

EDGARDO ALBERTO DONNA

# DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo II-C



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**



**EDGARDO ALBERTO DONNA**

Antiguo becario de la Alexander von Humboldt Stiftung  
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

# **DERECHO PENAL**

## **PARTE ESPECIAL**

**Tomo II-C**

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe



DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL



345 Donna, Edgardo Alberto  
DON Derecho penal : parte especial - 1º ed. -  
Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2002  
720 p. ; 23 x 16 cm  
ISBN 950-727-405-7

I. Título - 1. Derecho Penal

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. 011-4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

---

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## PRÓLOGO

Como siempre debo agradecer a quienes me han ayudado en la elaboración del presente tomo, que es el penúltimo de la obra general de la parte especial. Ellos son: INÉS CANTISANI, quien trabajó en la parte de delitos contra la seguridad pública; ANA CAROLINA DONNA, quien lo hizo en los antecedentes de los títulos en estudio, así como en textos de autores extranjeros; MARCELO ALVERO y CLAUDIO NAVAS RIAL, en los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional; NELVA LLADON, quien ha elaborado toda la jurisprudencia de este libro, de manera metódica, que se encuentra al fin de los capítulos, y GUSTAVO GOERNER en el capítulo de la piratería.

Todos los temas que se han tratado tienen serias dificultades, como podrá comprenderse, y es en la parte del Código Penal en donde se nota menor elaboración doctrinaria y en donde el elemento "político" aparece con más frecuencia, molestando —empleando una palabra que es débil— la interpretación dogmática. El futuro de la Nación está atado a que cada vez menos los elementos ajenos a lo propiamente jurídico tengan influencia en el Derecho Penal. Cuando se logre concretar esa idea y el Poder Judicial sea realmente independiente del poder político, del poder religioso y de la opinión pública, se podrá decir que se está empezando a ser una República. Mientras tanto deberemos vivir en una tribu.

EDGARDO ALBERTO DONNA

Invierno de 2002



## TÍTULO VII

# **DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA**



## DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Bien jurídico protegido. II. El problema de los delitos de peligro. 1. Las ideas básicas de los delitos de peligro. 2. La diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto. 3. El aspecto subjetivo. 4. La crítica a los delitos de peligro abstracto. 5. Síntesis. III. Los llamados delitos cualificados por el resultado. IV. El tema del estrago.

En el Título VII del Libro II del Código Penal de la Nación están previstos los delitos contra la seguridad pública. En el Capítulo I de dicho título se contemplan los delitos de incendio y otros estragos –artículos 186 a 189 ter–; en el Capítulo II, los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación (arts. 190 a 197); en el Capítulo III, los delitos de piratería (arts. 198 a 199); en el Capítulo IV, los delitos contra la salud pública (arts. 200 a 208).

### I. Bien jurídico protegido

Afirma Zerboglio, comentando el Código de Italia, similar al nuestro –por lo menos en la estructura del título–, que los delitos contra la incolumidad pública tienen relación con la llamada salud pública, en el sentido de salvación, luego de un peligro que ha sido potencial. De este modo, la idea de incolumidad reclama para sí la idea de peligro. Pero como está unida a la palabra pública, significa que hay un peligro afectando la salud común, lo que implica que el peligro debe ser siempre general. Esto lleva, y la aclaración no es menor, a que se distinga

<sup>1</sup> La bibliografía que se puede consultar es la clásica: NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. V, vol. I (t. VI en la edición de 1971), *Parte especial*, Marcos Letner, Córdoba, 1992; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1988, t. IV; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. VI; MOLINARIO, Alfredo–AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III; CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2.

el peligro que afecta a alguna persona en particular de este tipo de peligro que afecta a la incolumidad de la sociedad, que incluye, por ende, la tranquilidad y la seguridad pública. Con esta categoría de delitos se afecta, según la doctrina italiana, una de las fuentes de nuestro Código Penal, la seguridad del ciudadano de una manera general, que lleva a una preocupación subjetiva en la generalidad de las personas, que hace a lo que dio en llamar la tranquilidad pública<sup>2</sup>.

En esta línea, Florian<sup>3</sup> afirma que este título tiene su base en los llamados delitos de peligro común del antiguo Código Penal alemán. Se trata de la incolumidad pública que tiene su base en el peligro que corre la generalidad de las personas de manera directa y el Estado de manera indirecta. Todo este título gira alrededor del concepto de peligro que tiene que ver con la falta de certeza y la inseguridad que causan las acciones típicas en la población, tomada en su conjunto. No se trata de un agravante de los delitos contra las personas individuales, sino que tienen una entidad propia. La afectación es, de alguna manera, a la paz pública, tal como había sido vista por Feuerbach. Hay consenso en admitir que estos delitos se deben a Carmignani, en cuanto protegen al ciudadano, pero no de manera directa, sino que lo hace en vista del temor que genera este tipo de acciones en el todo social<sup>4</sup>. El propio Florian afirma, en contra de la posición de Carrara, que la base de este título sigue la idea de Pessina cuando afirmaba que el incendio, la inundación, la ruina, la explosión de una mina, la sumersión, el naufragio, la destrucción de puentes, calles, el envenenamiento de fuentes y de aguas de uso común forman una categoría contra los intereses legítimos de la sociedad humana, más precisamente contra el derecho de todas las personas a ser inmunes a los desastres<sup>5</sup>.

Se ha hecho notar, por la doctrina argentina, la dificultad de ca-

<sup>2</sup> ZERBOGLIO, Adolfo, *Delitti contro la pubblica incolumità*, en FLORIAN, Eugenio (dir.), *Trattato de Diritto Penale*, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, Alesandria, Italia, 1916, vol. VIII, ps. 1 y ss.

<sup>3</sup> FLORIAN, Eugenio, *Dei delitti contro la incolumità pubblica*, en *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, a cura di Enrico Pessina, Società Editrice Libreria, 1909, volume ottavo, ps. 167 y ss.

<sup>4</sup> CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1863, § 786-797, citado por FLORIAN, ob. cit., p. 176.

<sup>5</sup> PESSINA, *Elementi di Dir. Pen.*, II, § 204, citado por FLORIAN, p. 178.

racterizar, de manera adecuada, el bien jurídico en los delitos contra la seguridad pública<sup>6</sup>. Se trata de delitos en los cuales está contemplado, a veces, el bien jurídico seguridad, en relación con la afectación de determinados bienes jurídicos, y, en otros, sólo con relación al peligro de esa afectación.

La protección penal acordada por los tipos penales previstos en los artículos de este título, se refieren a la seguridad pública. Pero la seguridad a que se refiere el título no es la que de manera genérica el Derecho debe proteger como su función básica e ineludible, sino que se trata de la seguridad en el sentido de cuidado de los bienes en común, que abarca tanto a las personas como a los bienes en sí mismos. La seguridad significa, desde esta perspectiva, no tanto ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de riesgos y de los actos que los acrecientan o los posibilitan que, por eso, se busca evitar. Cuando el legislador habla de "seguridad" se está refiriendo a los peligros que producen ciertas acciones para los bienes en común<sup>7</sup>, pero teniendo en cuenta que se trata de la seguridad pública. El adjetivo público está empleado en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad<sup>8</sup>.

Creus por su parte, comienza con la afirmación de que todo delito o contravención trata de proteger la seguridad jurídica, entendida como un estado que permite y obliga a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad a vivir de acuerdo con los mandatos del Derecho, con la consiguiente respuesta anímica de cada miembro de la sociedad, que le permite esperar, por otra parte, que los otros miembros actúen de acuerdo con esos mandatos. En cambio, en estos delitos en estudio en este título del Código Penal, se busca proteger la seguridad común, que es la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. En consecuencia, las acciones típicas son todas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Puede verse parte de la discusión en SANCHIS FERRERO, Julia, *El delito de incendio y la piromania*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, ps. 25 y ss.

<sup>7</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 26.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> CREUS, ob. cit., p. 1.

Algunos autores han caracterizado estos delitos como de peligro, pero de una situación objetiva de peligro concreto y común. Así, se sostiene que los bienes deben haber sufrido realmente un peligro, como es el caso del delito de incendio, en donde, distinguiéndose del fuego simple, se exige que los bienes hayan corrido riesgo<sup>10</sup>. El bien jurídico sería, desde esta perspectiva, la seguridad colectiva, ya que está en juego la seguridad pública.

Como se ha visto en los antecedentes legislativos, el decreto-ley 17.567/68 había modificado el nombre del título por el de seguridad común. La idea que sustentaba el cambio era que el núcleo del delito consistía en la creación de un peligro común para los bienes o las personas, de acuerdo a la Exposición de Motivos. En base a esta idea los comentaristas afirmaron que “el peligro común genera la necesidad de proteger la seguridad común, que es de las personas y cosas sin determinación. Peligro común y seguridad común se corresponden recíprocamente, del mismo modo que existe interrelación entre peligro y seguridad”<sup>11</sup>. Y, continuaba Millán, “esto es lo que justifica el *nomen juris* del título y lo que determina que sea más apropiado que el de seguridad pública, que puede confundirse con la seguridad de las instituciones, como expresa Peco (Proyecto de Código Penal, 1942, p. 377), idea que se extrae también del hecho de que muchos códigos agrupen bajo el título seguridad pública los más dispares delitos”<sup>12</sup>.

