la figura del artículo 95 CP, la CNCCyC entendió que si bien *a priori* pareciera que el hecho analizado se podría encuadrar en esta figura dado el desconocimiento de la persona que provocó directamente las lesiones, lo cierto es que no basta únicamente con este extremo, ya que no

72. Soler, Sebastián, *op. cit.*, pp. 151-152.

73. *Ibidem*, p. 155. CNCP, Sala IV, “R., J. C. y otros”, del 02/03/2010.

74. CPCyF CABA, c. 15.306, “Incidente de apelación en autos Ocampo, Ricardo Andrés y otros s/infr. art. 96 CP”, del 09/09/15.

es posible de ninguna forma argumentar que el caso de autos se trató de una riña o agresión [...] el tribunal de juicio tuvo por acreditado que un grupo de cinco personas se enfrentó a F. para atacarlo y que –según los dichos de los testigos– este último ha mantenido una actitud pasiva hacia los atacantes, pero ello no permite concluir que el hecho encuadra en la figura de agresiones en riña [...] debe destacarse que en la figura del artículo 80 inc. 6 se requiere, también, la existencia de un plan premeditado entre los actores; mientras que la lógica de la agresión requiere una situación de espontaneidad del grupo atacante hacia quien se defiende. Esa situación de espontaneidad no ha existido en el caso citado.⁷⁵

Sin embargo, tal como destaca Donna, no basta la inexistencia de acuerdo previo entre los autores, pues aun en ese supuesto es admisible la autoría directa del delito de homicidio. El autor comenta críticamente un fallo en el que se aplicó el tipo penal del artículo 95 CP en un caso en el que tres personas que se hallaban en una esquina fueron muertas, sin mediar agresión, por tres policías, quienes dispararon sus armas reglamentarias. La sentencia funda tal calificación en que no hubo premeditación y que si bien a uno de los policías se le puede atribuir la muerte de una de las víctimas –al que se condena por homicidio–, con respecto a los otros dos policías no hay forma de discriminar cuál de ellos produjo los respectivos óbitos –a los que se condena por homicidio en riña–, aun cuando los tres reconocieron haber disparado sus armas contra aquellos. Advierte el citado autor que los policías actuaron con dolo de matar y que está probada la imputación objetiva. Que no es relevante en el caso qué bala llegó antes y cuál después. Un grupo de tres personas acomete con armas de fuego en contra de otras, las cuales no acometieron a las primeras; si se tiene la seguridad de que todos los partícipes realizaron actos ejecutivos y se desconoce solo quién realizó materialmente el hecho, todos son coautores.⁷⁶

75. CNCCyC, Sala I, “T. R., J. M. y otros s/amenazas con armas o anónimas (art. 149 bis)”, del 04/09/2018.

76. Donna, Edgardo, “El homicidio en riña en su aspecto dogmático”, *op. cit.*, pp. 309-314.

Usurpación de propiedad, destrucción o alteración de términos o límites y turbación de la posesión o tenencia*

Jonatan Robert**

Introducción

En el artículo 181 del Código Penal se hayan previstos los delitos de usurpación de propiedad, en la modalidad conocida como despojo, alteración de términos o límites y la turbación de la posesión o tenencia.

Bien puede afirmarse que estos acompañaron los diversos momentos históricos de nuestro país. Así, y remontándonos dos siglos atrás en el tiempo, se encuentra la labor realizada por el Dr. Carlos Tejedor, la cual fue llevada adelante entre los años 1865 y 1868; en ella puede situarse el primer antecedente de dichos ilícitos, los cuales estaban consagrados en los artículos 326 y 327 del denominado “Código Tejedor”.¹ La redacción actual del precepto obedece a la sanción de la Ley N° 24454.²

Las figuras enunciadas guardan la peculiaridad de encontrarse conformadas por diversos elementos –normativos– propios del Derecho Civil, siendo necesario para su comprensión y estudio acudir –no

* Art. 181, incs. 1, 2 y 3 del Código Penal.

** 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 ciudad de La Plata– (Ministerio de Seguridad de La Provincia de Buenos Aires).

1. Desde aquel primer antecedente legislativo, hasta la actualidad, no pocas fueron las variaciones que sufrió el contenido de la norma. Para su profundización –y antecedentes legislativos en la materia– ver Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, A-Z Editora, 1996.

2. Sancionada el 08/02/1995, promulgada el 02/03/1995 y publicada en el BO N° 28097 del 07/03/1995.

solo a los aspectos propios del Derecho Penal– sino a los que afloran del Derecho Privado.

Usurpación de propiedad –Despojo–

Art. 181

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1 el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por la norma estará dado por el uso y goce pacífico de un inmueble, representado ello en el ejercicio de la posesión, tenencia o de los derechos reales a los cuales realiza una remisión dicho precepto. Así, debe sostenerse que no se protegerá a quien sea titular de ellos –es decir, a quien detente el derecho a la posesión, tenencia o al ejercicio de un derecho real previamente constituido–, sino a quien lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de los mismos.

Así, la jurisprudencia se ha pronunciado afirmando que “el bien jurídico protegido en el delito de usurpación no es el nudo derecho de propiedad, sino la tenencia o posesión de hecho”.³ Con base en ello, será indistinto –a los efectos de la protección penal– que la persona posea o no título, ya que lo fundamental será que se halle efectivamente detentando la posesión, tenencia o se encuentre ejerciendo un derecho real –lo cual implicará una determinada conducta por parte del sujeto que se encuentre gozando de ellas, y permitirá demostrar dicha circunstancia-.⁴

3. CNCriminal y Correccional, Sala I, en marco de los autos “Bertrín Bolbarán, Carmen R.”, del 20/09/89; de esta forma se pronunció también el mencionado Tribunal en el marco de los autos “Ogando, Alberto B.”, del 07/10/02.

4. En este sentido, Gallegos, Jorge Luis, *El delito de despojo de la tenencia o de la posesión*, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 20, supo sostener que “... el solo derecho a la tenencia o la posesión no hace viable la acción penal. Esta protege el ejercicio de esos derechos”.

En sintonía con lo expuesto, Laura Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano han afirmado que “la tutela penal se aplica a la posesión real y efectiva, ejercida con prescindencia del derecho o título; por ello comprende tanto la posesión legítima como la ilegítima, sea esta de buena o mala fe o viciosa”.⁵ De esta forma, el análisis deberá centrarse principalmente en la relación que exista entre la persona y el bien inmueble, pasando a un segundo plano el estudio del título en el cual eventualmente pueda reposar la misma.⁶ Estos postulados son recepcionados por la jurisprudencia, afirmándose que

... la tenencia a que refiere el artículo 181 del CP por su generalidad, abarca a la de origen ilícito en tanto exista un “poder de hecho y consolidado sobre la cosa”, lo cual se obtiene sin esfuerzo de confrontar el artículo 2470 del Código Civil.⁷

Ello resulta por demás lógico; si una persona cuenta con un derecho a la tenencia o posesión, no puede actuar por su cuenta sin intervención de la autoridad competente para poder hacerse de la misma. Asimismo, se desprende también que la vigencia de aquellas situaciones en las cuales se encuentra la persona no necesariamente implicarán que tendrá que estar permanentemente en contacto material con la cosa –por ejemplo, una vivienda–, ya que el hecho de la posesión, tenencia o el ejercicio de los derechos reales no requieren la presencia

5. Damianovich, Laura y Rojas Pellerano, Héctor F., “Art. 181”, en Levene, Ricardo (h) (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Zavalía, 1978, p. 365. En este sentido también se pronunció Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Mave, 2000, T. II, p. 256, entre otros.

6. Cfr. Cámara del Crimen de la Capital, en el marco de los autos “Delaunay, Odón Godofredo”, del 21/07/49 (JA 1949-IV-422); por su parte, la CNCriminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos “Manassero, Ernesto E.”, del 31/05/95, fue más allá todavía, sosteniendo que “a los fines de la configuración del delito de usurpación, es improcedente el examen en sede penal de la legitimidad o ilegitimidad del título que confiere el derecho a la tenencia. Ello es así puesto que las cuestiones relacionadas con el aspecto instrumental que pueden conferir el derecho a ‘tener’, son propias de la instancia civil”.

7. De esta forma se pronunció la C. N. Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “López Perea, Claudia María”, del 12/08/04. En aquella oportunidad, la imputada –pese a encontrarse en trámite por ante la justicia civil un juicio de desalojo contra los ocupantes– ingresó en el inmueble, desalojó por propia mano a los ocupantes, para lo cual efectuó el cambio de cerradura del departamento de su propiedad. Al llegar el expediente a conocimiento del Tribunal de Alzada, este procedió a confirmar el auto de procesamiento dictado en orden al delito de usurpación de propiedad.

de la víctima en el lugar –como así tampoco el tipo penal en estudio–, lo que lleva a sostener que si la vivienda se encuentra desocupada y una persona se introduce valiéndose para ello de alguno de los medios comisivos enumerados, se estará igualmente lesionando el bien jurídico protegido, debiendo analizarse *a posteriori* si el despojo realizado lo fue de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real.⁸

Tipo objetivo

Concepto y acción típica

Conforme se desprende del texto de la norma, se encuentra reprochada penalmente la conducta de quien despoje a otro; por ello, es necesario delimitar los alcances del término *despojo*. La lengua castellana define al verbo despojar como “privar a alguien de lo que goza y tiene”.⁹ Esta noción –a la luz de la conceptualización del bien jurídico protegido antes desarrollada– es la que debe otorgársele al verbo contenido en la norma.

Así, la persona que lleve adelante el despojo tendrá que privar –con su proceder– efectivamente la posesión o tenencia de la que gozaba el sujeto pasivo en un momento determinado.¹⁰ En este sentido corresponde afirmar que no habrá privación, y por ende, tampoco despojo de la posesión o la tenencia de un inmueble, si no existe un uso o goce previo por parte de una persona –o de un tercero en su nombre–,¹¹ ya

8. Cfr. CNCasación Penal, Sala VI, en el marco de los autos “Isaurralde, María Ester”, causa N° 20.596, del 04/03/03; también se pronunciaron de esa forma la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos “M. V. s/ usurpación”, del 31/10/03 y la CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Moya Terrones, Andrés y otros”, del 11/03/04, entre otros.

9. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 10ª ed. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura [fecha de consulta: 05/05/2011].

10. En este sentido, la C. N. Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Yemma, Daniel E.”, del 16/05/1990, ha sostenido que la acción ejecutiva de este delito consiste en “despojar, lo que meramente ocurre cuando se priva a otro de algo que goza en el momento en que la acción se verifica”.

11. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Yoder, Simón”, del 17/08/05.

que este resulta ser un presupuesto necesario para su configuración;¹² sería ilógico considerar que se podría privar a alguien de lo que no tiene o posee, ya sea por sí o por otro.

También habrá despojo si a la persona que se encontraba llevando adelante las situaciones tuteladas por la norma se le impide que continúe realizando actos propios de la ocupación que venía ejercitando, lo que ocurre –por ejemplo– cuando se cambia la cerradura de la vivienda donde se venían desarrollando aquellas.¹³ Esto es así, ya que “la norma sustancial no distingue entre actos de despojo para ocupar o para repeler el acceso de la víctima, de modo que ambas modalidades constituyen delito”.¹⁴

El objeto material de este delito será necesariamente un bien inmueble –determinado–. En él es donde se ejercerá la posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real, y como contracara de ello, será en el mismo donde el sujeto activo desplegará la conducta típica.¹⁵ A modo –meramente– ejemplificativo cabe mencionar a los fundos o lotes, a las viviendas construidas sobre ellos, o a sus partes, siempre y cuando revistan ciertas características de individualidad –por ejemplo si se usurpa una pieza que tiene un acceso independiente del resto de la casa–. Resulta claro que si a estas últimas en vez de ocuparlas, se las desmantela y se lleva sus materiales a otra ubicación, estaríamos en presencia de otro ilícito –robo–, como ser el caso de que se desarme una cabaña construida en madera –u otro material– sobre un lote.

Extensión y modalidades de comisión del despojo

La extensión del despojo podrá ser *total* o *parcial*.¹⁶ De esta forma, podrá despojarse a una persona de forma total cuando se lo prive

12. Cfr. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba –Sala Penal–, en el marco de los autos “Leonetti, César E”, del 04/09/09.

13. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos “Ambesi, Ana E. y otro”, del 31/05/04; de esta forma se pronunció también el mencionado Tribunal en el marco de los autos “Rojas Bocanegra, César y otros”, del 29/04/05.

14. CNCriminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “López, Luis Alberto”, del 13/08/07.

15. Conforme la nueva redacción del Código Civil y Comercial, y a los efectos de la normativa en estudio, el concepto de “inmuebles” es el contemplado en los arts. 225 y 226.

16. De esta forma se ha pronunciado la CNCriminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos “Esquivel, Eva D.”, causa N° 17.298, del 22/02/02.

completamente de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real constituido sobre un inmueble. Por otra parte, el despojo será parcial cuando solo se prive de una fracción del inmueble, la cual tiene que estar materialmente demarcada e independizada del resto del mismo –por ejemplo, una pieza, un galpón o un potrero que posean un acceso propio–, como así también si la porción usurpada del inmueble es determinada solo por el despojo mismo –lo que podría suceder en el caso de un campo de grandes extensiones en las que se prive a su titular de un sector–.¹⁷ También podrá ocurrir un despojo parcial –aunque no se den las características antes mencionadas– en aquellos supuestos de uso compartido de un inmueble o de espacios comunes dentro de los mismos. Así, y dentro del primer grupo, bien puede mencionarse el supuesto de que varias personas sean co-locatarias y una de ellas prive al resto de una parte de la propiedad, como ser de un baño o de la cocina, cerrando aquellas dependencias con llave no permitiéndole el acceso a los otros contratantes. En cuanto a los espacios comunes, estos pueden encontrarse en aquellos inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal –como ser los edificios de departamentos– donde ciertas partes del mismo –por ejemplo los pasillos, escaleras, sectores de las cocheras, terrazas, lavaderos, salones de usos múltiples, etc.– son para la utilización de la totalidad de las personas que allí habitan; en este caso, si uno de los individuos residentes despoja al resto de la utilización de alguno de ellos, por decir, la terraza –cambiando para ello la cerradura correspondiente por otra–, dicha conducta se adecuará perfectamente al tipo penal en estudio.¹⁸

También será parcial el despojo en aquellos casos donde el inmueble se encuentre sometido a las normas del condominio y uno de los condóminos prive al otro del uso y goce de la cosa común.¹⁹

17. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala 2ª, en el marco de los autos “Fiscal c/ Videla de Blanco, Amelia s/ Usurpación y Daño”, del 03/03/81.

18. En sobradas oportunidades la jurisprudencia nacional ha equiparado el cambio de cerradura de una puerta a la violencia requerida como medio comisivo del delito de usurpación –cfr. CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Aranze, Jacinto Rafael”, del 14/04/03 y Sala VII, en el marco de los autos “Yoder, Simón”, del 17/08/05, entre otros–, lo cual será desarrollado, en debida forma, al tratar en particular los mismos en la parte pertinente.

19. Ello conforme lo emanado de los arts. 1983, 1986 y cc. del Código Civil y Comercial.

De la letra del inciso 1 del artículo 181 se aprecian las diversas modalidades en las cuales se puede llevar adelante el despojo; así podrá ser *invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes*. En lo que respecta a la invasión, se ha sostenido que dicho término:

... se refiere a la entrada o ingreso en el inmueble, con o sin expulsión de sus ocupantes, para ocuparlo de forma exclusiva o conjuntamente con ellos, privándolos total o parcialmente del uso y goce de los derechos que ejercían. Asimismo, también se considera que habrá invasión cuando se impide la entrada de sus ocupantes, si al momento en que esta se produce, se encontraban ausentes.²⁰

De esta forma, el obrar desplegado –traducido en una invasión– tendrá que estar dirigido a privar al sujeto pasivo de la situación que antes detentaba –uso y goce– y de esa forma sustituirlo en la misma, ya que de lo contrario podríamos estar ante la presunta comisión de otro delito –violación de domicilio–, pero no el de usurpación de propiedad en la modalidad bajo estudio, o en su caso, ante un hecho atípico.²¹

Al decir la norma que puede consumarse *manteniéndose en él*, nos está indicando que de esta forma aquella persona que ingresó a un inmueble en virtud de una causa lícita, por ejemplo en virtud de un contrato –por así decir, locación, comodato, etc.– o de una relación laboral –siendo los casos más emblemáticos el de los empleados domésticos o porteros de edificios, donde se les entrega una propiedad o partes delimitadas de ellas a los efectos del cumplimiento de las tareas encomendadas– y se prolongan en la ocupación más allá del tiempo correspondiente a la causa que las originó. Aquellas conductas deberán ser acompañadas de la utilización de alguno de los medios comisivos enumerados, para de esa forma poder considerarlas típicas. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el tópico, afirmando que

... en la especie se exhibe un despojo de la posesión y, como medio comisivo para consumir el hecho, se erige el abuso de confianza consistente en la interversión del título que acordó oportunamente determinadas condiciones, por lo que la permanencia del encausado en el domicilio,

20. Froment, Carlos D. y Cassani, Belén, “Art. 181”, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio (dirs.); Terragni, Marcos A. (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, T. VII, p. 746.

21. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, pp. 486-487.

a pesar de las intimaciones que se le cursaran, escapa a un marco de legalidad. A su vez, esta línea de razonamiento se nutre de la doctrina que emana del fallo plenario “Contarino, Mario”, de esta Cámara, en cuanto se sostuvo que resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado todo derecho a permanecer en la casa que le fuera cedida precisamente en virtud de dicha relación, erigiéndose la negativa a restituirla en una conducta adecuada al art. 181, inc. 1 del catálogo penal.²²

También se daría la modalidad en estudio en aquellos casos donde el ingreso de un sujeto fue promovido por el tenedor o poseedor con una finalidad determinada –por ejemplo, cuando se llama a un plomero para reparar una avería en una tubería o a un pintor, para que cumpla con tareas propias de su oficio– y luego este decide mantenerse en su interior contra la voluntad de quien le franqueó el ingreso. En este supuesto, la entrada obedeció a una causa lícita, pero su posterior mantenimiento en el mismo, en desmedro de quien se encontraba en su uso y goce, podrá ser constitutivo del delito en estudio,²³ máxime si dicha conducta se ve acompañada –además del medio comisivo que aflora en este caso, como ser el abuso de confianza– por el empleo de violencia, al cambiar las cerraduras de la propiedad.

Por último, y al hablarse de *expulsión*, debe entenderse por ella que el sujeto activo ingresa al inmueble o ya encontrándose dentro, priva a las personas que detentaban el uso y goce del mismo, modalidad esta que no genera demasiados interrogantes. Puede ocurrir que la expulsión lo sea respecto del todo o de una parte de la propiedad en cuestión; dicha conducta bien puede ir dirigida contra la persona que se encuentra ejerciendo la posesión o tenencia, o en el caso de encontrarse estos ausentes, si va dirigida a sus representantes o empleados pre-

22. CNCriminal y Correccional, Sala VII, en el marco de la causa N° 31.760, del 20/06/07; en aquella oportunidad se confirmó el auto de procesamiento dictado por el juez de primera instancia que procesaba al inculcado en orden al delito de usurpación de propiedad, habida cuenta de que se le atribuía que luego de culminado su contrato laboral como encargado de edificio de propiedad horizontal permaneció en la ocupación de la vivienda (portería) y despojó de ese modo al consorcio de copropietarios de la legítima posesión del inmueble, pese a las intimaciones cursadas para que lo deshabite.

23. La CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Grimaut, Julio R.”, consideró que “la interversión del título por el cual se detenta un ámbito, puede constituir el delito de usurpación por abuso de confianza, cuando el imputado, de mero detentador del bien, se transforma en tenedor o poseedor, con el consiguiente menoscabo de la tenencia o posesión del título” (LL 124-740).

sentes en el lugar. Un ejemplo de ello se da cuando se expulsa al sereno de un galpón, quien se encontraba en dicho lugar como consecuencia de un nexo laboral, por lo que no puede considerarse que el despojo vaya dirigido hacia él –por no revestir este el rol de sujeto pasivo–, sino hacia su empleador, quien en definitiva resulta ser la persona que se encuentra ejerciendo alguna de las situaciones antes expuestas, mientras que el primero resulta ser simplemente un servidor de la posesión o tenencia ajena.

Presupuestos del despojo

Se ve traducido en el previo uso y goce de un inmueble por parte de un individuo –viéndose el mismo traducido en el normal ejercicio de la posesión o tenencia, por decir–, extremo este que perfectamente se puede inferir del texto legal. Estos resultan ser elementos normativos del tipo penal en estudio; en este caso, para su correcta interpretación deberá acudirse al Código Civil y Comercial donde se encuentran conceptualizadas tanto la posesión como la tenencia –entre otros– por ser temas propios de esa rama del ordenamiento jurídico.

Tanto la posesión y la tenencia tendrán un rol preponderante, por ser los supuestos que más han motivado la atención de la doctrina y jurisprudencia.

Pues bien, *la posesión* se encuentra definida en el artículo 1909 del Código Civil y Comercial, el cual reza: “hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.²⁴ Suele ocurrir que en la práctica se confundan los conceptos de propiedad²⁵ y posesión. Muchas veces el poseedor resulta ser el titular del derecho de dominio del inmueble en el cual se encuentra, revistiendo esa persona las dos calidades –propietario y poseedor–. Pero puede acontecer que un sujeto sea titular del derecho de propiedad, sin encontrarse

24. En dicha definición se pueden apreciar los elementos que componen la misma, esto es, el *corpus* caracterizado como la posibilidad de disponer físicamente de la cosa, acompañada de un contenido volitivo, y el *animus domini* –el cual implica no reconocer en otro el derecho de propiedad de dicho bien, comportándose como su dueño–. Así, el segundo se expresa a través del primero.

25. El derecho de dominio –y su régimen legal– se encuentran en los arts. 1941 y ss. del Código Civil y Comercial.

ejerciendo su posesión –por ejemplo quien adquiere un inmueble, y no se efectúa la tradición del mismo por no encontrarse el vendedor en el ejercicio de la posesión–; en este caso, pese a reposar en su cabeza el derecho de propiedad, podría ser considerado sujeto activo del delito de usurpación si desea tomarla por mano propia y encuentra oposición en el actual detentador.

Adquirida la misma su conservación no requiere –por parte del poseedor– estar permanentemente en contacto material con la cosa inmueble o constantemente realizando actos posesorios. Bastará que el sujeto tenga la intención de seguir sometiendo al inmueble al ejercicio de un derecho de propiedad, no reconociendo en otro un señorío superior al suyo. Esto se da cuando una persona que no habita una finca –de su propiedad, o respecto de la cual es poseedor– y contrata a otro para la realización de trabajos en ella –como ser de jardinería, albañilería, por referir algunos–, paga los servicios –luz, agua, gas– o la ofrece en alquiler; el poseedor con tal exteriorización de la voluntad no está realizando otra cosa que demostrar su sentir, es decir, su *animus domini* respecto de la misma.²⁶

En el ámbito de protección de la norma penal el sujeto debe contar con la posibilidad de tener contacto material con la cosa –por sí o por otro en su nombre–, aunque no sea necesario que el mismo sea permanente. Esa relación debe existir –además del *animus*– en el momento en que se produzca el despojo, ya que no se concibe la protección penal de la posesión solo *animus* desprovista del *corpus*.

Por su parte, *la tenencia* se encuentra conceptualizada en el artículo 1910 del Código Civil y Comercial, estableciendo que “... hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor”. Su nota característica es la falta de *animus domini* por parte del sujeto que se encuentra en contacto material con la cosa –y goza de ella–, lo cual resulta ser justamente el elemento que la diferencia de la posesión.²⁷ Mientras que en esta última para que se configure es necesaria la presencia del

26. Todo lo atinente a la adquisición, ejercicio, conservación y extinción de la posesión se encuentra regulado en los arts. 1922 y ss. del Código Civil y Comercial.

27. Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial Lomas de Zamora, Sala I, en el marco de los autos “Rodríguez, Carlos Alberto y otros c/ Gentile, Víctor Hugo s/ Reivindicación”, del 22/05/08.

corpus y el *animus domini*, por el contrario, la tenencia solo requiere que el tenedor se encuentre gozando de la cosa –*corpus*–, pero reconociendo en otro el derecho de propiedad.²⁸ Quizás el ejemplo más emblemático resulta ser el del locatario, quien si bien ocupa un inmueble –en virtud de un contrato de locación celebrado, que lo habilita para su uso y goce– reconoce en otro un señorío superior respecto del mismo, en este caso, el locador con el cual celebró el negocio jurídico. Al igual que en la posesión, para su conservación no se requiere estar permanentemente en contacto material con el inmueble, bastando con la posibilidad de disposición del mismo; por lo demás se rige por las mismas normas que la posesión.²⁹

Por último, la norma estipula que la protección se extiende al *ejercicio de un derecho real* constituido respecto de un inmueble:³⁰ estos derechos se encuentran enumerados en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial, el cual reza:

... Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda.

Respecto de la prenda y la hipoteca corresponde adelantar que no se encuentran abarcadas por la norma penal, ya que la primera tiene como objeto a cosas muebles, mientras que en la restante, si bien se constituye sobre un inmueble, no existe un desplazamiento de este, el cual permanece en poder del deudor.³¹

En torno a lo mismo, es importante recordar lo señalado por Carlos Fontán Balestra, quien ha sostenido que

... no es el título lo que la ley penal protege con la usurpación –en una clara alusión a los derechos de dominio y condominio–, sino la posesión

28. Cfr. Cura Grassi, Domingo C., “Derechos Reales: posesión y tenencia. Conveniencia de su distinción”, en *Digesto Jurídico*, 2000-3, p. 78.

29. Todo lo atinente a la adquisición, ejercicio, conservación y extinción de la tenencia se encuentra regulado en los arts. 1922 y ss. del Código Civil y Comercial.

30. En este sentido Gómez, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, Buenos Aires, Ediar, 1954, T. III, p. 265, sostiene que la privación tiene que ser del goce de alguno de los derechos reales correspondientes.

31. En el Código Civil y Comercial se encuentran previstas en los arts. 2205 –hipoteca– y 2219 –prenda–.

o la tenencia que de él resulta, es decir, al ejercicio del derecho de dominio en tal sentido.³²

Lo sostenido es perfectamente aplicable al resto de los derechos reales –siguiendo el espíritu de la norma– en cuanto se protege el ejercicio de estos, y no el derecho a su ejercicio, el cual en todo caso debe reclamarse por ante el fuero civil o comercial –según corresponda–.

Luego de la breve reseña efectuada de los derechos reales contemplados en la norma penal, corresponde finalizar diciendo que quien sea titular de ellos, para poder ser considerado sujeto pasivo de este delito deberá encontrarse en su ejercicio al momento de constatarse el despojo típico.³³

Medios comisivos

Los medios comisivos enunciados en la norma, de enunciación taxativa, tendrán que hacerse presentes en alguno de los diversos momentos previstos para su consumación, ya que de lo contrario tal proceder no podrá ser considerado atípico,³⁴ o cuanto menos, no constituirá usurpación de propiedad.³⁵ Así debe decirse que ellos son: violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza y clandestinidad.

Violencia

El primero de los medios comisivos enumerados en la norma es la *violencia*; con ella el legislador se ha referido a la *vis física*, la cual debe

32. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª edición puesta al día sobre la base del *Tratado de Derecho Penal actualizado por Ledesma*, Guillermo A. C., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 592-593. También, Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición actualizada, 2008, p. 532.

33. En este sentido se ha pronunciado la Cámara Penal de Concepción, en el marco de los autos “Nasca, José F. y otros”, del 21/03/78 –LL 980-206 (348 SP), al afirmar que “en la norma contenida en el artículo 181 del Cód. Penal la propiedad no se protege en relación al título de derecho real, sino el hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión”.

34. Véase en este sentido CNCriminal y Correccional, en Pleno, en el marco de los autos “Signorelli Gallo, Adolfo”, del 12/12/69 (LL 137-90).

35. En ese contexto la presencia de una o varias personas dentro de un inmueble bien podría obedecer –a la finalidad– de adquisición del derecho de dominio del mismo mediante la prescripción adquisitiva, más conocida como “usucapión”, instituto este de raigambre civilista aplicable tanto a bienes muebles como inmuebles –previsto en los arts. 1897 y ss. del Código Civil y Comercial.

ser entendida como “el despliegue de una energía física, humana o de otra índole”,³⁶ y podrá tener como destino a la persona que ostente el rol de sujeto pasivo –es decir, quien se encuentre gozando de la posesión o tenencia–, o a las defensas materiales colocadas por quien se halle comprendido en el ámbito de protección de la norma con motivo de resguardar el inmueble en cuestión; ello resulta de esa manera, ya que la redacción dada al precepto de marras no diferencia hacia quién tiene que estar dirigida la violencia, por lo cual bien puede tener como destinatario tanto a las personas como a las cosas.³⁷

Su empleo tiene que estar dirigido a llevar adelante la acción típica, es decir, privar al sujeto pasivo de la posesión o tenencia que venía ejerciendo sobre un inmueble, lo cual se ve traducido en “un ataque contra la libertad de decisión de la víctima mediante la cual se obliga a esta a hacer, omitir o tolerar algo que de otra manera no hubiera hecho, omitido o tolerado”.³⁸ Lo dicho reviste importancia, ya que si se despliega violencia con otra motivación diversa de la de despojar, estaremos ante la posible comisión de otro ilícito penal, como ser el de lesiones si la misma se dirigió hacia una persona o el de daño si tuvo como destino a las partes de un inmueble, como por ejemplo una ventana o una puerta.

Es importante destacar que la violencia puede estar presente en cualquiera de las modalidades previstas para la consumación de la conducta típica, esto es, cuando se invade el inmueble, o estando dentro, se la utiliza para mantenerse en él, como así también si se la emplea para expulsar a los ocupantes de este, siendo ello fruto de la redacción actual de la norma, ya que no limita su empleo a una modalidad en particular; en esta modalidad se ha enmarcado comúnmente al cambio de la cerradura del inmueble llevada adelante por el sujeto activo.³⁹

36. Marín, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 532.

37. En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos “P. s/ Usurpación”, causa N° 8946, del 20/11/02, hubo de sostener que “La violencia a que alude el art. 181 inc. 1 del Código Penal debe ser interpretada en un sentido amplio ya que el tipo enmarcado por dicho artículo no tiene ningún agregado que limite su sentido”.

38. Ídem.

39. Cfr. Rubianes, Carlos J. y Rojas Pellerano, Héctor F., *El delito de usurpación*, Buenos Aires, Omeba, 1960, p. 78; en contra Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 490; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 596.

Amenazas

Las amenazas como medio comisivo han sido reincorporadas al texto del inciso 1 del artículo 181 del Código Penal mediante la sanción de la Ley N° 24454; por ellas debe entenderse a la *vis moral* y consiste en el anuncio de un mal futuro e inminente dirigido hacia el sujeto que se encuentra gozando de alguna de las situaciones previstas por la norma. Estas tienen que participar de los caracteres básicos de las amenazas –como delito autónomo previsto en el artículo 149 bis del Código Penal–.

Las amenazas proferidas por el sujeto activo deben tener como finalidad la consumación del despojo y este, por otro lado, tiene que ser la consecuencia lógica de aquellas,⁴⁰ pudiendo hacerse presentes cuando el mismo intenta mantenerse en el inmueble, como cuando se vale de ellas para lograr la expulsión de sus ocupantes.

Engaños

El engaño, a los efectos de la norma *sub examine*, debe ser entendido como un ardid o maquinación, el cual estará dirigido a hacer incurrir en error a quien goza del ejercicio de alguno de los derechos enumerados, teniendo como finalidad directa su privación, con la consecuente consumación del despojo.⁴¹

Es dable sostener que la doctrina,⁴² como así también la jurisprudencia,⁴³ le adjudican al engaño la misma significación que posee en la estafa. De esta forma, aquel tendrá que consistir en una actividad realizada intencionalmente, cuya finalidad será hacer aparentar

40. De similar forma se pronuncia Figari, Rubén, *Delitos de índole patrimonial*, Rosario, Nova Tesis, 2010, T. II, pp. 583-584.

41. Así, la Cámara 1ra. Penal de Tucumán afirmó que “El engaño solo se da en la usurpación cuando el ocupante de un inmueble es inducido a error, y por obra de él queda privado de la posesión o tenencia” (LL 142-564).

42. Cfr. Saravia Toledo, Rogelio y Villada, Jorge Luis, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Virtudes, 2003, p. 476; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 596-597, entre tantos otros, además de los autores clásicos del Derecho Penal argentino.

43. La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Depto. Judicial de La Plata, Sala III, en el marco de los autos “P.A.O. s/ usurpación”, del 06/08/90, sostuvo: “El engaño como medio comisivo funciona de idéntica manera en la estafa que en la usurpación por lo que la simple mentira no puede configurar este último delito”.

algo falso como verdadero a los ojos del sujeto pasivo, o en su caso, de un representante suyo, como ser un empleado.⁴⁴

Entre el ardid desplegado y la consumación del despojo tendrá que existir necesariamente una relación de causalidad. Con esto se quiere significar que la privación al sujeto pasivo de la tenencia o posesión que detentaba tendrá que ser el directo resultado de un error en el cual incurre, error que tiene que haber sido consecuencia del obrar del sujeto activo –en cualquiera de las modalidades de comisión contempladas en la figura–. No presentándose dicha relación –por un obrar negligente en el sujeto pasivo, o por falta de idoneidad en el engaño utilizado–, la conducta desplegada no podrá ser considerada típica, o al menos, no como un despojo cometido mediante engaño.

Abuso de confianza

Este medio comisivo se configura cuando el sujeto activo, en virtud de una situación de confianza, ingresa en el inmueble –de forma lícita– y aprovechándose de ella se mantiene en su interior como ocupante, si antes no detentaba la tenencia, o si ya gozaba de ella –en virtud de una relación jurídica preexistente, como puede ser el caso de un locatario–, permaneciendo en la misma, configurándose de esta forma una *interversión del título*, es decir, atribuyéndose uno mejor, mutando de forma unilateral la causa de su ocupación anterior.

Sobre el tópico, la jurisprudencia ha sostenido que

... si bien la forma más típica de abuso de confianza en la usurpación es la *interversión del título*, no es la única: pues el delito también puede cometerse por ese medio no estando el autor en la tenencia del inmueble, si se vale de él para lograr la tenencia. Por ejemplo, el pintor a quien se le entregan las llaves para que se realice su cometido y se constituye en tenedor.⁴⁵

44. En el mismo se enmarcan –a título ejemplificativo– el nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o por el contrario, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa u algún tipo de negociación –presupuestos establecidos en el art. 172 del Código Penal–.

45. CNCriminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “López, Luis Alberto” –causa N° 32.515, resuelta el 13/08/07–; de similar forma se han expresado también la Sala I, en el marco de los autos “Morreta”, del 24/11/95, y la Sala IV, en el marco de los autos “Aguirre”, del 03/12/02, entre otros.