La idea que marca el título, aun sin el cambio de denominación, está en que “cualquier delito, un homicidio, un robo, engendra el temor de que puede repetirse contra alguien y de allí proviene la seguridad que estatuye la ley penal mediante la correspondiente prohibición concreta, seguida de castigo. Sin embargo, la posibilidad en estos casos de que se cometa el mismo delito es mediata: nadie está concretamente amenazado de muerte o desapoderamiento. En cambio, cuando se comete un delito que pone en peligro a varias personas o cosas en común, es indudable que el peligro es inmediato”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> SANCHÍS FERRERO, ob. cit., p. 26.

<sup>11</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Alberto, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 205.

<sup>12</sup> FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., ps. 205/6.

<sup>13</sup> FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 207. Más allá de las distintas

Los antecedentes doctrinarios que se pueden analizar van en esta línea. Carrara, por ejemplo, afirmaba que la tranquilidad es el fin de la sociedad humana y que es la autoridad, la encargada de tutelar los derechos de las personas frente a este tipo de acciones. Ahora bien, Carrara le exigía a este tipo de delitos una característica especial, que consistía en que debía existir una conmoción indefinida de los ánimos y que la consiguiente agitación de la muchedumbre debe proceder del hecho como tal. Esta conmoción indefinida de las multitudes origina un verdadero daño inmediato, que proviene del delito que se estudia en este título. El daño, en este sentido, excede en su importancia política al daño inmediato que el agente tenía la intención de ocasionar<sup>14</sup>.

Pessina, por su parte, criticó esta denominación en base a que los hechos así expuestos no amenazan la tranquilidad sino la seguridad, dado que la tranquilidad es la conciencia de estar tranquilo, en cambio la seguridad es algo objetivo, y esto es lo que en definitiva se protege<sup>15</sup>.

Feijóo Sánchez, cuando comenta el nuevo Código español, afirma, precisando el tema, que la discusión en este título consiste en "si mediante estos tipos se protegen bienes jurídicos que se protegen en otro lugar del Código Penal de forma distinta (vida, salud, patrimonio, medio ambiente) o se protegen bienes distintos de naturaleza colectiva (bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos)"<sup>16</sup>. La Expo-

denominaciones, se trata de delitos de peligro, que se torna más grave en casos en que el peligro sea comunicable, debido a los medios que se empleen tales como bombas, energía nuclear, sustancias tóxicas, etc. Son casos en los cuales se ha creado un peligro común, efectivo, según algunos autores sobre los bienes, aunque no es necesario que se produzca el estrago (véase FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., ps. 207 y ss.). Se trata, como se verá en el punto III, del problema de los delitos de peligro, su ampliación y, por ende, del problema de los límites de esos delitos y de su constitucionalidad. No hay en la República Argentina una política criminal clara y precisa sobre este tema. No hay casi una legislación sobre el medio ambiente, ni tampoco sobre otros temas, sino como siempre una legislación en base a fenómenos y de manera aislada. No creemos que esto cambie, ya que no hay voluntad de modificar el Código Penal de manera orgánica. Se sigue pensando que los dioses son los autores de las leyes.

<sup>14</sup> Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal* cit., § 111.

<sup>15</sup> PESSINA, *Elementi di Dir. Pen.*, § 204, citado por FLORIAN, p. 178.

<sup>16</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, *De los delitos contra la seguridad colectiva*, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo y JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal*. Cívitas, Madrid, España, 1997, ps. 948 y ss.

sición de Motivos del Código de España expresa que “la idea de seguridad, en todos los grupos, viene dada porque se configuran delitos de peligro, concreto o abstracto, que, en todos los casos, ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada”<sup>17</sup>. Con lo cual, la idea que se presenta es la de que en estos tipos se refuerzan las disposiciones administrativas, especialmente en hechos graves, de modo que varios de estos tipos penales están configurados como ley penal en blanco<sup>18</sup>.

Para Queralt Jiménez el bien jurídico que se protege en este tipo de delitos es la calidad de vida y la seguridad para el conjunto de la ciudadanía. E insiste en lo dicho ya por nosotros, en varias oportunidades, y de manera crítica<sup>19</sup>: “de esta suerte se pone de manifiesto uno de los rasgos más característicos del Derecho Penal de nuevo cuño: protección creciente de intereses emergentes, flexibilización del principio de legalidad, con introducción de cláusulas valorativas y potenciando el déficit del mandato de determinación y, finalmente, entrecruzamiento normativo, lo que produce en buena medida un Derecho Penal simbólico”<sup>20</sup>.

La protección penal acordada por los tipos penales previstos en los artículos referidos está destinada, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina nacional, a la seguridad pública. Seguridad significa, de acuerdo con Molinaro y Aguirre Obarrio, en Derecho Penal, no tanto la ausencia de riesgos, sino más bien, el conocimiento de los riesgos y de los actos que los acrecientan o posibilitan que, por eso, se busca evitar. Entonces, al hablar de “seguridad”, se toman en cuenta los peligros que producen ciertas acciones<sup>21</sup>. En cuanto al adjetivo público, debe entenderse en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 948.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *El problema del Derecho Penal en la actualidad, en Nada Personal*, Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, coord. por Virgolini-Blocar, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 63.

<sup>20</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 681/2.

<sup>21</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., t. III, p. 26.

<sup>22</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 26.

Creus completa estos conceptos al establecer que los delitos de que trata este título están dirigidos a proteger la seguridad común, entendiéndose como tal a la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se hallan exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. En definitiva, las acciones típicas que los constituyen son todas ellas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla<sup>23</sup>.

Por ende, entendemos que una de las características de los delitos contra la seguridad pública, de los delitos que vamos a ver en general, es la idea de peligro. Y es la idea de peligro lo que marca los delitos contra la seguridad pública y contra el orden público, especialmente.

La idea de peligro concreto o abstracto ha vuelto a estar nuevamente sobre el tapete, puesto que ha aparecido, debido a la llamada sociedad de riesgos, el sentido de protección de los derechos frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos. Los incendios, el medio ambiente, la salud pública, etcétera, son todos tipos penales en los cuales los riesgos están presentes<sup>24</sup>. Por lo tanto, es necesario, aunque sea someramente, dado el carácter de esta obra, analizar el problema de los delitos de peligro.

## II. El problema de los delitos de peligro

### 1. *Las ideas básicas de los delitos de peligro*

Sobre los delitos de peligro afirma Hirsch que “Las prescripciones penales –para cuya realización no es necesaria ninguna lesión al bien jurídico, sino es suficiente la dirección hacia una situación de peligro o simplemente alcanzar con obrar arriesgadamente hacia su conclusión– fueron aumentando en este siglo. Especialmente el desarrollo de la técnica y en su consecuencia la fuente numerosa de peligros ha favorecido el adelanto de los ámbitos punitivos. Una zona central es la formada en el tránsito automovilístico. Otros ejemplos son la mani-

<sup>23</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 1.

<sup>24</sup> Véase especialmente sobre este tema: BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Politik in der Risikogesellschaft*, Suhrkamp, 1991; *La invención de los políticos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990; GIDDENS, Anthony, *Capitalismo y la moderna teoría social*, Idea Books, 1998, entre otros.

pulación de explosivos, radioactivos u otras sustancias portadoras de peligro. Ante este panorama es entendible que los hechos calificados como 'delitos de peligro' se hayan propagado como una mancha de aceite"<sup>25</sup>. Esto ha llevado a sostener, desde la escuela de Frankfurt, que en este Derecho Penal, en el cual el riesgo ocupa el centro de la escena, existe una flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho Penal liberal, a punto que se ha llegado a poner en duda el llamado antiguo Derecho Penal liberal, por lo menos en lo que hace al nuevo ámbito del Derecho Penal<sup>26</sup>. Esta extensión del Derecho Penal, debido a la llamada sociedad de riesgos, y su extensión a sectores que antes se encontraban fuera de su ámbito, es posible debido al triunfo de la posición del llamado Derecho Penal de fines, de modo que se convierte en un instrumento de política social, frente a la idea del Derecho Penal como la reafirmación del Derecho mediante la protección de bienes jurídicos<sup>27</sup>. Con lo cual el Derecho Penal deja de ser la última *ratio* para convertirse en una forma de conformación social o instrumento de cambio de la sociedad, idea que había sido rechazada por la Ilustración<sup>28</sup>.

Pero éste exige, en vista de la inseguridad que esta concepción trae, que los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales deban ser definidos con la mayor precisión posible. En rigor debería diferenciarse entre los bienes jurídicos colectivos, que tienen, sin duda, un carácter intermedio y son un mero instrumento para la protección de los bienes jurídicos individuales, y los bienes jurídicos realmente supraindividuales. La salud pública es también un bien jurídico colectivo; en realidad lo que se protege en los delitos contra la salud pública es la vida y la integridad corporal y la salud de las personas. En cambio, en los

<sup>25</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad*, en *Obras completas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 1, ps. 65 y ss. Se trabaja además con el artículo *Los delitos de peligro concreto y abstracto*, publicado en el t. III, en prensa; por tal motivo se hará referencia sólo a la obra sin número de página, es decir, como ob. cit.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ, Silvia, *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 116 y ss.

<sup>27</sup> KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, ps. 37 y ss.

<sup>28</sup> DONNA, Edgardo, *¿Es posible el Derecho Penal liberal?*, conferencia dada en la Universidad Austral, año 2002, inédita.

delitos de estragos, los relativos a la tenencia y manipulación de explosivos y los de incendio se protegen bienes jurídicos colectivos. Sólo los bienes jurídicos colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal.