La interversión del título se configura cuando la persona que se encontraba en ejercicio de la tenencia o siendo un representante de la posesión ajena –como ser un empleado– se perpetúa y comienza a comportarse como dueño –si antes detentaba la tenencia–, o en su caso, como tenedor –si su ocupación anterior no era equiparable a esta–, mutando de forma unilateral el título por el cual se justificaba su permanencia en el inmueble –demostrando tal voluntad mediante actos exteriores: ejemplos de ello lo son la realización de obras no autorizadas, locaciones o sublocaciones, cambios del destino asignado al inmueble, etc.–, consumándose de esta forma la conducta descrita en la norma penal.

Por el contrario, si quien reviste la calidad de locatario, una vez finalizado el plazo estipulado en el contrato respectivo no abandona la propiedad, pero a diferencia del supuesto anterior simplemente se niega a hacerlo, sin desconocer los derechos del locador, dicha conducta resulta atípica ante la norma en estudio. La jurisprudencia lo ha sostenido afirmando que

... la conducta del imputado de no haber hecho entrega del inmueble una vez concluido el contrato de locación, no configura el delito de usurpación previsto en el art. 181, CP, dado que el sujeto obtuvo la tenencia del inmueble en virtud del contrato de comodato celebrado con la parte contraria y no hubo existencia de interversión de título, pues siempre reconoció el derecho de propiedad en la persona de su titular [...] El mero vencimiento del plazo acordado contractualmente para concretar la entrega del bien no puede constituir, por sí solo, usurpación.⁴⁶

La justicia nacional –de forma plenaria– ha sostenido también que

... resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precariamente cedida por esa causa y sin que exista derecho de retención y, por lo tanto, su

46. CNCriminal y Correccional, Sala I, en el marco de la causa N° 16.296, del 17/09/01. En este sentido se ha pronunciado también la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el marco de los autos “Gómez, Alberto Luis s/ recurso de casación”, causa N° 3756, del 14/05/02; también puede verse ello en lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Depto. Judicial de San Nicolás en el marco de los autos “L., J. A. s/ Usurpación” del 11/06/91, y en el marco de los autos “C., M. s/ Usurpación de Propiedad” del 17/03/92, entre otros.

negativa a abandonarla configura el delito de usurpación”;⁴⁷ dicha tesitura perdura a lo largo de los años.⁴⁸

Clandestinidad

Con este medio comisivo se alude a los actos “ocultos” llevados a cabo en ausencia del poseedor o sustrayéndolos al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse, para de esa forma lograr el ingreso y/o mantenimiento dentro de un inmueble, consumándose de esta manera el despojo. Tal proceder –subrepticio– lo debe ser respecto de las personas que puedan repulsar el accionar del sujeto activo,⁴⁹ mas no de terceras personas ajenas a la propiedad, como ser vecinos colindantes.

Sobrados ejemplos hay de ello, como ser los casos en los que un individuo o varios se introducían por la noche en una casa, aprovechando la ausencia de su morador o cuando se llevaba adelante dicho proceder en las propiedades destinadas al uso de fin de semana o períodos vacacionales, en las cuales quien detentaba su posesión o tenencia, la utilizaba de forma esporádica y no como vivienda permanente.⁵⁰

También debe decirse que este medio comisivo solo podrá estar presente para lograr la invasión o el mantenimiento. En el primer caso –y más usual– el agente lo utilizará para conseguir el ingreso; el segundo implicará la realización de actos ocultos para lograr el mantenimiento en su interior. Por el contrario, no resultará viable su presencia para lograr

47. CNCriminal y Correccional en Pleno, en el marco de los autos “Contarino, Mario” del 13/08/64.

48. Ello puede apreciarse en lo resuelto por la CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Casagrande, Roberto H.”, del 07/08/02; de esta forma se pronunciaron también la Sala VI, en el marco de los autos “Simón, José”, del 13/12/02, “Annovassi, William L.”, del 12/04/06, y “Cajal, Santiago y otro”, del 06/07/06, y la Sala VII, en el marco de los autos “Herrera Carlos”, del 20/06/07, entre otros.

49. En este sentido se ha pronunciado la CNCriminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Arias, Gabriela”, causa N° 21654, del 06/06/03; también de esta forma se pronunciaron la Sala IV, en el marco de los autos “Ambesi, Ana Ester y otro”, causa N° 26.509, del 09/06/05, y la Sala VII, en el marco de los autos “Aveldaño, Héctor”, causa N° 27.741, del 17/11/05, entre otros.

50. En el derogado Código Civil y Comercial de la Nación se encontraba conceptualizada la clandestinidad en el art. 2369; si bien en el texto vigente no se prevé con tal amplitud, sí se encuentra una referencia a la misma en el art. 1921, el cual describe la “posesión viciosa”.

la expulsión de los ocupantes, ya que la nota característica de la clandestinidad es justamente la realización de actos ocultos a los ojos de quien pueda oponerse a tal proceder, lo que sería incompatible con la expulsión de los ocupantes, ya que esto implica un contacto directo con estos.

Sujetos del delito

Sujeto activo

Corresponde comenzar por decir que el sujeto activo será aquella persona –o personas– de existencia real que lleve adelante el despojo, no exigiendo la norma que el mismo revista alguna calidad particular, pudiendo incluso serlo el propietario –titular registral– del inmueble o, incluso, el locador. Asimismo, podría consumir el despojo –en el rol activo– aquella persona que se encuentre en pleno ejercicio de la posesión o tenencia. Es el caso que se da cuando la propiedad se encuentra sometida a las reglas del condominio, o cuando sin estarlo previsto expresamente en el negocio jurídico, bien podría suceder que uno prive al otro de la utilización de una parte de la finca o local –por ejemplo de la cocina, una terraza, una habitación, etc.–, como así también del todo –si se lo excluye completamente–, con lo que estaríamos ante un despojo total o parcial de la misma, según sea el caso.

Sujeto pasivo

Dicha condición le pertenecerá a quien se encuentre en el ejercicio de la posesión, tenencia o de alguno de los derechos reales previstos en el ordenamiento civil con los alcances expuestos; no alcanzará –como ya se dijo– con ser su titular, se requiere estar en su uso y goce –lo que se podrá comprobar, a los efectos penales, mediante los llamados actos posesorios–.

Siguiendo ello, cabe afirmar que podrá ser considerado como sujeto pasivo de este delito una persona de existencia ideal –por ejemplo, una empresa– si se verificare la usurpación de algún bien inmueble que se encuentra dentro de su patrimonio, como ser un campo o una vivienda.⁵¹

51. En este aspecto, resulta oportuno traer a colación lo resuelto por la CNCriminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos “Pascuale, María Victoria”, del 22/08/86;

Para revestir dicho rol, no resultará necesario estar continuamente dentro del inmueble, o que este siempre se encuentre ocupado por una persona. Lo expuesto puede apreciarse en el decisorio pronunciado por la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal Correccional, en el marco de los autos “Isaurralde, María Ester” –causa N° 20596, del 04/03/2003–, donde se sostuvo que:

... puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no solo quien de un modo actual y efectivo ejerza la posesión o la tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad adquiere y esté en condiciones de tener su propiedad...

Como contracara de ello, no se le podrá asignar dicho rol a aquellas personas que solo sean titulares de un derecho a la posesión o tenencia; en este sentido, no gozarán de la tutela legal si antes no han adquirido la posesión o la tenencia por alguna de las formas estipuladas en el Código Civil y Comercial, como ser la tradición. En este caso, si se produjera una ocupación del inmueble, el adquirente no podría ser considerado como sujeto pasivo, ya que dicha calidad recaería en la persona que hasta ese momento se encontraba llevando adelante la posesión –o tenencia– del mencionado inmueble.

Tampoco lo serán aquellas personas que se encontraban dentro del inmueble, pero su situación jurídica no confería derecho a la tenencia o posesión, como ser los representantes, mandatarios, los empleados, los pensionistas, etcétera. Estos individuos, si bien pueden ser considerados sujetos activos y por ende cometer este delito, por el contrario no podrán ser reputados como sujetos pasivos, habida cuenta de que su presencia en el lugar obedecerá a una causa legal, la cual no constituye posesión, tenencia, ni muchos menos el ejercicio de un derecho real.

en dicho precedente se sostuvo que “corresponde revocar la sentencia apelada y condenar a la procesada por el delito de usurpación mediante violencia (art. 181 inc. 1 CP) por hallarse acreditado que despojó a la sociedad de la posesión del inmueble, al haber sustituido las cerraduras allí instaladas y negar a los directores de aquella razón social el ingreso a ese bien, no pudiendo ponerse en duda que la sociedad gozaba de la efectiva posesión del inmueble”.

Tipo subjetivo

Habida cuenta la forma como se encuentra redactado el precepto en estudio corresponde afirmar que el delito de usurpación de propiedad resulta ser doloso y que el dolo exigido por esta figura no es más que el directo, el cual se presenta cuando “el autor dirige su voluntad incondicionalmente a lograr un resultado que considera consecuencia necesaria de su acción”.⁵² Esto ha sido receptado por la jurisprudencia, pudiendo citarse lo resuelto por la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos “Gallardo, Juan M.” –causa N° 28.480, del 22/03/2006– donde se afirmó:

Para que se configure el delito de usurpación se requiere el dolo directo de despojar de la posesión mediante alguno de los medios tipificados: el autor debe conocer que se trata de un inmueble de ajena posesión y debe saber que está empleando alguno de los medios típicos.⁵³

Dicho fallo resume en pocas líneas los requisitos necesarios que debe conocer el sujeto activo al llevar adelante su conducta: que con su obrar se encuentre despojando a otro de alguna de las situaciones protegidas por la norma en relación con un inmueble –sea en forma total o parcial–, del cual aquel carezca de derechos y que ello sea como consecuencia de la utilización de alguno de los medios comisivos previstos.⁵⁴

La falta de conocimiento por parte del sujeto activo de alguno o algunos de los elementos del tipo objetivo genera la exclusión del dolo por aplicación de la reglas del error de tipo.

52. Righi, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, reimpresión, 2008, p. 213.

53. También se han pronunciado en este sentido la CNCriminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos “Miranda, René y otros”, del 12/11/02, y la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el marco de los autos “Fernández, Carlos Alberto s/ recurso de casación”, del 16/12/09.

54. En ese entendimiento, la CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Silveyra, María”, del 07/04/88, sostuvo que “Corresponde revocar la prisión preventiva decretada en orden al delito de usurpación, al no haberse probado que el procesado actuó con dolo, dado que cambió la cerradura al serle entregada la llave por el locatario, en la creencia de que el arrendamiento había terminado sin que pueda hablarse de la otras modalidades comisivas del delito, ya que pacíficamente le reintegró la posesión del local uno de los inquilinos”.

Consumación y tentativa

El delito en estudio resulta ser de consumación instantánea⁵⁵ –lo cual se desprende de la forma como se encuentra redactado el precepto–, debiendo señalarse en ese sentido que la conducta típica –despojo– se realiza en un solo momento, sin perjuicio del estado ilícito que acarrea luego de su perfeccionamiento y la eventual duración de este –efectos permanentes–. Ello implica que se consumará en el momento en el cual el sujeto activo prive al sujeto pasivo en todo o en parte de la posesión, tenencia o del ejercicio del derecho real que se encontraba llevando adelante –mediante la utilización de alguno de los medios comisivos enumerados–.

Será importante entonces determinar el momento en el cual el sujeto activo comience a desplegar los medios comisivos con la finalidad de llevar adelante el despojo, ya que a partir de ese momento deberá situarse al principio de ejecución de este delito y por ende, poder marcar la diferencia entre el delito tentado o consumado. Al no producirse el resultado material –despojo– por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, dicho ilícito habrá quedado tentado de conformidad a las previsiones contenidas en el artículo 42 y siguiente del Código Penal.

Destrucción o alteración de términos o límites

Art. 181

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 2 el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por este delito resulta ser la tenencia y la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble; al igual que en el supuesto previsto en el inciso 1 de este artículo, ello se verá representado en el uso y goce pacífico que llevará adelante quien sea reputado como sujeto pasivo. Pero a diferencia de lo que ocurre en aquel, por

55. De esta forma se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa N° P41.486, del 11/07/91.

este también se tutelaré el derecho de dominio –entendido ello como derecho de propiedad que reposa en cabeza de una o varias personas en relación con dicha clase de bienes–.

Tipo objetivo

Acción típica y objeto material

En torno a esta figura –sin mucha vigencia en la vida jurídica de nuestro país– se han suscitado una diversidad de opiniones. Así, Sebastián Soler le negaba autonomía, afirmando que “la alteración o destrucción de cercos es simplemente un medio más, que se agrega a la violencia, al fraude o al abuso de confianza, como procedimiento que torna punible la invasión de fundo ajeno”.⁵⁶ Por su parte, Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano disientían con dicho autor, expresando que el supuesto en estudio representa “una forma específica de manifestarse esos medios como procedimiento tendiente a despojar de la posesión de un inmueble ajeno”.⁵⁷

En la vereda opuesta se sitúa Ricardo C. Núñez quien sostenía que el inciso 2

... es distinto e independiente del despojo castigado por el inciso 1. Aquel no solo difiere de este por el dolo específico que exige, sino porque, además de no requerir los medios que vuelven punible el despojo, no demanda que este ocurra, sino que supone que si el despojo sucede, no concurren los medios que lo vuelven punible. Si concurren, resulta aplicable la figura específica del inciso 1, que comprende todas las características del hecho.⁵⁸

Con las posturas –aquí– expuestas se sintetizan los principales puntos de vista asumidos por la doctrina en torno al delito previsto en el segundo párrafo del artículo 181 del Código Penal; teniendo en cuenta la postura que se adopte, las diferencias se podrán apreciar en el campo práctico.

56. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 4ª ed., 10ª reimpresión –parte especial–, T. IV, 1992, p. 534.

57. Rubianes, Carlos y Rojas Pellerano, Héctor, *El delito de usurpación*, op. cit., p. 388.

58. Núñez, Ricardo, op. cit., pp. 509-510.

Así corresponde decir que la acción típica estará marcada por la destrucción o alteración. Antes de continuar con la delimitación de dichos conceptos, debe afirmarse que dicha conducta tendrá que tener como destino los términos o límites de un inmueble –objeto de este delito en particular–; en cuanto a esto último, las nociones oportunamente brindadas en cuanto a dicha clase de bienes –al tratar el despojo– resultan de aplicación a la figura en estudio, por lo cual corresponde a ello remitirse.

Por destrucción debe entenderse la inutilización –total– del medio de demarcación predispuesto en el inmueble; en tanto que alterar implica una modificación de los mismos, lo cual bien puede verse traducido en un corrimiento –se los mueve– o en una desnaturalización –dejan de cumplir su cometido–. Ya sea que se verifique uno u otro, la importancia de dicho proceder radicará en las consecuencias que ello trae aparejado en el inmueble del sujeto pasivo: la anulación de la demarcación que otrora permitía distinguir su extensión.

Para completar dichos conceptos, debe delimitarse qué se entiende por términos y límites. Respecto de los primeros se ha expresado que son “los mojones, esto es, las señales permanentes que se ponen para fijar los linderos de los inmuebles”.⁵⁹ Los mojones –también denominados *hitos*– suelen ser postes de piedra que se utilizan con la finalidad antedicha. Por su parte, los límites “son signos físicos, naturales o artificiales, fijos y permanentes que, con o sin solución de continuidad, constituyen la línea divisoria de dos inmuebles”.⁶⁰ Entre ellos puede mencionarse los cercos, alambrados, fallas naturales, los márgenes de ríos o arroyos, por citar algunos.

La destrucción o alteración tendrá que ser dirigida hacia los términos o límites, entendidos estos como elementos demarcatorios de dos inmuebles lindantes y no respecto de los elementos materiales que los conforman.⁶¹ Con ello se quiere significar que si se produce

59. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, T II-B, p. 747.

60. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, pp. 264-265.

61. Sobre el tópico, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos “Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación–”, causa N° “D”, 25/2002, del 14/06/04, se ha pronunciado afirmando que “los vocablos alterar o destruir son de una gran amplitud, toda vez que significa cambiar los términos o límites del lugar, de modo que se conviertan en irreconocibles”.

la destrucción o alteración del objeto predispuesto con esa finalidad, pero luego de ocurrido ello, igual se sigue apreciando la delimitación de las propiedades, el delito en estudio habrá quedado tentado: ello sucedería, si por ejemplo, se retiran los alambres que conforman un cerco –de cinco hilos– pero se dejan los postes que los sostenían. En este caso, el límite persiste, sin perjuicio de los daños causados al mismo.

Por ello, con buen tino José Luis Clemente y Sebastián Gerardo Romero afirman que “tales acciones objetivas deben resultar aptas para producir la variación del lindero y consecuentemente, tenido el terreno como integrante del inmueble beneficiado”.⁶²

Al no distinguir la norma en qué tipo de inmuebles tienen que estar situados los términos o límites, nada obsta a que puedan ser predios rústicos o enclavados en las urbes.

Medios comisivos

La norma no individualiza –a diferencia de lo que ocurre con los otros dos incisos que componen el artículo 181– los medios comisivos que deben acompañar el obrar del sujeto activo. Teniendo en cuenta ello, nada obstaría a que la consumación del tipo se pueda realizar utilizando alguno de los medios descriptos en el inciso 1, pero de aceptarse ello, perdería –aún más– significado la presencia de este precepto en el Código Penal.

Nadie duda de la posibilidad de destruir un cerco ejerciendo violencia, por ejemplo, cortando los alambrados que sirven de límite y removiendo los postes que los sostenían, o derrumbando una pared medianera que demarca dos inmuebles. De esta forma, y realizando un buen uso de la imaginación, bien se podrían construir otros casos utilizando los diversos medios comisivos que se prevén para la figura del despojo.

Pero lo cierto es que puede llevarse adelante la conducta prevista en el tipo sin recurrir a los mismos; así, sería viable la destrucción o alteración de los términos de un inmueble que se encuentren conformados por piedras demarcatorias, si ellas pueden ser removidas del suelo sin tener que ejercer una fuerza superior a la que tendría que aplicar

62. Clemente, José Luis y Romero, Gerardo Sebastián, *El Delito de Usurpación*, Córdoba, Lerner Editora SRL, 2005, p. 141.

el propietario para removerlas. También cabría predicar ello en el caso de los límites, ya que nada impide –en determinados supuestos– que se cumpla con dicha acción sin recurrir a la violencia: piénsese en cercos campestres conformados por troncos apoyados unos sobre otros.

Sin embargo –y compartiendo la tesis expuesta por Ricardo C. Núñez, al delimitar la acción típica de este delito– si se desplegaran alguno de los medios comisivos enumerados –alterando o destruyendo con ello, términos o límites– y fruto de dicho proceder se consumare un despojo, sería de aplicación el inciso 1 del apartado en estudio, ya que esta figura no presupone que quien revista la calidad de sujeto activo consume efectivamente el apoderamiento de todo o parte del inmueble.

Sujetos del delito

Sujeto activo

El rol de sujeto activo recaerá en aquella persona o personas que dirijan su accionar a la destrucción o alteración de los términos o límites, con la intención enunciada en la norma. En torno a este aspecto se han suscitado divergencias interpretativas habida cuenta la forma como se encuentra redactado el comienzo del precepto: “el que...”. Así, afloran doctrinarios que consideran –teniendo en cuenta ello– que cualquier persona puede ser considerada sujeto activo.⁶³

Otros, por su parte, sostienen que solo puede serlo el individuo que resulte poseedor, tenedor o propietario del fundo lindante; en favor de esta tesis se sostiene que solo aquel –vecino colindante– se verá beneficiado con el obrar desplegado respecto de la demarcación existente, ya que será su propiedad la que se incrementará con ello.⁶⁴

Teniendo en cuenta la acción descrita en la norma, y la intención que deberá guiar el proceder del sujeto activo, mal podría desplegarse la misma por una persona que no sea vecino lindero del inmueble

63. Dicha tesis es asumida por Rubianes, Carlos J. y Rojas Pellerano, Héctor F., *op. cit.*, p. 385.

64. Tal inteligencia es postulada por Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 509, la cual es compartida por un gran sector de la doctrina nacional. Ver en este sentido: Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 604; Clemente, José Luis y Romero, Gerardo Sebastián, *op. cit.*, p. 142; D'Alessio, Andrés José, Código Penal, *Comentado y Anotado, Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 1ª ed., 2ª reimpresión, 2007, p. 558, entre otros.

donde pueda recaer, es decir, por quien no sea poseedor o tenedor de aquel. Ello no obsta a que puedan intervenir otros actores que colaboren en dicho proceder, pese a que no revistan aquella calidad.

Sujeto pasivo

Dicha calidad le corresponderá a quien ejerza la posesión o la tenencia en un inmueble; pero, además de ello, también lo será quien sea titular del derecho de propiedad respecto del bien. Respecto de este último, aunque al momento de constatarse el ilícito no se encuentre ejerciendo la posesión o tenencia –ya sea por sí o por intermedio de otro– tendrá tal investidura, ya que con el proceder del sujeto activo podría menoscabarse el derecho –de dominio– que reposa en su persona.

Tipo subjetivo

El delito en cuestión resulta ser doloso –y el requerido, no es otro que el dolo directo–, es decir, que quien lleve adelante la conducta deberá tener el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, lo cual implica que su accionar deberá ser guiado por el conocimiento de que está destruyendo o alterando los términos o límites de un inmueble, siendo ello fruto de un querer activo.

Pero a poco que se analiza ello –a la luz de la redacción del precepto legal– se vislumbra un elemento subjetivo del tipo, que resulta distinto del dolo. Quien despliegue dicha conducta, la tendrá que realizar con la finalidad de apoderarse de todo o parte de un inmueble. Lo expuesto no es un dato menor, ya que la figura requiere no solo el dolo directo en el autor, sino que además se presente dicha finalidad al realizarla.⁶⁵

El apoderamiento referido en la norma comporta “la intención de ocupar el inmueble sobre el cual no se tiene derecho, para convertirse en dueño o para detentarlo”.⁶⁶ Ello permite, entre otras cosas, distinguir el delito en estudio de otras figuras que en apariencia podrían resultar

65. La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “G., L. H. s/ recurso de Casación”, causa N° 14.210, del 08/08/06, ha sostenido en lo que respecta a la intención que guía el proceder del sujeto activo de este delito que “la misma no puede sino perseguir la confusión de límites y términos con el corrimiento de los hitos que cumplen esa función con ánimo de apoderamiento”.

66. Marín, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 535.

similares en lo que respecta a la conducta que despliegue el sujeto activo: los ilícitos de daño –art. 183– o hurto –ya sea en la modalidad prevista en el art. 162 o en las previstas en los arts. 163 inc. 1 y 167 inc. 4–. Así, una persona podría cortar los alambres divisorios de dos fundos, o apoderarse de piedras demarcatorias e incluso hacer lo mismo respecto de partes de un cerco. La exteriorización de tales conductas bien podría confundirse con la figura en estudio, por ello debe recurrirse no solo a la intención tenida en miras por el autor, sino también a dicho elemento subjetivo –distinto del dolo– en pos de su esclarecimiento.

Consumación y tentativa

El delito previsto en este inciso resulta ser de consumación instantánea, de efectos permanentes –los cuales persisten en el tiempo hasta tanto haya cesado el estado antijurídico originado– y de resultado material, lo que implica que se consumará en el momento que se produzca la destrucción o alteración de los términos o límites con la finalidad antedicha. Para poder tenerlo por consumado, el autor tendrá que haber podido anular la anterior demarcación que delimitaba los inmuebles lindantes, aunque la finalidad de apoderamiento –motivadora de la conducta– no se hubiese alcanzado.

Teniendo en cuenta ello, es dable afirmar que el mismo admite la tentativa; respecto a ello, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba ha sostenido que

... la destrucción o alteración de los términos o límites que, por causas ajenas a la voluntad del autor, no llega a borrar los confines de dos inmuebles contiguos, configura una tentativa de usurpación punible en los términos de los artículos 42 y 181, inciso 2, CP.⁶⁷

Asimismo, y habida cuenta de lo expresado, le son aplicables los principios relativos a la participación criminal contemplados en los artículos 45 y siguiente del Código Penal. De esta forma, nada obsta a que sean más de uno los autores de la conducta típica, ya sea mediante una coautoría concominante o funcional.

67. Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos “Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación–”, causa N° “D”, 25/2002, del 14/06/04.

Turbación de la posesión o la tenencia

Art. 181

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 3. el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por este delito resulta ser –al igual que en los dos supuestos antes expuestos– la tenencia y la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble, lo cual se verá representado en el uso y goce pacífico que llevará adelante quien revista la calidad de poseedor o tenedor del mismo. En este caso, y a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del despojo, solo se tutelarán los ataques producidos contra aquellas situaciones, dejándose de lado los que puedan sufrir quienes se encuentren llevando adelante el ejercicio de derechos reales, y claramente, no abarcando al título de dominio en sí.

La tutela –en este inciso– tiende a evitar que se restrinjan las facultades de uso y goce de quien sea poseedor o tenedor de un inmueble, y no su uso o goce en sí mismo, ya que la figura no presupone el desplazamiento del sujeto de dicho bien. De ocurrir esto último, sería de aplicación el delito previsto en el primer inciso de este artículo, es decir, el despojo.

Tipo objetivo

Acción típica y objeto material

La conducta reprochada por la norma girará en derredor de la turbación, lo cual al decir de Jorge Luis Marín implica “tanto como poner obstáculos, como ejercer determinados actos inherentes al derecho del poseedor o tenedor y que importen una limitación a la completa tenencia o posesión, sin llegar al despojo”.⁶⁸ Teniendo en cuenta ello, los actos que se lleven adelante deberán tener una entidad suficiente para poder atentar contra el uso o goce pacífico de un inmueble. Como consecuencia de ello, cabe excluir aquellas conductas que no reúnan dichas carac-

68. Marín, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 536.

terísticas, y puedan ser consideradas como banales molestias⁶⁹ –ejemplo de ello serían arrojar piedras, o agua, generar humo, etc.–

La posesión o tenencia cuyo normal ejercicio se atentará con los actos turbatorios, tendrán que recaer en un inmueble, siendo de aplicación –en lo que respecta a este delito– las consideraciones expuestas al tratar lo referente a dicho bien en la figura del despojo.

A modo –simplemente– ejemplificativo pueden mencionarse como actos con relevancia penal al corte de suministro eléctrico, de gas⁷⁰ o de agua corriente,⁷¹ el cambio de cerradura, si pese a ello, aún existe otra entrada alternativa al inmueble por donde pueda ingresar el sujeto pasivo, ya que de lo contrario, dicho proceder encuadraría en el supuesto del primer inciso.

Presupuestos de la turbación

Surge como presupuesto de esta figura –al igual que en el despojo– la necesidad de un previo y efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un sujeto, el cual tendrá que verse representado en la posesión o la tenencia. En este caso, solo aquellas situaciones encuentran el amparo de la norma penal; de esta forma, resultarán atípicas las acciones turbatorias que atenten contra el ejercicio de un derecho real, habida cuenta la taxatividad denotada en este inciso.⁷²

En este sentido, quien sea titular de un derecho a la posesión o tenencia no puede tomar las vías de hecho en pos de hacerse de las mismas. Sobre ello, Sebastián Soler afirmaba que “arbitraria será la turbación siempre que el sujeto quiera imponer el derecho por su

69. La CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Polero, Roberto G.”, causa N° 20.665, del 17/03/03, supo sostener que “los actos que realice el agente tienen que ser efectivamente restrictivos del ejercicio de la posesión; si solo son idóneos para hacer más molesto el ejercicio, se trata de molestias personales que no afectan aquel en la forma requerida por el tipo, de manera que quedan marginados de él”.

70. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Espasandín, Benigno”, causa N° 25.572, del 01/08/81.

71. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Maffia, Lucia N.”, del 20/11/01.

72. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Loureiro Ron, L.”, causa N° 26.290, del 22/04/82. Por su parte, la Sala I de dicho Cuerpo –por mayoría–, en el marco de los autos “Lepore, Ricardo L.”, causa N° 30/06/08, ante una situación similar consideró atípico el proceder desplegado por el imputado.

propia autoridad y por la fuerza. *A fortiori* será arbitraria la turbación cuando el sujeto no pretende ni siquiera ejercer un derecho supuesto”.⁷³

Así, y a modo de ejemplo, se ha considerado que se perturba el *corpus* posesorio –restringiéndose momentáneamente el pleno uso y goce de un inmueble– si una persona ingresó en un establecimiento rural, desatando el alambrado y dejando en su interior un acoplado.⁷⁴

Medios comisivos

En este inciso afloran como medios comisivos solamente la violencia y las amenazas, de modo que la conducta desplegada tendrá que ir acompañada necesariamente de alguno de ellos para poder considerarse típica. La significación y alcances que debe asignárseles a ellos no difiere de lo expuesto al tratar el despojo, por cuanto corresponde estar a lo descripto.

Cabe mencionar que la violencia que se despliegue podrá tener por destinatario tanto a la persona del poseedor o tenedor, como a las cosas que forman parte integrante del bien inmueble –o en su caso, las que se coloquen, modifiquen, en pos de llevar adelante la conducta reprochada–. En el caso de las amenazas, las mismas deberán ser vertidas contra quien ejerza dichas situaciones.⁷⁵

Teniendo en cuenta la redacción dada a este inciso, se ha sostenido que

... la circunstancia de que la ley utilice la preposición “con” en vez de “por” (como ocurre en el inc. 1) determinó que parte de la doctrina entendiera que no es indispensable que entre el despliegue de violencia o la amenaza medie una relación de causa efecto con la turbación.⁷⁶

73. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 533.

74. Cfr. CNCriminal y Correccional, en lo Civil y Comercial, de Familia y del Trabajo de Deán Funes, en el marco de los autos “Garbano, Efraín”, del 15/10/2004 (LL C-2005 –febrero–, 105).

75. En este sentido, puede verse CNCriminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Saravia, Luis A.”, causa N° 46.852, del 05/08/82. En contra, CNCriminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos “Cassino, Ricardo H.”, causa N° 14.323, del 10/04/81, sosteniendo que “Respecto a la turbación, ella debe recaer directamente sobre la cosa, no constituyéndola las molestias a la persona del poseedor o tenedor”.

76. Froment, Carlos D. y Cassani, Belén, *op. cit.*, p. 773.

Postulaba esta tesis Ricardo C. Núñez, para quien alguno de dichos medios se tienen que hacer presentes al momento de desplegar la conducta activa, sin que resulte necesario que medie una relación causal entre su despliegue y la turbación de la tenencia o posesión.⁷⁷

En la vereda opuesta puede situarse a Carlos Creus, quien sostenía que

... no cabe duda de que la ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de la turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de amenazas. Esta es, por otra parte, la solución que se adecua a la sistemática de la ley, si tenemos en cuenta la taxatividad de los medios previstos para la usurpación por despojo.⁷⁸

En el caso de este inciso, si no se estableciese una relación causal entre la exteriorización de los medios comisivos y el resultado típico –la cual sí se da en los otros supuestos– se desvirtuaría el espíritu de este artículo. Asimismo, y de no existir una relación causal entre el despliegue de los medios comisivos y los actos turbatorios, podría ocurrir que se configuren otros ilícitos diversos de la turbación y se genere el interrogante de saber cuáles resultan ser los actos que interesan a este inciso de los que constituyan otro tipo penal,⁷⁹ máxime si se recuerda que las simples molestias no abastecen los requisitos típicos exigidos por esta figura. Abonando ello se ha sostenido que

... la ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de las amenazas...⁸⁰

77. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 505.

78. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 6ª ed., T. I, 1997, p. 493. Comparten la idea de dicho autor Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 602; Clemente, José Luis y Romero, Gerardo Sebastián, *op. cit.*, p. 156; Villar, Ariel H., *Usurpación de Inmuebles*, Quilmes, Némesis, 2003, p. 131, entre otros.

79. Sería el caso de las amenazas, contempladas en el art. 149 bis, las lesiones del art. 89 o incluso el de daño, previsto en el art. 183, preceptos contenidos en el Código Penal.

80. CNCriminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Nahijiam, Enrique”, causa N° 23.418, del 15/04/04. En dicho fallo se sostuvo además –robusteciendo lo antes expuesto– que “Las amenazas proferidas por el imputado al turbar la posesión del inmueble al que el damnificado intentaba ingresar no pueden ser analizadas como un

Pueden señalarse –como supuestos donde se hacen presentes los mismos– al corte de cables eléctricos que abastecen de luz a una vivienda,⁸¹ el ingreso en una finca rompiendo la puerta de entrada,⁸² la limpieza de un lote de terreno valiéndose para ello de una pala mecánica,⁸³ la construcción de un muro en el pasillo de entrada a una vivienda⁸⁴ o de una losa sobre un patio ajeno,⁸⁵ siendo en estos casos la violencia el medio comisivo imperante. Por el contrario, se consideró atípica la conducta de un locador que petitionó el corte del servicio eléctrico en razón de que el inquilino se negaba a pagar el servicio, considerando para ello que en dicho caso, no habiendo mediado violencias o amenazas, dicho proceder –corte de luz– no se encuentra amparado por la ley represiva.⁸⁶

Sujetos del delito

Sujeto activo

El rol de sujeto activo –dada la forma como se encuentra redactada la norma: “El que...”– podrá corresponderle a cualquier persona o grupo de ellas, no requiriéndose en el mismo calidades particulares.

Sujeto pasivo

Por su parte, se considerará sujeto pasivo a aquella persona o personas que se encuentren ejerciendo la posesión o tenencia en un bien inmueble, mientras que no tendrán dicha investidura aquellas

hecho independiente de la figura reprimida por el artículo 181 del CP, puesto que el inc. 3 las describe como uno de los medios comisivos”.

81. Cfr. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, en el marco de los autos “M. G. D. S/ Recurso de Casación”, causa N° 23.209, del 20/11/07.

82. Cfr. CNCriminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Flores, Tarcilai”, causa N° 33.784, del 05/03/08.

83. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “Martínez, Julio César S/ Usurpación de propiedad”, causa N° P. 45.362, del 10/11/92.

84. Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas –CABA–, Sala I, en el marco de los autos “Noguera, Manuel y otros”, causa N° 9774-01CC-13, del 05/05/15.

85. Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas –CABA–, Sala II, en el marco de los autos “Singerman, Martín”, causa N° 3909-00-CC-2015, del 01/03/17.

86. Cfr. Cámara 2ª Penal Tucumán, causa N° 30.246, del 22/08/72 (LL 150-731).

personas que se encuentren en el ejercicio de derechos reales, habida cuenta de lo limitado de las situaciones que tutela esta norma, es decir, simplemente la posesión o tenencia.

Tipo subjetivo

La figura en cuestión resulta ser dolosa, requiriendo la misma solamente dolo directo. Para ello el sujeto activo tendrá que proceder con el conocimiento y voluntad de llevar adelante actos que turben la posesión o tenencia de otra persona, debiendo para ello, conocer todos los elementos que componen el tipo objetivo, acompañado de la intención de realizarlos.

En este aspecto resulta por demás importante poder determinar la intención tenida en miras por el agente al llevar adelante el obrar típico. Como los medios comisivos que se contemplan son la violencia y las amenazas –al igual que en el despojo–, el sujeto activo al momento de iniciar su despliegue tendrá que guiarlos a la producción de actos que turben la posesión o tenencia, y no a lograr su adquisición, ya que de lo contrario estaríamos frente a la figura prevista en el inciso primero de este artículo, cuanto menos, en grado de conato.

Además de ello, se podría estar ante casos que si bien objetivamente encuadrarían en este supuesto, al analizar la intención que haya guiado la conducta del agente –partiendo del análisis de elementos objetivos– terminarían siendo atípicos por faltar en aquel el ánimo de turbar la posesión o tenencia. Un ejemplo de ello se encontraría en los conflictos gremiales; al celebrar asambleas en los lugares de trabajo con tomas pacíficas –o en ocasiones, acompañadas de actos de fuerza– de las instalaciones en pos de negociar intereses laborales, dichas personas no estarían llevando adelante actos que turben el uso y goce pacífico del inmueble, sino más bien generando molestias que pueden repercutir en el giro comercial del rubro correspondiente.⁸⁷

87. En este sentido, la CN Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos “Juárez, Juan Pablo y otro”, causa N° 34.097, del 29/02/08, en un proceso seguido en orden al delito en estudio, donde se produjo la toma de un establecimiento comercial, hubo de sostener que: “... la intención de los autores no era directamente afectar el bien jurídico protegido por la norma (el derecho de propiedad), sino efectuar un reclamo enmarcado dentro del derecho de huelga, de rango constitucional (art. 14 bis de la CN)”. En el marco de dicho proceso, la Alzada sobreeseyó a los imputados en orden a la presunta infracción

Cualquier error respecto al conocimiento de los elementos que componen el tipo objetivo, excluyen el dolo del autor, y al no contemplar la presente un equivalente culposo, aflora la atipicidad de la conducta desplegada.

Consumación y tentativa

El delito de turbación de la posesión o tenencia resulta ser de consumación instantánea y de resultado material, lo que implica que el mismo se consumará en el momento que se haya modificado el normal uso y goce que llevaba adelante un sujeto en un inmueble, sucediendo ello con el despliegue de los actos turbatorios.

Teniendo en cuenta el modo como fueron desplegados dichos actos, puede eventualmente admitir efectos permanentes;⁸⁸ tal sería el caso de los cortes de suministro eléctrico o de agua, habida cuenta de que hasta que no se restituye el estado anterior de situación del sujeto pasivo, persistirá en el tiempo el estado antijurídico originado por el obrar del sujeto activo.

Puede suceder que en la práctica se confundan los efectos de este delito consumado y los propios del despojo que haya quedado en grado de tentativa, ya que ambas a la vista de un tercero observador no presentarían mayores diferencias. Por ello, es de suma importancia determinar cuál ha sido la intención del sujeto activo al momento de exteriorizar su conducta, acompañada del despliegue de los medios comisivos previstos en la norma, en pos de no confundir dos tipos diferentes, ya que la escala penal aplicable en cada caso varía sustancialmente.

al art. 181 inc. 3 del CP. En contra, CNCriminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Kusema, Liliana y otros”, causa N° 26.320, del 03/05/05, donde se sostuvo que “Configura el delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3, del CP), la conducta desarrollada por terceras personas que en relación o no de dependencia laboral con la empresa poseedora de la fábrica, realizaron en sus instalaciones asambleas permanentes, actos de fuerza contraviniendo la voluntad de los legítimos representantes de aquella, actos de resistencia a moverse con la consecuente obstaculización física y emisión de expresiones verbales amenazantes para impedir a fleteros o camioneros autorizados por la empresa a cargar o mover efectos pertenecientes a la misma”.

88. Ello es compartido –entre otros– por Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 505; Clemente, José Luis y Romero, Gerardo Sebastián, *op. cit.*, p. 159.

Admite la tentativa,⁸⁹ siéndole también de aplicación los principios relativos a la participación criminal contemplados en los artículos 45 y siguientes del Código Penal, habida cuenta el carácter doloso de esta figura y ser de resultado material. Así, podrán ser más de uno los sujetos que incurran en la misma, siendo ejemplo de ello cuando varias personas llevan adelante la conducta reprimida –todos juntos, o repartiendo las tareas, cumpliendo cada uno un rol determinado–, o cuando otro u otros le presten una colaboración necesaria para llevar adelante su consumación, lo cual no requiere de mayores precisiones.

Índice de jurisprudencia

Usurpación de propiedad -Despojo-

En consecuencia, el bien protegido por el ilícito atribuido al encartado, no se identifica con el título de dominio del inmueble o con el derecho real respectivo, sino con las situaciones fácticas relacionadas a su ejercicio, o incluso, con las carentes de título legítimo. Esto es, se protegen situaciones de tenencia, posesión o cuasi-posesión, legítimas o ilegítimas (Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, T. V, p. 478). Y no se advierte que, fuera de estos casos, pueda haber algún otro modo, distinto, de ejercer algún derecho real como requiere el texto legal que invoca el recurrente. Mucho menos del derecho de dominio invocado. En definitiva, la fórmula legal de la figura comentada, se concentra en estas situaciones fácticas, prescindiendo de la protección del derecho real en sí mismo.

Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, autos “Leonetti, Cesar E.,” causa N° L 225/2009, rta.: 04/09/09.

En este marco, debe aclararse que la circunstancia de que los imputados ingresaran al inmueble con el objetivo último de interpelar a las autoridades del sindicato no descarta que hayan actuado con dolo en relación con el despojo. Ello es así en tanto el elemento subjetivo no comprende únicamente el propósito ulterior perseguido, sino también los medios escogidos a tal efecto. En el caso, si para efectuar su reclamo los acusa-

89. En contra, Rubianes, Carlos J. y Rojas Pellerano, Héctor F., *op. cit.*, p. 399. Para dichos autores, como la figura de la turbación resultaría un supuesto de tentativa de despojo, no podría concebirse una tentativa de tentativa.

dos, presuntamente, procedieron a ingresar al edificio de la OSVARA, expulsaron a los ocupantes mediante el empleo de violencia física y se mantuvieron allí por un lapso de dos días, no pueden luego alegar la falta de dolo respecto de la usurpación por el solo hecho de haber obrado con un propósito ulterior diferente.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas –CABA–, Sala II, causa N° 3127-01-CC/2017, caratulada “Oscar Agustín Herrera y otros s/ usurpación inmueble –Gallo 443, CABA–”, rta.: 01/02/2018.

Efectivamente para que la conducta pueda ser reputada típicamente, es decir en los términos de la figura de usurpación, la misma debe configurar la privación al sujeto pasivo del ejercicio de un derecho real sobre el inmueble. Surge esa conclusión al analizar el bien jurídico protegido, que estaría delimitado por el derecho de todo propietario a disponer, usar o disfrutar de un inmueble.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, autos “L., R. A. s/ Recurso de Casación”, causa N° 15.896, rta.: 30/12/04.

Es por ello, que aquel que ha excedido los límites de su contrato con el locador, arrendatario o aparcerero, e invade partes cedidas, comete el delito de Usurpación, respecto de quienes la tenían, y tal hecho se consuma al oponerse obstáculos o reparos que únicamente pueden vencerse con la violencia, en tanto el derecho a poseer no autoriza a tomar posesión por sus propios medios, aún en caso de tenerlo, sino que, si así fuere, debe reclamarlo judicialmente –y de hecho lo había hechos con la denuncia previa, pese a lo cual no esperó, como correspondía, la decisión–, por lo que, si quien dice tener derecho a la posesión del inmueble la toma por sí y con violencia –candado y cierre de tranquera de acceso–, incurre en Usurpación.

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, autos “Battistelli, Alberto E.”, rta.: 08/5/01 –La Ley, Litoral, 2002, 547.

Pienso, por mi parte, que la conducta descripta no entraña el delito de usurpación, pues falta en ella alguno de los medios comisivos taxativamente enunciados en el tipo legal respectivo. En mi opinión, la mera negativa a permitir el ingreso de una persona a un ámbito determinado no importa violencia, ni física, ni moral. Lo primero, porque no hay un despliegue de energía física, que es de su esencia; lo segundo, porque la amenaza de un mal, que la caracteriza, está ausente.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, –en pleno–, autos “Signorelli Gallo, Adolfo”, rta.: 12/12/69.

La conducta del imputado, de violentar la cerradura y colocar una nueva sin entregarle copia a su hermana, constituye el delito de usurpación, sin que resulte óbice que el propietario inscripto sea otro como titular de la finca, ya que el bien jurídico protegido es el hecho de la posesión o tenencia y no la propiedad del inmueble.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos “Solari, Miguel Ángel”, causa N° 15.202, rta.: 04/07/01.

Uno de los particulares medios de comisión de la acción típica que vulnera dicho objeto de protección es la clandestinidad, la cual se configura –en forma acorde con las pautas brindadas por el artículo 2369 del Código Civil, y la nota al artículo 2479 de dicho cuerpo normativo– cuando el despojo se lleva a cabo mediante actos ocultos, o en ausencia del poseedor del inmueble, o mediante precauciones tomadas para sustraerlo del conocimiento de aquellas personas que podrían oponerse al mismo...

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, autos “F., C. R. s/ recurso de casación”, causa N° 10.905, rta.: 02/03/04.

... la usurpación constituye un ilícito de carácter instantáneo de efectos permanentes. Siendo ello así la prescripción empezará a correr desde la medianoche del día que se cometió el despojo, sin que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia del acusado en la propiedad –como lo pretende la querrela–, toda vez que se trata simplemente de un efecto subsiguiente a la consumación del delito que no modifica el carácter de este último.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, autos “Ceballos Miguel Darío s/recurso de casación”, causa N° 4286, rta.: 16/04/2003.

Alteración de términos o límites

Es así que gran parte de la doctrina y prestigiosos autores tales como el Dr. Ricardo Núñez, y Carlos Fontán Balestra, consideran que para que se consume el tipo legal de que se trata, se debe borrar el lindero anterior, y en especial el primero, da como ejemplo cuando se sacan postes y se dejan los hoyos; pero ambos autores coinciden que es posible la tentativa

cuando la destrucción o alteración tendiente a borrar la línea divisoria o confundida queda sin terminar por circunstancias ajenas al autor.

Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, autos “Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación–”, causa N° D, 25/2002, rta.: 14/06/04.

Es claro que estos razonamientos no pueden legitimar la solución de los problemas de la especie *manu militari* pero lo que intento señalar –reitero– es que de las actuaciones colacionadas y –especialmente– del propio fallo, resulta que el imputado, a lo menos, estuvo alentado por un espíritu reivindicativo que no se emparenta sin más con el dolo que la figura –en el inciso segundo– reclama. Ello porque –como ha quedado de manifiesto– la misma no puede sino perseguir la confusión de límites –y– términos con el corrimiento de los hitos que cumplen esa función con ánimo de apoderamiento.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, autos “G., L. H. s/ Recurso de Casación”, causa N° 14.210, rta.: 08/08/06.

La acción típica es la de destruir o alterar los términos o límites de un inmueble para apoderarse de todo o parte del mismo. Se destruyen los términos o límites cuando estos dejan de estar señalados o marcados por la acción ejercida sobre los objetos que los determinan. Se alteran los términos o límites cuando se remueven las señales cambiándolas de lugar, de modo que aparezca modificada la extensión del inmueble. La alteración o destrucción de límites, es un delito doloso, y el dolo consiste en la conciencia y voluntad de estar realizando actos con los cuales se hacen desaparecer o se modifican los términos o límites de un inmueble.

Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, autos “M., F.O. s/ Recurso de Casación”, causa N° 763/2006, rta.: 25/08/06.

Turbación de la posesión o tenencia

Por lo demás, la circunstancia alegada por el recurrente en cuanto cuestiona que la denunciante y su grupo familiar de ser inquilinos no podían ser considerados poseedores de los espacios que usufructuaban en el inmueble, en nada modifica la solución arribada por cuanto el tipo penal –art. 181 inc.3 del CP–, luego de la reforma de la Ley N° 24.454/95 protege tanto la posesión como la tenencia de un bien inmueble, siendo ambas presupuesto del delito.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas –CABA–, Sala II, Causa N° DEB-6268/2015-4, caratulada “O. E. y otros s/ art. 181 INC. 1° CP”, rta.: 10/07/2018.

Configura el delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3, del CP), la conducta desarrollada por terceras personas que en relación o no de dependencia laboral con la empresa poseedora de la fábrica, realizaron en sus instalaciones asambleas permanentes, actos de fuerza contraviniendo la voluntad de los legítimos representantes de aquella, actos de resistencia a moverse con la consecuente obstaculización física y emisión de expresiones verbales amenazantes para impedir a fleteros o camioneros autorizados por la empresa a cargar o mover efectos pertenecientes a la misma.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos “Kusema, Liliana y otros”, causa N° 26.320, rta.: 03/05/05.

Por otro lado, para que se configure el delito de usurpación por turbación de la posesión (art. 181, inc. 3 del CP) los actos que realice el agente tienen que ser efectivamente restrictivos del ejercicio de la posesión; si solo son idóneos para hacer más molesto el ejercicio, se trata de molestias personales que no afectan aquel en la forma requerida por el tipo, de manera que quedan marginados de él.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos “Polero, Roberto G.”, causa N° 20.665, rta.: 17/03/03.

La usurpación por turbación (art. 181, inc. 3, del CP) tampoco se realiza por una refacción que hubiere limitado los derechos inherentes a la posesión del damnificado, si no se hubiere llevado a cabo con violencia ni amenaza, en consecuencia, se excluye la conducta establecida en el art. 181, inc. 3., del CP.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos “Ortega Gallo, Ignacio”, causa N° 30.530, rta.: 24/11/06.

Una turbación momentánea del disfrute de la posesión, ocasionada por un conflicto gremial, entre la empresa y sus empleados, no resulta “arbitraria” y por ende, excede el ámbito de protección de la norma. En consecuencia, la conducta atribuida deviene atípica objetivamente, así como subjetivamente, ya que la intención de los autores no era directamente afectar el bien jurídico protegido por la norma (el derecho de

propiedad), sino efectuar un reclamo enmarcado dentro del derecho de huelga, de rango constitucional (art. 14 bis CN).

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos “Juarez, Juan Pablo y otros”, causa N° 34.097, rta.: 29/02/08.

La ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de las amenazas. Las amenazas proferidas por el imputado al turbar la posesión del inmueble al que el damnificado intentaba ingresar no pueden ser analizadas como un hecho independiente de la figura reprimida por el art. 181 del CP, puesto que el inc. 3 las describe como uno de los medios comisivos. Por ello corresponde revocar el auto que no hace lugar a la incompetencia postulada por el fiscal.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos “Nahijiam, Enrique”, causa N° 23.418, rta.: 15/04/04.

Bibliografía

BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Mave, 2000, T. II.

CLEMENTE, José Luis y ROMERO, Gerardo Sebastián, *El Delito de Usurpación*, Córdoba, Lerner Editora SRL, 2005.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 6ª ed., T. I, 1997.

CURA GRASSI, Domingo C., “Derechos Reales: posesión y tenencia. Conveniencia de su distinción”, en *Digesto Jurídico*, 2000-3.

D’ALESSIO, Andrés José, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 1ª ed., 2ª reimpresión, 2007.

DAMIANOVICH, Laura y PELLERANO, Hector F., “Art. 181”, en LEVENE, Ricardo (h) (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Zavalía, 1978.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, T. II-B.

FIGARI, Rubén, *Delitos de índole patrimonial*, Rosario, Nova Tesis, 2010, T.II.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª edición puesta al día sobre la base del *Tratado de Derecho Penal* actualizado por LEDESMA, Guillermo A. C., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

FROMENT, Carlos D. y CASSANI, Belén, “Art. 181”, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio (dirs.) y TERRAGNI, Marcos A. (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, T. VII.

GALLEGOS, Jorge Luis, *El delito de despojo de la tenencia o de la posesión*, Buenos Aires, Depalma, 1952.

GÓMEZ, Eusebio, *Leyes Penales Anotadas*, Buenos Aires, Ediar, 1954, T. III.

MARÍN, Jorge Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, 2ª edición actualizada, Hammurabi, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 10ª edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, reimpresión, Lexis Nexis, 2008.

RUBIANES, Carlos y ROJAS PELLERANO, Héctor, *El delito de usurpación*, Buenos Aires, Omeba, 1960.

SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Virtudes, 2003.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 4ª ed., 10ª reimpresión –parte especial–, T. IV, 1992.

VILLAR, Ariel H., *Usurpación de Inmuebles*, Quilmes, Némesis, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, A-Z Editora, 1996.

Omisión de auxilio.

Artículo 108 del Código Penal

Marco Antonio Terragni*

Introducción

El último capítulo del Título I “Delitos contra las personas” del Código Penal argentino, (CP) contempla dos situaciones distintas: el poner en peligro la vida o la salud de otro, desamparándolo o abandonándolo a su suerte (art. 106 CP), y la omisión de auxilio (art. 108 CP). Las notas unificadoras de ambas son: el peligro que la situación de abandono representa para la vida o la salud de la víctima y la imposición de una conducta al agente.

El análisis del desarrollo histórico que tienen estas figuras en el derecho nacional revela inseguridad acerca del bien tutelado. A su vez, es reflejo de la falta de uniformidad en los ordenamientos que sirven como fuentes, pues algunos países las ubican entre los atentados contra la vida y la integridad corporal, contra el estado civil, contra el orden de la familia, contra las buenas costumbres, o finalmente optan por considerarlas infracciones autónomas.

Los hechos previstos en el Capítulo VI “Abandono de personas”, están agrupados en dos artículos que, si bien tienen en común el riesgo que corre la vida o la salud de la víctima, difieren sustancialmente porque las acciones incriminadas son distintas. En las del artículo 106 el núcleo es poner en peligro, colocando en situación de desamparo o

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Profesor titular de Derecho Penal de la misma Facultad, profesor titular de Derecho Constitucional del Departamento Académico Rafaela de la Universidad Católica de Santiago del Estero, profesor de los cursos de posgrado de la Universidad de Belgrano, de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Austral. Exbecario del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, Alemania.

abandonando a su suerte, a una persona incapaz de valerse. En las del artículo 108, el núcleo está en omitir auxiliar.

La doctrina usa las denominaciones “abandono de personas” para el primer supuesto y “omisión de auxilio” para el segundo, siguiendo una tradición que se remonta al Proyecto de 1906 y a sus epígrafes.

En el delito del artículo 106 CP, la acción típica no consiste en “abandonar” (verbo que significa desentenderse, dejar de lado un objeto, un interés o una obligación, desamparar o resignar) como parece indicar el título, pues lo esencial es poner en peligro la vida o la salud de otro. El colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear riesgo para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, como abandonando a su suerte a la víctima. En el primer supuesto el agente la pone en situación de carecer de los cuidados necesarios como para que no corran peligro su vida o su salud. En el segundo se desentiende de resguardarla.

Desde la mira de la clasificación de los tipos por la forma de la acción, ambas son formas comisivas pues violan normas prohibitivas: no desamparar, no abandonar. Enfocando el análisis a la conducta puramente material, en el primer caso hay un actuar positivo: colocar en situación de desamparo; en el segundo un no hacer: abandonar a su suerte a la víctima.

La acción típica se agota con la creación de la situación de peligro producto del desamparo o el abandono, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo. Por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud de la víctima no hayan estado comprometidas.

El abandono a su suerte implica que solamente el azar de circunstancias propicias podrían hacer que, por sí misma, la víctima hubiese superado la exposición en que se la ha colocado o a la que ha sido abandonada.

En cuanto al sujeto pasivo, puede ser cualquiera a quien se coloca en situación de desamparo. Debe tratarse de una persona incapaz de valerse a la que se abandona. Esta fórmula: “incapaz de valerse” se equipara a “valetudinario”, palabra que emplea el Código en el artículo 10.

Ambas expresiones derivan de “valer”, cuya raíz latina *valere* identifica el ser fuerte, vigoroso, potente, que está sano.

Como el texto aprobado en 1921 se refería concretamente a la enfermedad y el actual eliminó esa indicación, cualquiera fuese la causa por la cual una persona carece de la capacidad necesaria para resguardar su vida o su salud será víctima de este hecho.

Lo que no surgía del texto originario de la ley ni de sus antecedentes, era la posibilidad de considerar sujeto pasivo a una persona que físicamente se encontrase en buenas condiciones, respecto de la cual el peligro básicamente proviniese del lugar en que hubiese sido dejada desamparada. En un hecho así, había que analizar el dolo del agente, que podía ser de homicidio o de lesiones, según el caso. La norma vigente, originada en la Ley N° 17567 y que contempla separadamente el poner en peligro a otro colocándolo en situación de desamparo, permite abarcar el caso. Soler explica que son grandes los cambios introducidos por el nuevo texto, ya que de acuerdo con el anterior y dada su referencia a la enfermedad, no era delito de abandono dejar en el desierto a una persona sana, o abandonar al alpinista en la grieta en que cayera sin lesionarse.¹

A lo dicho debe sumarse que no se completan los requisitos típicos con la simple condición personal, sino que debe estar presente el elemento normativo consistente en la obligación (“deba”, dice la ley) del agente de mantenerla o cuidarla. Ese débito se extiende, de manera tal que si el mismo autor la hubiese incapacitado, debe abstenerse de dejarla en desamparo o abandonarla. El agregado que hizo la Ley N° 17567 se explica con las palabras de Soler, autor del Proyecto de 1960.

La obligación de mantener o cuidar puede provenir de la ley o de un contrato, o de una conducta precedente del autor que le obligue a garantizar la incolumidad personal de la víctima.²

El incumplimiento, que crea la situación de peligro, genera la responsabilidad penal propia de este delito. Pero siempre se trata de formas comisivas.

1. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, T. III, 1976, p. 177.

2. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, T. III, 1992, p. 304.

Luego, el dolo consiste en el conocimiento y en la voluntad de que se produzca la situación riesgosa, nada más. Si el propósito fuese el de lesionar o el de causar la muerte –utilizando como medio el colocar en desamparo– habría homicidio o lesiones si esos resultados se concretasen, o tentativa, en su caso.

Por lo mismo crean duda algunos ejemplos suministrados por Creus para ilustrar cuándo se coloca a la víctima en situación de desamparo. Dice que así ocurre si el agente la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que su condición exige, lo cual puede ocurrir por el traslado de la víctima a un lugar donde la prestación de esos auxilios se torna imposible (p. ej. a un sitio deshabitado), por su aislamiento de las comunicaciones necesarias (p. ej. privándola de medios de comunicación, o preservando el mantenimiento de esas condiciones, vigilando su cumplimiento (p. ej. cuidando que se mantenga el encierro sin auxilio).³

Así sintetizados los casos, queda la impresión de que el autor al que se refieren se propone algo más que poner en peligro la vida o la salud. Cuando Soler utiliza una hipótesis similar, refiriéndose al abandono sin desplazamiento, “pero a condición de que el sujeto, en forma positiva, aisle del medio a la persona a la cual, por su parte, él no ayuda, debiendo hacerlo”, inmediatamente advierte que

... esta forma de abandono, con presencia del sujeto activo, se aproxima mucho más a los modos omisivos del homicidio o de las lesiones. Tanto la acción como el contenido psíquico de ella excederán ordinariamente el simple dolo de peligro, propio de esta figura de peligro.⁴

Por otro lado, la última parte del artículo 107 CP contempla el abandono por causa de honor, delito que comete la madre, el cónyuge y los parientes que la ley nombra, abandonando a un recién nacido para salvar el honor. El suceso se distingue del tradicionalmente conocido como “Exposición de infantes” que menciona el artículo 139 inciso 2 del Código Penal y que consiste en abandonar a un niño recién nacido a la puerta de una iglesia, o casa, o en un paraje público; para suprimir el estado civil y conservando al mismo tiempo la vida de la criatura. En este caso quien deja al recién nacido allí, lo hace para ase-

3. Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, T. I, p. 125.

4. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 173.

gurarse de que será atendido, por lo cual no hay un abandono dirigido a poner en peligro la vida o la salud de la víctima.

Nuestro Código privilegiaba la pena, reduciendo el máximo y el mínimo del artículo 106 CP a la mitad, siempre que el suceso acontezca dentro de los tres días posteriores al nacimiento y que no se hubiese inscripto aún en el Registro Civil. Estas dos condiciones se explicaban porque si se tratase de un lapso superior o si ya se hubiese inscripto el nacimiento, desaparecería la necesidad de salvar el honor.

El precepto mereció críticas, pues se señaló que hubiese debido coordinarse con la figura del infanticidio (vigente entonces) no solamente la expresión “ocultar la deshonra”, sino especialmente la pena, para que la del abandono seguido de muerte no resultase superior a la de aquel, teniendo en cuenta que en el infanticidio el dolo era de matar y en el abandono exclusivamente se pone voluntariamente en riesgo la vida o la salud. Además, constituía un error que los parientes y el cónyuge puedan cometer el hecho contra la voluntad de la madre y beneficiarse con la pena reducida. Aparte, contrariamente a lo que ocurría con el delito de infanticidio, no se exigía en esta figura que estas personas se encuentren en un estado de emoción violenta y que las circunstancias lo hicieren excusable, por lo que el móvil de salvar el honor podía coincidir con una frialdad de ánimo que no dé razón al tratamiento privilegiado.

La Ley N° 24410,⁵ corrigió la anomalía, eliminando el privilegio, de manera que el texto conserva solo la primera parte del artículo 107 CP original: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge”.

Pasemos seguidamente a tratar los casos agravados. El problema interpretativo se plantea en torno de la expresión “grave daño”, que emplea el segundo párrafo del artículo 106 CP, que no significa lo mismo que lesión grave o gravísima, sino que refiere a un importante perjuicio en el cuerpo o en la salud.⁶ Esta desvinculación del concepto respecto

5. Ley N° 24410. Sanción: 30/11/1994, Promulgación: 28/12/1994, Publicación: BO N° 28951 del 02/01/1995.

6. Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1999, p. 94.

de los distintos tipos de lesiones, hace que se apliquen las penas del artículo 106 siempre que resulte un grave daño en el cuerpo o en la salud, lo que es coherente con el dolo del sujeto, que se limita a la puesta en peligro y que no abarca las lesiones graves o gravísimas. El resultado de lesiones o muerte va más allá de la intención, conclusión avalada tanto por el uso de los potenciales “resultare” y “ocurriere”, como por la entidad de la pena, que es superior a las de las lesiones o a la del homicidio culposo e inferior a las de las lesiones gravísimas y a la del homicidio doloso.

La pena de la lesión leve resultante del abandono es absorbida por la sanción prevista en la primera parte del artículo 106, conforme a los principios del concurso aparente de leyes o de tipos.

Respecto del delito de omisión de auxilio del artículo 108 del CP, a diferencia del hecho del abandono del incapaz, en el que solamente puede cometer el delito quien deba mantenerlo o cuidarlo o aquel que lo haya incapacitado, el sujeto activo del delito previsto en el artículo 108 CP puede ser cualquiera.

Esto marca una característica importante, pues impone un deber fundado exclusivamente en la solidaridad. El que incurre en este delito no es el generador de la situación de peligro en la que la víctima se halla, sino que solamente se enfrenta con ella.

Quienquiera que descubra perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro debe prestarle el auxilio necesario. Solamente puede eludir la exigencia si el hacerlo significa un riesgo personal, o le es factible no prestar ayuda reemplazándola con un aviso dado inmediatamente a la autoridad.

Así, la acción típica consiste en omitir el auxilio. El “encontrar” que menciona la ley, no indica simplemente el hallazgo casual, sino el encuentro con la situación de riesgo. Por lo mismo el autor de este delito puede haber estado acompañando a quien, en esas circunstancias llega a padecer riesgo; si no lo auxilia incurre en el hecho previsto por la ley. También incumple la norma implícita en el imperativo “auxiliarás”, quien es llamado para conjurar el peligro y no concurre, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal. Con mayor razón si esa ayuda es exigible tratándose de quien –por su profesión y juramento prestado– debe velar por la salud ajena: el médico y todos quienes han sido instruidos y habilitados en el arte de curar.

Con respecto a la excepción a la punibilidad, “el riesgo personal”, la inclusión en la ley no tendría razón de ser porque en ningún caso el derecho puede exigir la adopción de conductas heroicas. Puesto ante la alternativa de sufrir un mal grave en su persona o salvar al extraño, la elección de la mayoría sería egoísta, es decir –en favor propio: del latín *ego* “yo”– y no altruista –en favor del prójimo: del francés *autrui*, “otra persona, los demás”–. Si no existiera la reserva expresa de la parte final del artículo 108, de todas maneras la acción sería impune, porque no podría formularse al respecto el juicio de reproche en que la culpabilidad consiste.

De todas maneras el “riesgo personal” debe existir y ser cierto y grave, pues el sujeto activo de este delito no puede reemplazar su obligación de actuar por la de “dar aviso inmediatamente a la autoridad”. Este es un último recurso, que recién empieza a operar cuando –existiendo riesgo personal– hay otra manera de ayudar al necesitado y es informando a la autoridad, para que esta lo socorra. De manera que si el agente no lo hace, pudiendo avisarle, también incurre en conducta punible.

Haciendo referencia al sujeto pasivo, debo decir que si bien son distintos los casos que la ley prevé (el menor de diez años y la persona a la que se refiere la segunda parte) ambos se identifican por hallarse en situación de riesgo. El menor tiene que estar perdido o desamparado, palabras que indican un peligro concreto para la vida o la salud. Estas reflexiones sirven para ratificar una vez más el valor de guía respecto de cuál es el bien jurídico tutelado, que tienen los Títulos que agrupan las diversas figuras. En este caso se trata de “Delitos contra las personas”, que reprimen las afecciones a la vida y a la integridad corporal. De manera que el extravío o el desamparo del menor, son estados que amenazan esos valores. No se trata de pérdida o desamparo referidos al afecto, a la protección moral o a la educación.

La “persona” mencionada en la segunda cláusula tiene que estar amenazada por un peligro. El agregado del pronombre “cualquiera” no debe conducir la interpretación hasta el punto de exceder el marco de la protección de la vida y la integridad corporal fijado por la ubicación de la figura. Lo contrario conduciría al absurdo de exagerar el deber de solidaridad, de manera que se tenga que auxiliar a toda persona y en toda circunstancia en que una amenaza la acose.

Por lo mismo, no se puede aceptar sin reservas lo que escribe Soler:

Basta que el peligro amenace a la persona, sea cual sea la naturaleza de aquel; por tanto, no solamente está indicado el peligro de vida, sino cualquier otro que pueda afectar la persona física, incluso en su libertad. Si un sujeto puede evitar sin riesgo personal que un individuo sea secuestrado o si, estándolo, puede evitar que continúe en ese estado, comete omisión de auxilio.⁷

Considero que en un caso así existe un deber moral de solidaridad, pero no una obligación impuesta por la ley bajo amenaza de pena. Siempre, claro está, que ese secuestro del que habla Soler no implique necesariamente un peligro para la vida o la salud. En este último supuesto –que encierra lo que ordinariamente acontece– el no prestar auxilio o no dar aviso inmediatamente a la autoridad, colocaría la actitud del agente al mismo nivel de quien encuentra a un herido desangrándose en una ruta desierta y no lo ayuda.

Finalmente hago notar, que dentro de la clasificación de los tipos por la forma de acción, este es un delito de omisión, ya que el hecho infringe una norma imperativa. No interesa lo que haga o deje de hacer el agente considerando esas actitudes desde el punto de vista estrictamente físico, sino que lo que se desvalora es la oposición a la obligación de actuar prestando el auxilio necesario para superar la situación de pérdida o desamparo en que se encuentra el menor de diez años; o para remediar la lesión, invalidez o amenaza de peligro que sufre la persona a la cual el agente descubre en ese trance.

7. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 180.

Malos tratos y actos de crueldad a los animales. Ley N° 14346

Laura Cecilia Velasco*

Introducción

Para desarrollar la presente labor considero importante definir que el Derecho Animal tiene un carácter transversal, dado que atraviesa varias ramas del derecho, civil, penal, contravencional, comercial, administrativo, y hasta ambiental, entre otras. El Derecho Animal es el conjunto de derechos positivos y jurisprudenciales, cuyo objeto de estudio es la naturaleza legal, social, biológica, física y psicológica de los animales.

Es así, que en los últimos años se constata que el estudio del Derecho Animal ha alcanzado un auge en su investigación y aplicación, debido al impulso realizado por las organizaciones ecologistas, organizaciones no gubernamentales (ONGs) refugios y protectoras de los animales, que han exigido un tratamiento más considerado a los animales en virtud de que estos poseen una estructura neuronal, desarrollada y semejante a la que presenta el hombre, que con suficiente evidencia –conforme con la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia del año 2012, a la que luego me referiré– ya no pueden ser considerados desde el ámbito jurídico, simplemente como cosas, pese a que en muchas legislaciones se los considera como tipos *sui generis* de cosas.

* Abogada (UBA). Máster en Criminología (Universidad Nacional de Quilmes, becada). Directora de la ex Comisión de Derecho Animal, hoy Instituto, del CPACF pioneros tanto en el país como en toda Latinoamérica, desde septiembre del año 2009–. Premiada internacionalmente por su labor en defensa de los animales en Dublín, Irlanda (en el mes de septiembre del 2018) por la Embajadora Argentina en Irlanda, Laura Bernal y por las exembajadoras de Irlanda en Argentina, Paula Slatery y Philomena Monaghan. Autora de más de 10 proyectos de ley sobre Derecho Animal. Vegana y naturista desde hace más de 34 años.

Hay otras teorías que pretenden considerar al Derecho Animal como una subrama del Derecho Ambiental, lo cual, a mi modo de ver, no me parece acertado. La relación entre el Derecho Animal y el Derecho Ambiental pretende determinar si es posible considerar al primero como una subrama del segundo, o si ambos son excluyentes desde el análisis del Derecho Animal en sus orígenes.

El Derecho Ambiental presenta autonomía científica y didáctica y una rica normatividad, es la expresión indubitable de su existencia como ciencia y rama jurídica.

Se lo considera como una nueva rama jurídica que regula la conducta humana estableciendo principios, exigencias, normas y prescripciones jurídicas, otorgando a los sujetos los derechos, las atribuciones, y prohibiciones: es el instrumento, la herramienta legal que regula el comportamiento humano ante la conservación de la diversidad biológica, aporta el concepto de desarrollo sostenible o sustentable, lo cual es indiscutible. Pero siempre teniendo en cuenta un enfoque antropocentrista, una visión desde el ser humano o, si se quiere biocentrista, lo que significa que cuidamos el medioambiente pero desde el punto de vista del ser humano, para generaciones presentes y futuras.

El Derecho Animal, centrado desde, por y para los animales no humanos (en adelante ANH), deja a un lado a los animales humanos, que dejan de ser el centro de atención, para correrse de ese eje y dejar el foco de interés hacia los animales.