## 2. La diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto

La diferencia entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto es la base para entender el problema, ya que, más allá de las críticas que se le hacen, son los segundos los que aparecen como forma preponderante de tipificación en el actual Derecho Penal. Los delitos de peligro abstracto son, sin duda, en la interpretación mayoritaria, los que marca el hilo de conducción en los delitos contra la seguridad pública, especialmente en el capítulo primero, que trata el delito de incendio y otros estragos, y en el capítulo cuarto, los delitos contra la salud pública.

Entrando a analizar el tema más en detalle, se puede decir que en los delitos de peligro concreto —que no son obviamente los que no traen problemas de interpretación—, la esencia del problema es el concepto de peligro.

El concepto de peligro, para una primera posición, debe ser entendido, al igual que en los delitos de lesión, como un estado objetivo en el cual se encuentra un bien jurídico. En consecuencia, el análisis debe hacerse desde la perspectiva del bien jurídico amenazado y no desde el actuante. La cuestión hay que entenderla desde instituciones como el estado de necesidad justificante, que otorga una facultad de lesión a los bienes jurídicos ajenos. En consecuencia, “formas de comportamiento que sólo tienen apariencia de una agresión no pueden ser calificadas de antijurídicas”<sup>29</sup>. Esto lleva inmediatamente a distinguir entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la concreta

<sup>29</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 69. Téngase en cuenta que Schaffstein ha sostenido que lo importante es la perspectiva objetiva *ex ante* de un observador inteligente, en las mismas condiciones que el autor, que se encuentre en su misma situación en el momento del hecho. Posición seguida por Armin Kaufmann y Rudolphi, con la consecuencia de que en el estado de necesidad se resolvería el problema unilateralmente atendiendo sólo a cómo se han desarrollado los hechos para el observador situado en la posición del sujeto necesitado (HIRSCH, ob. cit., ps. 67/68).

peligrosidad de una conducta. De esta manera, en los delitos de peligro concreto se produce el fenómeno por el cual un bien jurídico entra en el radio de acción de un determinado hecho típico. Se trata de un estado de peligro de un bien jurídico, que reclama, y disculpe el lector la repetición, de un estado objetivo de peligro, que no debe estar, ni en la mente del sujeto que pone el peligro, ni en la del observador. Por eso ha sostenido Hirsch que la prognosis del peligro corresponde a la situación de amenaza como tal al bien jurídico y no a la valoración o a la posibilidad de valoración del lado del autor, siendo el riesgo de la acción lo que causa el peligro, en este tipo de delitos<sup>30</sup>.

Desde otra posición se afirma que el peligro es un juicio, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva, es decir, se trata de un juicio *ex ante*, realizado por una persona normal, colocada en la posición del autor, cuando se dé el comienzo de la acción, y “teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa”<sup>31</sup>. Pero en este caso, como se puede observar, el peligro es una cualidad inherente a la acción del autor, de allí que pueda hablarse de una acción peligrosa<sup>32</sup>.

Estos dos conceptos de peligro, uno visto desde el bien jurídico y otro desde la acción, sirven para delimitar siempre el problema del peligro como tal. Una parte de la doctrina ha sostenido entonces que la verdadera distinción que existe es entre los delitos de peligro y los delitos de peligrosidad o de riesgo. En este sentido, el peligro es algo transitivo, esto es causación de una situación de peligro para un bien jurídico, de manera que son éstos los únicos delitos propiamente de peligro. Los delitos de peligrosidad o de riesgos, en cambio, están caracterizados por la peligrosidad de la conducta y no por el resultado del peligro<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 70.

<sup>31</sup> CEREZO MIR, José, *Los delitos de peligro abstracto*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-2, p. 719; en adelante se cita esta obra.

<sup>32</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 71.

<sup>33</sup> HIRSCH, ob. cit., ps. 71/72.

A los delitos que tradicionalmente se han llamado de peligro abstracto, se los ha considerado como aquellos en que “el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”<sup>34</sup>. En igual sentido, Hirsch ha sostenido que con esta base y fundamento es que durante mucho tiempo se definió como hechos delictivos a los delitos de peligro abstracto, en los cuales la misma ley es la que prohíbe cierta forma de conductas, que según la experiencia general son peligrosas<sup>35</sup>.

Sin embargo, se ha sostenido, y creemos con razón, que esta clasificación no es adecuada, ni siquiera en el nombre, ya que si se habla de peligro, esto significa algo transitivo, de manera que un bien sea puesto en riesgo. Pero si por definición, en los delitos de peligro abstracto no hay bien puesto en peligro, la palabra peligro está mal empleada. Más bien, convendría hablar de lo que se ha dado en llamar una irrefutable suposición legal de la entrada del éxito del peligro<sup>36</sup>. En base a estas ideas, y dentro de la idea de presunción del peligro, la doctrina más moderna ha sostenido que, más que un delito de peligro, se trata de que el ordenamiento jurídico no ve la realización de un ilícito por parte del autor, en el sentido de que se pone a un determinado bien jurídico en peligro, sino que se trata de que se le imputa al agente un típico actuar peligroso, por lo que la designación correcta sería: delitos de peligrosidad abstracta (o delitos de riesgo abstracto)<sup>37</sup>.

Estos delitos de peligrosidad, en donde se debe apreciar la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva de una persona media normal colocada en la situación del autor, pueden dividirse en delitos

<sup>34</sup> CERESO MIR, *Los delitos de peligro abstracto* cit., p 719.

<sup>35</sup> HIRSCH, ob. cit.

<sup>36</sup> Hirsch, siguiendo en esto la idea de KAUFMANN, Arthur, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, JZ 1963, S.425,432. También se puede encontrar en SCHRÖDER, Horst, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 17. Aufl., 1974, Vor § 306 Rnr. 3, 3a; 13. Aufl., 1967, *Vorbemerkungen* Rnr.148 (todos citados por Hirsch, ob. cit.).

<sup>37</sup> HIRSCH, ob. cit.

de peligrosidad concreta y abstracta, según se exija una peligrosidad real de la conducta o alcance una peligrosidad general o típica<sup>38</sup>. Es el ejemplo, citado tantas veces, de la maniobra, por la cual el sujeto se adelanta de manera riesgosa para el tráfico, que, en virtud de dónde está tipificado (“quien en el tránsito adelante en una curva es punible”), se trata, sin duda, de un delito que se podría llamar de peligrosidad abstracta, siempre que la curva esté totalmente visible y, además, no venga ningún vehículo en sentido contrario. Aun en este caso y si hubiera una prohibición penal, igual nos encontraríamos dentro del marco de lo prohibido.

Un delito de peligrosidad concreta tiene relación con el riesgo concreto, visto desde una perspectiva *ex ante*, según las circunstancias del hecho. Por ende lo decisivo, para diferenciar entre delitos de peligrosidad concreta y verdaderos delitos de peligro, radica, según Hirsch, en analizar si un bien jurídico está o no al alcance del concreto hacer riesgoso. Por eso, el grado de una acción peligrosa tiene que ver con el daño posible concreto del riesgo, por una parte, o si sólo se contempla un riesgo generalizado de la acción<sup>39</sup>.

En base a estas consideraciones, Hirsch concluye en los siguientes puntos, que consideramos acertados y que, como se verá, tienen aplicación en los delitos a estudio, sin perjuicio de la eventual crítica a este tipo de delitos de peligrosidad abstracta: en primer lugar, debe quedar claramente diferenciado el peligro como estado, de la peligrosidad del actuar. En segundo lugar, y como consecuencia lógica de lo que estamos hablando, habría que dejar, desde la propia terminología, en el ámbito del Derecho Penal la palabra “peligro” sólo para los “estados de peligro concreto”. Se trata aquí de una especie de lesión, que muestra de alguna forma un resultado, que termina concretándose, sin duda, cuando tiene éxito en un real resultado. Por ende, sólo cuando un actuar causa un peligro es un actuar peligroso. En tercer lugar, el concepto de peligro, cuando amenaza a un bien, es necesariamente concreto por naturaleza. No puede haber un peligro abstracto, como estado de un bien. Es más, afirmar tal cuestión es opuesta a la naturaleza de las cosas. El concepto de peligro abstracto es una de esas expre-

<sup>38</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 83.

<sup>39</sup> HIRSCH, ob. cit.

siones, de las que por lo menos se puede afirmar que son poco afortunadas. En cuarto lugar, las acciones, que hemos denominado peligrosas o riesgosas, pueden ser calificadas de concretas y de abstractas, en el sentido de que se tiene en cuenta si las acciones tienen la posibilidad del daño de algún bien, en el caso particular, o si, en cambio, la ley se conforma con la realización de características generales de un riesgo futuro. En quinto lugar, los verdaderos delitos de peligro son, desde esta perspectiva, solamente los delitos de peligro concreto, esto es cuando un bien está en estado de peligro. En cambio la única posibilidad de peligro abstracto está dada por los llamados “delitos de peligrosidad abstracta o de riesgo abstracto”<sup>40</sup>.

Por eso tiene lógica afirmar que entre la categoría de los verdaderos delitos de peligro y los delitos de peligrosidad abstracta se encuentran los llamados “delitos de peligrosidad concreta”. Los delitos de peligrosidad abstracta son una abstracción de acciones peligrosas concretas, las que le deben su existencia a una suposición lógica<sup>41</sup>.