Análisis de la Ley N° 14346

La Ley N° 14346¹ de actos de maltrato y crueldad a los animales –mal llamada “Ley Sarmiento”, ya que esta es otra ley² (la Ley N° 2786 de prohibición de malos tratos a los animales, conocida como “Ley Sarmiento”, aprobada el 25 de julio de 1891 cuyo propulsor fue también Albarraçín y fue precursora del proteccionismo animal en la Argentina)– en realidad

1. Sanción: 27/09/1954, promulgación: 27/10/1954, publicación BO N° 17767 del 05/11/1954.

2. Ley N° 2786 aprobada el 25/06/1891, fue precursora del proteccionismo animal, por ello me pareció interesante incluirla. Esta ley establecía en su art. 1: “Declárase actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales, y las personas que los ejerciten sufrirán una multa de dos a cinco pesos, o en su defecto arresto, computándose dos pesos por cada día”.

debería llamarse “Ley Benítez”, en honor a su redactor. Esta ley data del año 1954 y en su momento fue de vanguardia, no obstante lo cual actualmente las penas son muy bajas, van de quince (15) días a un (1) año de prisión, y no son de cumplimiento efectivo ya que en la mayoría de los casos no existen antecedentes penales, y las causas terminan en una *probation* o suspensión del proceso a prueba, con un acuerdo entre las partes del proceso, homologado por el juez y con una serie de reglas de conducta que deben ser cumplidas por el autor del delito; otras veces, se desestiman y se archivan.

Sin embargo, lo que podemos considerar de avanzada es la calidad de “víctima” que se establece desde el artículo 1 de la ley, cuando manifiesta que: “Será reprimido con prisión de 15 días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere *víctima* de actos de crueldad a los animales” (el destacado me pertenece).

Esta ley penal de alguna manera coloca a los animales en calidad de sujetos, lo que jamás ha realizado la ley civil que, a pesar de las recientes reformas, continúa considerando a los animales como semovientes, cosas u objetos.

La referida ley no define exactamente qué se entiende por maltrato ni por crueldad hacia los animales; sí establece un listado de actos de maltrato (no alimentar en cantidad y calidad suficiente, azuzar animales, hacerlos trabajar jornadas excesivas sin descanso adecuado, usarlos para trabajar sin estado físico adecuado, estimularlos con drogas sin fines terapéuticos, etc.), y de crueldad (practicar vivisección, mutilar sin fines de marcación, mejoramiento o higiene, experimentar con animales de grado superior, lastimar o arrollar, causarles torturas o sufrimientos innecesarios por espíritu de perversidad, etc.) diferenciándolos como tales por su mayor ensañamiento por parte del autor o autores, pero no así en cuanto a las penas que, como dijimos, son muy bajas. Asimismo, contiene tipos penales abiertos, lo que significa que deben ser cerrados o interpretados por el juez, quien debe realizar un juicio de valoración de la norma para determinar su alcance. Por ello es tan necesario que los jueces, fiscales y operadores jurídicos se empenen sobre el contenido del Derecho Animal, caso contrario nunca será para los ANH un juicio justo, máxime, toda vez que si bien tienen voz –es errado que los animales carezcan de ella–, no estamos capacitados para comprender lo que dicen o emiten, aunque una mirada

medianamente aguda podría entender su miedo, terror, alegría por su comportamiento a nivel físico.

La ley protege la integridad física y psíquica del animal, pero también desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la sociedad se ve afectada ante un hecho de violencia de un humano hacia un animal. Este es el sentido doble de la norma, como protección hacia el animal victimizado, por un lado, y hacia la sociedad como un todo que debe velar por los derechos de un ser que no puede defenderse por sí mismo ante la ley.

Siguiendo con la Ley N° 14346, el bien jurídico tutelado es de naturaleza pluriofensiva,³ lo que significa que se ofende con el delito a más de un bien jurídico protegido, o a varios a la vez y de naturaleza colectiva. Pueden entonces distinguirse distintos puntos de vista en este sentido.

Pluriofensivo:

1. Bien jurídico preponderante o principal, donde el sujeto pasivo es el animal, lo que incluye su vida, integridad física y psíquica, esto es, desde un punto de vista para, por y desde el propio ANH. El animal no puede ser querellante particular porque es un incapaz de hecho natural, por lo que, luego de la denuncia, la acción debe llevarse a cabo por el fiscal, ya que es un delito de acción pública. Por su parte, el propio “dueño” del animal –no me gusta este término, prefiero llamarlo “familiar”–, puede a su vez contratar un abogado particular para presentarse como parte querellante y solicitar actuaciones al fiscal. Así también, podría presentarse una ONG debidamente registrada con personería jurídica, especializada en este tema.
2. Bien jurídico complementario, basado en sentimientos humanitarios, piedad, preservación de la diversidad biológica, medioambiente, etcétera. Este es un punto de vista que se podría denominar antropocentrista o, si se quiere, biocentrista.
3. Por último, desde un punto de vista antropocéntrico, se considera que el maltrato animal es una lesión al medioambiente. Esta es una mirada desde el hombre, relacionada también con

3. Despouy Santoro, Pedro E., y Rinaldoni, María C., *Protección penal a los animales. Análisis de la Ley N° 14346*, Córdoba, Ed. Lerner, 2013, pp. 30-38. En este punto coincido con el autor, aunque no en otros tramos de su libro que exceden el presente trabajo.

el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional (“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...”). Asimismo, en la misma línea, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declara, en su capítulo cuatro, en la parte pertinente al ambiente:

Art. 26: El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer.

Por su parte:

Art. 27 inc. 5: La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.

La Ley N° 14346, al incluir en su primer artículo el concepto de “víctima”, no hace excepción alguna, por lo que abarca a todos los animales, ubicándolos en calidad de sujetos. La ley penal entonces, a diferencia de la civil, les da categoría de seres sintientes, de víctimas que sufren.

Esta protección hacia los ANH, con el paso del tiempo ya no resulta suficiente, ya que las penas son muy bajas y hay tipos penales que no quedan contemplados, tales como violación, abuso o bestialismo, tipos culposos, agravantes, etcétera.

Otro tema que debería tenerse en cuenta y que uno se pregunta es por qué la unificación de penas ante un acto de maltrato o crueldad hacia ANH; si son diez perros muertos, deberían ser diez penas. Lo lógico sería computar un delito, una pena porque son diez víctimas.

En lo que se refiere a abuso o bestialismo, vulgarmente denominado “zoofilia” (se trata de una parafilia o patrón de comportamiento sexual en el que la fuente predominante de placer se encuentra en objetos, situaciones, actividades o individuos atípicos), tenemos un caso que marcó jurisprudencia –sucedió en la provincia de La Pampa–, denominado caso “Justo Tobares”⁴ de septiembre de 2009, donde este último fuera condenado a once meses de prisión de cumplimiento efectivo por

4. Juzgado de Instrucción y Correccional de la Ciudad de Santa Rosa (provincia de La Pampa), Expte. N° C/51/11, “Tobares Justo A. s/Infracción Ley 14346”, sentencia N° 1 del 24/04/12.

violiar a una perrita callejera de nombre “Lola”. En el mencionado fallo, el magistrado Sáenz Zamora resolvió condenar a Justo Tobares por resultar autor material y penalmente responsable del delito de crueldad al animal que encuadra en las disposiciones del artículo 3, inciso 7 de la Ley N° 14346, que pena a todo “acto de crueldad por haber lastimado intencionalmente a un animal, provocándole sufrimientos innecesarios por el sólo espíritu de perversidad”, y que se encuentra en relación con el artículo 1 de la citada norma que, como dijimos, dispone que será reprimido con prisión de quince días a un año “el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales”.

Para la condena, se tuvo en cuenta, por un lado la prueba testimonial de vecinos que vieron al denunciado entrar a su casa con la perra y que la misma salió corriendo de la propiedad, esquilada, habiendo la veterinaria constatado las lesiones, determinando asimismo que la perra no estaba en celo. La profesional también determinó que dichas lesiones no fueron provocadas por otro animal y que estaba esquilada en la zona de los miembros posteriores, lo cual no pudo realizarse sin intervención de un humano. A ello se sumó que el denunciado era reincidente –había abusado de perros en otras dos o tres oportunidades–, por lo que se hizo hincapié en el “ánimo perverso” del imputado.

Dada la amplitud de criterio del fallo, al sostener que la violación hacia un ANH se encuentra tipificada en el artículo 3, inciso 7 de la ley al referir a malos tratos y actos de crueldad a los animales, aunque no se utilicen expresamente los términos violación, abuso o bestialismo en la norma, esta interpretación marcó un hito en el Derecho Animal.

Derecho comparado

La Declaración Universal de los Derechos del Animal (1978), cuenta con un plexo de protección bastante amplio comenzando por el principio de que el hombre debe respetar sus derechos y que no puede arrogarse la facultad de exterminar otras especies, ni a explotarlas, ni a someterlas a malos tratos.

Por su parte, la Declaración de Lisboa (2009) introdujo en los estados miembros de la Unión Europea la obligación de poner en marcha políticas públicas en defensa de los animales sobre la base de que

son “seres sensibles” (art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Asimismo, cabe destacar la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia (2012), donde los más importantes científicos y neurocientíficos del mundo, mediante un estudio comparativo entre el sistema neurológico de humanos y animales no humanos, han llegado a la conclusión de que todos los animales poseen conciencia, capacidad de experimentar dolor, placer, displacer, miedo y alegría, por lo que todas las especies merecen nuestro respeto y reconocimiento de su dignidad. Cabe también hacer referencia a la Declaración de Curitiba (Brasil, 2015), que expresa que los animales no son cosas, así como la reciente Declaración de Toulon (Francia, 2019) respecto de la personalidad jurídica de los animales, donde los juristas de dicha Universidad expresaron que los animales deben ser reconocidos universalmente y considerados como personas, y no como cosas; consideraron que los países deben adecuar sus legislaciones a esa nueva perspectiva.

Por último, es importante resaltar que las constituciones de Austria, Alemania y Suiza declaran que los animales no son cosas, sino seres sensibles. Si bien estas constituciones fueron pioneras, paulatinamente fueron agregándose otros países.

Violencia hacia animales como precursora de violencia social

En cuanto a la violencia, maltrato y crueldad especista, considero que se trata de una violencia social, como lo fue en su momento el racismo, la violencia sexista, etcétera.

En este caso en particular, es una violencia ejercida por seres humanos hacia otras especies que por generaciones se ha naturalizado. El término “especismo” significa considerar a otras especies con un criterio de inferioridad, y la “violencia especista” es servirse de ellos, utilizarlos. Se trata de una distorsión de la realidad y configura vínculos con otras especies de manera violenta, son fenómenos socialmente contruidos.

Los zoológicos, la tracción a sangre, los acuarios, los criaderos de perros, los circos, espectáculos y todo tipo de explotación de ANH, la experimentación en animales no humanos, todo lo que genere lucro

sirviéndose de ellos, son formas violentas de relacionarse. No hay fundamento ético ni jurídico que avale tal nexo de vinculación.

El paradigma especista predominante en nuestra sociedad es la causa de que exista la explotación animal. Ese tipo de mentalidad que promueve y permite la esclavitud de los ANH provocando miles de millones de víctimas. El especismo es un problema de teoría. Es un problema que atañe a las creencias y las formas de pensar de los individuos, es una enfermedad moral, y la explotación animal y sus víctimas son la consecuencia.

En la misma línea podríamos establecer que la violencia interespecies puede generar un antecedente en violencia intraespecies. Está comprobado, según diversos estudios de investigadores del área de criminología y perfilación criminal del FBI, que la violencia contra animales no humanos es la antesala de la violencia hacia humanos.

Según la Real Academia Española (RAE) el término “maltrato” se define como la “acción y efecto de maltratar”; es decir, “tratar mal a alguien de palabra u obra”. Si este maltrato está dirigido hacia los animales estaríamos hablando de un trato cruel que causa sufrimiento y daño hacia ellos.

Otro punto importante para destacar es que en casos de violencia intrafamiliar, generalmente hay abusos hacia el animal no humano e incluso muchas parejas violentas utilizan al animal como forma de control, a los fines de mantener a su víctima de abuso de rehén; y esta última, para no dejar a su perro o gato en manos de su victimario, se queda en su hogar.

El maltrato animal como crueldad injustificada, que causa daño y sufrimiento a los animales, está relacionado con algunas patologías mentales como el Trastorno Disocial, de inicio habitual anterior a los 16 años, cuyo desarrollo suele dar lugar a un Trastorno Antisocial de la Personalidad. La falta de empatía y remordimientos, así como el fracaso para adaptarse a las normas sociales, relacionan este trastorno con altos niveles de psicopatía. Es por ello que resulta necesaria una buena evaluación en la infancia/adolescencia en cuanto a los comportamientos crueles con los animales, que posibilite una temprana detección, siendo igualmente imprescindible reducir la tolerancia social a estos actos inmorales e ilegales.

La Dra. Núria Querol Viñas,⁵ una de las mayores especialistas en este tema, presentó un estudio sobre Trastorno Antisocial de la Personalidad y maltrato animal, en el 68° Congreso de la American Society of Criminology en Chicago (EE. UU.), donde se constató que de la muestra forense analizada (52 casos) con antecedentes de maltrato contra animales, las puntuaciones altas en la escala de psicopatía se correlacionan con mayor crueldad en los delitos hacia animales y personas. Esta especialista expresa que: “el maltrato a los animales está vinculado a conductas violentas que tienen importantes repercusiones”.

En Estados Unidos, desde la década de 1970, se creó el VICAP (Violent Criminal Apprehension Program), que es un programa de captura de criminales violentos, y permite estudiar los rasgos que tienen en común; uno de ellos es la crueldad hacia los animales.

En la Universidad de Grenoble, Francia, el catedrático Laurent Begué refiere al maltrato animal como un nuevo medidor que sirve a la criminología internacional para analizar la violencia extrema que puede desarrollar el ser humano en un medio social. Maltratar a un animal, es en muchos casos la consecuencia de una frustración o de un trauma y es un comportamiento que se adquiere en la niñez. También se puede desarrollar en la adolescencia; nace en el seno familiar o escolar y luego por transferencias puede llegar a convertirse en un comportamiento antisocial.

El maltrato animal es un paso más en la escalada de violencia hacia las personas. Un informe del FBI, realizado por un investigador llamado Robert Ressler,⁶ quien diseñó los perfiles de los asesinos seriales para el FBI, indica que estos generalmente comienzan torturando y maltratando animales cuando son niños, poseen una personalidad sádica, perversa, y esa patología no se detiene allí, es decir, comienzan a practicar y perfeccionar sus “malas artes” en animales y luego continúan en adultos, mujeres y niños, personas en inferioridad de condiciones para defenderse. El abuso animal es un síntoma de un profundo disturbio mental.

5. Médica y bióloga española, investigadora integrante del grupo GEVHA (Grupo para el Estudio de la Violencia hacia Humanos y Animales); actualmente colabora con el FBI.

6. Ressler, Robert K.; Burgess, Ann W. y Douglas, John E., “Sexual Homicide: Patterns and Motives”, en *Asociación Americana de Psicología*, Lexington, MA, Lexington Books, 1988.

Lo que quiere significar esto es en definitiva, que el maltrato animal es una alerta hacia la violencia doméstica. Es decir que, seguramente donde hay maltrato animal hay violencia familiar, abuso de menores y/o violencia de género, por lo que de ninguna manera es un delito menor, como pretenden considerarlo.

Si bien no puede asegurarse que todos los maltratadores de animales serán asesinos seriales, sí puede afirmarse que todos los asesinos seriales comenzaron a perfeccionar sus aberraciones, torturando y matando animales, para luego transferir estas conductas a humanos.

En Estados Unidos, en casos de maltrato animal, los veterinarios están obligados a alertar a la policía porque deben investigar si en la vivienda donde habita el animal hay también violencia doméstica. Es un poderoso llamado de atención, una manera de prevenir delitos como la violencia doméstica, pedofilia, femicidio, delitos violentos, robo a mano armada y obviamente, identificar a asesinos seriales.

Mientras, en nuestro país la mayoría de las causas por maltrato animal terminan siendo archivadas, por falta de pruebas, priorizándose otro tipo de causas (amenazas, lesiones, usurpación, etc.) y, por lo tanto, seguimos dejando “hacer de las suyas” a sujetos que en ese círculo de violencia muy probablemente van a continuar con maltrato hacia niños o mujeres.

Relación entre violencia animal y violencia doméstica o intrafamiliar

De lo expuesto en el punto anterior podríamos enumerar algunas conclusiones en torno a la relación existente entre la violencia animal y la violencia doméstica:

- Los delincuentes a menudo tienen antecedentes de violencia hacia los animales, en reiteradas oportunidades en su infancia y adolescencia.
- La crueldad hacia animales es reconocida como una señal de peligro que indica que un niño puede necesitar ayuda para prevenir nuevos actos de violencia.
- Los animales domésticos son, frecuentemente, blanco de violencia doméstica.

- Donde se maltrata a un animal, seguramente, existe violencia doméstica hacia los niños de esa familia o cohabitantes convivientes.
- Las amenazas de violencia hacia un animal doméstico se utilizan como medio de control por parte de una pareja abusiva.
- Muchas víctimas permanecen en esta situación de abuso por miedo a represalias contra sus animales.
- Se establece una tríada en el maltratador: abuso en su infancia-maltrato animal-violencia en humanos.⁷

Psicópatas

Quienes padecen esta patología son considerados “imputables”, lo que significa que conocen y comprenden la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones. Se caracterizan por la falta de empatía con el otro –siguen sus propias reglas–, y ausencia de remordimiento.

Se estima que la proporción de psicópatas en la sociedad es de, por lo menos, el 3%.

La psicopatía se puede vislumbrar a partir de los 3 años de edad, por lo tanto su detección temprana es vital; tanto el ámbito escolar como el familiar son lugares importantes para ello.

A continuación se enuncian las conductas propias de un psicópata.⁸

Lista taxativa de elementos (para ser calificado como psicópata):

1. Locuacidad / encanto superficial.
2. Egocentrismo / sensación grandiosa de la autovalía.
3. Necesidad de estimulación / tendencia al aburrimiento.
4. Mentira patológica.

7. Degue, Sara y DiLillo, David, “Is animal cruelty a ‘red flag’ for family violence? Investigating co-occurring violence toward children, partners, and pets”, en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 24, N° 6, 2009, pp. 1036-1056.

8. Mega, Andrés, Posgrado Máster en Criminología, materia Psiquiatría y Medicina Forense, Universidad Nacional de Quilmes, 2012; OMS, *CIE10: Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid, Meditor, 1992; American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, Masson, DSM-IV 1995; Hellman, Daniel S. y Blackman, Nathan, “Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime”, en *The American Journal of Psychiatry*, vol. 122, 1966, pp. 1413-1435; Hare, Robert, “Diagnosis of Antisocial Personality Disorder in two prison populations”, en *American Journal of Psychiatry*, vol. 140, N° 7, 1983, pp. 887-890.

5. Dirección / manipulación.
6. Falta de remordimiento y culpabilidad.
7. Escasa profundidad de los afectos.
8. Insensibilidad/ falta de empatía.
9. Estilo de vida parásito.
10. Falta de control conductual.
11. Conducta sexual promiscua.
12. Problemas de conducta precoces.
13. Falta de metas realistas a largo plazo.
14. Impulsividad.
15. Irresponsabilidad.
16. Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones.
17. Varias relaciones maritales breves.
18. Delincuencia juvenil.
19. Revocación de la libertad condicional
20. Versatilidad criminal.
21. “Maltrato y/o crueldad contra los animales durante la niñez o adolescencia”.

Conclusiones finales

Nos encontramos ante un cambio de paradigma en el cual los animales ya no son cosas u objetos sino seres conscientes, y por lo tanto seres con sintiencia, es decir con la capacidad de sentir, percibir o experimentar sensaciones.

El caso “Sandra”,⁹ –la orangután hembra, que pasaba sus días en el ex zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– donde la jue-

9. La titular del Juzgado de Primera Instancia en lo CAyT N° 4 de la CABA, Elena Liberatori, en la causa “Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA sobre Amparo”, Expte. A2174-2015/O, en fecha de 21/10/ 2015, sentenció: “...Y considerando: Que las cuestiones relevantes a dilucidar en las presentes actuaciones son concretamente dos. En primer término, si la orangutana Sandra posee derechos y si ello implica reconocerle el carácter de sujeto de derecho no humano. En segundo, si corresponde proceder a su liberación o traslado; y si ello resulta posible atendiendo a las circunstancias particulares de la orangutana Sandra” [...] Por lo expuesto, Resuelvo: Hacer lugar a la acción de amparo promovida en los siguientes términos: ... Reconocer a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho,

za a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la CABA identificó a Sandra como una persona no humana y como tal, con derecho y dignidad inherente a su condición, por lo que fue liberada y trasladada a un santuario en EE. UU. Este resulta un fallo superador e inspirador para toda la justicia argentina en casos relacionados a ANH.

John Locke sugiere esta tesis:

Una cosa que he observado frecuentemente en los niños es que, cuando han logrado la posesión de una pobre criatura, son capaces de utilizarla mal: con frecuencia torturan y tratan muy bruscamente a aves jóvenes, mariposas y a otros pobres animales que caen en sus manos, y eso con una aparente especie de placer. Pienso que esto debe vigilarse en ellos, y si se inclinan a cualquier comportamiento cruel de este tipo, se les debe enseñar la costumbre contraria. Porque la costumbre de torturar y matar bestias endurecerá sus mentes, por grados, incluso hacia los hombres; y aquellos que se deleitan con el sufrimiento y la destrucción de criaturas inferiores no serán capaces de ser muy compasivos o benignos hacia los de su propia especie.¹⁰

Y, para finalizar, dos frases de dos profesionales de diferentes ámbitos, un psiquiatra y un perfilador criminal, que llegan a conclusiones bastante similares desde un enfoque interdisciplinario:

El vínculo entre los menores y los animales afecta el desarrollo del menor y modela el tipo de persona que será (Gail Melson).

Los asesinos... muy a menudo son niños que nunca aprendieron que está mal sacarle los ojos a un cachorro (Robert K. Ressler, exagente del FBI).

conforme a lo dispuesto por la Ley N° 14346 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables –el concesionario del Zoológico porteño y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá garantizar a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas”.

10. Tomado de Regan, Tom, “Derechos animales, injusticias humanas”, en el ensayo de Kwiatkowska, Teresa e Issa, Jorge, “Los caminos de la ética ambiental”. Para mayor información ver Locke, John, *Some Thoughts Concerning Education*, Londres, 5Ccd, 1005. Ver también Axtell, James L. (comp.), *The educational writings of John Locke: a critical edition with introduction and notes*, Londres, Cambridge University Press, 1968, sec. 116, pp. 225-226.

Bibliografía

“Animal Abuse Forecast of Violence”, en *New Orleans Times - Picayune*, 01/01/1987.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, Masson, DSM-IV, 1995.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides F., “Derecho animal. Una aproximación jurídica desde el Derecho ambiental cubano”, en *Letras Jurídicas*, Revista electrónica de Derecho del Centro universitario de la Ciénega, México, Universidad de Guadalajara, N° 22, 2016. Disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/264>

ASCIONE, Frank, “Animal abuse and youth violence”, en *Juvenile Justice Bulletin*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Washington DC, 2001.

_____, “Battered women’s reports of their partners and their children’s cruelty to animals”, en *Journal of Emotional Abuse*, vol. 1, N° 1, 1998.

_____, “Children who are cruel to animals: A Review of Research and Implications for Developmental Psychopathology”, en *Journal Anthrozoös*, Nueva Orleans, 1993.

AXTELL, James L. (comp.), *The educational writings of John Locke: a critical edition with introduction and notes*, Londres, Cambridge University Press, 1968.

CURRIE, Cheryl L., “Animal cruelty by children exposed to domestic violence”, en *Child Abuse & Neglect*, vol. 30, N° 4, 2006.

DE SANTIAGO FERNÁNDEZ, Laura, “El maltrato animal desde un punto de vista criminológico”, en *Derecho y Cambio Social*, Año 10, N° 33, 2013. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/>

DEGUE, Sara y DILILLO, David, "Is animal cruelty a 'red flag' for family violence? Investigating co-occurring violence toward children, partners, and pets", en *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 24, N° 6, 2009.

DESPOUY SANTORO, Pedro E. y RINALDONI, María C., *Protección penal a los animales. Análisis de la Ley N° 14346*, Córdoba, Ed. Lerner, 2013.

FLORIAN, Katia, "Abuso a los animales y violencia humana", 2003. Disponible en: <http://www.aamefe.org> www.produccion-animal.com.ar

GOLEMAN, Daniel, "Child's love of cruelty may hint at the future killer", en *The New York Times*, 07/08/1991.

HARE, Robert, "Diagnosis of Antisocial Personality Disorder in two prison populations", en *American Journal of Psychiatry*, vol. 140, N° 7, 1983.

HELLMAN, Daniel S. y BLACKMAN, Nathan, "Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime", en *The American Journal of Psychiatric*, vol. 122, 1966.

LOCKE, John, *Some Thoughts Concerning Education*, Londres, 5Ccd, 1005.

MEGA, Andrés, *Posgrado Máster en Criminología*, materia Psiquiatría y Medicina Forense, Universidad Nacional de Quilmes, 2012.

OMS, CIE10: *Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid, Meditor, 1992.

QUEROL VIÑAS, Núria, "Maltrato Animal y humano", *La Vanguardia*, Barcelona, 16/02/2011.

_____, "Violencia hacia los animales por menores... ¿cosa de niños?", en *Revista de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 13, abril de 2008.

REGAN, Tom, "Derechos animales, injusticias humanas", en *Environmental Ethics*, vol. 2, N° 2, 1980. Disponible en: <http://www.anima.org.ar/wp-content/uploads/2016/01/Tom-Regan-Derechos-Animales-injusticias-humanas-anima.pdf>

RESSLER, Robert K.; BURGESS, Ann W. y DOUGLAS, John E., "Sexual Homicide: Patterns and Motives", en *Asociación Americana de Psicología*, Lexington, MA, Lexington Books, 1988.

El delito de daño en la doctrina y la jurisprudencia

Gonzalo E. D. Viña*

Introducción

Del universo –en continua expansión– de los tipos penales, el daño es tal vez el delito que menos atención concita. Su carácter subsidiario, la baja pena asociada y su aparente escasa dificultad teórica explican este fenómeno. Sin embargo, a poco que comencemos a desgranar cada uno de los dogmas del tipo, veremos que presenta ciertos desafíos para la teoría jurídica actual y la praxis forense.

En este trabajo intentaremos recorrer desde la doctrina dominante y la jurisprudencia vigente en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires cada uno de los aspectos salientes de las distintas formas típicas de daño. Para ello, comenzaremos por examinar los antecedentes legislativos de la figura, y definiremos el alcance del ámbito de prohibición a partir del análisis del bien jurídico comprometido. Luego, estudiaremos cada uno de los elementos típicos de la figura básica, y lidiaremos también con la novedosa figura del “daño informático”. Más tarde, analizaremos las distintas agravantes en vigor. Finalmente, trataremos el problema de la excusa absolutoria.

Un poco de historia legislativa

En el repaso del devenir histórico del delito de daño hay tres aspectos que se destacan: el origen de su condición de delito, la intensidad de la respuesta punitiva asignada, y las vías alternativas a la punición legisladas tempranamente. Dicho de otro modo, la necesidad misma

* Abogado (UBA). Master of Laws (University of San Diego). Docente de grado (por concurso) en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA y en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina (por designación directa). Fiscal de 1ª Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA.

de la tipificación penal del daño –cuanto menos en su forma básica– se pone en cuestión desde una perspectiva histórica.

Puede decirse que el delito de daño es una creación relativamente moderna. En el Derecho Romano, el daño a la propiedad privada no tenía más efecto que dar nacimiento a acciones civiles. No fue sino hasta el Código Penal Napoleónico de 1810 que la acción dañosa fue castigada con penas corporales.¹

En nuestro país, el primer antecedente se encuentra en el primer proyecto de Código Penal, que data de 1822 y fue elaborado por el juez francés Guret Bellemare. Allí, se definía al daño como un delito “simple” contra “las propiedades”.² Pero como es bien sabido, el proceso codificador demoró largamente, al punto de que el Código Penal de la Nación fue el último en sancionarse, a través de la Ley N° 1920, dictada en noviembre de 1886 y vigente a partir del 1° de marzo de 1887.³ Mientras tanto, durante buena parte de ese proceso, continuó la aplicación de las Partidas españolas que, por cierto, solo sancionaban el daño con pena de multa.⁴

En la Ciudad de Buenos Aires, el primer cuerpo unificado de legislación penal fue adoptado en 1881. Al producirse la federalización de su territorio, la Ley N° 1144, del 15 de diciembre de 1881, dispuso que seguiría rigiendo allí el Código Penal de la provincia de Buenos Aires, que no era otro que el “Proyecto Tejedor”.⁵ Frente a la mora del Congreso Nacional, y en uso de la facultad que les reconocía la Constitución Nacional en su artículo 108 (según redacción de 1860, actualmente, art. 126), las provincias habían sancionado el “Proyecto Tejedor”, que llegó a regir en casi todo el país y hasta era invocado por jueces y litigantes como principio de derecho.⁶ Este verdadero “Código Tejedor” regulaba el daño en sus artículos 350 a 355, y se destacaba porque limitaba la pena de prisión a los casos en los que se “causase la ruina del ofendido”, mientras que en

1. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. III, p. 343.

2. Huñis, Ricardo D., “Artículos 183/184”, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, T. 7, p. 825.

3. Levaggi, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978, p. 192.

4. Cfr. Partida VII, Ley N° 18, Título XV.

5. Levaggi, Abelardo, *op. cit.* p. 187.

6. Ídem.

los restantes supuestos se aplicaría multa o arresto según la entidad del perjuicio (art. 350). Además, introducía una tercera vía al admitir como causal de exención de pena la “restitución” (que bien puede entenderse como reparación) de la cosa dañada (art. 355).⁷

Desde entonces, y hasta la sanción de nuestro Código Penal aún vigente, se sucedieron diversos textos. En cada uno de ellos el delito de daño tuvo un tratamiento que merece ser analizado.

El “Proyecto Tejedor” había sido presentado por el jurisconsulto Carlos Tejedor ante el gobierno nacional en enero de 1868. Ese mismo año, el Congreso nacional autorizó al Poder Ejecutivo a designar una comisión revisora. La comisión, finalmente integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García (padre) presentó sus conclusiones el 3 de enero de 1881.⁸ El “Proyecto Villegas-Ugarriza-García” o “Proyecto de 1881” define el daño de manera genérica y tautológica en su artículo 345 al estipular que comete el delito quien cause algún daño no previsto específicamente. Pese a ello, su artículo 346, a lo largo de ocho incisos, sienta las bases de las agravantes hoy recogidas en el artículo 184 CP. También, por primera vez, introduce la pena de prisión “menor” (de uno a dos años) como sanción principal y no excepcional.⁹

La Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados examinó el “Proyecto Tejedor” y el “Proyecto de 1881”. En su informe final manifestó que había votado unánimemente por tomar como base de sus trabajos el “Proyecto Tejedor”, pero le introdujo “grandes reformas”. Así, en noviembre de 1886 fue aprobado el primer Código Penal argentino.¹⁰ El “Código de 1886” no se apartó sustancialmente de los proyectos anteriores al tipificar el delito de daño en su artículo 219. Por su parte, al definir los agravantes en su artículo 220 utilizó una redacción casi idéntica a la del “Proyecto de 1881” (art. 346), aunque elevó en algún caso la pena.¹¹

El “Proyecto Tejedor”, el “Proyecto de 1881” y el “Código de 1886” comparten una característica. En todos los casos, el daño fue definido como una forma subsidiaria del incendio y estrago, al punto que el

7. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 829-830.

8. Levaggi, Abelardo, *op. cit.* pp. 186-187.

9. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 831-832.

10. Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, pp. 190-192.

11. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 833.

capítulo que legislabo sobre el daño se ubicaba tras el capítulo en el que se tipificaban esos delitos.¹² Esa categorización había primado en la segunda mitad del siglo XIX, tal como lo evidencia el Código Penal español de 1850, que fue –aunque no la principal– una de las fuentes del “Proyecto Tejedor” y, a través de él, influencia en los textos venideros.¹³

En junio de 1890, la misma Administración que había promulgado el Código Penal nombra una comisión integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo para elaborar un nuevo texto. Así surgió el “Proyecto de 1891”, que al definir el daño se apartó de las imprecisiones de sus predecesores y utilizó una fórmula que, con mínimas variaciones, constituye la fuente directa del actual artículo 183 CP.¹⁴ A más de esta especial calidad, hay dos características que le otorgan a este proyecto singular significación histórica. Por un lado, sucede por primera vez que se castiga la forma básica de daño con pena de penitenciaría –consistente en reclusión celular y trabajo forzoso– de seis meses a dos años.¹⁵ Por otra parte, se introduce una forma de “justicia restaurativa” al consagrar expresamente la “reparación integral del perjuicio” como causal de exención de pena.¹⁶

A comienzos del siglo XX se integra una Comisión de Reformas Legislativas que elabora el “Proyecto de 1906”. Este texto fija hasta la actualidad la escala penal asignada a la figura básica (quince días a un año de prisión) y sus agravantes (tres meses a cuatro años).¹⁷ Del mismo modo, su artículo 201, a través de cinco incisos, es la fuente a la que se remontan –con idénticas palabras– las agravantes hoy descriptas en

12. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1999, T. IV, p. 544.

13. Cfr. Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal. Concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1849, T. III, p. 409, en la que se inserta el comentario al art. 463 CP español. Sobre la influencia de Joaquín F. Pacheco en el “Proyecto Tejedor” véase Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, p. 186; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 830.

14. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1989, T. 4, p. 525, con cita del art. 223 del “Proyecto de 1891”.

15. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 835.

16. Ídem, donde se cita textualmente el “Proyecto de 1891”, art. 225: “(q)uedará exento de pena el agente de alguno de los delitos previstos en este título, con excepción del robo, la extorsión y la usurpación con violencia en las personas, si antes de iniciarse el procedimiento judicial contra él, restituyera espontáneamente el objeto en que se cometió el delito, e indemnizare todos los perjuicios causados, o si, en caso de no ser posible la restitución, resarciere íntegramente al perjudicado...”.

17. Íbidem, *op. cit.*, p. 837.

el artículo 184 CP (excepción hecha, claro está, de la agravante incorporada en el año 2008, a través del inciso seis).¹⁸

Precisamente, las formas agravadas de daño fueron las que experimentaron mayor número de modificaciones. La Ley N° 17567 (1968) las reformó e introdujo supuestos de hecho similares a los previstos para la figura de hurto.¹⁹ Luego, la Ley N° 20509 (1973) reinstaló el texto del Código Penal de 1921. A su turno, la Ley N° 21338 (1976), volvió a consagrar el texto de 1968. Con el advenimiento de la democracia, la Ley N° 23077 (1984) recuperó una vez más el texto del Código Penal de 1921. Por último, la Ley N° 26388 (2008) introdujo el daño informático, tanto en su forma básica como en dos modalidades agravadas.