### 3. *El aspecto subjetivo*

El aspecto subjetivo en este tipo de delitos, y esto sirve para los tipos penales que se explicarán, resultan de las diferencias objetivas antes señaladas: en el caso de verdaderos delitos de peligro, el dolo se debe dirigir a la realización de un resultado de peligro; en el caso de los delitos de peligrosidad concreta es suficiente que el autor actúe consciente y voluntariamente de forma arriesgada. Y en el caso de delitos de peligrosidad abstracta es suficiente que el dolo esté tipificado legalmente o que se refiera a otras circunstancias generalizadas, de las cuales surja que una conducta abstracta sea manifiestamente peligrosa<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> HIRSCH, *ob. cit.*

<sup>41</sup> *Vergl. Herdegen*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10. Aufl., 1988, § 164 Rnr. 7; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, § 145d, Rbr. 4; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, 7. Aufl., 1991, § 101 Rnr. 6; STREE, in: SCHÖNKE/SCHÖNKE, § 257, Rnr. 15, *jeweils mit weiteren Nachweisen* (todos citados por HIRSCH, *ob. cit.*).

<sup>42</sup> HIRSCH, *Peligro y peligrosidad cit.*, p. 83; Más ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 103.

#### 4. *La crítica a los delitos de peligro abstracto*

Sin perjuicio de la clasificación hecha, sigue vigente el problema de los delitos de peligro abstracto y la búsqueda de soluciones, habida cuenta de los graves problemas que este tipo de delitos conlleva, que a nuestro juicio siempre son provisorias y lo que es más grave sin una solución que coincida con los principios fundamentales del Derecho Penal.

Los delitos de peligro abstracto han sido criticados, afirmándose —como lo han hecho notar Hirsch, Cerezo Mir, Horn, Bacigalupo, entre otros y nosotros mismos— que hacen retroceder al Derecho Penal en sus fundamentos básicos tal como fue pensado por la Ilustración<sup>43</sup>. Sin embargo, tanto los legisladores como la jurisprudencia no han escuchado estas voces y han aceptado esta categoría de delitos, sin hacer reflexión crítica alguna. Ha primado, como se puede entender, la prevención general por sobre los principios constitucionales de inocencia y culpabilidad. Y tan es así que los actuales problemas ya habían sido vistos por autores como Binding en 1922<sup>44</sup>. El fundamento de la crítica se estructura fundamentalmente en dos frentes. El primero es que debido a las consecuencias de la generalización *ex ante* que hace el legislador, no permite garantizar la justicia individual. Y así se sostiene que un caso que se analiza dentro de “lo general” como peligroso y que en base a ello se lo declara punible, como delito de peligro abstracto, podría tratarse, en determinadas circunstancias, de un hecho totalmente no peligroso, que termina siendo castigado, casi

<sup>43</sup> Véase el trabajo antes citado sobre el Derecho Penal actual y más antiguo, nuestra *Teoría del delito y de la pena*, en donde ya habíamos enunciado el tema.

<sup>44</sup> Hirsch, anota como críticos a BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4. Aufl., 1922, Band 1, S.368 ff.; KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1963, S. 432; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Aufl., 1985, S. 135; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2. Aufl. 1984, 5/86; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, S.797 f.; ROXIN, *Parte general*, t. 1. § 11 nm. 120/121, a los que se puede sumar Maurach, Zipf, Gössel, Cerezo Mir, Bacigalupo, Zaffaroni, Nino y Malamud Goti, en cuanto al problema de la tenencia de drogas, en *Doctrina Penal*, entre muchos otros. En este sentido llama la atención que un tribunal penal especializado, como es la Casación Nacional Penal, no se haya hecho cargo del asunto e insista con los delitos de peligro abstracto, pero con una gravedad, confundiéndonlos con los delitos formales.

exclusivamente por razones de prevención general<sup>45</sup>. El segundo es que los delitos de peligro abstracto se contraponen al principio de culpabilidad en el caso concreto, debido a que es difícil hacer cualquier tipo de imputación subjetiva<sup>46</sup>.

a) Horst Schröder ha propuesto admitir la contraprueba de la inofensividad<sup>47</sup>, de manera que si en el caso concreto no había peligro alguno para el bien jurídico, no habrá imputación posible. Existe todo un intento de delimitar a los delitos de peligro abstracto, en la dogmática penal actual, con el fin, como afirma Cerezo Mir, “de asegurar la presencia en el caso concreto de un contenido de injusto material de suficiente entidad para satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito”.

Esta posición afirma que se debe admitir la prueba de que, en el caso concreto, no se había dado el peligro al bien jurídico, y por ende, la idea fundamental está en que en los delitos de peligro abstracto sólo se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro<sup>48</sup>. Jescheck limita la extensión de este tipo de delitos afirmando que “la punibilidad debe quedar excluida, si la producción de un peligro de los objetos de protección, presupuestos en el tipo [...] estaba absolutamente excluida”, y ello se daba cuando, a pesar de la ilicitud de la conducta, se descende por debajo del injusto punible<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Véanse las argumentaciones de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Colavini”, seguido luego por todos los fallos que han argumentado que la tenencia de drogas para consumo propio es punible. La razón es que sancionando al pequeño consumidor, reconocidamente no peligroso, las más de las veces enfermo por adicción, se logra llegar al gran traficante. Todo un programa que aun desde esta perspectiva ha fracasado, ya que no se logró llegar al gran traficante. Algo parecido pasó con la tenencia de armas de guerra, y cada vez hay más armas y más robos. Todo un programa de fracasos, a costa del ser humano.

<sup>46</sup> Más detalles en DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit.; CEREZO MIR, ob. cit.; MAURACH-ZIPF-GÖSSEL, AT; ROXIN, AT y HORN, ob. cit., entre otros.

<sup>47</sup> SCHRÖDER, Horst, 81(1969), S.16 f.; *ders.*, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, 17. Aufl., Vor § 306, Rnr. 3a.

<sup>48</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, con citas de SCHRÖDER, H., *Abstrakt-Konkrete Gefährdungsdelikte?*, p. 525 y ZStW, t. 81, ps. 16 y ss.; en España, CÓRDOBA RODA, en su “Rapport” sobre los delitos de peligro, ps. 375-376.

<sup>49</sup> Véase JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, ps. 264-265 (*Tratado de Derecho Penal. Parte general*, ps. 238-239).

Las críticas a esta posición se basan en que se invierte la carga de la prueba, ya que es el imputado quien debe demostrar la falta de peligrosidad concreta, por lo que el principio *in dubio pro reo* queda seriamente afectado<sup>50</sup>, además que, directamente, el delito de peligro abstracto, tal como se lo conoce, desaparecería<sup>51</sup>. La primera objeción no parece suficiente, porque en la forma actual de los delitos de peligro abstracto ni esa posibilidad existe. La segunda hace a la esencia del problema.

b) Otro grupo de autores ha buscado la solución de los delitos de peligro abstracto incluyendo en esos delitos una especie de cuidado debido, por lo que si éste ha existido en la acción concreta, se excluye el delito de peligro abstracto<sup>52-53</sup>. Desde esta posición, los delitos de peligro abstracto serían, como afirma Cerezo Mir, “conductas imprudentes sin resultado, por así decirlo, tentativas imprudentes. Las normas de los delitos de peligro abstracto y de los delitos imprudentes de resultado serían las mismas”<sup>54</sup>.

c) Kindhäuser<sup>55</sup> ha intentado solucionar el problema de los delitos

<sup>50</sup> Véase la crítica en CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 24. Aufl., § 306, Rnr. 4; HORN, en la ya citada obra: *Systematischer Kommentar*, Vor § 306, Rnr. 17; ROXIN, *Allgemeiner Teil I*, § 11 nm 120/21; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, S. 798.

<sup>51</sup> BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 231 y ss.

<sup>52</sup> Véase, en este sentido, BREHM, Wolfgang, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, J. C. B. MOHR, Tübinga, 1973, págs. 127 y ss., y HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, ps. 22 y ss., 28, 94 y ss. y 218 y ss. y *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, observaciones previas al art. 306, N° 17. Citados por HIRSCH, ob. cit. y CEREZO MIR, ob. cit., p. 744.

<sup>53</sup> Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* cit., ps. 297 y ss. y 338. Teresa Rodríguez Montañés limita su propuesta a los delitos de peligro abstracto “propios”, orientados a la protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados, mientras que en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o institucionalizados “es legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar su peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, pues formalmente estamos ante delitos de lesión de ese bien interpuesto con función representativa”.

<sup>54</sup> CEREZO MIR, ob. cit., ps. 744 y ss.

<sup>55</sup> KINDHÄUSER, *Urs. Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und Concreten Gefährungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, en especial ps. 277 y ss.

de peligro abstracto, y para ello los ha separado de los delitos que protegen directamente a los bienes jurídicos, convirtiéndolos en una especie de garantía de seguridad, pero entendiendo a la “seguridad” como un estado de previsión suficiente. Por eso se justifica la afirmación de que en los delitos de peligro abstracto existe un daño *sui generis*, consistente en el menoscabo de la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos de forma segura<sup>56</sup>.

Pero debe entenderse con esta afirmación que no es que Kindhäuser considere que en los delitos de peligro abstracto se proteja otro bien jurídico, la seguridad, como se ha interpretado en ocasiones. Distingue, en este sentido, tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos: la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las “condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes”. La idea de tomar precauciones a los fines de evitar daños a los bienes jurídicos es en donde se asientan los delitos de peligro abstracto, por lo que ellos no se encuentran en el campo de la organización de los bienes jurídicos, sino en el campo de los medios de protección que tiene el Derecho. La seguridad de los bienes jurídicos es, en este sentido, sólo rozada a través del delito de peligro abstracto de manera tangencial. Se trata más bien de una especie de garantía indirecta que hace a las buenas condiciones para el desarrollo del bien jurídico puesto en riesgo debido a las condiciones normales de exposición, mediante precauciones adecuadas. Y esto hace la diferencia entre los delitos de peligro concreto y abstracto. En los primeros existe la defensa frente al daño, mientras que en los segundos se trata de una especie de cuidado previo. En el delito de peligro concreto existe un bien jurídico puesto en riesgo mediante una cadena causal, utilización mediante de la teoría de la adecuación social. En contraposición, la expresión peligro abstracto, que es en este sentido falsa *ex definitionen*, sólo se refiere a un perjuicio, dentro de una racional disposición del bien jurídico, debido a un problema de seguridad, exigida por el orden jurídico. La seguridad en su estructura viene exigida por las condiciones en que se desarrolla la sociedad moderna, que está basada en los riesgos que los diferentes campos ofrecen, como ser el tráfico tanto por vía terrestre, acuática o aérea<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, ps. 277 y ss.

<sup>57</sup> KINDHÄUSER, *ob. cit.*, p. 281.

d) Ya se ha explicado la tesis de Hirsch, a lo que se agrega ahora que *de lege ferenda* sería razonable crear la categoría de los llamados delitos de peligrosidad abstracta. En tales casos debería tenerse en cuenta que, en determinados ámbitos, podría ser legítima una norma prohibitiva abstracta que protegiera al bien jurídico, que coloque a éste en la competencia o incompetencia del pronóstico de riesgo del autor, y que la relación con respecto al objeto esté absolutamente prohibida. El previo emplazamiento de punibilidad debe entonces reflejarse en el marco penal, el cual prevea para una verdaderamente abstracta circunstancia de peligro bajo amenaza punitiva.

e) Roxin ha tomado la posición antes vista de Horn y de Brehm, que hacía depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido, en el mismo sentido que los delitos imprudentes, por lo que los delitos de peligro abstracto serían delitos imprudentes sin resultado. Pero a esta idea base le agrega la propuesta de Schünemann en el sentido de que la cuestión ya no dependería de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). De manera que ya habría punibilidad si el autor deja de observar las medidas de precaución que subjetivamente se requieren desde su perspectiva. Esta solución es adecuada, según Roxin, “pues lo que más precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad”<sup>58</sup>, y ha propuesto excluir del tipo de los que él llama delitos de peligro abstracto clásicos los supuestos en que el sujeto haya observado, en la realización de la acción, las medidas de cuidado que él creía necesarias para evitar la producción del peligro concreto<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 357, N° 129 (*Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ps. 408-409, N° 121) y SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, p. 798.

<sup>59</sup> Cerezo Mir, con citas de ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre* cit., p. 357, N° 129 (*Derecho Penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* cit., ps. 408-409, N° 121) y SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, 1975, p. 798.

Esto implica, afirma Cerezo Mir, que Roxin toma como punto de referencia para la interpretación restrictiva del tipo, no la inobservancia del cuidado objetivamente debido, sino del deber subjetivo de cuidado. Por ende, la conducta sería punible si el sujeto no adoptó todas las medidas de cuidado que él creía necesarias, aunque desde un punto de vista objetivo (del cuidado objetivamente debido) las medidas por él adoptadas fueran suficientes<sup>60</sup>.

## 5. *Síntesis*

Las reflexiones que se han hecho sobre los delitos de peligro deben ser tenidas en cuenta en el tratamiento de los delitos en estudio, si se quiere limitar su extensión y encuadrarlos dentro del Estado de Derecho. Por nuestra parte entendemos que si bien la extensión de los delitos de peligro abstracto son como una mancha de aceite que se expande, y que será difícil limitar en un futuro próximo, es necesario insistir en estas ideas, que algún día serán entendidas, más en nuestro país, en donde se pretende por esta vía soluciones a problemas que lo tienen fuera del Derecho Penal.

Por ello será interesante que se tengan en cuenta estas reflexiones a los efectos de dar una interpretación adecuada de los tipos penales en estudio –que exigen una modernización en sus estructuras– que tengan en cuenta el Derecho Penal de culpabilidad y los principios constitucionales.

Los delitos de peligrosidad concreta pueden formular una alternativa legal, en el sentido de que cada delito de resultado contenga, además, componentes de injusto, ya que en los verdaderos delitos de peligro (concreto) depende la punibilidad de la buena o mala suerte de que el bien jurídico protegido se encuentre dentro de la zona de riesgo o se introduzca en la zona de peligro<sup>61</sup>.

Ya habíamos indicado que había un sector doctrinario que afirmaba que se debía admitir la prueba de que en el caso concreto no estaba dado el peligro al bien jurídico, y por ende, en los delitos de peligro

<sup>60</sup> CEREZO MIR, ob. cit., ps. 744 y ss.

<sup>61</sup> HIRSCH, ob. cit.

abstracto se da sólo una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro<sup>62</sup>.

También Jescheck intentó por su cuenta limitar la enorme extensión de este tipo de delitos, afirmando que “la punibilidad debe quedar excluida, si la producción de un peligro de los objetos de protección, presupuestos en el tipo [...] estaba absolutamente excluida”, y ello se daba cuando, a pesar de la ilicitud de la conducta, se desciende por debajo del injusto punible<sup>63</sup>.

Continuando la línea limitativa de este tipo de delitos, Roxin, siguiendo en esto a Schünemann, ha propuesto excluir del tipo de los que él llama delitos de peligro abstracto clásicos, los supuestos en que el sujeto haya observado, en la realización de la acción, las medidas de cuidado que él creía necesarias para evitar la producción del peligro concreto<sup>64</sup>. Esto implica, afirma Cerezo Mir, que Roxin toma como punto de referencia para la interpretación restrictiva del tipo, no la inobservancia del cuidado objetivamente debido, sino del deber subjetivo de cuidado. Por ende, la conducta sería punible si el sujeto no adoptó todas las medidas de cuidado que él creía necesarias, aunque desde un punto de vista objetivo (del cuidado objetivamente debido) las medidas por él adoptadas fueran suficientes.

Habrà pues que tener en cuenta estas observaciones, especialmente en los tipos delictivos que se estudian, a los efectos de una interpretación apropiada de ellos, que exigen una modernización en su interpretación, adecuada al Derecho Penal de culpabilidad y a los principios constitucionales.

<sup>62</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, con citas de SCHRÖDER, H., *Abstrakt- Konkrete Gefährdungsdelikte?*, p. 525 y *ZStW*, t. 81, ps. 16 y ss.; en España, CÓRDOBA RODA, “Rapport” sobre los delitos de peligro cit., ps. 375-376, y BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, ps. 489 y 492 y ss.

<sup>63</sup> Véase JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, ps. 264-265 (*Tratado de Derecho Penal. Parte general* cit., ps. 238-239), citado por CERESO MIR, *Los delitos de peligro*, p. 740.

<sup>64</sup> CERESO MIR, con citas de ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, p. 357, N° 129 (*Derecho Penal. Parte general, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ps. 408-409, N° 121) y SCHÜNE-MANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte*, 1975, p. 798.

### III. Los llamados delitos cualificados por el resultado

Este Título VII se caracteriza por la construcción de los llamados delitos cualificados por el resultado, que han sido, en general, objetados por la doctrina. La Comisión Especial del Parlamento alemán decidió dejar este tipo de delitos en la parte especial, aunque con las limitaciones que surgen del § 18 del Código Penal, sin perjuicio de que Jescheck había pedido su eliminación, y que más actualmente la reforma del Código español optó por no recurrir a este tipo de delitos.

Bien dice Hirsch que el delito cualificado por el resultado, en el sentido de que sólo se tiene en cuenta la causación, es algo superado, ya que es una regulación anacrónica y manifiestamente en contra del principio de culpabilidad<sup>65</sup>.

La doctrina distingue entre los delitos cualificados por el resultado en sentido formal y delitos cualificados por el resultado en sentido material. Los primeros “son todos aquellos delitos en los que con respecto a un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial más grave que cualifica el tipo en la prescripción de la pena. Respecto a esa consecuencia la ley (alemana) exige como mínimo, una imprudencia”.

En cambio, “sólo son delitos cualificados por el resultado en sentido material aquellos supuestos de tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudentemente”<sup>66</sup>.

Maurach y Zipf colocan a estos delitos en las llamadas construcciones típicas incongruentes, en las cuales se restringe el tipo subjetivo frente al objetivo. Estos delitos se caracterizan “porque el dolo precisa extenderse sólo a un resultado parcial, mientras que, respecto del resultado que excede, causado sin dolo del autor, es suficiente que haya culpa” (§ 18, Cód. Pen. Alemán)<sup>67</sup>.

Y agregando más sobre el tema, afirman que en base a la existencia del principio de culpabilidad, “principio inalienable de toda punibilidad, en el sentido que toda pena presupone culpabilidad (BverGE 20, 313

<sup>65</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *La problemática de los delitos cualificados por el resultado*, en *Obras completas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, p. 287.

<sup>66</sup> HIRSCH, ob. cit., ps. 288/89.