Entre los muchos proyectos que se desarrollaron con posterioridad a la sanción del Código Penal de 1921 y no alcanzaron sanción legislativa, hay uno de ellos que ha suscitado interés hasta nuestros días. Se trata del “Proyecto de 1960”. Elaborado por el profesor Sebastián Soler, mantiene un supuesto de hecho típico idéntico a la actual figura básica, pero modifica la amenaza penal, al incorporar la multa como pena alternativa. Asimismo, modifica la configuración de las agravantes para incluir nuevas situaciones –como el daño ejecutado sobre cosas de valor científico, artístico o cultural– y hasta incrementa la pena en caso de concurso de agravantes.²⁰

Los tres proyectos de reforma integral del Código Penal elaborados en los últimos quince años reconocen algún grado de influencia del “Proyecto de 1960”. Así, el “Proyecto de 2006”,²¹ a través de los artículos 186 y 187, reitera la figura básica de daño –pero amplía su objeto a cosas “materiales e inmateriales”–, introduce la figura de daño informático y reforma las agravantes según la línea establecida en el “Proyecto de 1960”. Por su

18. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 344-345. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 552, señala que en verdad, y como ya se ha visto, el texto actual de las agravantes se origina en el “Proyecto de 1881”, luego retomado en el “Código de 1886” y desde allí captado en el “Proyecto de 1906”. Afirma, además, que la disposición guarda un innegable parentesco con el art. 475 del Código Penal español de 1870.

19. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 345.

20. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 842.

21. Surgido de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05).

parte, el “Proyecto de 2013”²² sostiene la tipificación básica vigente, pero incorpora la multa como pena alternativa, al tiempo que eleva el mínimo de la pena de prisión a seis meses. En las agravantes fija penas máximas de cuatro y cinco años de prisión y sigue también el camino trazado por el “Proyecto de 1960”, pero agrega como objeto de protección los yacimientos arqueológicos, paleontológicos y, en general, el patrimonio cultural nacional. Finalmente, el “Proyecto de 2018”²³ retoma la redacción actual de la figura básica y repite el modelo de las agravantes del “Proyecto de 1960”, manteniendo la escala penal agravada hoy en vigor. Adicionalmente, incorpora el incendio o destrucción (sin peligro común) de bienes de producción agrícola-ganadera (cereales, ganado, plantaciones) como daño agravado, y los sanciona con penas de tres a diez años de prisión.

Bien jurídico y recorte del ámbito de prohibición

Hay tres características que separan al daño de las restantes infracciones contenidas en el Título VI del Libro II del Código Penal. Ellas se refieren al contorno del bien jurídico y a especiales exigencias del aspecto objetivo y subjetivo del delito. Sobre estos tres aspectos se construyen los límites del ámbito de prohibición penal del daño.

En primer lugar, es sencillo –y relativamente cierto– afirmar que el bien jurídico afectado por el daño es la propiedad. Sin embargo, debe advertirse que en este caso la noción de propiedad es utilizada en un sentido amplio, en el sentido constitucional del término.²⁴

De hecho, se ha sostenido que nunca como en el delito de daño el concepto jurídico penal de *propiedad* se asemeja o aproxima tanto al concepto de *dominio* del Derecho Civil.²⁵ Sin embargo, aunque similares, no son idénticos, puesto que el derecho vulnerado por la acción típica bien

22. Se trata del “Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN N° 678/12).

23. Obra de la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación (Decreto PEN N° 103/2017).

24. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542.

25. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 7a ed., 2007, T. 1, p. 626. En idéntico sentido, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 2009, T. 2, p. 446.

puede ser un derecho sobre la cosa (*jus in re*) no derivado del dominio, sino derivado de otro derecho que puede no ser real, siempre que conceda el uso y goce sobre la cosa, como sucede con las cosas que tiene el locatario.²⁶ De esta manera, la lesión a la propiedad típicamente relevante es la que afecta al propietario, al poseedor o, incluso, al tenedor de la cosa.²⁷

Por otra parte, la reforma introducida por la Ley N° 26388 amplió aún más el alcance del bien jurídico hasta comprender la propiedad intelectual. En efecto, al tipificar el *daño informático* y describirlo como aquel que afecta a datos, documentos, programas o sistemas informáticos,²⁸ el ámbito de protección de la norma penal se ha extendido hasta abarcar la propiedad intelectual, según la define la Ley N° 11723: “(a) los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales...”²⁹ De allí que, como se dijo, la *propiedad* afectada por el daño deba ser comprendida en el sentido fijado por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar, el daño ostenta una característica propia en el plano objetivo que lo separa de los restantes delitos contra la propiedad. En todos esos delitos, la acción prohibida resulta en la transferencia ilegítima de un derecho sobre una cosa –o del goce de ese derecho–, sea porque lo asigna al patrimonio de un tercero (que no necesariamente será el autor), sea porque lo convierte en una expectativa de recuperación.³⁰ En el daño, en cambio, no hay un desplazamiento patrimonial, sino solo la degradación de la cosa.³¹

Hay quienes sostienen que, en verdad, lo característico no es la ausencia de esa transferencia ilícita de derechos, sino la falta de un

26. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542.

27. Cfr. arts. 1909, 1910, 1941, 1946 y 1772, inc. “b” CCyC. En contra, Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 526, quien restringe el universo de afectados al propietario y al poseedor, aunque señala que la ley civil acuerda al tenedor el derecho a reclamar la indemnización.

28. Cfr. arts. 10 y 11 de la Ley N° 26388.

29. Cfr. Ley N° 11723, art. 1. Parece rechazar esta posición Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 450, quien sostiene que “(l)os nuevos tipos previstos por la ley 26.388 no implica la creación de nuevos bienes jurídicos, sino la incorporación de nuevas formas de ataque a bienes jurídicos tradicionales”.

30. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 541.

31. Molinario, Alfredo, *Los Delitos*, Buenos Aires, Tea, 1996, T. II, p. 531.

apoderamiento por el autor del delito. Se apunta, en este sentido, que el daño puede cometerse con desplazamiento patrimonial cuando, por ejemplo, se hace desaparecer la cosa. Así pues, lo verdaderamente relevante sería que dentro del universo de los atentados contra la propiedad, el daño sería el único en que no se produce un enriquecimiento del autor, sino solo un empobrecimiento de la víctima.³²

En cualquier caso, es válido afirmar que el daño se distingue del hurto o la defraudación porque el atentado contra la cosa se produce *dentro del patrimonio de su titular*.³³ El bien atacado puede incluso estar en poder del autor (como sucede cuando el locatario destruye la cosa locada)³⁴ o puede tratarse de una cosa perdida,³⁵ pero nunca es removida del acervo patrimonial de la víctima.

En tercer lugar, desde la subjetividad del agente, también hay una circunstancia de especial gravitación. El autor del daño no tiene más finalidad ni motivación que perjudicar al sujeto pasivo, su acción es *un fin en sí mismo*. Por eso, se llama a este delito *damnum injuria datum* –siguiendo la denominación dada en el ámbito civil por la *Lex Aquilia*– o *daño por injuria*.³⁶

El agente no persigue el lucro para sí ni para terceros, ni busca una ventaja patrimonial.³⁷ Atenta contra el valor económico de la cosa, extinguiéndolo o disminuyéndolo,³⁸ con la sola intención de perjudicar a un tercero, sin el fin de enriquecerse a sí mismo.³⁹

Pero esta premisa es solo parcialmente cierta. La ausencia de ultrafinalidades o especiales motivaciones en el autor no está formalmente exigida en la ley ni puede derivarse de su interpretación, y solo puede predicarse dentro del acotado margen del carácter subsidiario de la figura.

32. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 344.

33. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 541.

34. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 849.

35. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 344. En idéntico sentido, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 627.

36. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 543.

37. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 849.

38. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 446. Análogamente, Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 526.

39. Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Rodamillas, 2010, vol. IV, p. 521 (párr. 2447).

Bien puede suceder que el daño se cometa en pos de una ultraintención, como sucede cuando es un delito medio del robo.⁴⁰ Del mismo modo, puede el autor estar inspirado por el ánimo de lucro, siempre que ello no altere la tipificación de su conducta, como ocurre cuando se cortan las ramas del árbol ajeno para obtener una mejor vista.⁴¹ Por otra parte, no puede desconocerse que la acción dañosa casi siempre está motivada en un deseo de venganza o un sentimiento de odio, aunque ninguno de esos dos factores deba verificarse para confirmar la reprochabilidad del acto.

El examen de los tres factores aquí relevados permite delimitar precisamente el ámbito de prohibición. En resumidas cuentas, el daño será penalmente relevante cuando: a) se ataque la propiedad, entendida en sentido constitucional, esto es, comprensiva de relaciones jurídicas –como el dominio, pero también la propiedad intelectual– y relaciones de poder –como la posesión o la tenencia–, b) la propiedad atacada no ingrese en el patrimonio del atacante o de un tercero (falta de desplazamiento patrimonial o de apoderamiento), y c) se menoscabe el valor económico de la cosa (por su extinción o disminución) con el fin principal de agraviar a la víctima.

El daño simple

En la legislación vigente, el daño se estructura en dos formas básicas: el daño simple y el daño informático. Sobre el primero, el artículo 183, primer párrafo, CP dispone que

Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

Veremos a continuación los aspectos problemáticos de los elementos típicos. Nos concentraremos en las modalidades del daño, el

40. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 627. En este caso, el desistimiento voluntario del robo (art. 43 CP), dejaría subsistente el daño (pese a la ultrafinidad originaria), precisamente por su carácter subsidiario.

41. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, pp. 544-545. En idéntico sentido cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 543; también, Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 528 (párr. 2453 *in fine*).

objeto sobre el que puede recaer la acción, el resultado, la cuestión de la lesividad y el dolo.

El tipo objetivo

Acción prohibida

El tipo castiga a quien destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare. En rigor de verdad, la acción prohibida es *dañar*, las restantes referencias típicas son modalidades. Pero, ¿qué es dañar?

Desde antiguo se afirma que dañar no significa causar cualquier perjuicio, “sino solamente toda destrucción o degradación de la propiedad real”.⁴² La clave aquí está en la *degradación*, que no exige la eliminación o anulación total del objeto. Así, la acción prohibida supone un ataque a la materialidad, utilidad o disponibilidad de la cosa que disminuye su valor de uso o de cambio.⁴³ Se ataca la materialidad de la cosa cuando se altera su naturaleza, forma o calidades; se afecta la utilidad cuando se elimina o disminuye la aptitud de la cosa para el fin o fines a que está destinada; por último, se agravia la disponibilidad cuando el acto impide al propietario disponer de la cosa.⁴⁴

La fórmula típica es amplísima.⁴⁵ Cuando la ley reprime a quien *de cualquier modo dañare*, comprende a cualquier acto que resulte en detrimento, perjuicio o menoscabo de la cosa.⁴⁶ La cláusula le da un alcance al tipo tan extenso que queda atrapada en él toda acción que atente contra la integridad material, inmaterial o funcional de la cosa.⁴⁷

42. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 524 (párr. 2449).

43. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, pp. 627-628. En idéntico sentido, Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 446; Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires, BdeF, 3ª ed., 2016, p. 1031.

44. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, pp. 627-628. La jurisprudencia local ha seguido esta definición, cfr. CAPCyF, Sala I, *in re* “Diez, María Carolina y Cundo, Alexis”, rta. 04/09/2009; de la misma Sala, “González Pedro”, rta. 22/09/10.

45. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 545.

46. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 543.

47. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 856. En igual sentido, CAPCyF, Sala II, *in re* “Rivera, Federico”, causa 16634-00-CC-2015, rta. 27/04/2016: “La enumeración, según se advierte, no

Si bien es cierto que la norma se refiere concretamente a destruir, inutilizar o hacer desaparecer, esto no es más que una mera ejemplificación, una enumeración enunciativa de modalidades comisivas posibles.⁴⁸ Así lo ha entendido la jurisprudencia.⁴⁹ De todos modos, es útil indagar sobre el sentido de estas formas de afectación al bien jurídico.

Destruir supone atentar contra la sustancia de la cosa, de modo de perjudicar su integridad o su modo de ser.⁵⁰ Se trata de deshacer o arruinar la cosa, alterando su naturaleza, calidad, forma o estructura.⁵¹ No se requiere que la cosa deje de existir, sino que deje de existir como lo hacía.⁵² Basta entonces con una afectación parcial, siempre que se altere su integridad o su estructura constitutiva. Así, destruye el que corta parte de una manguera, el que vierte agua en el vino, el que realiza varias perforaciones en un árbol sin secarlo, el que desarma un auto.⁵³

Inutilizar importa privar a la cosa de su aptitud, provecho o utilidad.⁵⁴ La acción consiste en tornar al objeto inapto para la función a la que estaba destinado, sin alterar su naturaleza o estructura; por ejemplo,

es taxativa, abarcando, en definitiva, cualquier acción que, sin importar la destrucción, inutilización o desaparición, atente contra la integridad material o funcional de la cosa”.

48. Cfr. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 542; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1032.

49. “Sin perjuicio de que el mismo artículo prevé estos verbos típicos, también podrán utilizarse otros sinónimos descriptivos por fuera de la norma que puedan relacionarse con el delito ‘sub examine’, por ejemplo: marcar, rayar, rajar, entre otros. Todos los cuales pueden configurar el delito establecido en el artículo 183 del Código Penal, ya que todos ellos describen que se ha generado un perjuicio a una cosa.”, CAPCyF, Sala I, *in re* “Godoy, José María”, causa 1426-00-00-16, rta. 06/07/2016. En idéntico sentido, Sala II, *in re* “Rivera, Federico”, cit.; Sala III, “Jaime, Carlos Javier”, causa 5537-02-13, rta. 04/04/2017, voto del juez Franza.

50. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 529-530. Análogamente, Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 446.

51. Cfr. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 855.

52. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 545: se destruye “cuando por efecto de la acción la cosa no existe más en la sustancia y forma que la especificaban y le daban valor...”.

53. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 529-530; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628.

54. Así, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 347; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 447; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 855.

aplicar químicos al semental para anular su potencia generatriz.⁵⁵ No queda abarcada en la norma la mera alteración funcional, como sucede cuando se afecta el ritmo de marcha del taxímetro.⁵⁶

Hacer desaparecer la cosa es una modalidad típica que no suele estar presente en la legislación comparada.⁵⁷ Bajo este supuesto no se daña la cosa, sino la propiedad ajena, por imposibilidad de usar el objeto desaparecido.⁵⁸ Lo prohibido, entonces, es colocar la cosa fuera de la esfera de poder o de la posibilidad de disposición del propietario, poseedor o tenedor, sea este legítimo o ilegítimo.⁵⁹ Esto sucede cuando se arroja la joya al mar, se libera al animal del corral o se vacían los tubos de ensayo del laboratorio. Cualquiera sea el supuesto concreto, la desaparición de la cosa supone un previo despojo causado a la víctima y un transitorio ingreso en poder del autor, lo que podría constituir el hecho en hurto. Sin embargo, siempre que se trate de un apoderamiento “fugaz”, estrictamente necesario para excluir la cosa de la esfera de disposición del afectado, y sin introducirla en el patrimonio del autor o de un tercero –esto es, sin producir transferencia ilícita de derechos–, la acción permanece en los límites del daño.⁶⁰

55. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628. Como se advierte, al excluir la alteración de la naturaleza o estructura de la cosa como efecto de la acción, los autores buscan trazar una distinción entre *inutilizar* y *destruir*. Rechaza toda posibilidad (y utilidad) de tal distingo, Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 545.

56. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 530-531.

57. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 348. La doctrina española debate intensamente si la desaparición de la cosa puede constituir daño; cfr. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 447, nota 5.

58. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 531.

59. Cfr. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 447; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 855.

60. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 548. Véase también Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 348-349, quien explica que el elemento subjetivo del autor terminará de definir el encuadre legal de la conducta, aunque advierte que no debe confiarse excesivamente en él: quien se apodera de una cosa y luego la destruye comete un hurto, aunque hubiera obrado movido por su ánimo de venganza. En idéntico sentido, Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 528: “(h)abiendo apoderamiento de la cosa que tiene un tercero, existe hurto aunque el autor lo haga para dañarla”.

¿Comisión por omisión?

Como si la fórmula típica del daño no fuese lo suficientemente amplia, la doctrina admite la comisión por omisión, dado que se trata de un tipo resultativo o prohibitivo de causar.⁶¹ Así, cometería daño el cuidador del zoológico que deja de alimentar al animal, el agente que omite las reparaciones necesarias y debidas en la maquinaria, el jardinero que deja perecer las plantas.⁶²

No puede dejar de sorprender que tan controversial interpretación, siempre resistida por su flagrante agravio al principio constitucional de legalidad, sea simplemente aceptada cuando se trata del delito de daño, sin que se ofrezcan elaboraciones conceptuales o esfuerzos argumentales para justificarla. Si de algo es demostrativo este singular fenómeno es de la naturaleza ambivalente de esta infracción penal, que se remonta a sus orígenes como un mero ilícito civil. En efecto, como ya se explicó, la figura del artículo 183 del Código Penal reconoce su fuente en el texto del “Proyecto de 1891”, que se elaboró sobre la base de las reformas propuestas al “Código de 1886” que, a su vez, fue redactado a partir del “Proyecto (o Código) Tejedor” (1868). En este último, la figura del daño sigue a la redacción de los artículos 463 y 464 del Código Penal español de 1850 que, en lo pertinente, repetían las previsiones de las *Partidas Españolas* (Ley N° 18, Título XV, Partida VII).⁶³ Por su parte, las Partidas reflejan las reglas de la *Lex Aquilia* (capítulos I y III) que consagró la figura del *Damnum injuria datum*,⁶⁴ que es el modo en que la doctrina penal denomina aún hoy al delito de daño.⁶⁵

61. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, pp. 447- 448. También, Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 544.

62. Cfr., Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628; Huñis, Ricardo, D., *op. cit.*, p. 854; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 537.

63. Cfr. Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal. Concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1849, T. III, pp. 410-411.

64. Del Valle Aramburu, Romina, “Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, 2014, p. 276. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43643/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 19/12/2019].

65. Ver capítulo III.

Este *Damnum injuria datum* de la *Lex Aquilia* era injusto (intencional) pero admitía la culpa, que podía consistir en un actuar negligente, pero también podía “ser un descuido por omitir los deberes que le correspondía ejercer a una persona”.⁶⁶ Adicionalmente, la acción que concedía al damnificado, tenía naturaleza penal, “no [era] indemnizatoria del daño que se ha[bía] causado sino que se aplica[ba] como una pena en base a la tipificación existente en ese momento siendo un castigo penal y no como sanción civil”.⁶⁷

Así las cosas, la admitida comisión por omisión del delito de daño es un vicio de origen, un signo de su naturaleza ambivalente, entre ilícito civil e infracción penal. Pero esta lectura, antes que justificar el desconocimiento del principio constitucional de legalidad, pone en evidencia la necesidad de repensar cuál es la respuesta punitiva adecuada para el daño –¿pena pecuniaria principal?, ¿pena pecuniaria alternativa?–, así como cuál debe ser el ámbito de prohibición reservado a la reacción sancionatoria –¿montos mínimos de perjuicio pecuniario como condición objetiva de punibilidad?–.

Objeto del delito

Según el tipo del artículo 183 CP, el daño puede cometerse respecto de “una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno”. La inclusión de la cosa mueble como objeto del delito ha sido considerada una “novedad de la ciencia moderna”.⁶⁸

Cosa es todo bien material susceptible de valor económico (art. 16 CCyC). Son *cosas muebles* las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa (art. 227 CCyC). Las *cosas inmuebles* pueden serlo *por naturaleza* (“el suelo, las cosas incorporadas a él de una ma-

66. Del Valle Aramburu, Romina, *op. cit.*, p. 277.

67. *Ibidem*, p. 283. Concluye la autora: “El pensamiento social romano o comunitario fue recepcionado por las normas escritas estableciendo penas para esas transgresiones, como castigos no como reparación del daño causado o indemnización como entendemos tal concepto en la actualidad. Lo expresado es muy lejano a la concepción moderna de la indemnización civilista, se podría analizar como un antecedente lejano de las penas pecuniarias de nuestro Código Penal Argentino”.

68. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 526 (párr. 452): la recepción legislativa se produce en el Código Penal Toscano (1853), aunque el autor aclara que ya había antecedentes jurisprudenciales en esa jurisdicción que habían considerado la destrucción de semovientes (animales domésticos matados) como daño.

nera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre”, art. 225 CCyC) o *por accesión* (“las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable”, art. 226 CCyC). Los *animales* revisten la condición jurídica de cosa mueble (semovientes)⁶⁹ y, en tanto que tales, su mención en el tipo es sobreabundante.⁷⁰

La cosa tiene que ser total o parcialmente ajena, sin importar el título (legítimo o ilegítimo) en razón del cual la detenta el poseedor.⁷¹ La ajenidad tiene una nota negativa y una nota positiva: se requiere que la cosa no pertenezca al autor, pero que además pertenezca a alguien.⁷² Así, es ajena la cosa que no es propia ni carece de dueño.⁷³

El bien enteramente propio no puede ser objeto de daño, pero el hecho podría constituir alguna forma de defraudación (quiebra fraudulenta, art. 176, inc. 2 CP; concurso civil fraudulento, art. 179, primer párrafo, CP; insolvencia fraudulenta, art. 179, segundo párrafo, CP; incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, art. 2 bis de la Ley N° 13944), delito contra la seguridad común (incendio y estrago, arts. 186, 187 y 188, segundo párrafo, CP) o infracciones a la Ley de Maltrato Animal (Ley N° 14346).⁷⁴ La jurisprudencia ha reputado típico el daño cometido contra el bien parcialmente propio.⁷⁵

Tampoco pueden ser objeto del delito las cosas sin dueño (art. 1947, inc. “a”, CCyC), sea que se trate de cosas sin dueño propiamente dichas (*res nullius*) o cosas abandonadas (*res derelictae*).⁷⁶ En este sentido, se ha resuelto que si no es posible individualizar al titular del inmueble

69. La ley civil es clara al respecto y son múltiples las instancias en las que subsume a los animales en la categoría de cosa mueble (cfr. arts. 464, inc. f, 465, inc. i, 1947, 2130, 2141, 2153 CCyC).

70. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542; Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 544.

71. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542.

72. Huñis, Ricardo, *op. cit.*, p. 851.

73. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542.

74. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 346; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 627.

75. CAPCyF, Sala II, *in re* “Goyena Giménez, María Beatriz”, causa 14250-2016-1, rta. 03/09/2018. En el caso se había afectado un ventiluz ubicado entre la unidad de la condenada y el techo de la finca de los denunciados.

76. La doctrina es unánime al respecto. Ver Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 448; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 345-346; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 542.

registrado, el hecho es atípico.⁷⁷ Por otro lado, con relación a los animales salvajes, debe advertirse que, aunque jurídicamente revisten la condición de *res nullius*, su ataque podría constituir una infracción a la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley N° 22421, arts. 24 y 26).⁷⁸

En cambio, quedan comprendidas en el concepto de cosa ajena las *cosas perdidas* (arts. 1947, inc. “b”, y 1955 CCyC)⁷⁹ y los *tesoros* que no fueron hallados en cosas propias (art. 1953 CCyC). Se ha dicho que es susceptible de daño la *cosa hurtada*, porque aunque el dueño ha sido despojado de su tenencia no se extinguió su dominio, que le confiere el derecho a la reivindicación (art. 2248, primer párrafo, CCyC).⁸⁰ La cuestión solo presenta interés, lógicamente, cuando el autor del daño es el mismo que efectuó el desapoderamiento. En este supuesto, más allá de las consideraciones ya efectuadas al referirnos a la modalidad dañosa consistente en *hacer desaparecer* la cosa, el problema se resuelve por remisión a las reglas del concurso aparente y la cláusula de subsidiaridad expresamente contenida en el artículo 183 CP.

Finalmente, tratándose de cosa total o parcialmente ajena, es indiferente en poder de quién esté al momento del hecho, es decir, no se requiere que la detente el propietario o poseedor. El tenedor legítimo o ilegítimo de la cosa ajena puede ser autor del daño, como sucede cuando el locatario ataca el objeto antes de restituirlo.⁸¹

77. CAPCyF, *in re* “Romero Fernández, Ana Karina”, causa 5274-01-00-16, rta. 15/02/2017: “... teniendo en cuenta que la propiedad, entendida como derecho o facultad de poseer alguien algo o bien de disponer de ello, debe recaer en una persona determinada, su ausencia, más precisamente de los damnificados, impide tener por verificada en autos la tipicidad del delito en cuestión. Si bien obra en la causa un informe del Registro de la Propiedad Inmueble que da cuenta de que la titularidad del bien corresponde a una persona fallecida sin descendencia, lo cierto es que la Fiscalía a lo largo de toda la investigación cursada no logró identificar concretamente al/los herederos del bien”.

78. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 448. Tratándose de animales domésticos, pero sin dueño, la acción podría constituir una infracción a la Ley de Maltrato Animal.

79. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 527; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 850; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 448; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 627; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 344.

80. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 527-528.

81. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 527; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 849; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 627; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 448; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 344-346.

Resultado

Dijimos ya que el daño supone un ataque a la materialidad, utilidad o disponibilidad de la cosa. Vimos también que las modalidades típicas son cuasi ilimitadas (“o de cualquier modo dañare”). En ese contexto, la correcta definición del resultado cobra especial relevancia, pues cumple una función limitadora de la prohibición.

La labor ha probado ser dificultosa, quizá por el carácter multívoco del término dañar. Ya Rivarola señalaba que el daño supone un ataque “a la existencia misma de la cosa”,⁸² y podría derivarse de ello que toda acción dañosa es la que conduce a la extinción o neutralización del objeto, como pareciera sugerirlo Soler.⁸³ Sin embargo, esta caracterización parece confundir el resultado como mutación física exterior (la identidad de la cosa ha cambiado) con el resultado como concepto jurídico (el agravio al bien jurídico que es requerido para autorizar la respuesta punitiva).⁸⁴ En efecto, si se adopta esta definición quedarían fuera del tipo los casos de inutilización y todos aquellos en los que el objeto fue dañado “de cualquier modo”. Por ello, podríamos convenir con la afirmación de Rivarola si entendemos que la “existencia misma de la

82. Rivarola, Rodolfo, *Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 1890, T. II, p. 396, citado por Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 526.

83. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 541, describe al daño como un “puro perjuicio a la propiedad, y que conduce a la pérdida misma de la cosa, a la anulación del derecho real, y consiste en la destrucción de la cosa misma sobre la cual el derecho era ejercido”. Sin embargo, al definir el resultado exigido por el tipo distingue entre los efectos requeridos por la acción según se trate de cosas simples o cosas compuestas y se aparta de la afirmación aquí transcripta.

84. Una confusión de ese tipo es la que parece advertirse en CAPCyF, Sala III, *in re* “Martínez, Joaquín Juvenal”, causa 22136-00-00-15, rta. 20/10/2016, disidencia del juez Delgado. En “Martínez” se atribuía al imputado haber hecho inscripciones con pintura roja en aerosol sobre el capot de un patrullero. En su disidencia, el juez Delgado votó por hacer lugar a la excepción de atipicidad articulada pues sostuvo que el tipo del art. 183 CP refiere a “una conducta capaz de anular el bien que ha sido objeto de la misma ya que tanto inutilizar como destruir o hacer desaparecer significan que dicho objeto ya no puede cumplir más la función propia. Por ello, la fórmula expresada al final del texto legal, referida a quien “de cualquier modo dañare” lejos de ampliar el concepto requiere como elemento objetivo del delito que la conducta reprochada llegue a dañar al bien protegido”. El juez Delgado se pronunció en idéntico sentido en casos en los que se había arrojado pintura amarilla sobre la puerta de un inmueble (Sala III, *in re* “Núñez, Gabriela Aurora”, causa 12981-01-00-13, rta. 13/05/2016) o se había pintado con aerosol el frente de una finca (Sala III, *in re* “E., A. A”, causa 6401-00-00-15, rta. 07/04/2016).

cosa” no se refiere al acto de existir del objeto, sino a su modo de existir.⁸⁵ En este sentido, basta con que la acción cause alteraciones en la sustancia material de la cosa, que la perjudiquen en su integridad o modo de ser.⁸⁶ Sin embargo, no cualquier alteración constituye el resultado típico. Debe reunir tres condiciones necesarias. En primer lugar, tratándose de cosas simples, debe alterarse su sustancia o su forma, siempre que se disminuya su calidad o la posibilidad de usarla, o sus fuerzas naturales.⁸⁷ Cuando se trata de cosas compuestas, puede alterarse la sustancia o forma de las piezas (cosas simples) que la componen,⁸⁸ o bien puede alterarse la estructura, colocación o funcionamiento de aquellas, por ejemplo: cuando se desarma un automóvil.⁸⁹ En cualquier caso, lo dirimente es la alteración de la esencia o sustancia.⁹⁰

En segundo lugar, la alteración debe eliminar o disminuir el valor de cambio o de uso de la cosa.⁹¹ Así lo ha ratificado la jurisprudencia.⁹² De todos modos, no es necesario que se produzca un perjuicio patrimonial, sino que hasta podría generar una ventaja económica, como cuando se destruye la cosa cuyo costo de mantenimiento superaba su valuación.⁹³

85. Así lo aclara Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 526, nota 5.

86. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 347.

87. Soler, Sebastián, *op. cit.*, pp. 545-6, que expresamente aclara que no es necesaria la destrucción total y efectiva de la cosa. Así también Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 856.

88. CAPCyF, Sala II, *in re* “Espinoza, Valerio Damián”, causa 3801-2016-2, rta. 10/05/2018, donde se consideró daño la conducta de quien rompió la óptica de un automóvil, aunque el vehículo no quedó inutilizado.

89. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 547.

90. CAPCyF, Sala III, *in re* “Palacios, Matías Ezequiel Y Otros”, causa 0010648-01-00-14, rta. 30/04/2015; Sala II, *in re* “De Luca, Diego”, causa 5643-01-CC-2014, rta. 17/11/2014.

91. Cfr. por todos, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, pp. 626 a 629. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 547, sostiene que “el daño debe ser medido desde el punto de vista de su valor de uso y no de su valor de cambio, porque el objeto de tutela es el derecho de propiedad del dueño, independientemente de las razones que puedan determinar una falta total de valor en el segundo sentido”. Sin embargo, esto no excluye la afectación al valor de cambio como resultado posible. Así lo interpreta Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 344.

92. CAPCyF, Sala II, *in re* “Rivera, Federico”, causa 6634-00-CC-2015, rta. 27/04/2016; Sala I, *in re* “Godoy, José María”, causa 1426-00-00-16, rta. 06/07/2016; Sala I, *in re* “Chirinos Navarro, José Antonio”, causa 28686-01-CC-2008, rta. 08/10/2008.

93. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628.

Por último, la alteración debe ser perdurable o significativa.⁹⁴ Esto implica que la restitución de la cosa a su estado anterior debe demandar un esfuerzo o trabajo apreciable, o algún gasto.⁹⁵

La mínima afectación al bien jurídico (la cuestión de la lesividad)

Aunque la discusión sobre la mínima afectación al bien jurídico como causal de atipicidad es eminentemente casuística, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros que conviene examinar. Se refieren tanto a cuestiones dogmáticas como procesales.

En primer lugar, el examen de lesividad no puede hacerse ligeramente, basado en impresiones apriorísticas o conclusiones antojadizas. No puede perderse de vista que se trata de un correctivo de la tipicidad legal y, como tal, debe ser empleado cautelosamente; pues siempre que nos preguntamos por la magnitud de la lesión al bien jurídico es porque hemos confirmado ya previamente que existe una lesión. En suma, “(s)i bien no toda lesión al bien jurídico ‘propiedad’ configura afectación típica requerida, el principio de insignificancia debe aplicarse con suma prudencia”.⁹⁶

En segundo lugar, no deben confundirse las cuestiones de política criminal –relacionadas con la conveniencia o inconveniencia de promover una acusación– con las consideraciones de lesividad. Los factores a considerar se limitan al nivel de agravio al bien jurídico y la intensidad del castigo previsto por el legislador, sin importar el tiempo que insume el proceso penal o los gastos que irrogaría al Estado llevarlo adelante. Así, se ha dicho que

... la relevancia económica del bien dañado no se debe efectuar en relación al costo de la tramitación de un caso penal dentro de la justicia

94. CAPCyF, Sala I, *in re* “Chirinos Navarro, José Antonio”, causa 28686-01-CC-2008, rta. 08/10/2008; de la misma Sala, “Beltrán, Rodrigo Nicolás”, causa 24343-01-00/10, rta. 12/08/2011 y “Jaime, Carlos Javier”, causa 5537-2013-6, rta. 19/02/2019; también, Sala II, *in re* “De Luca, Diego”, causa 5643-01-CC-2014, rta. 17/11/2014.

95. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 546. En el mismo sentido, Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 857; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 530; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 347; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 628; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1032. De manera explícita o implícita, la doctrina coincide en que el trabajo o el esfuerzo debe ser “apreciable” en sentido económico, no físico ni moral.

96. CAPCyF, Sala I, *in re* “Diez, María Carolina y Cundo, Alexis”, causa 39028-02-CC-08, rta. 04/09/2009. Criterio luego ratificado en “González, Pedro”, causa 45966-04-00/09, rta. 22/09/10 y en “Rodríguez, Juan Pablo”, causa 5955-00-00-16, rta. 11/10/2016.

nacional, pues para determinar el desvalor jurídico de la conducta lesiva se debe tomar en cuenta el grado de afectación y la magnitud de la escala penal establecida por el legislador, y en función de ello se podría establecer si en el caso es ínfimo.⁹⁷

Visto así, en el caso del daño, la pregunta por la lesividad no es más que una pregunta por la proporcionalidad del castigo. Allí donde la pena mínima legamente prevista aparezca como desproporcionada a la lesión, no habrá tipicidad.

En tercer lugar, la lesividad no puede medirse exclusivamente con referencia al resultado alcanzado, sino que debe considerarse también el peligro creado por la conducta legalmente típica. El bien jurídico puede ser afectado por la lesión producida (delito consumado) o por el peligro al que fue sometido (delito tentado), y una acción que obtuvo un resultado nimio pero creó un peligro significativo no es penalmente irrelevante. Así fue resuelto por la jurisprudencia en un caso en el que dos personas dispararon alternadamente un rifle de aire comprimido contra una cámara de vigilancia ubicada en un domo, hasta lograr una pequeña rotura de la tapa exterior que la recubría. La Cámara entendió que

... de sostenerse que la insignificancia en la afectación de un bien jurídico equivale a la insignificancia de resultado, una tentativa de homicidio no sería merecedora de reproche alguno. [...] Para que pueda afirmarse la insignificancia de la afectación de un bien jurídico, la conducta que se reprocha debe estar dirigida a esa insignificante afectación. Si por el contrario, el autor se propone obtener determinado resultado y sin embargo, por azar, ese resultado no se produce, de ningún modo estaríamos en presencia de un supuesto de insignificancia.⁹⁸

Por otro lado, el examen de lesividad requiere un amplio debate de hechos y pruebas, por ello debe restringirse al juicio oral. Solo cuando surge de manera evidente y se basa en hechos y circunstancias plenamente acreditados puede articularse por la vía procesal de la excepción.⁹⁹

97. CAPCyF, Sala I, *in re* "González, Pedro", causa 45966-04-00/09, rta. 22/09/10.

98. CAPCyF, Sala II, *in re* "Vázquez Chilavert, Gonzalo Javier", causa 4242-00-15, rta. 18/06/2015.

99. CAPCyF, Sala I, *in re* "Diez, María Carolina y Cundo, Alexis", causa 39028-02-CC-08, rta. 04/09/2009; Sala II, *in re* "Antas, Douglas Germán Ángel", causa 14625-00-CC-2009, rta. 09/10/2009.

Finalmente, en el análisis de casos particulares se ha entendido que era insignificante causar la rotura del timbre de la casa de la víctima.¹⁰⁰ En cambio, se consideró lesiva del bien jurídico la conducta de quien utilizó su automóvil para embestir intencionalmente a otro y provocarle abolladuras y raspones,¹⁰¹ la de quien arrojó una baldosa contra un transporte público de pasajeros y así abolló un parante y rompió su vidrio lateral,¹⁰² y la de quien irrumpió en un quiosco y desplomó dos monitores y un exhibidor de caramelos, provocando sus roturas.¹⁰³

El tipo subjetivo

Estamos frente a un tipo doloso. La acción debe constituir un *damnum injuria datum*; esto es, un daño injuriosamente producido, por lo que solo admite el dolo directo.¹⁰⁴ La jurisprudencia así lo ha entendido.¹⁰⁵

Antiguamente, se sostuvo que en el daño era esencial el *animus nocendi*, de modo que el agente debía actuar motivado por el odio, venganza o sentimiento análogo.¹⁰⁶ Sin embargo, la figura típica no exige en el autor finalidades trascendentes (como el fin de causar un perjuicio patrimonial a la víctima) ni motivaciones especiales, por lo que basta con la conciencia de la ajenidad de la cosa y la voluntad de dañarla.¹⁰⁷

No se admite el dolo indirecto, ni el dolo eventual.¹⁰⁸ Aunque con reservas, Soler parece aceptar el dolo de consecuencias necesarias en la

100. CAPCyF, Sala I, *in re* “Faelli, Andrés Honorio”, causa 59775-00-CC/09, rta. 19/11/2010.

101. CAPCyF, Sala I, *in re* “Diez, María Carolina y Cundo, Alexis”, causa 39028-02-CC-08, rta. 04/09/2009.

102. CAPCyF, Sala I, *in re* “Beltrán, Rodrigo Nicolás”, causa 24343-01-00/10, rta. 12/08/2011.

103. CAPCyF, Sala II, *in re* “Álbez, Miguel Ángel”, causa 7545-02-CC-2013, rta. 16/09/2014.

104. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 529-533. La doctrina es casi unánime en este sentido: cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 350-351; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 448; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 857.

105. CAPCyF, Sala I, *in re* “Ciprese, Nicolás Adolfo”, causa 33393-00-00-12, rta. 07/03/2014; de la misma sala, “Dallacosta, Rodolfo”, causa 17045-2016-0, rta. 16/03/2017.

106. Gomez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, T. IV, pp. 390-391.

107. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 351; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 630; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 858.

108. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 630; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 535; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1033.

hipótesis del daño causado en la cosa usada para lastimar a otro (arrojar un jarro de porcelana que “solo de milagro podría no romperse”).¹⁰⁹

Se debate en la jurisprudencia si el *grafiti* puede constituir un daño. Una postura minoritaria ha señalado que es en verdad una expresión artística¹¹⁰ o una acción que no afecta la materialidad ni la utilidad de la cosa.¹¹¹ Sin embargo, en un reciente pronunciamiento, se entendió que

... en el ámbito local [el *grafiti*] no se encuentra regulado legalmente y menos aún sobre formaciones ferroviarias, por lo que el hecho que el recurrente lo pueda apreciar como expresión artística no excluye el dolo de su conducta, pues tal como se ha consignado previamente no es relevante que la acción haya sido guiada por otra intención.¹¹²

La forma culposa del daño no está prevista en la ley. Carrara explica que ella no sería admisible, porque tratándose de un delito contra la propiedad “bastan las reparaciones civiles para proveer a la seguridad privada”.¹¹³

El daño informático

El daño informático fue introducido en la Ley N° 26388 que reformó el artículo 183 CP. Desde entonces, en su segundo párrafo la norma dispone: “En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños”.

109. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 551.

110. CAPCyF, Sala III, *in re* “Argenti, Guillermo Maximiliano”, causa 004622-00-00-13, rta. 25/10/2013, disidencia del juez Delgado: “De las fotografías agregadas en el expediente puede observarse que los grafitis reproducen figuras abstractas con cierta variedad de color en las pinturas que denotan una intención artística, culturalmente relacionada con prácticas comunes y habituales en toda metrópoli, no autorizada en el caso y que, más allá de la valoración que pueda hacerse de las mismas, lo cierto es que no han buscado generar perjuicio a los vagones ajenos sino, en todo caso, agregarles valor. [...] Los eventuales perjuicios que pudieran entenderse que han sido ocasionados podrán reclamarse por la vía pertinente”.

111. CAPCyF, Sala II, *in re* “Cardozo, Lucas Daniel”, causa 15595-2017-0, rta. 03/05/2018, disidencia del juez Delgado.

112. CAPCyF, Sala I, *in re* “Jaime, Carlos Javier”, causa 5537-2013-6, rta. 19/02/2019.

113. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 528 (párr. 2453).

Esto es lo que en el derecho comparado se conoce como “sabotaje informático”.¹¹⁴ Comprende dos figuras: por un lado, el daño informático propiamente dicho; por el otro, la liberación de programas dañinos.

Daño informático en sí

Las acciones prohibidas son alterar, destruir o inutilizar. En todos los casos se ataca la existencia o la disponibilidad de unidades de información (*bits*) o de las herramientas para su procesamiento.

Alterar significa modificar en su esencia (contenido) o forma (disposición) la información atacada. Puede ejecutarse a través de múltiples modalidades; por ejemplo, borrando bits, introduciendo nuevos *bits* o modificando su ubicación en la secuencia lógica.¹¹⁵ La alteración debe ser sustancial, de suerte que el elemento informático pierda su utilidad, aunque siga funcionando parcialmente (como sucedería con la planilla de cálculo que ya no puede ejecutar porcentajes),¹¹⁶ o incorpore funciones no consentidas por el propietario (el cliente de correo electrónico que envía una copia de cada correo recibido o enviado a un servidor ajeno a la comunicación).

Inutilizar consiste en privar al objeto de su función propia, anularlo en el uso al que está destinado. Esto podría suceder colocando la información bajo una clave de acceso inaccesible para el propietario (como sucede con el *ransomware*) o eliminando paquetes de datos (suprimir en el *software* de traducción todos los paquetes de idiomas). La inutilización debe ser total, de lo contrario se tratará de una alteración.

Destruir supone hacer desaparecer la información por completo. Cuando lo destruido es el soporte físico de la información (por ejemplo, el disco rígido) se trata de un daño simple.¹¹⁷ La duda se presenta cuando la víctima posee una copia de respaldo (*back up*) o una herramienta de recuperación de la información. Podría argumentarse que el resultado no se obtuvo, pues la información sigue disponible para el propietario. Sin embargo, con la sola supresión de los datos el delito

114. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 451; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 855.

115. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 451.

116. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 352.

117. En contra, Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 451.

ya se ha consumado y la existencia de copias es indiferente.¹¹⁸ Por otra parte, el uso de las técnicas de recuperación supone un esfuerzo apreciable o un gasto que confirman que el delito ya se ha perfeccionado.

La acción puede recaer sobre distintos objetos. Los *datos* son unidades de información y comprenden “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”.¹¹⁹ Un *documento* es “toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión”.¹²⁰ Un *programa* es un conjunto de instrucciones que permite a un ordenador realizar diversas funciones, como el procesamiento de textos o la edición de imágenes.¹²¹ Por último, un *sistema informático* “es un dispositivo que consta de *hardware* y *software* cuya función es el tratamiento automatizado de datos digitales”.¹²²

En su aspecto subjetivo se trata de una figura dolosa, que solo admite el dolo directo. Al igual que con el daño simple, no son exigibles finalidades trascendentes ni motivaciones especiales.

Liberación de programas informáticos dañinos

La figura comprende dos formas típicas. Un tipo de peligro abstracto, que abarca a la venta y distribución de programas dañinos; y un tipo de peligro concreto, que se refiere a la circulación e introducción de aquellos.¹²³

118. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, pp. 452-453; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, pp. 1032-1033. Piénsese de este modo; si el autor destruyera un libro y la víctima tuviera otro ejemplar idéntico, nadie dudaría que el daño se consumó.

119. Cfr. Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa (Budapest, 23/11/2001), art. 1.b (aprobado por Ley N° 27411).

120. Cfr. art. 77 CP, según redacción introducida por la Ley N° 26388.

121. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 353.

122. Informe explicativo del Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa (Budapest, 23/11/2001), art. 1.a, párr. 23. Disponible en <https://rm.coe.int/16802fa403> [fecha de consulta: 23/12/2019].

123. Coincidente con esta lectura, Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 854. Se inclina por considerar que aquí hay un único tipo de peligro abstracto, Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 454; en cambio, entiende que se trata únicamente de un tipo de peligro concreto, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 353. El debate se zanja fácilmente, a nuestro

Vender significa entregar el programa dañino a cambio de un precio.¹²⁴ No basta con el perfeccionamiento del contrato de compraventa, que sucede cuando se conviene la entrega y el precio.¹²⁵ Se requiere la transferencia del objeto al comprador.¹²⁶ Puede darse a discusión el caso de quien recibe el precio pero no ha entregado aún el producto (hipótesis muy probable en el supuesto de las ventas a través de plataformas digitales). Si se aceptara la tipicidad de esa conducta se estaría penando la mera posesión del material peligroso, y no su liberación (como exige la figura). Justamente, la punición de la simple tenencia ha sido expresamente rechazada por la República Argentina al adherir a la Convención sobre Ciberdelito.¹²⁷

Distribuir importa transferir a título gratuito a una o varias personas determinadas. Si el programa fuere entregado a título oneroso, se trataría de un caso de venta, no de distribución. No debe confundirse esta hipótesis con el supuesto de quien entrega “con ánimo de lucro”, por ejemplo, porque un tercero le ofreció una recompensa en dinero si distribuía el programa ampliamente. Allí, el distribuidor entrega la cosa a título gratuito, con la intención de obtener una ganancia, y es autor del delito, mientras que el benefactor es un instigador. Por otra parte, si la distribución se hiciera a personas indeterminadas, se trataría entonces de una puesta en circulación.¹²⁸

Hacer circular supone propagar el programa hacia una o más personas indeterminadas.¹²⁹ Propaga el que hace que algo se extienda o

modo de ver, si imaginamos que el “programa dañino” es un virus viviente. La venta o la distribución de ese microorganismo es una actividad potencialmente peligrosa para la salud pública. En cambio, la puesta en circulación (por ejemplo, por vía de infestación de las aguas) o la introducción en seres humanos (por caso, mediante la contaminación de los alimentos de un nosocomio) representa un peligro cierto.

124. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 353.

125. Cfr. art. 1123 CCyC.

126. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 454.

127. Cfr. Ley N° 27411, art. 2, inc. “a”, que refiere al art. 6.1.b del mentado Convenio.

128. En contra, Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 454, para quien la distribución consiste en la entrega onerosa o gratuita a un número indeterminado de personas. Sin embargo, afirma también que “la puesta en mano del programa a una sola persona ya implica [...] la perfección del delito”. Esta posición falla en trazar una distinción entre las acciones que el legislador pretendió diferenciar: vender, distribuir, hacer circular.

129. Aunque con alguna salvedad, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 353-354 también equipara esta acción con la de distribuir, tal como lo hace Buompadre (ver nota anterior).

llegue a sitios distintos de aquel en que se produce.¹³⁰ La acción puede ejecutarse de manera abierta (colocando en foros y listas de distribución en línea un enlace para la descarga) o subrepticia (compartiendo el programa enmascarado bajo la apariencia de un fichero de audio o video en redes *p2p*, envíos de correo masivo, etc.).

Introducir implica que el autor incorpora o agrega el programa dañino en un sistema informático. La acción suele llevarse a cabo mediante técnicas de ingeniería social.¹³¹ Si para alcanzar el resultado el autor hubiera accedido al sistema informático (art. 153 bis CP), habría un concurso aparente por subsidiariedad y debería prevalecer el daño informático, por ser la figura más severamente penada.¹³²

El delito se comete mediante *programas destinados a causar daño*, es decir, a través de un conjunto de instrucciones para ordenadores dirigidas a alterar, destruir o inutilizar datos, documentos, programas o sistemas informáticos. Debe acreditarse la idoneidad del programa para alcanzar el fin requerido por el tipo.

Se trata de un delito doloso que exige dolo directo.¹³³ Por tratarse de figuras de peligro, no admiten la tentativa.¹³⁴

Daño agravado

El artículo 184 CP estipula una pena de tres meses a cuatro años de prisión cuando el daño fuera cometido en alguna de las circunstancias descriptas en sus seis incisos. Como ya se explicó en la sección perti-

130. Cfr. edición electrónica del Diccionario de la Real Academia Española, “propagar”, segunda acepción. Disponible en <https://dle.rae.es/propagar> [fecha de consulta: 23/12/2019].

131. La ingeniería social comprende diversas técnicas de ataque a los usuarios de un sistema informático dirigidas a manipularlos o manejarlos para que ejecuten determinadas acciones o divulguen información sensible. Cfr. Erbschloe, Michael, *Social Engineering: Hacking Systems, Nations, and Societies*, Florida, CRC Press, 2019, pp. 1-2

132. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 353. Sin embargo, si se hubiera accedido a un sistema informático de un proveedor de servicios financieros (art. 153 bis, segundo párrafo, CP) no podría utilizarse la escala penal como parámetro de subsidiariedad, por ser idénticas. La cuestión se resuelve mediante la ponderación de bienes jurídicos.

133. En contra, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 354, que admite el dolo eventual “excepcionalmente”.

134. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 454.

nente de este trabajo, la norma encuentra su primer antecedente en el “Proyecto de 1881” –inspirado, a su vez, en el Código Penal español de 1870, art. 576–, pero es el “Proyecto de 1906”, a través de su artículo 201, el que fija la fórmula empleada en los primeros cinco incisos. La Ley N° 26388 es responsable de la ampliación del quinto inciso y de la incorporación de la hipótesis prevista en el inciso sexto.

Por otra parte, la Ley N° 23184, en su artículo 8, anuncia un castigo de seis (6) meses a tres (3) años de prisión cuando el hecho se cometiera en el marco de espectáculos deportivos. La concreta definición de las circunstancias de tiempo y lugar está prevista en el artículo 1 de la norma, que fue modificado por la Ley N° 26358.

En todos estos casos, el tipo legal básico no ha sido modificado, de modo que para que exista un daño agravado deben concurrir previamente los elementos del daño simple. Las formas agravadas, entonces, no son más que especiales circunstancias agregadas a este último.¹³⁵

Daño agravado por la finalidad del autor

El artículo 184, inciso 1 CP agrava el daño cuando el autor decida “(e)jecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones”. Son dos hipótesis distintas.

En el primer caso el daño se agrava por la conexión final con el ejercicio de autoridad. El autor obra con el propósito de obstaculizar actos declarativos o ejecutivos de la autoridad pública, ejercida por un funcionario público o por quien accidentalmente participa o coopera con la función pública.¹³⁶ No es necesario que la cosa atacada pertenezca a la autoridad pública, ni se requiere tampoco que el agente logre su cometido para que el delito se perfeccione.¹³⁷ Comete este delito el que, disconforme con su detención amenaza con romper todo si no es liberado y comienza por la destrucción de puertas y ventanas de la seccional policial,¹³⁸ o el que arruina el móvil policial para evitar que el oficial haga el patrullaje. En el segundo supuesto el daño se agrava

135. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 552.

136. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 541.

137. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 860-861.

138. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, *in re* “O., P. y otros”, causa 31.388, rta. 23/02/1994, citado por Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 861-862.

por su conexión impulsiva con las determinaciones de la autoridad, lo cual emparenta a esta figura con el homicidio *crimins causae*.¹³⁹ No es necesario que la resolución de la autoridad agrave efectivamente al agente, basta con que este así lo entienda.¹⁴⁰ No se subsume en este tipo agravado la conducta de quien obra motivado simplemente por odio a la autoridad,¹⁴¹ como el transeúnte que rompe los talonarios de actas de los inspectores de tránsito. En cambio, comete el delito el que rompe el móvil policial tras haber sido desalojado del inmueble que ocupaba ilegalmente.¹⁴²

Las figuras aquí analizadas guardan una estrecha relación con los delitos de sedición y atentado y resistencia a la autoridad.

En cuanto a la sedición (art. 230, inc. 2, CP), la diferencia estriba en que no hay un alzamiento público, sino un atentado cometido por una persona o un grupo determinado de personas contra las cosas para oponerse a la autoridad o vengarse de ella.¹⁴³

En cuanto a los delitos previstos en el Capítulo I del Título XI del Libro II del Código Penal, la cuestión resulta bastante más compleja. En primer lugar, puede decirse que la vinculación con el atentado a la autoridad (art. 237 CP) es solo aparente, pues en este último el autor tiende a sustituir la voluntad del funcionario público por la propia, lo que no sucede los supuestos aquí examinados.¹⁴⁴

En segundo lugar, el daño agravado se distingue de la resistencia a la autoridad (art. 239 CP) porque el autor no despliega una oposición personal y directa de las propias acciones a las acciones de la autoridad, sino que comete un atentado contra las cosas, el cual está solo subjetivamente dirigido a la autoridad.¹⁴⁵ Esto es lo que ocurre cuando durante un operativo policial en el que se está secuestrando mercadería de vende-

139. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 556.

140. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 860.

141. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 542.

142. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, *in re* "A., B. y otros", causa 17.904, rta. 22/03/2002, citado por Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1034.

143. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 540.

144. Ídem. En contra, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 631, quien sostiene que el daño puede utilizarse "como procedimiento con contenido final de atentar [...] a la autoridad".

145. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 540; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 356.

dores ambulantes que ocupan la acera, un grupo de manifestantes disconformes con el accionar estatal deciden interrumpir el tránsito y para ello arrojan a la calzada las piezas de las motocicletas que previamente destrozaron. ¿Pero qué sucede si los manifestantes son los mismos vendedores ambulantes? Un sector de la doctrina entiende que el interrogante se resuelve por aplicación del principio de especialidad, de modo que la resistencia a la autoridad desplaza al daño.¹⁴⁶ Otros, en cambio, rechazan esta solución por entender que el daño agravado “no es una transformación del hecho del artículo 239”¹⁴⁷ y no opera tampoco la regla de la subsidiariedad, dado que la resistencia tiene una pena menor.¹⁴⁸

A nuestro juicio, la cuestión se dirime por aplicación del principio de especialidad, pero es el daño agravado el que desplaza a la resistencia a la autoridad. Una de las modalidades del concurso aparente por especialidad sucede cuando “el ámbito conceptual de dos tipos puede darse por separado al mismo tiempo desde un punto de vista formal, pero la idea básica de un tipo es la forma especial del otro”.¹⁴⁹ Esta es justamente la relación entre resistencia y daño agravado, cuando el autor persigue la finalidad de obstaculizar la orden legítima que la autoridad pretende ejecutar sobre él. Idéntico razonamiento se aplica con relación a la hipótesis del impedimento del acto funcional (art. 241, inc. 2, CP).

Esta particular relación ha llevado a algunos a concluir que el daño agravado por la finalidad del autor es en verdad un delito contra la administración pública injerto en los delitos contra la propiedad.¹⁵⁰ Aunque con resultados diversos, coincidimos con este aserto.

Daño agravado por el medio y el objeto

El inciso segundo del artículo 184 CP agrava la pena del daño por “(p)roducir infección o contagio en aves u otros animales domésticos”.

146. Así, Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 631 –que extienden la solución también respecto del impedimento funcional (art. 241, inc. 2 CP)–; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1034.

147. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 540-541, nota 45.

148. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 356.

149. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 1997, p. 276. El autor ilustra su concepto con el caso de la liberación de detenidos (párr. 120) respecto del encubrimiento personal (párr. 257).

150. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 631.

El agravamiento se funda en la peligrosidad del medio empleado, pero también en el objeto atacado.

El texto legal se remonta hasta el “Proyecto de 1881” (art. 346, inc. 2), que lo tomó a su vez del Código Penal español de 1870 (art. 576, inc. 2), pero en este último, la disposición se refiere a la infección y contagio de *ganado*.¹⁵¹ La omisión –o sustitución por los animales domésticos– en la legislación argentina resulta difícil de justificar, especialmente si se consideran las vastas extensiones de tierra dedicadas a la explotación ganadera y su influencia en la economía nacional como fuente de riqueza.¹⁵² La deficiencia podría mitigarse, sin embargo, porque en la mayoría de los casos el hecho se cometería con la aplicación de veneno, circunstancia que agrava la pena con independencia del objeto afectado en el inciso 3 del tipo.¹⁵³

Por idénticas razones, debería haberse incluido también el daño por infección o contagio en vegetales.¹⁵⁴ Máxime si se tiene en cuenta que, como ya se apuntaba en el siglo XIX, “lo que hay de especial en los daños que ofenden a la agricultura es, con muchísima frecuencia, su irreparabilidad inmediata”.¹⁵⁵

Como elemento del tipo, los *animales domésticos* pueden definirse como aquellos que son criados por el hombre.¹⁵⁶ En el orden jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, puede encontrarse una definición harto si-

151. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 543.

152. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 543; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, pp. 356-357 y nota 6. Más categórico, Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 526, que califica la disposición como un error imperdonable, en razón de la cual una paloma vale más que el ganado (!). A pesar de ello, debe decirse que, en este aspecto, la ley penal parece estar en sintonía con la actual tendencia en materia de política criminal de la Ciudad de Buenos Aires, ya que recientemente se ha prohibido la realización de intervenciones quirúrgicas que modifiquen la apariencia externa del animal (Ley N° 6266, art. 1) y hasta se ha sancionado como contravención todo acto que pueda “provocar un perjuicio para su salud... psíquica” (art. 129 CC, según Ley N° 6173).

153. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 357; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 526.

154. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 547.

155. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 531 (párr. 2456).

156. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 543.

milar en la Ley N° 6173¹⁵⁷ y en la Ley N° 4351.¹⁵⁸ Quedan excluidos entonces los animales salvajes o domesticados.¹⁵⁹ El animal tiene que estar vivo.¹⁶⁰

La infección o contagio puede llevarse a cabo por cualquier medio, sea mezclando animales sanos con enfermos, llevando animales a un sitio insalubre, contaminando sus alimentos, etcétera.¹⁶¹ Pero la infección o el contagio tienen que producirse en el caso concreto, de lo contrario el hecho quedará tentado.¹⁶² De todos modos, basta con que un animal resulte afectado.¹⁶³

Daño agravado por el medio

En el inciso tercero del artículo 184 CP el daño se agrava por “(e)mplear sustancias venenosas o corrosivas”. La mayor penalidad se explica por la peligrosidad del medio empleado.¹⁶⁴

Veneno es toda sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa que, introducida en el organismo, mata o daña por vía de la acción o transformación química que produce.¹⁶⁵ Quedan excluidas las sustancias que producen ese efecto mediante procesos no químicos (por ejemplo, el vidrio molido).¹⁶⁶ De acuerdo con esta definición,

157. Art. 2: “... todo animal de compañía que por sus características evolutivas y de comportamiento pueda convivir con el ser humano en un ambiente doméstico...”.

158. Art. 2, inc. “a”: “... animales que conviven con las personas, compartiendo el lugar donde estas residen” (aunque se refiere solo a canes y felinos).

159. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 456.

160. Núñez, *op. cit.*, p. 544. El ataque a animales muertos (arruinando su carne o su cuero, por ejemplo), constituirá daño simple.

161. Ídem.

162. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 357. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el acto preparatorio podría ser penado como la contravención de colocar sustancia insalubre o dañina en espacio público o privado de acceso público (art. 54 CC).

163. Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 456.

164. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 547.

165. Cfr. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, T. I, p. 143, nota 68. En sentido análogo, Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 863-864.

166. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 864. En contra, Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. III, pp. 34-35; Fontán Balestra, *op. cit.*, T. I, pp. 92-93, para quienes el concepto jurídico de veneno está definido por su carácter insidioso y no por un criterio químico.

pueden ser objeto de la acción tanto los animales como otros seres vivos, sean vegetales, árboles, etcétera.¹⁶⁷

Sustancia corrosiva es aquella que degrada o destruye a la cosa royéndola.¹⁶⁸ Pueden ser atacadas de este modo las cosas muebles y los inmuebles, incluidos los animales y hasta los monumentos.¹⁶⁹

Daño agravado por el lugar y modo

Según el artículo 184, inciso 4 CP, resulta más grave “(c)ometer el delito en despoblado y en banda”. Se debate cuál es el verdadero fundamento de la mayor punición.

Rodolfo Moreno, en su condición de autor del texto legal, afirmó que la disposición tenía por objeto “proteger especialmente los productos rurales [...], pues es sabido que se aumenta la pena cuando se consuma el hecho en los objetos dejados en el campo por necesidad”.¹⁷⁰ Pero también se ha hecho notar que la reunión de personas con el fin de destruir la propiedad ajena incrementa el poder destructivo del acto y por eso da lugar a una forma específica y más grave del daño, la *devastación*.¹⁷¹ Ninguna de estas dos lecturas resulta suficiente para justificar la agravante, pues habiendo despoblado y banda podrá afirmarse la tipicidad de la conducta, sin importar la naturaleza del objeto afectado y la magnitud del daño causado.¹⁷² Parece más acertado sostener que la agravante se explica por el mayor grado de desprotección de la cosa –cualquiera ella sea– y la mayor facilidad para lograr la impunidad.¹⁷³

167. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 357; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1035. En contra, Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 545; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 863.

168. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 545.

169. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 357. El autor apunta que en el caso de los monumentos puede darse un concurso ideal con la agravante prevista en el art. 184, inc. 5, CP.

170. Cfr. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, pp. 392-393, que cita a Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tomassi, 1923, T. 5, p. 290.

171. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 539 (párr. 2464).

172. Soler, Sebastián, *op. cit.*, pp. 556-557.

173. Así, Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1035. Limita el fundamento a la mayor facilidad para cometer el delito, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 358.

Las dos circunstancias calificantes (lugar de comisión y modo de ejecución) deben concurrir para perfeccionar la tipicidad.¹⁷⁴ Si solo se acreditara una de ellas, la conducta, habrá daño simple.¹⁷⁵

Despoblado es el lugar extraño a zonas urbanas y habitadas, en el que no hay población estable ni concurrencia de gente.¹⁷⁶ Tres son sus características definitorias, a saber: a) el lugar debe estar fuera del radio poblado de ciudades, villas o parajes (un baldío en una ciudad no es despoblado), b) la ubicación debe dificultar la obtención de auxilio de terceros o favorecer la impunidad (el campamento con muchos asistentes no es un despoblado) y, c) no se requiere la ausencia de construcciones (campo abierto), sino de pobladores (el casco de estancia puede ser un despoblado).¹⁷⁷

El concepto de *banda* es perfectamente paralelo al contenido en el artículo 166, inciso 2, CP.¹⁷⁸ Doctrina y jurisprudencia coinciden en exigir la intervención de tres o más personas, basada en un acuerdo previo, para cometer un hecho determinado, sin que sea necesario un pacto para cometer delitos indeterminados, como exige el artículo 210 CP.¹⁷⁹

No es necesario que todos los participantes en el delito sean coautores, pues la ley exige que el daño sea cometido *en* banda y no *por* una banda.¹⁸⁰ Bastará con un autor, y los restantes miembros pueden ser partícipes primarios o secundarios,¹⁸¹ pero todos deben intervenir en la

174. Molinaro, Alfredo, *op. cit.*, p. 547; Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 457. La aclaración es pertinente porque, como explica Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 392, el codificador, Rodolfo Moreno, sostiene que hay dos formas agravadas; una por cometer el delito en despoblado; otra por hacerlo en banda. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 556 también rechaza esta tesis y señala que Moreno fue “posiblemente inducido a error porque el C. español dice cuadrilla o despoblado”.

175. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 358; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 864.

176. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 865.

177. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1988, T. 1, p. 457.

178. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 865.

179. Cfr. por todos, Simaz, Alexis Leonel, *Concepto de banda en el derecho penal argentino: un análisis de los delitos en que funciona como elemento agravatorio y/o constitutivo*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 173 y ss.

180. *Ibidem*, pp. 181-185.

181. *Ibidem*, p. 176. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1035, limita la intervención a los partícipes primarios (con cita de CNCP, Sala III, in re “E., J. s/ rec. de casación, causa 206, rta. 23/09/94).

etapa ejecutiva.¹⁸² A los fines típicos, entonces, los agentes deben realizar aportes entre el principio de ejecución y la consumación; las contribuciones en la etapa preparatoria o las posteriores al momento consumativo no son computables para sostener la existencia de la banda.¹⁸³

Pueden integrar la banda todos los que –dentro de la etapa ejecutiva– actúen dolosamente. Se excluyen los que carecen de capacidad psíquica de acción (quienes están en estado de inconciencia y los involuntables) y los que obran bajo error de tipo. En cambio, harán un aporte típicamente relevante los que obren amparados por una causa de justificación (los coaccionados), los incursos en error de prohibición y los que carezcan de capacidad psíquica de culpabilidad (inimputables, menores de 16 años de edad). Pero al menos uno de todos los participantes en el hecho debe ser punible y actuar a título de autor.¹⁸⁴

Finalmente, no es necesario identificar a todos los miembros de la banda. Basta con probar la participación en actos ejecutivos de tres o más personas.¹⁸⁵

Daño agravado por el objeto

El artículo 184, inciso 5, CP agrava la pena del daño por

... ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos.

En este caso, la mayor penalidad se explica porque los bienes comprendidos en la norma tienen especial significación social por su naturaleza o por el uso que se les da,¹⁸⁶ de modo que quien los daña causa un detrimento a la sociedad toda, que tiene un interés general en resguardarlos.¹⁸⁷

182. Simaz, Alexis Leonel, *op. cit.*, p. 177.

183. *Ibidem*, p. 188.

184. *Ibidem*, pp. 177-179.

185. *Ibidem*, p. 179.

186. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 358.

187. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 865.

La exacta definición de los objetos alcanzados por esta agravante ha sido –y continúa siendo– materia de debate. Originalmente (cuando lógicamente la norma no contenía la referencia a instrumentos informáticos introducida en el año 2008), Moreno entendía que había dos clases de bienes. La primera parte del inciso se refería al daño ejecutado en diferentes lugares, cuyos bienes son de uso público, destinados al servicio de todos; mientras que en la segunda parte el daño se comete sobre cosas colocadas en edificios o lugares públicos.¹⁸⁸

Más tarde, Soler explicaba que, en verdad, la ley diferencia claramente tres clases de bienes, a saber: a) archivos, registros, bibliotecas o museos; b) caminos, puentes, paseos y otros bienes de uso público; y c) objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.¹⁸⁹ Así se desprende de una interpretación de la norma de tipo gramatical (pues el destino “de uso público” está separado de “archivos, registros, bibliotecas, museos” por una disyunción) y teleológica (no hay motivo para excluir de la agravante el caso de quien destruye un archivo secreto –y por eso privado– del Estado; tampoco lo hay para excluir un archivo o biblioteca particular, siendo que el inciso segundo de la misma norma “protege el gato y el canario de cualquier ciudadano”).¹⁹⁰ Los antecedentes legislativos también apoyaban la lectura de Soler, pues tanto en el “Proyecto de 1881” como en el “Código de 1886” se aludía a archivos, registros, bibliotecas o museos *públicos*, y la referencia fue expresamente eliminada en el texto sancionado¹⁹¹ que, por otra parte, en ningún caso exigía que los bienes fueran *públicos*, sino que solo en algún supuesto (concretamente, en la segunda clase) establecía que debían ser *de uso público*.¹⁹²

Esta clasificación tripartita ha sido abrazada unánimemente por la doctrina¹⁹³ y fue también recogida por la jurisprudencia.¹⁹⁴ Sin

188. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 546 que cita a Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, *op. cit.*, T. 4, párr. 267.

189. Soler, Sebastián, *op. cit.*, pp. 557-558.

190. *Ibidem*, p. 557.

191. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 547; en idéntico sentido, Fontán Balestra, *op. cit.*, pp. 358-359.

192. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 558.

193. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 547; Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 359; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 865-866; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1035.

194. Cfr. CAPCyF, Sala II, *in re* “V., F. N.”, causa 53845-00-CC-2010, rta. 21/09/2011; de la misma Sala, aunque con otra integración, “S., R. M.”, causa 22778 -00-CC/2011, rta. 21/06/2012 y “Rivera, Federico”, causa 16634-00-CC-2015, rta. 27/04/2016.

embargo, no debe perderse de vista que con la reforma introducida por la Ley N° 26388 se incorporó una cuarta categoría de bienes. Así las cosas, en prieta síntesis, hoy puede afirmarse que el artículo 184, inciso 5, CP comprende: a) archivos, registros, bibliotecas y museos, sean o no públicos, o de uso público; b) caminos, puentes y paseos de uso público, y todo otro bien de uso público, aunque ninguno de los anteriores sean bienes públicos; c) objetos de arte colocados en edificios públicos (bienes públicos) y los expuestos en lugares públicos (sean públicos o privados); y d) bienes informáticos públicos, sean o no de uso público. Analicemos cada uno de ellos.

Archivos, registros, museos y bibliotecas

Archivo es el conjunto orgánico de documentos que una persona, entidad o institución produce en el ejercicio de sus funciones o actividades.¹⁹⁵ *Registro* es un conjunto organizado de datos objeto de tratamiento o procesamiento, cualquiera sea la forma de recolección, almacenamiento, organización o acceso.¹⁹⁶ *Biblioteca* es el conjunto o colección considerable de libros, revistas, periódicos o folletos ordenados en un determinado lugar para su uso.¹⁹⁷ *Museos* son los lugares públicos o privados donde se guardan, y en general se exhiben, objetos pertenecientes al patrimonio universal, nacional, regional, étnico, religioso, etcétera.¹⁹⁸

Como ya se dijo, estos bienes pueden pertenecer al Estado –en cualquiera de sus niveles– o a los particulares, y es indiferente que su uso esté asignado al público en general o esté reservado. En cualquier caso, no basta que el daño afecte al inmueble donde ellos se alojan, debe recaer sobre los objetos que los componen (los documentos, datos, libros, piezas).¹⁹⁹

195. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 359.

196. Aunque se trata, a nuestro entender, de un elemento descriptivo del tipo, seguimos para su definición la pauta fijada por la Ley N° 25326 y la Ley CABA N° 1845.

197. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 547-548.

198. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 359.

199. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 548; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 866. En contra, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 359. Si bien debatiendo sobre la dominicalidad de los bienes, la doctrina administrativa ha desarrollado el concepto de “universalidad pública”, que se aplica típicamente a bibliotecas, museos y archivos públicos. Bajo esa

Bienes de uso público

Esta es la categoría más conflictiva. ¿Es el taxi un bien de uso público? ¿Es la impresora de la oficina estatal un bien de uso público? A poco que nos adentremos en la amplia gama de conceptos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia veremos que todo se reduce a determinar cuál es la nota distintiva del “uso público”.