<sup>67</sup> MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 1, § 20, II.

y BGH, 2, 303), el reproche de culpabilidad debe hacerse en relación a todos los resultados por él causados<sup>68</sup>. Esto implica que jurídicamente el resultado que va más allá del dolo del autor para el primer delito no se le puede imputar al autor si no hay por lo menos una mínima relación subjetiva. De manera que constitucionalmente no es posible imputar este resultado injertado.

En palabras de Cuello Contreras, “los delitos cualificados por el resultado constituyen una técnica de protección de los bienes jurídicos en atención a los diversos grados de peligrosidad. La única diferencia con los propiamente denominados delitos de peligro es que, mientras en éstos el legislador selecciona, en un plano prejurídico, aquellas acciones que, mediante un juicio de valor, considera merecedoras de punición, en aquéllos, los delitos cualificados por el resultado, la acción que causa el resultado típico constituye ya, a su vez, la misma acción tipificada en propiedad de causante dolosa o imprudentemente, de otros resultados ya tipificados como tales<sup>69</sup>.”

Como se sabe, el fundamento jurídico de estos delitos consiste, según el autor citado, en que por la experiencia se sabe que, “debido a la imprevisibilidad de todos los factores que pueden contribuir a la causación de un resultado, abstenerse de realizar conductas tan peligrosas para el bien jurídico como para merecer, ya por sí mismas, la punición, por ejemplo querer y llevar a cabo una conducta de lesiones, es bueno no sólo porque querer y realizar una lesión es ya malo sino porque, además, es relativamente fácil que queriendo lesionar levemente, se causen unas lesiones más graves de lo previsto, o queriendo lesionar se ocasione la muerte<sup>70</sup>.”

Roxin ha explicado el tema basado en el § 18 del Código Penal alemán que exige que el resultado más grave ha de ser provocado, por lo menos, por imprudencia. Esta combinación de dolo y de culpa se justifica en cuanto existe un riesgo puesto en evidencia de antemano<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> MAURACH y ZIPF, ob. cit., § 35, V.

<sup>69</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general*, Civitas, Madrid, 1996, p. 421.

<sup>70</sup> CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. 422.

<sup>71</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, t. 1, p. 330, § 10, n. marginal 108.

Roxin se hace cargo de las críticas que estos tipos penales tienen, aun con la base del § 18, habida cuenta de los marcos penales excesivamente elevados, que en parte vulneran el principio de culpabilidad o el de igualdad y por tanto serían inconstitucionales, y que, por otra parte, con las reglas del concurso se solucionarían los problemas del injusto de los hechos.

Sobre este punto ha reflexionado Hirsch, dando una primera respuesta que, si bien dejó de lado el concurso ideal, sólo lo fue por un proceso histórico. Sin embargo, analiza algunos casos en los cuales la aplicación del concurso ideal no es satisfactorio, y que por razones de espacio y de la naturaleza de la presente obra no podemos estudiar, pero que serían aplicables al Derecho argentino en parte<sup>72</sup>. Con lo cual concluye Hirsch en que no es posible prescindir de los delitos cualificados por el resultado, aunque afirma que las dudas sobre la violación del principio de culpabilidad son ciertamente fundadas<sup>73</sup>.

Roxin afirma que esa crítica es justificada en parte: "así por ejemplo: en los delitos cualificados por el resultado muerte, la imposición de la pena de prisión perpetua prevista para los mismos sería inconstitucional en una causación de muerte simplemente imprudente, puesto que una pena perpetua para el homicidio al fin y al cabo sólo normalmente imprudente no guardaría proporción con el contenido de la culpabilidad del hecho y, al tratar por igual magnitudes de culpabilidad diferentes, también vulneraría el principio de igualdad. En estos casos una interpretación conforme a la Constitución requiere se considere la pena de prisión perpetua aplicable sólo a los casos de temeridad más grave y rayana con el dolo". De modo que "estas objeciones no obligan a una total renuncia a los delitos cualificados por el resultado, pero sí sugieren una amplia restricción de los mismos a la provocación temeraria del resultado más grave"<sup>74</sup>. Sin embargo Hirsch afirma que vincular la cua-

<sup>72</sup> Véase HIRSCH, ob. cit., especialmente las ps. 294 a 298. El análisis comprende también la propuesta de Lange y de Kaufmann.

<sup>73</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 305.

<sup>74</sup> ROXIN, ob. cit., § 10, n. marginal 110 y 111. Se trata como se ha dicho de una supervivencia del Derecho Penal de resultado, que a pesar de la exigencia de la imprudencia contradice el principio de culpabilidad (Jescheck, Lange, Arthur Kaufmann). Y antes Löffler afirmaba que se trataba de la negación del principio de culpabilidad de los principios del concurso ideal.

lificación del resultado a la imprudencia temeraria sólo se justifica en aquellos supuestos en los que la realización del tipo básico se “una regularmente, por cuanto respecta a la producción de la consecuencia, a un peligro concreto excepcional, de modo que la imprudencia normal quedase, por ello, comprendida en el marco penal”<sup>75</sup>.

La doctrina exige otro requisito más. Basado en fallos del BGH, se exige que el resultado sea provocado directa o inmediatamente por el delito base doloso<sup>76</sup>. Se rechazó la aplicación del § 226 en el caso de una mujer que huía para evitar malos tratos, se cayó de un balcón y falleció, ya que dicho párrafo debe “enfrentarse al peligro específico, inherente a las lesiones, de que se produzca el resultado cualificado [...] pero en un desenlace mortal que directamente sólo fue provocado por la intervención de un tercero o por la conducta de la propia víctima, ya que no se ha plasmado el peligro peculiar [...] del tipo base”<sup>77</sup>.

#### IV. El tema del estrago

Para Creus, el estrago, que se contempla en este capítulo, abarca daños de magnitud que afecta o amenaza una gran cantidad de personas o bienes, que son componentes de toda una colectividad o de parte de ella, a diferencia de otros capítulos, en los cuales habría que tener en cuenta la afectación de bienes jurídicos de alguna manera específicos, como ser el transporte, las comunicaciones y la salud<sup>78</sup>.

En España la cuestión era similar, de manera que se consideraba al estrago como “los daños de gran magnitud o de extraordinaria importancia”. Sin embargo, la doctrina actual afirma que la especificación del estrago no reside en la trascendencia del daño causado, sino en el peligro para la vida o la integridad de las personas, convertido en el eje central del tipo y que justifica su razón de ser, y por ende, la colocación entre los delitos contra la seguridad pública<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 310.

<sup>76</sup> BGH, *NJW*, 1971, 152 y ss., citado por ROXIN, ob. cit., § 110, n. marginal 112.

<sup>77</sup> BGH, cit., por ROXIN, íd.

<sup>78</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 2.

<sup>79</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra la Seguridad Colectiva*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, ps. 107/108.

## CAPÍTULO I

### INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. El incendio. 2. Explosión. 3. Inundación. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Autoría y participación. *Los tipos penales especiales del artículo 186 del Código Penal. El llamado estrago rural.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. *Los tipos penales agravados.* I. La agravante del inciso 3°. II. La agravante del inciso 4°. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. III. La muerte de alguna persona (inc. 5°). 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Tentativa. 4. Participación. Jurisprudencia. *El estrago.* I. Antecedentes. II. Tipo objetivo. 1. El estrago. 2. Los medios del estrago. a) Sumersión de una nave. b) Varamiento de una nave. c) Derrumbe de un edificio. d) Inundación. de una mina. e) *Cualquier otro medio poderoso de destrucción.* III. Tipo subjetivo. IV. Consumación. *Impedimento o entorpecimiento de las tareas de defensa.* I. Antecedentes. II. Destrucción de ciertas obras. 1. Tipo objetivo. a) El peligro. b) Los objetos protegidos. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa. III. Sustracción, ocultación o inutilización de materiales, instrumentos u otros medios de extinción o defensa. El llamado favorecimiento al estrago. I. Antecedentes. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. *El estrago culposo.* I. Antecedentes. II. Tipo penal en general. III. La agravante de la segunda parte del artículo 189 del Código Penal. 1. Análisis general. 2. El tipo penal agravado. El problema del resultado. Jurisprudencia. *La tenencia ilegítima de armas y materiales.* 1. La fabricación o tenencia de materiales explosivos. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. II. La fabricación o tenencia para sabotaje para dañar máquinas y productos. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación. 4. Penalidad. III. Instrucciones para la preparación de materiales explosivos. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. IV. La tenencia ilegítima de armas y materiales. La llamada simple tenencia. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. a) La autorización. b) Objeto de la

tenencia, c) Clases de armas según el decreto reglamentario, d) Las acciones típicas: tenencia y portación. 4. Tipo subjetivo. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 7. Consumación. V. El acopio de armas. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. 6. Agravante. VI. Tenencia y acopio de municiones, piezas o instrumental. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. Jurisprudencia. *Entregu de arma de fuego a persona indehida*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación.

Artículo 186 del Código Penal: "El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

"I. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes".

## I. Antecedentes

Si algo ha sido legislado de una manera demasiado detallista, obsesiva por decirlo más plásticamente, es el delito de incendio, previsto por el artículo 186 del Código Penal, tal como se verá más adelante, siguiendo en esto al antiguo Código español, que en su artículo 548 castigaba a "los que incendiaren edificio, alquería, choza, albergue, aeronave o buque en puerto sabiendo que dentro se hallaban una o más personas".

Al configurar este tipo agravado o calificado de incendio, el legislador tuvo en cuenta no sólo el resultado material, sino también la capacidad general de la acción para producir la lesión de la vida o la integridad corporal de una o más personas.

El proyecto del doctor Tejedor se ocupaba de los incendios y otros estragos en el Capítulo V del Título *De los delitos contra la propiedad*.

El primer artículo establecía: "El que de propósito incendiare edificio, buque o lugar habitado, arsenal, parque de artillería, almacén de pólvora o astillero, sufrirá de diez a quince años de presidio o penitenciaría. Si resultase uno o más muertos se aplicará la pena de muerte".

La nota respectiva decía acerca del asunto en general:

"Este delito, que tiene por consecuencia la destrucción de la propiedad ajena, y que puede comprometer también la vida, no se presenta

en los pueblos antiguos como un crimen distinto de carácter particular. Casi siempre es considerado como el accesorio de otros atentados, como el homicidio, las heridas, la violación del domicilio, § a., y aun muchas veces se le confunde con el asesinato y el robo.

”Los romanos hicieron del incendio un crimen particular, pero sus leyes entran en muy pocos desenvolvimientos a este respecto. Se ocupan más bien del robo que se comete durante el incendio que del crimen mismo de incendio. Al principio no se hizo más que esta distinción. Si se ponía fuego a una casa que tenía un montón de trigo, a sabiendas y con intención, el culpable era encadenado, azotado y aun quemado, *victus, verberatus, igni necari jubetur*. Si por el contrario, había obrado por inadvertencia y sin intención, debía sólo reparar el daño, o si era insolvente sufrir un ligero castigo. Más tarde se distinguió entre el incendio que tenía lugar en las ciudades o en el campo.

”En las ciudades el culpable tenía pena de muerte a fuego, y aun a veces esta muerte era simple, sin agravación [...] En el campo el incendiario era castigado menos severamente, *aliquo lenius*, aunque no se dice en qué consistía esta moderación. Otras veces la calidad de la cosa incendiada era causa de agravación de la pena, como cuando se ponía fuego a las mieses de África.

”En la Edad Media el crimen de incendio se consideró menos como un daño privado que como un atentado contra la paz pública. Pero sólo fue objeto de disposiciones insuficientes. La práctica acabó por distinguir dos clases de incendio: el incendio grave, que se cometía de noche, ejecutado por malhechores peligrosos, y el incendio simple. En el primer caso, el culpable era castigado con la pena de la rueda o del fuego, y el incendio simple con la pena de la cuchilla”.

Se castigaba, además, el incendio de otros objetos y se tenía en cuenta para fijar la pena el valor de las cosas incendiadas y el peligro de la propagación<sup>1</sup>.

La redacción fue aceptada por la comisión especial de diputados. El proyecto de 1906, afirma Moreno, fue aceptado por la comisión de la Cámara de Diputados y se sancionó en esa rama del Parlamento.

<sup>1</sup> MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, t. V, ps. 312 y 313.

La Exposición de Motivos de esa comisión sostuvo en esa oportunidad que “La comisión acepta el proyecto de 1906 y únicamente ha modificado la penalidad para adaptarla al sistema de castigos alternativos, que se han explicado en la parte general. Consigna, por consiguiente, en lugar de las penas de presidio o de prisión a que el proyecto se refería, las de reclusión o prisión, en forma paralela”.

En el Senado, y por iniciativa de la segunda Comisión de Códigos, se hicieron modificaciones<sup>2</sup>.

El proyecto de 1881 y el Código de 1886 habían situado al delito de incendio como un delito contra la propiedad. Fue recién en el proyecto de 1891 que se incorpora el acápite de los delitos contra la seguridad pública, que luego por el decreto-ley 17.567/67 lo fue contra la seguridad común.

## II. Bien jurídico protegido

Afirma Ramos que los delitos que se han analizado hasta ahora, como ser el homicidio, las lesiones, las injurias, atacan bienes jurídicos del individuo. En cambio, en los delitos contra la seguridad pública lo que se afecta son los bienes jurídicos que inciden en la colectividad en general, tanto o más que en el individuo<sup>2-1</sup>.

En esta idea, es claro que el bien jurídico es la seguridad pública, habida cuenta del peligro de que el daño se extienda a terceras personas, y con ello se afecte la seguridad de muchos. Así Zanardelli, autor del Código italiano de 1889, afirmaba que “cualquiera comprende, por otra parte, que la sede asignada a los delitos aquí previstos no era la más racional, puesto que ellos lesionan, no sólo a la propiedad, sino también a las personas, de la incolumidad de las cuales es justo que la ley se muestre particularmente solícita. Más todavía que en lo que a la propiedad respecta, ellos interesan en lo que a las personas se refiere, pero con su carácter propio, consistente en el peligro a que exponen a familias enteras y a poblaciones, y en la consiguiente alarma general que provocan. Es por lo tanto, conforme a la civilización mo-

<sup>2</sup> MORENO, *ob. cit.*, p. 318.

<sup>2-1</sup> RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1944, t. VI, p. 223.3 *Ibidem*, p. 435.

derna –y es particular deber del legislador– apreciar la vida y la salud de los hombres en su justo valor, atribuyéndoles una preeminencia general y constante comparada con la propiedad”<sup>3</sup>.

Y la propia *Relazione* afirmaba sobre el incendio que se constituía un gravísimo delito, ya que se trataba de un delito de peligro indefinido y que afectaba, por ese motivo, a la seguridad común de las personas y de los bienes, además de la sanción de hechos que tienen un elemento moral, como la alarma social<sup>4</sup>.

### III. Tipo objetivo

#### 1. *El incendio*

En principio se puede afirmar que el tipo penal básico, esto es el incendio, tiene las características propias de todo delito que se encuentra en el Título VIII, es decir que debe haber peligro común para los bienes, que es un requisito del injusto. Se entiende como tal a aquel en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas, que son sus titulares, amén de amenazar a los de toda una comunidad o colectividad. El tipo penal gira en torno al concepto de incendio en la primera forma, de manera que debemos afirmar, sobre este punto, que el delito se tipifica aun cuando la cosa estaba destinada a arder, si como consecuencia de ello se derivara un peligro común<sup>5</sup>.

Moreno exigía que existiera incendio. Pero agregaba que el Código sólo se refiere “al que causare incendio”, acorde en esto con los an-

<sup>3</sup> Relación del Código Zanardelli, citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., t. III, p. 31. La traducción es del propio Molinario. La referencia de Molinario se encuentra en la *Relazione*, p. 435, comentario a los artículos 288 al 291, en *Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia, proceduto dalla relazione ministeriale. Presentato alla Camera dei Deputati nella tornata, del 22 novembre 1887 dal Ministro Di Grazia e Giustizia e dei Culti Zanardelli*, Stamperia Reale, Roma, 1888.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *Curso de Derecho Penal español*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 1997, ps. 115 y ss.

tecedentes de 1886, 1891 y 1906. Por ende, y siguiendo en esto a Rivarola, afirmaba que sólo estará consumado el delito cuando haya llegado a ser estrago, y, por lo tanto, el incendio sofocado antes de que tome un incremento considerable debe considerarse como una tentativa<sup>6</sup>.

González Roura afirmaba que era necesario que el fuego haya alcanzado tales proporciones que impidan al autor dominarlo, ya que no es bastante con que sólo se haya prendido fuego, dado que la ley contempla el peligro público y éste no aparece sino cuando está algo próximo. “Cuando el fuego empieza y es posible que cualquiera lo conjure, el peligro no ha empezado; éste comienza cuando la extinción ofrece dificultades”<sup>7</sup>.

Consecuente con estas ideas básicas que tuvieron los primeros autores nacionales, se han ido elaborando los criterios que rigen actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, Creus afirma que el incendio típico del artículo 186 es el llamado fuego peligroso, que se caracteriza por su expansibilidad<sup>8</sup>. Núñez por su parte afirma que se trata de un fuego de potencialidad expansiva incontrolada, que no tiene límite en sí mismo, aunque sea dominable por otros medios, como por ejemplo, la acción del hombre mediante tareas de apagamiento o de la propia naturaleza, que lleva a restringir esa expansión (lluvias, vientos contrarios)<sup>9</sup>.

La expansibilidad se determina mediante la posibilidad que tenga el fuego de extenderse a bienes indeterminados y distintos de aquel en el cual se originó. Por ende, no está ligada a la magnitud del fuego encendido, a su vastedad, a la existencia de llamas, ya que la lenta combustión también puede configurar el tipo.

En opinión de Soler la noción de fuego peligroso corresponde a la doble concurrencia de una determinada fuerza (la del fuego) y de la real existencia de peligro, por eso el incendio sin peligro común para los bienes no es incendio sino daño, en el caso de que recaiga

<sup>6</sup> MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. V, ps. 322/23.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ ROURA, cit. por MORENO, ob. cit., t. V, p. 323.

<sup>8</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 5.

<sup>9</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 44.

sobre bienes ajenos, aunque esta última característica –propiedad del bien– es irrelevante en el supuesto de que la cosa quemada produzca el peligro explicado precedentemente<sup>10</sup>.

Gómez afirmaba que “no es fácil concretar en una fórmula la noción de incendio, pero podría decirse que existe cuando se causa por acción dolosa o culposa, un fuego de vastas proporciones, determinando un peligro común, el que es propio de todos los delitos contra la seguridad pública”<sup>11</sup>.