En un sentido restringido, se sostiene que son bienes “de uso público” los bienes del Estado, sea que pertenezcan a su dominio público o privado (arts. 235 y 236 CCyC), y los bienes de los particulares (art. 238 CCyC), que están entregados al uso y goce del público en general. Quedan comprendidos así las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (art. 235, inc. “f” CCyC), así como los bienes del dominio privado estatal (art. 236 CCyC) y de los particulares (art. 238 CC) “afectados al uso público por la ley, el uso, la concesión o el permiso”.²⁰⁰ En esta línea, se ha dicho que son bienes de uso público las iglesias, teatros y estaciones de tren u ómnibus abiertas al público, los edificios públicos afectados al uso público (hospitales públicos, escuelas públicas, palacio de justicia); pero no lo son los bienes públicos que prestan un servicio público, pero no son utilizados por el público (el calabozo, el vehículo de traslado de detenidos, el camión recolector de basura).²⁰¹

De manera similar, aunque con criterio un poco más laxo, se sostiene que lo característico es que las cosas estén dadas al uso y goce del público en general, es decir, que estén afectadas a funciones de interés

noción, la “biblioteca pública” comprende no solo a los libros, sino también al inmueble propiedad del Estado (cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª ed., 2011, T. 5, pp. 99-101). Esta tesis podría invocarse para agravar la sanción de quien rompe las puertas del museo público.

200. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 548 con cita de Bielsa, Rafael, *Compendio de Derecho Público*, Buenos Aires, Astrea, 1952, T. 2, p. 223. Invoca este criterio, CAPCyF, Sala III, *in re* “Palacios, Matías Ezequiel y otros”, causa 0010648-01-00-14, rta. 30/04/2015 (daño causado a un móvil policial).

201. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 548-549. En CAPCyF, Sala III, *in re* “Incidente de Apelación en testimonios de la causa 3143/1-2011 C. P. M.”, causa 0003143-01-00-11, rta. 15/11/2013, disidencia de la juez De Langhe, se califica como daño simple la destrucción de instalaciones de un centro de detención.

comunitario, cualquiera sea su estado.²⁰² Según esta noción, quedarían captados por la agravante los daños causados al teatro particular, a la escuela privada y a la clínica privada.²⁰³

Por otra parte, en un sentido amplio, se afirma que los bienes de uso público son aquellos destinados a un servicio público o, genéricamente, a brindar un servicio a la comunidad. Así, se ha resuelto que quedan comprendidas en la agravante los daños causados a los móviles policiales,²⁰⁴ la rotura del vidrio de un destacamento policial,²⁰⁵ la destrucción del lavatorio, inodoro y ducha de un centro de detención,²⁰⁶ romper la impresora utilizada para servir al público en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas,²⁰⁷ o pintar con aerosol las paredes del Ministerio Nacional de Educación.²⁰⁸ En ocasiones, se ha llegado a sostener que sin importar el tipo de uso del bien (público o privado), lo crucial es que exista un interés público al respecto²⁰⁹ o, incluso, que lo único relevante es que el bien pertenezca al dominio estatal.²¹⁰

Un caso especialmente discutido, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, es el de los vehículos que participan en el servicio de transporte público. Así, mientras hay quien entiende que todos ellos son bienes de uso público,²¹¹ otros limitan en general el alcance del tipo a los

202. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 867. Aplica un concepto amplio (bienes “destinados a ser usados y gozados por la sociedad en su conjunto y librados a la confianza pública”), CAPCyF, Sala II, *in re* “S., R. M.”, causa 22778 -00-CC/2011, rta. 21/06/2012 (daño a las instalaciones de un parador de día para niños en situación de calle).

203. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 360.

204. CAPCyF, Sala I, *in re* “L., C. L.”, causa 6099-2017-0, rta. 17/04/2018; Sala III, *in re* “Martínez, Joaquín Juvenal”, causa 22136-00-00-15, rta. 20/10/2016, voto del juez Franza; Sala II, *in re* “O. B., H. N.”, causa 17049-00-CC-2016, rta. 10/04/2017.

205. CAPCyF, Sala II, *in re* “Rivera, Federico”, causa 16634-00-CC-2015, rta. 27/04/2016.

206. CAPCyF, Sala III, *in re* “C., P. M.”, causa 0003143-01-00-11, rta. 15/11/2013.

207. CAPCyF, Sala I, *in re* “Musi, Ezequiel Alejandro”, causa 27297-00-00-12, rta. 28/12/2015.

208. CAPCyF, Sala II, *in re* “V., F. N.”, causa 53845-00-CC-2010, rta. 21/09/2011.

209. CAPCYF, Sala II, *in re* “Saucedo”, causa 22778-00-11, rta. el 21/06/2012.

210. CAPCyF, Sala III, *in re* “Incidente de Apelación en testimonios de la causa 3143/1-2011 C. P. M.”, causa 0003143-01-00-11, rta. 15/11/2013, voto del juez Vázquez: “en mi modo de comprender el texto legal, el mismo abarca a los bienes de propiedad del Estado Nacional, de los Estados locales como de los Municipios. Ello, aunque estos bienes no estén liberados, de modo directo o absoluto, al uso público”.

211. Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 360.

vehículos que pertenezcan al Estado²¹² y, en particular, excluyen a colectivos y taxis por ser bienes de los particulares,²¹³ o excluyen solo a los taxis, por ser propiedad privada y por prestar un servicio a título oneroso.²¹⁴ A su tiempo, los tribunales han entendido que los colectivos no son bienes de uso público porque no integran el acervo estatal, prestan su servicio de manera contractual y no están a disposición gratuita del usuario.²¹⁵

Aunque refiriéndose a los daños causados sobre un vagón de tren, la cuestión ha sido tratada en el caso “Jaime” por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. En “Jaime”, el Alto Tribunal porteño entendió que el mencionado vagón constituía un bien de uso público porque está sometido al uso de todos, a sola decisión de las personas en general, sin importar el carácter oneroso o gratuito de esa utilización ni el carácter público o privado del titular del bien.²¹⁶ En un segundo orden de argumentos se apuntó también que los bienes dispuestos para la prestación de un servicio público están afectados a un “uso público”.²¹⁷

A modo de síntesis, y a partir de una interpretación que privilegie la letra de la ley en desmedro de inextricables –y usualmente solapados– criterios de política criminal, podemos concluir que los “bienes de uso público” son: a) bienes pertenecientes al Estado o a los particulares (arts. 235, 236 y 238 CCyC), b) dados al uso de la generalidad de las personas (uso público), c) aunque la utilización esté sujeta a condiciones (art. 237, primer párrafo, CCyC). El uso público puede ser directo

212. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 548. El autor no justifica esta posición que, por cierto, no encuentra adecuado fundamento en su concepto de “bien de uso público”, que no distingue entre bienes del Estado o de los particulares, sino que se detiene en la afectación al uso público “por la ley, el uso, la concesión o el permiso”.

213. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1036.

214. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 868.

215. CAPCyF, Sala I, *in re* “Beltrán, Rodrigo Nicolás”, causa 24343-01-00/10, rta. 12/08/2011, voto del juez Delgado; de la misma Sala, “Forcinite, Sergio Daniel”, causa 19152-00-CC-10, rta. 04/09/2012, voto de los jueces Marum, Vázquez y Sáez Capel.

216. TSJ, *in re* “Jaime, Carlos Javier”, expte. 14661/17, rto. 03/10/2018, voto del juez Lozano, al que adhiere la jueza Conde. En un voto que se destaca por su claridad conceptual y fina elaboración jurídica, el juez Lozano examina y rebate cada uno de los argumentos dados en la instancia anterior por CAPCyF, Sala III, *in re* “Jaime, Carlos Javier”, causa 5537-02-13, rta. 04/04/2017. Ambos pronunciamientos resumen, en buena medida, las posiciones registradas en doctrina y jurisprudencia y por ello ameritan un estudio pormenorizado que excede los acotados límites de este trabajo.

217. Ídem, voto de la jueza Conde y voto de la jueza Weinberg.

–por ejemplo, el uso de una plaza– o indirecto, a través de un servicio público –v. *gr.*, las aulas de una universidad pública, la Casa Rosada, etc.–, y su afectación puede provenir de la ley, el acto administrativo o el hecho administrativo.²¹⁸

Objetos de arte en lugares públicos

La norma menciona a *tumbas* (sepulcros), *signos conmemorativos* (obras artísticas que recuerdan a personas, cosas o hechos) y *objetos de arte*, entre los que incluye expresamente a monumentos, estatuas, cuadros, y donde se entienden también comprendidos todos los productos de las artes decorativas (pintura, escultura, arquitectura) y afines, pero se excluyen las obras de otras artes o manualidades secundarias.²¹⁹ Los *edificios o lugares públicos* son los de *uso público*, es decir, los afectados al uso público directo (plazas, paseos, calles, etc.) o indirecto (para la satisfacción de un servicio público; v. *gr.*, las instalaciones de un ministerio) por la comunidad.²²⁰

Bienes informáticos públicos

Sobre la noción de *datos, documentos, programas y sistemas informáticos* remitimos a lo dicho al analizar el daño informático. El carácter público que exige la norma supone que la titularidad dominial pertenece al Estado, en cualquiera de sus niveles, o a entes públicos estatales.²²¹ Pueden pertenecer también a potencias extranjeras y a entidades a las que el Derecho Internacional Público les reconozca personalidad jurídica (Organización de Estados Americanos, Naciones Unidas, etc.).

218. Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, T. 9, caps. XVII y XVII, especialmente, p. 358 y ss. y p. 374 y ss. Sobre uso público indirecto, servicio público y uso público de los bienes de los particulares, véase también Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 275-276 (párr. 1787), pp. 107-111 (párr. 1723), pp. 99-101 (párr. 1718), pp. 76-77 (párr. 1709). El autor menciona expresamente como destinados al uso público a ferrocarriles, ómnibus y líneas aéreas, p. 99 y pp. 109-110.

219. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 549.

220. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 867, sigue a Núñez y da un concepto similar, pero aclara que no puede equipararse con la noción de “bien de uso público”.

221. Si no se incluyeran los entes públicos estatales, cometería delito quien accediera a esos datos (art. 153 bis, segundo párrafo, CP) pero no quien los dañara.

Daño agravado por el objeto y sujeto afectados

El inciso sexto del artículo 184 CP incrementa el castigo del daño por “(e)jecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público”. Como en el inciso anterior, la agravante se funda en que el hecho recae sobre objetos destinados a satisfacer necesidades de toda la comunidad.²²²

La acción debe recaer sobre *sistemas informáticos destinados a la prestación de servicio público*. Ya hemos definido sistema informático al referirnos al daño informático. En cuanto a los servicios públicos alcanzados, la norma hace una enumeración meramente ejemplificativa.²²³ De tal modo, pueden ser objeto del delito los sistemas informáticos empleados en la gestión de escuelas públicas o para la recolección de residuos. Es indiferente que el servicio sea prestado directamente por el Estado (nacional, provincial, municipal) o esté concesionado.

Daño agravado por el contexto de acción

El artículo 8 de la Ley N° 23184, conocida como “Régimen Penal y Contravencional para la violencia en espectáculos deportivos”, castiga con prisión de seis meses a tres años a quien “destruyere o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble, total o parcialmente ajena en las circunstancias del artículo 1”. Por su parte, el artículo 1 dispone:

El presente capítulo se aplicará a los hechos previstos en él, cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle.

La ley data de 1985. Originalmente, en el proyecto elaborado por los senadores De La Rúa y Nápoli, el artículo 8 se refería a los daños cometidos contra cosa mueble o inmueble “perteneciente o incorporada a un estadio deportivo”, pero esa condición se eliminó ya en el

222. Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, p. 869.

223. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 361.

tratamiento legislativo del texto.²²⁴ Más tarde, la ley fue reformada, primero en 1993 (Ley N° 24192), y luego en 2008 (Ley N° 26358). En ambos casos, se reformuló el texto del artículo 1 para ampliar el ámbito de aplicación espacial y temporal de los tipos descriptos en el Régimen Penal para espectáculos deportivos.

La acción prohibida puede concurrir idealmente con las figuras agravadas previstas en el artículo 184 CP.²²⁵ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ciertos actos preparatorios del delito pueden ser perseguidos como contravención.²²⁶

Excusa absolutoria

El artículo 185 del Código Penal establece que

Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

Antecedentes. El origen de esta previsión legal se remonta al “Proyecto Tejedor” (1868), pero tuvo vigencia efectiva en todo el territorio de la República a través del “Código de 1886”.²²⁷ Desde entonces permanece inalterada, aunque los proyectos de reforma integral del Código Penal han intentado introducir algunas modificaciones; las más de las veces para ampliar las infracciones penales abarcadas, y en algunas ocasiones para redefinir los sujetos beneficiarios.²²⁸ En este último as-

224. Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del H. Congreso Nacional, 37ª Reunión, 6ª Sesión Extraordinaria, 11 de abril de 1985, pp. 3716-3721.

225. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 362.

226. Art. 104 CC, afectar el desarrollo del espectáculo deportivo; art. 105 CC, producir avalanchas o aglomeraciones; art. 106 CC, incitar al desorden; art. 107 CC, arrojar cosas o sustancias.

227. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 550; Huñis, Ricardo D., *op. cit.*, pp. 828-835.

228. Cfr. Buompadre, Jorge Eduardo, *Excusa Absolutoria y Delitos Patrimoniales*, Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 69-75.

pecto se destacan los proyectos más recientes, que se han empeñado en ampliar la noción de matrimonio para incluir no solo a los cónyuges sino también a los “convivientes estables”.²²⁹

Fundamento. La exención no hace desaparecer el injusto penal ni la reprochabilidad del autor, sino que elimina la punibilidad del hecho. El consenso doctrinario –al que adherimos– indica que el beneficio se funda en la protección preferente de la unidad familiar por sobre los intereses patrimoniales.²³⁰ Se ha dicho también que dentro del núcleo familiar existe una comunidad de bienes, una especie de “condominio ideal”, que priva de justificación al castigo.²³¹ Sin embargo, esa tesis ha sido descartada; sea porque esa “comunidad” solo podría existir entre padres e hijos pero no con respecto a otros sujetos mencionados en la norma; sea porque, más acertadamente, la “comunidad de bienes” no es una de las formas de dominio admitidas en la ley civil.²³²

Sujetos comprendidos. La norma enuncia en primer lugar a los *cónyuges*, es decir, quienes están unidos en legítimo matrimonio según las formas de la ley nacional o leyes extranjeras, siempre que el vínculo sea reconocido como válido por nuestro ordenamiento jurídico.²³³

229. Cfr. “Proyecto de 2006”, art. 189, incs. “a” y “b”; “Anteproyecto de 2013”, art. 162, incs. “a” y “b”; y “Proyecto de 2018”, art. 185, incs. 1 y 2. Este último, además, excluye del beneficio a los cónyuges “separados legalmente o de hecho, o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de matrimonio”.

230. Cfr. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, pp. 396 y ss.; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 551; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 633; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1037.

231. Así, Molinario, Alfredo, *op. cit.*, pp. 550-552, quien señala que la exención se funda además en la necesidad de preservar la solidaridad familiar y en que el hecho no produce alarma social.

232. Cfr. por todos, Buompadre, Jorge Eduardo, *Excusa Absolutoria...*, *op. cit.*, pp. 75-85. El autor plantea una lectura innovadora de la cláusula. Luego de examinar el efecto de la sanción del Código Civil y Comercial y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la noción de familia, abandona la posición que había sostenido en Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 458 (la exención se funda en la prevalencia de la unión familiar, menor reproche en el autor y menor alarma social) y afirma que el Código de 1921 estaba impregnado por una concepción patriarcal, signada por la autoridad marital, de modo que el art. 185 CP solo buscaba proteger al hombre frente a cualquier “desliz” y nunca había tenido a la mujer como posible autora del delito. Por ello, y por la arbitraria exclusión de otras formas de relación familiar (*v. gr.*, los concubinos), el autor concluye en la inconstitucionalidad de la norma y propone su derogación.

233. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 633. Así, todos los que hubiesen contraído el vínculo matrimonial en el extranjero en infracción a los impedimentos establecidos en el art. 403 CCyC; *v. gr.*, matrimonio entre hermanos.

La calidad de cónyuge desaparece –y con ella, la posibilidad de hacer valer la excusa– por disolución o nulidad del matrimonio. Lo primero sucede en caso de muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento o declaración judicial de divorcio (art. 435 CCyC). La nulidad requiere sentencia firme que la declare (arts. 424 y 425 CCyC). Están excluidos entonces los concubinos, pero quedan comprendidos quienes se hubieran separado de hecho, aunque ya no convivan.²³⁴ A los fines del artículo 185 CP, el cónyuge sigue siendo tal hasta que acaece el hecho o acto que extingue el matrimonio, con independencia del efecto retroactivo que la ley civil le pueda asignar a ese evento (art. 480 CCyC).²³⁵

Los *ascendientes* y *descendientes* son todos aquellos con los que existe un vínculo de sangre, aunque no hayan sido reconocidos como tales.²³⁶ La doctrina entiende mayoritariamente que los adoptados y adoptantes están excluidos, aunque los fundamentos de la exención de pena se aplican perfectamente a ellos.²³⁷

En cuanto a los *afines en línea recta*, el parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge (art. 536 CCyC). Se trata entonces de suegros, yernos, nueras, padrastros, madrastras y entenados. El vínculo subsiste aunque el matrimonio se haya disuelto, por lo que el daño causado, por ejemplo, por la madre del exmarido (suegra) en perjuicio de la antigua esposa (nuera) no puede ser castigado.²³⁸

El *consorte viudo* también está amparado por la excusa, respecto de los bienes del consorte fallecido, sean propios de aquel o gananciales. La ley exige que la cosa no haya ingresado en la tenencia (por cualquier título, aunque sea ilegítimo) de un tercero.²³⁹

234. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1037.

235. CAPCyF, Sala III, *in re* "T., C.A.", causa 672-2017-1, rta. 01/06/2017. En el caso, el imputado había dañado las cosas de su esposa con posterioridad a la interposición de la demanda de divorcio. Durante el proceso, la justicia civil declaró el divorcio de los involucrados. La defensa planteó la extinción de la acción por aplicación del art. 185 CP. La fiscalía se opuso invocando el efecto retroactivo de la sentencia civil (art. 480 CCyC). La Cámara rechazó este argumento.

236. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 634.

237. Buompadre, Jorge Eduardo, *Excusa Absolutoria...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

238. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 634.

239. Ídem.

Los *hermanos y cuñados* también pueden invocar la excusa absolutoria. Los hermanos pueden ser bilaterales, por tener padres, o unilaterales, por compartir un ascendiente pero diferir en el otro (art. 534 CCyC). Tanto ellos como los cuñados deben *vivir juntos*, es decir, deben cohabitar regularmente al momento del hecho. No basta que lo hayan hecho con anterioridad o que lo hicieran de manera intermitente, pero no se requiere que compartan una vida común, basta la simple convivencia.²⁴⁰

La enumeración que hace el artículo 185 CP de los sujetos alcanzados es *taxativa* y su extensión, por vía hermenéutica, no es posible.²⁴¹ Dada la naturaleza del instituto, se impone una interpretación restrictiva, que no puede ceder siquiera por vía de analogía *in bonam partem*.²⁴²

El sujeto activo puede beneficiarse de la excusa sin importar su grado de participación en el hecho (autor, cómplice, instigador) y siempre que guarde con la víctima la relación de parentesco exigida por la norma. Si la cosa dañada perteneciere también a un tercero con quien no tiene vínculo parental, no opera la excusa.²⁴³

La norma estatuye que la exención de pena deja subsistente, de todos modos, la responsabilidad civil, en línea con lo previsto en el artículo 1778 CCyC. Finalmente, dispone que la excusa no ampara a los terceros que hubieran participado del delito. Se trata de una cláusula superflua, pues no hace más que aplicar al caso la regla general de la incomunicabilidad de las circunstancias (art. 48 CP).²⁴⁴

240. Buompadre, Jorge Eduardo, *Excusa Absolutoria...*, *op. cit.*, p. 90.

241. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, pp. 551-2. En sentido análogo, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 458; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1037.

242. CAPCyF, Sala II, *in re* "A.A.M. c/C.A.S.O.", causa 21587-2016-O, rta. 15/12/2017. En el caso, la defensa había sostenido que a la luz de la reforma introducida al art. 80, inc. 1 CP (según Ley N° 26791), debía entenderse que el concepto de "cónyuges" del art. 185 CP debía alcanzar también a quienes "mantienen una relación de pareja". La Cámara rechazó el planteo.

243. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *op. cit.*, p. 634.

244. Buompadre, Jorge Eduardo, *Excusa Absolutoria...*, *op. cit.*, p. 91.

El ejercicio ilegal de las artes de curar

Horacio Zampieri*

Texto legal

Art. 208 CP

Será reprimido con prisión de quince días a un año (además de la inhabilitación por el doble de tiempo del art. 207):

1. El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;
2. El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;
3. El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1 de este artículo.

Antecedentes

El delito previsto en el artículo 208 del Código Penal –generalmente mal llamado “ejercicio ilegal de la medicina”– pasó a la órbita de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante el Convenio de transferencia progresiva de competencias penales N° 14/2004, firmado entre el Gobierno de la Ciudad y el Poder

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Exempleado de la justicia nacional de Instrucción; abogado penalista del Ministerio de Salud de la Nación (1996-2017); Actualmente se desempeña como Jefe de Sumarios del Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA) y es docente en las Diplomaturas Responsabilidad derivada de los servicios de salud (UBA), Derecho de la salud, biolegislación, bioética y gestión de organizaciones sanitarias (UBA), Derecho de la salud y legislación sanitaria (ECAE); Actualización en derecho de la salud y legislación sanitaria” (AABA) y Gestión estratégica de servicios de salud (UNSAM).

Ejecutivo Nacional, y ratificado, respectivamente, a través de las Leyes N° 2257 (2006) y N° 26357 (2008).

Hacia fines del siglo XIX, ante las olas migratorias, los médicos de Buenos Aires presionaron para que el ejercicio ilegal de su profesión dejara de ser una mera contravención; pretendían, con razón, que su actividad quedara reservada a quienes poseyeran títulos obtenidos luego de aprobado el correspondiente plan de estudios universitario.

Así, el Dr. José María Ramos Mejía, quien fuera titular del Departamento Nacional de Higiene y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, como diputado miembro de la comisión redactora del proyecto de Código Penal de 1906, impulsó la inclusión, dentro de los delitos contra la salud, de las conductas luego contempladas en el artículo 208, ampliándolas a todas las artes de curar. Con el mismo texto, el artículo fue incorporado al Código de 1921, que aún nos rige y cuya promulgación derogó la exigencia de la Ley N° 2829, respecto de una intimación administrativa previa a la formulación de una denuncia por este ilícito.

Se trata de uno de los pocos artículos del cuerpo sustantivo que no fue modificado en casi cien años. Incluso, el actual Proyecto de Código Penal, en su artículo 206, mantiene su misma redacción.

Solo tuvo cambios respecto de la pena aplicable. En 1968 (Ley N° 17567) y en 1976 (Ley N° 21338), se elevó a 3 meses el mínimo y a 2 años el máximo; restableciéndose la actual, de 15 días a un año, en 1984 (Ley N° 23077).

Regulación de las artes de curar

En 1891 se creó, por la mencionada Ley N° 2829, el Departamento Nacional de Higiene que, entre otras funciones, tenía la de:

... vigilancia del ejercicio de la medicina y de la farmacia, de acuerdo con la ley de la provincia de Buenos Aires de fecha 18 de julio de 1877, que queda en vigor en los Territorios Nacionales, hasta tanto se sancione el Código Sanitario Nacional (art. 3).

En 1943, por Ley N° 12311, se creó la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social; por Decreto N° 6216/44 se reguló el Ejercicio de la Medicina y Ramas Auxiliares; y, por Decreto N° 90/52, se

instauró el Registro Nacional de Profesionales y Auxiliares de la Medicina, dependiente del Ministerio de Salud Pública de la Nación.

En 1967 se dictó la aún vigente Ley N° 17132 (en puridad, un Decreto-Ley), denominada comúnmente “Ley de Ejercicio Profesional”, en la que se define el ejercicio de la medicina, de la odontología y las actividades de colaboración (art. 2, inc. 1/3) y se las regula –al día de hoy, solo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1)–.

La mayoría de las provincias, como la de Buenos Aires (Ley N° 4534), tienen sus propias normas, y otras, como las de Salta, San Juan y Tierra del Fuego, han adherido a la nacional. En algunas, el control lo ejercen, no la autoridad sanitaria, sino los propios colegios de profesionales

En los primeros incisos de los artículos 13 (médicos), 24 (odontólogos) y 44 (colaboradores), la Ley N° 17132 exige títulos válidos y matriculación para cada actividad.

Respecto de las actividades de colaboración, se repiten tales exigencias en los artículos 49 (obstétricas), 63 (terapistas ocupacionales), 67 (ópticos técnicos), 84 (auxiliares de radiología), 88 (auxiliares de psiquiatría), 93 (auxiliares de laboratorio), 97 (auxiliares de anestesia), 111 (visitadoras de higiene), 116 (técnicos en ortésis y prótesis) y 123 (técnicos en calzado ortopédico).

El artículo 4 prohíbe ejercer las profesiones que regula la ley, a las personas no comprendidas en ella, y anuncia que serán denunciadas por infracción al artículo 208 del Código Penal las que actúen fuera de sus límites.

Esta obligación de denunciar es la impuesta también, en el ámbito nacional, por el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación (“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones”), y, en el ámbito local, por el artículo 81 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (“Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública los funcionarios que los conozcan en el ejercicio de sus funciones”).

Algunas de las “artes de curar” que estaban incluidas como actividades de colaboración en el artículo 42 fueron reguladas por

las siguientes leyes: Ley N° 23277,¹ Ley N° 24004,² Ley N° 24317,³ Ley N° 23752⁴ y N° 24301,⁵ quedando derogados en la Ley N° 17132 los capítulos que las regían, excepto el referido a la kinesiología.

La Ley N° 17565⁶ de Farmacias, tuvo su propia reglamentación desde 1967.

Todas estas normas también exigen un título y una matrícula, y ordenan la formulación de denuncias por infracción al artículo 208.

Por lo tanto, a pesar de que comúnmente la doctrina se refiere al “Ejercicio ilegal de la medicina”, quien cometa alguna de las conductas del artículo 208, debe ser denunciado y, en su caso, procesado/condenado por el ejercicio ilegal del arte de curar que corresponda.

Así, por ejemplo, quien desarrolle habitualmente prácticas kinesiológicas sin ser kinesiólogo, no estará cometiendo una “usurpación de título y honores” (existe un concurso aparente de normas en el que el art. 208 suele absorber al art. 247), ni un *ejercicio ilegal de la medicina, en su modalidad kinesiológica*, como suele leerse en algunas resoluciones judiciales sino, simplemente, un “ejercicio ilegal de la kinesiología”.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires todavía es la actual Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación (hasta septiembre de 2018, Ministerio de Salud) la encargada del control del ejercicio de las diferentes artes de curar, de su matriculación –específicamente, la Dirección Nacional de Habilitaciones, Fiscalización y Sanidad de Fronteras– y de la formulación de las denuncias que correspondan (el art. 1 de la Ley N° 17132 se refiere a la Secretaría de Estado de Salud Pública dependiente, en 1967, del Ministerio de Bienestar Social de la Nación, y se incluía al entonces “Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida

1. Ley N° 23277: Ejercicio Profesional de la Psicología. Sanción: 27/09/1985, Promulgación: 06/11/1985, Publicación: BO N° 25806 del 15/11/1985.

2. Ley N° 24004: Enfermería y Auxiliares de la Enfermería. Sanción: 26/09/1991, Promulgación: 23/10/1991, Publicación: BO N° 27250 del 28/10/1991.

3. Ley N° 24317: Kinesiología. Sanción: 04/05/1994, Promulgación: 23/05/1994, Publicación: BO N° 27901 del 30/05/1994.

4. Ley N° 23752: Tecnicatura en Prótesis Dental. Sanción: 29/09/1989, Promulgación: 06/10/1989, Publicación: BO N° 26739 del 13/10/1984.

5. Ley N° 24301: Nutrición. Sanción: 07/12/1993, Promulgación: 05/01/1994, Publicación: BO N° 27804 del 10/01/1994.

6. Ley N° 17565: De Farmacias. Sanción y Promulgación: 05/12/1967, Publicación: BO N° 21332 del 12/12/1967.

e Islas del Atlántico Sur”). Por Resolución N° 404/2008, el Ministerio de Salud de la Nación, obligó a quienes ejercen las artes de curar a (re)matricularse en el Registro Único de Profesionales de la Salud.

De acuerdo con el artículo 40 del Decreto Reglamentario N° 6216/1967 de la ley, en los establecimientos sanitarios de la Ciudad, son sus directores médicos quienes deben controlar que sus profesionales estén habilitados y autorizados para el ejercicio de su actividad (inc. a) y que las realicen dentro de los límites de la respectiva autorización (inc. b), y “denunciar a la autoridad policial o judicial, hechos y/o actos que pudiesen tener carácter delictuoso” (inc. o).

Estas instituciones deben, además, comunicar a la autoridad administrativa cada modificación de su plantel (arts. 35 y 37 de la mencionada ley).

Es a partir de este trámite que la autoridad sanitaria suele advertir irregularidades relacionadas con títulos y/o autorizaciones (la Dirección Nacional ya mencionada cuenta con las herramientas necesarias para detectar diplomas o credenciales apócrifos).

También pueden surgir por denuncias formuladas por particulares ante la autoridad, por inspecciones llevadas a cabo conforme el artículo 140 de la Ley, ante un intento de matriculación o como consecuencia de la aparición de una noticia en los medios de comunicación.

En cualquier caso, la Secretaría tiene la potestad de disponer las clausuras que correspondan e inhabilitaciones por hasta cinco años (art. 126).

Inhabilitación judicial

El delito en análisis forma parte del Capítulo IV del Código Penal “Delitos contra la Salud Pública” (arts. 200 al 208). El artículo 207 establece que

En el caso de condenación por un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena...

Permitiría suponer que el artículo 208 fue incluido a último momento, pues de lo contrario el ejercicio ilegal de un arte de curar debió

haber sido el artículo 207, y el último, el relacionado con la inhabilitación que debe aplicarse a los delitos contemplados en el capítulo.

La doctrina y la jurisprudencia se encargaron de acomodar las cosas: consideraron siempre que las inhabilitaciones del artículo 207 se aplican también a los casos del artículo 208.

En el actual anteproyecto de Código Penal, se corrige la situación dejando para el final del capítulo el tema de la inhabilitación.

Hoy solo los funcionarios públicos y los profesionales son pasibles de esta sanción de inhabilitación.⁷

En cambio, el anteproyecto de Código Penal de 2014 habilitaba, en su artículo 36, a los jueces a prohibir, a quien hubiera cometido un hecho en ejercicio no autorizado de una actividad, la adquisición del ejercicio legal de ella, por el plazo de seis meses a seis años, como medida preventiva.

Esquema del artículo 208

Analizando la estructura de la norma se advierte que contiene cuatro figuras y no tres como indicaría su cantidad de incisos, pues el primero contempla dos conductas: ejercer sin título ni autorización, o hacerlo excediéndose de los límites.

Cuando se habla de este delito, “Ejercicio ilegal de la...”, inmediatamente se lo asocia con la conducta del “curandero”. Sin embargo, de las cuatro figuras solo una, la primera, se denomina “curanderismo” (o “intrusismo”). Las últimas tres (“exceso en la autorización o en los límites”, “charlatanismo o abuso de título” y “préstamo de nombre”), como veremos, solo pueden ser llevadas a cabo por profesionales de la salud.

Características comunes a las cuatro figuras

Castigo

Para las cuatro figuras se prevé una pena de “15 días a un año de prisión” y, en su caso, la inhabilitación del artículo 207; pero, como

7. CNCC, Sala II, “Cabrera”, 1985.

se observará al analizar cada una de las conductas, con frecuencia concurren, de una u otra forma, con otros delitos; motivo por el cual las condenas suelen ser por plazos superiores.

Salud pública

No es necesario que la conducta produzca un daño concreto en la salud del paciente pues se trata de un delito de peligro (abstracto), que afecta a la salud pública (según Creus: “el bienestar físico, psíquico y fisiológico de personas indeterminadas”).⁸

El autor rosarino agrega que ese bienestar “puede verse afectado directamente por la actividad de agentes inidóneos para hacerlo o, indirectamente, por el desvío del paciente del verdadero tratamiento científico”.⁹

Por lo tanto, también afecta la salud pública prescribir un producto inocuo: “aun cuando el compuesto administrado hubiese sido inofensivo directamente para la salud, por cuanto mediante esa norma se trata de evitar también que se deje avanzar las enfermedades mediante el empleo de medios completamente pueriles o inocuos”.¹⁰

También el mero anuncio (“el que... anunciare habitualmente”) del tratamiento, sin haberse iniciado, pone en peligro la salud pública.

Pudo haberse brindado el método correcto, y hasta haber tenido éxito, pero igualmente habrá delito porque el artículo 208 no protege la salud individual.

A menudo el delito sale a la luz cuando la salud del paciente se agrava o cuando fallece, concursando entonces, generalmente de manera real, con lesiones u homicidio culposos.

Lucro/gratuidad

Aunque solo el inciso 1 hable de la gratuidad, esta no exime de culpabilidad tampoco a los autores del resto de las figuras. En ninguno de los casos es necesario que el autor haya percibido una

8. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, T.2, 1996.

9. En igual sentido CAPCyF, Sala I, causa N° 54752-00/10, “Pérez Fonseca, Alejandra”, 30/09/2011.

10. CSJN, causa N° 949, XXXIX, “Soibelson, Héctor”, 02/12/2003, sobre productos naturistas.

retribución por su ejercicio ilegal, pues el artículo 208 no protege el patrimonio de las personas.

El ánimo de lucro agravará la situación, podrá dar lugar a la multa prevista en el artículo 22 bis del Código Penal y, eventualmente, a una condena por estafa –delito con el que concursará idealmente si el ejercicio ilegal es el medio para obtener una beneficio económico, en cuyo caso habrá una estafa por cada pago–, pero no es un elemento del artículo 208 (“aun a título gratuito”).

El ejercicio ilegal de la medicina concurre idealmente con el delito de estafa reiterado, ya que el falso médico engañó a los pacientes, haciéndoles creer que tenía las condiciones y aptitudes que cabe presumir únicamente en los que han cursado estudios universitarios que habilitan para obtener el título; por lo que es evidente que ha mediado fraude que hace caer el hecho en el delito de estafa.¹¹

En tales casos, por no haberse transferido aún el delito previsto en el artículo 172 CP –excepto, por Ley N° 26702, en la modalidad de estafa procesal–, intervendrá la justicia nacional en lo Criminal y Correccional, y no, la Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, pues una conducta como la del párrafo anterior no es divisible.¹²

Ha habido casos de ejercicios ilegales sin gratuidad, en los que la Cámara Nacional del Crimen descartó la estafa. Por ejemplo el de un acupunturista que se hacía pasar por médico, procesado también por falsificación de documento público, cuyos “pacientes se manifestaron satisfechos por los resultados terapéuticos obtenidos, mencionando falta de lesión patrimonial”;¹³ y el de una mujer que ofrecía por Internet un producto cubano contra el cáncer, denominado “Escozul”, supuesto derivado del escorpión azul no autorizado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), porque no pudo individualizarse a ningún comprador.¹⁴

11. CNCC, Sala IV, “Pradines”, 09/11/79.

12. CNCC, Sala IV, causa N° 31.575, “Rinaldi, Griselda”, 1986.

13. Sala I, causa N° 43.657, “Roldán”, 1994.

14. Sala IV, causa N° 1.485, “Chiale s/d”, 2010.

Culpabilidad

Todas las figuras del artículo 208 requieren dolo. Alcanza con que el autor sepa que está realizando un acto destinado al tratamiento de enfermedades sin título ni autorización o que exceda los límites impuestos (inc. 1); o que, con título o autorización, lo haga indebidamente (inc. 2); o que facilite a otro hacerlo en su nombre (inc. 3). No importa que esté convencido de la eficacia o eficiencia de su accionar (esto, eventualmente, podría desvirtuar la comisión de una posible estafa).

Como el delito no prevé el tipo culposo, si alguien actuara pensando que cuenta con un título (p. ej., de una institución que anuncia, falsamente, que otorga títulos válidos, como ha ocurrido) podrá haber un error de prohibición (art. 34, inc. 1 CP).

Seres humanos

El artículo 208 se refiere al arte de curar a las personas, por lo que quedan excluidos los veterinarios.¹⁵

El ejercicio ilegal de la veterinaria, previsto en el artículo 11 de la Ley N° 14072, prevé una pena de un mes (llamativamente, el doble que la establecida para el ejercicio de un arte de curar a las personas) a un año de prisión.

Habitualidad

La habitualidad no es una característica común a las cuatro figuras, pues no es necesaria en la conducta del inciso 2 (“charlatanismo” o “abuso de título”), para la cual alcanza un solo acto.

Para algunos, los actos del inciso 1 deben llevarse a cabo usualmente, repetirse;¹⁶ para otros, alcanza con que la conducta del falso profesional exhiba la intención de hacerlo, como, por ejemplo, instalar un “consultorio”.¹⁷

15. CNCC, Sala IV, causa N° 396, “Griffero, Roberto y otros”, 23/04/2012.

16. Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, T. 2, 1999; Soler, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1988 y Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1988.

17. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 1978. Riccardini, Juan Carlos, “Ejercicio ilegal de la medicina”, *Código Penal Comentado de acceso libre*, en

En nuestra opinión, debe demostrarse que ha habido una atención, persistente en el tiempo, de varias personas; pero no es necesario para ello comisionar, como suele hacerse, personal policial durante varios días en las adyacencias del lugar para tomar nota de la cantidad de gente que entra y sale; pues bastaría el hallazgo de fichas, historias clínicas y/o agendas que den cuenta de una actividad reiterada.

En síntesis, puede decirse que el artículo 208 del CP, en general, castiga el hecho de “llevar a cabo indebidamente, y a sabiendas, actos de curar sobre personas”. Luego, cada conducta tendrá sus particularidades.

Análisis de cada conducta

Curanderismo o intrusismo (inc. 1 del art. 208 CP y art. 4 de la Ley N° 17132)

Art. 208 CP

1. El que sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar [...] anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito.

Estas dos últimas notas, “personas” y “título gratuito” se extienden, como vimos, a las demás figuras del artículo 208.

Lo distintivo aquí es que el que ejerce un arte de curar no tiene título ni autorización y que lo hace de manera habitual.

El “título” al que se refiere el párrafo es la certificación de la capacitación profesional en determinado arte de curar y es otorgado solamente por una entidad oficial (universidades o escuelas, públicas o privadas, autorizadas) –Ley N° 24521 de Educación Superior–.

Para Núñez, la “autorización” es solo “la facultad otorgada por una autoridad nacional o local competente para que una persona sin título que la habilite, ejerza el arte de curar”, refiriéndose a los casos en que la ley permite, excepcionalmente, a la autoridad sanitaria otorgar a ciertos profesionales extranjeros una habilitación provisoria para llevar

Revista Pensamiento Penal, 2013, en cuyo caso, se estaría admitiendo la posibilidad de un ejercicio ilegal tentado (art. 42 CP).

a cabo un determinado acto de curar y en un lugar específico (art. 13, incs. d-g). En 1952, por ejemplo, se autorizó al Dr. George Pack, de EE. UU. a intervenir en el tratamiento de María Eva Duarte de Perón.

A nuestro humilde criterio, en cambio, la “autorización” también es el permiso otorgado por la autoridad competente a quien acredita haberse capacitado, en una entidad oficial, para desarrollar, dentro de las incumbencias respectivas (arts. 4, 45, 47 y 48 de la Ley N° 17132, y los concordantes de cada ley especial), su actividad; y se manifiesta a través de una “matriculación”. Profundizaremos en este tema más adelante.

Las “artes de curar” son hoy las mencionadas en el artículo 2 de la Ley N° 17132 y en cada una de las leyes especiales.

- “Anunciar” es hacer pública, aun verbalmente, la actividad curativa, para captar pacientes.
- “Prescribir” es recetar o indicar remedios o tratamientos.
- “Administrar” es determinar cómo deben utilizarse esos remedios o tratamientos.
- “Aplicar” es emplearlos sobre el paciente.

La enumeración de tratamientos (medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo) no es taxativa (“cualquier otro medio”), quedando incluidas las prácticas de carácter preventivo (p. ej., administrar productos para la hipertensión).

Como el curanderismo exige “habitualidad”, quien realiza esas conductas ocasionalmente, no comete este delito.

Esta característica, como elemento del tipo, también impide que hablemos de ejercicios reiterados, que consideremos delito cada “atención”. Así, si el autor recibiera denuncias de distintos pacientes, el delito será uno solo y deberán acumularse las causas (“... ya que la habitualidad es elemento integrante del tipo penal, se hace lugar a la excepción de litispendencia, ya que no pueden tramitar simultáneamente dos procesos con un mismo objeto”).¹⁸

Naturalmente, si luego de finalizado ese único proceso el autor retoma su actividad ilícita, estará reincidiendo.

La Cámara en lo Criminal y Correccional de la provincia de Formosa ha dicho que es necesario que se atienda a más de una persona y

18. CNCC, Sala V, “Encaje Génova, C.M.”, 1981.

en el mismo lugar,¹⁹ exigencia con la que no coincidimos, pues con ello se descartaría la comisión de este delito por parte de la persona que sin título o habilitación atiende a domicilio.

Como consideran Creus, Soler y Fontán Balestra, la exigencia de habitualidad, descarta la tentativa y, por lo tanto, los actos preparatorios (la instalación de camillas, la provisión de instrumentos y materiales, la exhibición de un diploma, etc., descubiertos, por ejemplo, en un allanamiento realizado antes de iniciarse la actividad planeada), no constituyen el inicio de ejecución del delito previsto en el artículo 208.

Con frecuencia quien ejerce el intrusismo exhibe credenciales o diplomas apócrifos, en cuyo caso, por tratarse de documentos públicos, deberá intervenir la justicia federal para investigar su falsificación y/o uso (arts. 292 y 296 CP), que concursarán formalmente (art. 54 CP) con el ejercicio ilegal de que se trate.

La Cámara Federal Nacional en lo Criminal y Correccional entiende que no es necesario contar con la documentación original si se comprueba que esta fue utilizada.²⁰ Es decir que el secuestro de la copia de un diploma en el legajo que un profesional posee en una institución sanitaria o los testimonios de quienes dicen haberlo visto, permiten presumir que el autor exhibió el original falso.

La preocupación inicial de los médicos para que esta conducta fuera considerada delito y no una mera falta se debió, en principio, tanto a la presencia en Buenos Aires de “curanderos” (la RAE los define como: “Persona que, sin ser médico, ejerce prácticas curativas, empíricas o rituales”), como así también de extranjeros con “títulos” no otorgados en el nuestro país.

Si bien en el primer caso parecería no haber controversias, la jurisprudencia no es pacífica al respecto.

Sobre “las prácticas meramente rituales” se ha dicho que “la invocación a la fe y a la divinidad, no aplicando ningún medio destinado al tratamiento de las enfermedades, sino limitado al campo de la conciencia, no comporta ejercicio ilegal de la medicina”,²¹ y que

19. Causa “Pérez More, Marco”, 09/05/1997.

20. Sala I, causa N° 43.679, “Rosell Cinalli”, 2010; causa N° 44.499, “Sales”, 2010; Sala II, causa N° 32.063, “Diez Argumedo”, 2012; causa N° 19.102, “Soliz Coca”, 2002; causa N° 32.105, “Zorrilla Llalire”, 2012.

21. CNCC, Sala V, “Heitman de Rivero, Amalia”, 1979, La Ley 1980-A-35.

... si bien el comentario periodístico del prevenido en cuanto al poder curativo de las pirámides es manifiestamente imprudente, pues no se han aportado pruebas de nivel científico que atribuyan a aquellas poder curativo, esa conducta carece del dolo propio del art. 208 CP.²²

Es frecuente que quienes ofrezcan curar “un mal de amores” o “romper un maleficio”, también prometan “curar” dolores de cabeza, reuma, depresión, etcétera, pero, bien asesorados, aconsejan a sus “pacientes” no abandonar ni reemplazar los tratamientos científicos y reciben de ellos solo “donaciones” o el precio por la venta de yuyos, velas o cintas, para evitar ser denunciados por curanderismo y por estafa.

Sin embargo, se ha sostenido que “Configura el delito de ejercicio ilegal de la medicina –curanderismo– la acción del procesado que sin tener título habilitante, trataba a los pacientes por medio de alocuciones, rezos, supuestos pases magnéticos, todos los cuales eran supuestamente curativos”²³

Diferente es el caso de los sanadores o chamanes de comunidades aborígenes alejadas de centros de salud, cuyas actividades, ya incorporadas a su cultura podrían no ser castigadas en razón de un posible error de prohibición. El inciso 2 del artículo 19 del Anteproyecto de Código Penal de 2014 determinaba que el juez podía imponer la pena por debajo del mínimo previsto, o incluso prescindir de esta, cuando “la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratara de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana”. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) ya establece el respeto por las costumbres de los pueblos originarios.

Por otra parte, hoy existen prácticas que son toleradas, que constituyen procedimientos inocuos, por las cuales resulta poco posible que se inicie una investigación, como “tirar el cuerito”. Pero también, una cantidad de actividades no reguladas, que generan discusión, como, por ejemplo, los masajes, la quiropraxia, el *coaching*, el *counseling*, la acupuntura, terapias alternativas para adelgazar o para dejar de fumar, etcétera.

22. CNCC, Sala IV, causa N° 31.575, “Rinaldi, Griselda”, 1986.

23. CNCC, Sala III, causa N° 21.513, “Barbosa, Carlos”, 1987.

Los masajes estéticos, de relajación o de alivio solo están prohibidos si tienen por objeto el tratamiento de una enfermedad.²⁴

La depilación es un tratamiento estético, aun cuando se utilicen equipos cuya manipulación requieran una capacitación previa, sin perjuicio del delito de lesiones culposas que pudieran ocasionar.²⁵

Las actividades de quiropraxia, a pesar de que en algunos países se trate de una carrera universitaria, son propias de la kinesiología, constituyendo, en principio, un ejercicio ilegal de esta si se hace sin título o habilitación. Lo mismo sucede con el *coaching* –carrera terciaria reconocida por el Ministerio de Educación–, cuando están destinadas a la cura o prevención de enfermedades (p. ej., de las adicciones, como ha sucedido) y con el *counseling*, cuando se pretende, por ejemplo, utilizarlo en la cura de un “deterioro anímico y psicológico”.²⁶

Con relación a la acupuntura, la Cámara de Garantías Penales de Mar del Plata ha dicho que no es un ejercicio ilegal de la medicina por tratarse de un “sistema alternativo e inocuo, enderezado a paliar sufrimientos o disminuir el nivel de ansiedad...”²⁷

Habíamos adelantado que a pesar de ser el intrusismo la única figura que no exigía la intervención de un profesional, podría darse el caso de que sea cometido también por personas que sí poseen un título.

Es el caso de los profesionales, generalmente extranjeros, que por carecer de un título oficial o por no haber revalidado en una universidad nacional el otorgado por una universidad extranjera, no cuentan con la matrícula que brinda, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación, conforme lo dispuesto en los artículos 1, segundo párrafo, y 13, primer párrafo, de la Ley N° 17132, en la Resolución MSAL N° 404/2008 y en las diferentes leyes especiales: Farmacias (N° 17565, art. 19), Psicología (N° 23277, art. 4), Tecnicatura en prótesis dental (N° 23752, art. 4), Enfermería (N° 24004, art. 5), Nutrición (N° 24301, art. 5) y Kinesiología (N° 24317, art. 5); excepto los autorizados en las circunstancias contempladas en los citados incisos d) a g) del

24. CNCC, Sala VII, causa N° 1.128, “Bender de Taylor” y Sala I, “Luchesi”, ambos de 1981.

25. CAPCyF, Sala III, causa N° 00157777-01-00-13, “Centro de Estética Láser Demaclinic”.

26. CAPCyF, Sala I, causa N° 484991-00-00-2011, “Miguez, Laura”.

27. Causa “P., H. J.”, 04/12/98.

artículo 13 de la Ley N° 17132 (autorizaciones personales para ejercer por determinado tiempo y circunstancia).

La Ley N° 17132 de Ejercicio Profesional (arts. 13, 24 y 44) y las distintas leyes especiales son claras: solo se habilitará a los profesionales con títulos otorgados por universidades nacionales o privadas reconocidas, o extranjeras que tengan convenios firmados con nuestro país, o que hayan obtenido las reválidas correspondientes.

Por lo tanto, la “autorización” no es solo “el permiso otorgado por la autoridad competente para que una persona ejerza un determinado arte de curar cuando carece de título o posee uno que no ha sido reconocido por el Estado”, como sostiene Creus, limitándola, al igual que Núñez, a la habilitación del artículo 13, inc. d) a g), de la Ley N° 17132, sino también la matrícula que se otorga a quien cuenta con un título válido. Por lo tanto, el profesional que carece de habilitación por no contar con título, y ejerce con habitualidad un arte de curar, sí comete el delito de intrusismo.

En igual entendimiento, en el año 2005 se confirmó el procesamiento de quien aplicaba tratamientos kinesiológicos para la columna, a pesar de haber exhibido distintos títulos:

En cuanto a los diplomas que presenta la defensa, que darían cuenta de los estudios realizados por el encausado en la República Federativa del Brasil y en el Instituto [...] de San Miguel de Tucumán, se ha acreditado ante el Departamento de Validez Nacional de Títulos y Estudios del Ministerio de Educación, que no se inició trámite alguno a nombre del encausado, y que el instituto ubicado en Tucumán carece de aval de la Secretaría de Estado de Educación de dicha provincia y de validez para el ejercicio de la profesión de kinesiólogo y por ende de la medicina en el país.²⁸

Es que el peligro en la salud no sólo se produce cuanto no interviene en absoluto un profesional de la medicina o de las ciencias auxiliares, sino también cuando la terapia la realiza quien no está autorizado por el Estado para llevar a cabo tal quehacer.²⁹

La pena para estos profesionales sin títulos oficiales que, por lo tanto, carecen de la debida autorización, seguramente será menor. Al resolverse la situación procesal de un famoso médico vasco que

28. CNCC, Sala VI, causa N° 25.298, “Hirochi Yano”, 2005.

29. CNCC, Sala III, causa N° 15.419, “Lombardo, Francisco”, 1982.

atendía en Buenos Aires a finales de la década de 1920, denunciado por el Departamento Nacional de Higiene, se dijo que si bien el artículo 208 tiene por objeto principal combatir el curanderismo, el médico extranjero que trata enfermos sin haber revalidado su título o sin estar amparado por una autorización especial, también comete este delito, haciéndose “las debidas distinciones” al aplicarse su penalidad.³⁰

En cambio, si quien sí posee un título oficial o revalidó el otorgado por una universidad extranjera ejerce en el ámbito de la CABA sin haberse matriculado, comete una “infracción muy grave”,³¹ siendo pasible de las sanciones previstas en artículo 126 de la Ley de Ejercicio Profesional; mas no, el delito previsto en el artículo 208, inciso 1.

Así también lo entendió la justicia nacional en lo Criminal de Instrucción: “La circunstancia de que no tuvieran matrícula podría constituir, en todo caso, una falta administrativa, pero no una conducta delictiva”.³²

Por lo tanto, entendemos, al igual que Soler, que tampoco comete esta conducta, sino una falta sanitaria local, quien contando con un título válido desarrolla su profesión en un distrito diferente al de su matriculación.

Quien aprobó todas las materias de la carrera y comienza a ejercer sin título también comete el delito de intrusismo³³ excepto que lo haga ante una urgencia, en cuyo caso podría existir el estado de necesidad del artículo 34, inciso 3 del CP.

Si quien ejerce se encuentra inhabilitado por la justicia, solo comete el delito previsto en el artículo 281 bis del CP (“El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta, será reprimido con prisión de dos meses a dos años”); y si lo hace un inhabilitado por la autoridad sanitaria, además de una nueva falta administrativa, cometerá el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del CP; pero no infringirán el artículo 208.

Otros casos emblemáticos de personas acusadas de ejercer la medicina sin contar con título, haciéndose pasar por profesionales habi-

30. CNCC, “Asuero, Fernando”, 11/06/1930.

31. Resolución MSAL N° 1722/2015, Anexo I.

32. Dictamen FICI 28, causa N° 5.274/13, CI 10, “U.A.I.”, 25/04/2014.

33. Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Expte. N° 1054/07, “Scandellari, Fátima”, 01/04/2008.

litados, son los de Guillermo Assaneo, quien se desempeñó durante años como neurólogo en un consultorio particular y en el Hospital Rivadavia (condenado en 1998 a dos años y seis meses de prisión por estafa, en concurso ideal con ejercicio ilegal de la medicina, por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 28); José María Roldán Bonadeo, quien llegó a ser jefe de Hemoterapia del IADyT y miembro de la Asociación Argentina de Hemoterapia (el Juzgado en lo Correccional N° 11 le concedió, en 1998, la Suspensión de Juicio a Prueba del art. 76 bis CP); Mónica Rímolo, condenada en 2012 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, a nueve años de prisión por estafa en concurso ideal con tráfico de sustancias peligrosas para la salud, reiterado en 70 oportunidades, y homicidio culposo, todo lo cual concurre formalmente con el delito de ejercicio ilegal de la medicina (arts. 54, 84, 172, 201 y 208, inc. 1 CP); y Oscar Sureda, condenado en 2001 a cinco años y seis meses de prisión por homicidio culposo en concurso real con ejercicio ilegal de la medicina y estafa, que concursan idealmente, por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Morón (arts. 54, 55, 84, 172 y 208, inc. 1 CP).

Respecto de las Instituciones, los directores médicos que contratan a quienes carecen de título y de autorización, podrían cometer los delitos de estafa –a pacientes o a obras sociales, dolo mediante–, y de homicidio y lesiones culposos como coautores; ser sancionados por la falta sanitaria pertinente; y, en principio, resultar civilmente responsables por las consecuencias de la actividad del autor; pero de ningún modo ser acusados por curanderismo o intrusismo.

Exceso en la autorización o en los límites (inc. 1 del art. 208 CP y 4 de la Ley N° 17132)

Es la segunda acción que prevé el inciso 1 del artículo 208: “el que [...] excediendo los límites de su autorización...”.

En este caso el autor sí posee un título y/o una autorización para ejercer un arte de curar –es decir, que se trata de un profesional habilitado–, pero lo que hace, de manera habitual y aun gratuitamente, es llevar a cabo actividades cuyo ejercicio tiene vedado, excediéndose de sus incumbencias (diferencia con el intrusismo).

Puede hacerlo tanto el profesional extranjero no matriculado que cuenta con el permiso del artículo 13 de la Ley, como el que, con matrícula, realiza tareas para las cuales no se encuentra autorizado.

El artículo 4 de la Ley N° 17132 ordena que "... Sin perjuicio de las penalidades impuestas por esta ley, los que actuaren fuera de los límites en que deben ser desarrolladas sus actividades, serán denunciados por infracción al art. 208 del Código Penal". Es decir que, quien ejerce legalmente una profesión, se encuentra obligado a actuar dentro de los parámetros impuestos.

De tal modo, los profesionales del artículo 42 de la Ley N° 17132 deben únicamente colaborar con un médico o un odontólogo (arts. 45, 47, incs. a) a c) y 48, incs. a) a b)); y para cada una de esas actividades existe un artículo que repite la necesidad de una indicación, prescripción y/o control (arts. 64, 69, 85, 94, 98, 103, 112, 117 y 123).

En cuanto a las profesiones que cuentan con leyes especiales, en las que también se enumeran sus incumbencias, cometen este delito, por ejemplo, el farmacéutico que diagnostica e indica un tratamiento; el psicólogo que receta un medicamento; el kinesiólogo que atiende sin orden médica; el optometrista que hace anteojos sin receta; el enfermero que aplica inyecciones en áreas del cuerpo diferentes a las autorizadas en su ley etcétera.

Los médicos que realizan actos propios de otra especialización, no incurren en esta conducta, pues su título los habilita para todas las ramas de la profesión. Sin embargo, la ley es clara en cuanto a que no pueden anunciarse como especialistas sin estar registrados en el área correspondiente (arts. 20, inc. 10, y 21), siendo pasibles de una sanción de multa y/o suspensión de la matrícula, luego de la tramitación de un sumario administrativo. Al disimular u ocultar la falta de esa condición, el profesional podría, además, estar cometiendo una estafa (a la institución que le paga un sueldo o al paciente que le abona un honorario) y, obviamente, una falsificación si exhibiera un diploma de especialista apócrifo; todas conductas que concursarán idealmente (art. 54 CP). En cualquier caso, será difícil su defensa en caso de una mala praxis.

Por otra parte, respecto de los profesionales que ejercen de manera habitual una especialidad para la que no están autorizados, la Ley, en su artículo 128, ordena también formular una denuncia:

La reincidencia en la actuación fuera de los límites en que esta debe ser desarrollada, hará pasible al infractor de inhabilitación de un mes a 5 años; sin perjuicio de ser denunciado por infracción al Art. 208 del Código Penal.

Como en el resto de las figuras del artículo 208, no es necesario un daño concreto en la salud, ni lucro, pero sí el conocimiento de que se están realizando, de manera habitual, actos destinados al tratamiento de enfermedades excediendo la autorización.

Finalmente, respecto de las instituciones sanitarias, el inciso b del artículo 40 del Decreto Reglamentario de la Ley obliga a sus directores médicos a controlar que las actividades de profesionales, especialistas y/o colaboradores se realicen dentro de los límites de la respectiva autorización; siendo, en principio, civilmente responsables por las consecuencias de la actividad del autor.

Charlatanismo o abuso de título (art. 208, inc. 2)

Art. 208

2. El que con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles.

“Curación a término fijo” significa manifestar el momento exacto en que se producirá (sí puede explicarse el tiempo normal y aproximado que puede durar el tratamiento). “Medios secretos” son los métodos que se pretenden ocultar al paciente y que le impiden decidir libremente. Y la “infalibilidad” es la promesa de una cura segura. Brindado al paciente una esperanza falsa, el profesional lo sustrae de las praxis reconocidas y aprobadas.

Como ya adelantáramos, aquí no es necesaria la habitualidad, porque la conducta es simplemente dar a publicidad la existencia del tratamiento.

Y como en el resto de las figuras, tampoco importa su eficacia (ni siquiera si se llegó a aplicar o no), ni el lucro (aunque en la mayoría de los casos esta figura concursa con el delito de estafa).

Sí es necesario que el profesional, con título y debidamente autorizado, sepa que está ofreciendo, a múltiples personas, de manera indebida un tratamiento.

El artículo 20, incisos 1 a 9, de la Ley N° 17132 de Ejercicio Profesional prohíbe a los médicos anunciar y/o prometer la curación fijando plazos, la conservación de la salud, el alivio o la curación por medio de procedimientos secretos o misteriosos, procedimientos, técnicas o terapias ajenas a la enseñanza que se imparte en facultades reconocidas del país, aplicar agentes terapéuticos de efectos infalibles o procedimientos que no hayan sido presentados, considerados, discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país, o productos especiales de preparación exclusiva y secreta y/o no autorizados, etcétera.

En sus artículos 30, inciso 3 a 11, y 48, inc. c) a j), repite las mismas prohibiciones para los odontólogos y para quienes ejercen actividades de colaboración.

Asimismo, las Leyes de Farmacias (N° 17565, art. 32), Psicología (N° 23277, art. 9), Enfermería (N° 24004, art. 11), Nutrición (N° 24301, art. 12) y Kinesiología (N° 24317, art. 11), hacen lo propio.

También se ocupan de este tema los diferentes Códigos de Ética tanto el de la Asociación Médica Argentina, en su artículo 321 como el de la Confederación Médica Argentina, en sus artículos 27, 150/1 y 183.

No deben efectuarse promesas de curación infalible, utilizar medicamentos o procedimientos anunciados como secretos [...] No deben aplicarse nuevos sistemas o procedimientos especiales, curas o modificaciones aún en discusión, respecto de cuya eficacia no se hayan expedido definitivamente las instituciones oficiales o científicas. (art. 321)

La Asociación Médica Mundial, en la Declaración de Helsinki (1964), “Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos”, dio las pautas para el modo de llevar adelante tratamientos experimentales, entre las cuales se encuentra la prohibición de cobrar.

En igual sentido se han expresado el Departamento de Salud de los Estados Unidos en los “Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación” (Belmont, 1979); el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas y la Organización Mundial de la Salud en sus “Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos” (Ginebra, 2002); la Organización Panamericana de la Salud en la “Guía de Buenas Prácticas Clínicas” (República Dominicana, 2005), etcétera.

Los profesionales no pueden ignorar estas recomendaciones; sería en vano, a nuestro entender, que aduzcan, para defenderse de una acusación por “abuso de título”, su propio convencimiento respecto del éxito de su sistema; menos aún, cuando cobran por aplicarlo.

En la mayoría de los casos se trata de procedimientos de altísimo costo y, a menudo, quienes los ofrecen, ante una imposibilidad económica del paciente, aconsejan a este o a sus familiares acudir a la justicia para que, mediante la presentación de acciones de amparo, obtengan medidas cautelares que ordenen al Estado nacional, a las provincias, a las obras sociales y/o a las empresas de medicina prepaga, hacerse cargo de aquellos, invocando el derecho a la salud; a pesar de que el 19 de mayo de 2010, la Corte³⁴ confirmó el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial, y el de primera instancia, que rechazaba una demanda para cubrir un tratamiento por esclerosis múltiple con la aplicación de una vacuna T linfocitaria, porque:

... ha quedado demostrado, y así también lo reconoce la propia actora, que el tratamiento que esta reclama se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación, no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III. Más aún; ni siquiera ello puede predicarse para el orden nacional ya que, no obstante lo afirmado por el *a quo*, la apelante no ha sostenido que en el país se registre protocolo de investigación alguno al respecto [...] no advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado.

Constituye, sin dudas, la más grave de las cuatro figuras, por ser su autor un profesional que cuenta con título válido y autorización para ejercer y por el estado de vulnerabilidad del paciente, generalmente grave, y de sus familiares que, agotados los tratamientos tradicionales, acuden a este.

Para la Real Academia Española, “charlatán” (del italiano *ciarlatano*) es quien habla mucho y sin sustancia, un embaucador. Y si se lee que “embaucar” es “engañar, alucinar, prevaleciéndose de la inexperiencia o candor del engañado”, rápidamente se asocia esta conducta al “abuso de confianza” del artículo 172 del CP.

34. “Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y Estado Nacional” (B.537 XLIV).

Por lo tanto, cada vez que el profesional “embaucador” comience la práctica y reciba por ella una contraprestación, no solo estará ejerciendo ilegalmente la medicina, la odontología, la psicología o la kinesiología, sino que, además, estará defraudando a cada uno de sus pacientes, valiéndose de anuncios prohibidos y de la buena fe, debiendo intervenir entonces, hasta tanto se formalice la transferencia respectiva al ámbito de la justicia de la Ciudad del delito de estafa, la justicia nacional en lo Criminal y Correccional –ya se dijo que se trata de conductas indivisibles–.

Resultará irrelevante que luego la víctima, a veces, sorprendentemente propuesta como testigo por el mismo profesional, manifieste ante los magistrados que se sometió voluntariamente al tratamiento e, incluso, que su salud mejoró, porque lo que se pretende es proteger la salud pública frente a las falsas promesas de estos profesionales sin ética.

Préstamo de nombre

Art. 208

3. El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inc. 1 de este artículo.

Al igual que las últimas tres conductas, es una acción en la que debe intervenir un profesional de la salud, pero en este caso es necesaria la complicidad de una persona que ejercerá ilegalmente la actividad en nombre de aquel, suplantándolo. El paciente debe creer que está siendo atendido por el primero, de lo contrario habrá solo curanderismo o intrusismo o exceso en los límites por parte del segundo.

La figura exige el dolo de ambos autores. El del profesional que “presta” su nombre, consiste en aceptar que otro se haga pasar por él; el del que carece de título y autorización o se excede, en ejercer cualquier arte de curar; es decir, que el segundo comete el “intrusismo” o el “exceso” del inciso 1 (recordemos que la pena es la misma para todas las figuras).

Si no pudiera acreditarse que el falso profesional realizó, con habitualidad, alguna de las actividades del inciso 1, solo estaría usurpando un título (art. 247); en tanto, la conducta del que presta su nombre, se configura con la mera aceptación de que el primero actúe en su reemplazo.³⁵

35. CNCC, Sala V, causa N° 10.740/18, “G., A. S.”, 2019.

Aquí tampoco es relevante la idoneidad o el éxito del tratamiento ni que haya un daño efectivo en la salud del paciente, quien será, además, víctima de una estafa si abonó el honorario exigido bajo la creencia de estar pagándole al prestador del nombre. Ambos autores serán responsables del fraude.

Si hubiera un daño en la salud, en principio el responsable penal del delito culposo será el curandero o intruso.

La Ley de Ejercicio Profesional prevé esta conducta ilegal del profesional en su artículo 20, inciso 22.

A su vez, diferentes leyes especiales también lo hacen: la de Farmacias (N° 17565), en su art. 24; la de Psicología (N° 23277) en el art. 5; Enfermería (N° 24004), en el art. 11; Nutrición (N° 24301), en el art. 7; y Kinesiología (N° 24317) en el art. 6.

En principio se tuvo por objeto castigar al médico que “compartía” su título y las ganancias, con algún curandero exitoso, para que este eluda las consecuencias de su conducta ilícita. Luego hubo casos de médicos que permitían que sus colaboradores se hicieran pasar por ellos en su ausencia. Hoy suele darse con la utilización, por parte de profesionales cuyos títulos no han sido validados, de sellos y/o recetarios de profesionales sí autorizados, en atenciones domiciliarias o guardias nocturnas.

Inspecciones y allanamientos de consultorios y farmacias

Dejamos para el final un tema controvertido. En algunas oportunidades, cuando los consultorios o locales no dan a la calle y se niega el ingreso a los inspectores, la autoridad sanitaria se ve impedida de llevar a cabo su tarea de control.

Se dijo ya que uno de los modos de tomar conocimiento de la comisión de las conductas del artículo 208 del CP es a través de las inspecciones previstas en el artículo 140 de la Ley N° 17132.

Los inspectores o funcionarios debidamente autorizados por la autoridad sanitaria nacional tendrán la facultad de penetrar en los locales donde se ejerzan las actividades comprendidas por la presente ley durante las horas destinadas a su ejercicio. Las autoridades policiales deberán prestar el concurso pertinente a solicitud de aquéllos para el cumplimiento de sus funciones...

El mismo artículo, en su cuarto párrafo, determina también que

Los jueces, con habilitación de día y hora, acordarán de inmediato a los funcionarios designados por los organismos competentes de la autoridad sanitaria nacional, la orden de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública, si éstas medidas son solicitadas por aquellos organismos.

En consonancia, el artículo 229 del Código Procesal Penal de la Nación dice que

Cuando para el cumplimiento de sus funciones o por razones de higiene, moralidad y orden público alguna autoridad competente necesite practicar registros domiciliarios, solicitará al juez orden de allanamiento expresando los fundamentos del pedido. Para resolver la solicitud, el juez podrá requerir las informaciones que estime pertinentes.

Sin embargo, la justicia nacional, a pesar de lo dispuesto en ambas normas, ha denegado requerimientos de este tipo cuando no existiesen denuncias previas, no formuladas por carecerse de elementos para sospechar que en el lugar se estuviese cometiendo un delito, más allá de la negativa a permitirse el acceso a los inspectores.

En cambio, la justicia de la Ciudad, con fundamento en el mencionado artículo 140 y en el artículo 108 de su cuerpo adjetivo expresó:

... si hubieran motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho o que allí puede efectuarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida o fuere necesario el ingreso para la aplicación de alguna medida precautoria, ante el pedido fundamentado del/la Fiscal, el tribunal podrá ordenar, por auto, el ingreso y/o el registro de ese lugar. En casos graves y/o urgentes el auto se podrá adelantar por cualquier medio a los autorizados para el registro, con constancia del Secretario/a del juzgado sobre el modo de comunicación usado y quien fue el receptor.

Por otra parte, sí ordenó el allanamiento de una empresa de inter-nación domiciliaria, previo al inicio formal de una causa por ejercicio ilegal de un arte de curar.

Ante la frecuencia con que las conductas del artículo 208 concurren con delitos todavía no transferidos, resultaría necesario que mientras tanto la justicia nacional acceda a esas solicitudes también, conforme lo previsto en las normas mencionadas (art. 140 de la Ley N° 17132 y art. 229 del CPPN), para, eventualmente, proteger la salud

pública e impedir que el “curandero” o el “profesional infiel” abandonen el lugar y/o eliminen prueba.

Bibliografía

BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, T. 9, 2010.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Boletines de Jurisprudencia.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, T. 2, 1999.

D’ALESSIO, Andrés, *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, T. 2, 2004.

DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2, 2002.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1988.

GARAY, Oscar, *Responsabilidad profesional de los médicos: ética, bioética y jurídica civil y penal*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Sistema Argentino de Información Jurídica.

MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por Aguirre Obarrio, Eduardo, Buenos Aires, Ed. TEA, 1996.

MONTANELLI, Norberto, *Responsabilidad criminal médica*, Buenos Aires, Ed. García Alonso, 2005.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 1978.

RICCARDINI, Juan Carlos, “Ejercicio ilegal de la medicina”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2013.

SOLER, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1988.

ZAMPIERI, Horacio, “CHARLATANISMO (o abuso de título)”, en *Diario DPI Cuántico. Suplemento Salud*, N° 16, 21/09/2015.

_____, “La autorización para ejercer un arte de curar, del Artículo 208 del Código Penal”, en *Diario DPI Cuántico. Suplemento Salud*, N° 25, 14/03/2016.

_____, “El ejercicio ilegal ‘de la medicina’ y su concurso con otros delitos”, *Diario DPI Cuántico. Suplemento Salud*, N° 63, 01/04/2019.