Para que exista un incendio punible es necesario, de acuerdo con estas ideas, que se haya producido una amenaza concreta y actual de que pueda alcanzar a bienes indeterminados. Moreno parte del ejemplo de la persona que quema papeles en la chimenea de su casa, prende la cocina o incendia parvas en el campo de su propiedad, habitaciones suyas desocupadas, y aun cuando haga explotar sustancias explosivas o quemé combustible. Entonces no comete el delito porque usa objetos propios, no ocasiona perjuicios, no daña a nadie y no pone en peligro a ninguna persona o bien. Otra cosa, concluye, sería “cuando por razones de lugar o de otras circunstancias se pone en peligro con el hecho del incendio las personas o los intereses de los demás [...] El peligro es, así, la circunstancia característica del delito de incendio. Por esto mismo es que se considera que el principal derecho atacado, no es la propiedad, y sobre todo la observación surge cuando ese derecho no se contraría en manera alguna. Tal ocurre cuando el incendiario quema objetos de su pertenencia. En estos casos no hay un ataque al dominio de otro, y puede existir delito si por ese hecho se produce un peligro personal para los demás o al mismo con relación a intereses materiales. El incendio produce, además, alarma general por el peligro que se siente en su presencia y dadas las destrucciones que acarrea”<sup>12</sup>.

Téngase en cuenta que se trata de delitos de riesgo a bienes comunes y a terceros indeterminados, de modo que no es la propiedad lo que está en primer lugar como bien jurídico protegido, de acuerdo a los

<sup>10</sup> SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 572.

<sup>11</sup> GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, p. 1941; SANCHÍS FERRERO, ob. cit., p. 41.

<sup>12</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 324.

precedentes españoles, ya que al ser configurado el delito como de peligro y no como de daño, ahora si basado en el Código de Zanardelli, el tipo básico no requiere que se cause efectivamente un resultado de daño a la propiedad. Como consecuencia de esta idea de peligro que conlleva el tipo del artículo 186 del Código Penal, si el fuego no es peligroso pero causa un daño a las cosas, la conducta se desplaza al delito de daño (art. 181, Cód. Pen.)<sup>13</sup>.

En Alemania, el tema también ha sido objeto de discusión. Se ha sostenido en referencia al delito de incendio grave (§ 306 StGB), que tiene una penalidad muy alta, que no corresponde al solo hecho de originar un incendio y causar daños materiales, sino al hecho típico de encender/incendiar un espacio habitacional relacionándolo con la peligrosidad para sus habitantes. Pero los comentaristas sostienen que se trata de un delito de peligro abstracto, y en esto se distingue del Código Penal argentino, de manera que ninguna situación concreta en relación a la peligrosidad de la vida pueda entrar en consideración. Quien incendia una pequeña choza, afirma Hirsch, después de haberse asegurado de que nadie la habitaba, según una visión estricta del artículo § 306 del StGB debe ser penado, lo que demuestra una vez más la injusticia de tomar a los delitos de peligro abstracto sin más<sup>14</sup>.

En síntesis, la cuestión es sencilla, en cuanto se trata de un delito de peligro concreto, tal como se ha estructurado el tipo penal, y de acuerdo a las explicaciones dadas con anterioridad, de manera que se trata de un fuego que crea un riesgo objetivo, que produce un estado de peligro de otros bienes o de personas, de una manera general, con lo cual excluimos el caso del incendio cuando el daño a una persona se realiza de manera circunstancial.

## 2. Explosión

El segundo supuesto contemplado por el artículo 186 luego del incendio es la explosión, cuya acción punible requiere también la crea-

<sup>13</sup> *Relazione de Zanardelli*, p. 438; DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II-B, p. 759.

<sup>14</sup> HIRSCH, ob. cit., citando el fallo del BGHSt. 26, 121, 124.

ción de un peligro común. En la *Relazione* de Zanardelli se afirma que la explosión es un delito sujeto a idéntica sanción penal<sup>15</sup>.

La explosión es el estallido de un cuerpo continente, sea por haber rebasado la resistencia de sus paredes —los autores hablan también de violenta, irrefrenable, instantánea o súbita— por obra del súbito aumento de su contenido, sea por la transformación en energía de este último<sup>16</sup>, que debe tener el carácter de instantánea e irrefrenable<sup>17</sup>. Además se requiere la instantaneidad, concluyendo la doctrina en que lo que caracteriza a la explosión es la fuerza expansiva<sup>18</sup>.

En nuestro ordenamiento no están especificados los medios, objetos, materia, mecánica o fuente por los cuales debe producirse la explosión. Por ende, la explosión puede tener su causa en procesos de combustión, como ser la pólvora, como también la transformación, en el caso de la mezcla de ácidos, y en última instancia la compresión, como la que se puede producir por el vapor de agua<sup>19</sup>, así como la percusión en el caso de la nitroglicerina. También la doctrina ha sostenido que se puede dar el caso del proceso de pura dilatación, como el del fardo fuertemente comprimido que estalla por efecto de la humedad, basado siempre en que la ley no ha hecho ningún tipo de diferenciación ni causa de la explosión, siempre que sea peligrosa<sup>20</sup>.

Creus agrega otros ejemplos, como ser: la combustión —pólvora—, percusión —nitroglicerina—, transformación —mezcla de ácidos<sup>21</sup>—. A ello puede agregarse el empleo de objetos especialmente preparados al efecto: granadas de mano, proyectiles de artillería, bazucas, torpedos, bombas —de tiempo, a control remoto—. No debe perderse de vista que para la configuración del tipo es necesaria la creación de un peligro

<sup>15</sup> ZANARDELLI, ob. cit., p. 436.

<sup>16</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 40 y nota 20; CREUS, ob. cit., p. 7.

<sup>17</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 309, citando a CARRARA, *Programa* cit., § 3094; MORENO, *El Código Penal...* cit., t. V, N° 294, p. 321; SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, § 126, III, p. 452.

<sup>18</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 310.

<sup>19</sup> Binding excluye este supuesto, ver nota 19 en SOLER, ob. cit., p. 578.

<sup>20</sup> CREUS, ob. cit., p. 7; NÚÑEZ, ob. cit., p. 52; en contra del ejemplo del fardo, SOLER, ob. cit., p. 578.

<sup>21</sup> CREUS, ob. cit., p. 7.

común mediante dicha explosión, atento a que, como se dijo, es un elemento del tipo penal, que viene dado además por el bien jurídico protegido. Molinario y Aguirre Obarrio afirman que hay que distinguir el estallido que produce un estruendo, sin peligro común, de la verdadera y propia explosión. El ruido, en este caso, puede tener por finalidad festejar o conmemorar acontecimientos, como ser los festejos de fin de año u algún acontecimiento patrio, con salvas de artillería. Aun en el caso de que el estallido se realice con el fin de asustar o amedrentar —que podría constituir otro delito—, pero no provoque un peligro común<sup>22</sup>.

Tema discutible es la “explosión atómica”, porque la bomba atómica no revienta, sino que su mecanismo libera la energía del átomo, de modo que no habría explosión, sino simple liberación de energía<sup>23</sup>.

Los últimos casos que se han dado en la Argentina, sin perjuicio de otra calificación, habida cuenta de los muertos y heridos, son los de la AMIA y de la Embajada de Israel, que tienen otro problema mayor que es el ataque a una comunidad de personas determinadas, lo que también demuestra, además del dolo de este delito, una idea de discriminación por raza y religión, que sin dudas es herencia de un pasado no terminado en la Argentina, pero que sitúa este delito dentro de los homicidios calificados, dejando solamente el problema de qué tipo de concurso se daría, si es que lo hay<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de lo que se dirá sobre la consumación en general, en este caso ella se alcanza cuando se produce la explosión que crea el peligro común. Si la explosión no se produce deben aplicarse las reglas generales de la tentativa; el ejemplo clásico lo constituye el caso en que el autor ha dispuesto todo lo necesario para que la bomba detone en cierto momento, y por razones ajenas a su voluntad —desconexión por parte de un tercero, imperfección en el mecanismo, etcétera— ella no explota.

Se trata de un delito de peligro concreto, al igual que el incendio.

<sup>22</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 42.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Véanse las reflexiones de AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 47.

### 3. Inundación

Ha sido Creus quien ha hecho notar el problema existente con esta acción delictiva, que aparece en el artículo 186 del Código Penal, primera parte, y también en el 187, cuando se incluye expresamente a la inundación, siempre que el intérprete sea respetuoso del principio de legalidad. Es que la tentación, como se verá, es dar una interpretación que directamente no respete el texto legal. La cuestión se soluciona de manera sencilla al eliminar la coma y leer el texto como si dijera “inundación de una mina”, forma ésta de interpretación vedada expresamente por el principio de legalidad. De manera que esta preocupación de Creus debe ser tomada en serio, en la idea de que el intérprete no puede modificar el texto legal.

En segundo lugar, la acción de inundación aparece nuevamente en el artículo 188 del Código Penal. Creus, que sigue en este punto a Soler, explica la cuestión de la siguiente forma: “la inundación prevista en el artículo 187 es la que ha producido estrago en cuanto destrucción efectiva y grande de bienes, en tanto que la inundación meramente peligrosa es la que queda ubicada en el artículo 186, inciso 1º del Código Penal”<sup>25</sup>. Sin embargo, Moreno en cuatro renglones complica la cuestión: “El artículo 186 –afirma el autor principal del Código de 1921–, diré por fin, y con relación a esta parte, se refiere a incendios y a estragos. El incendio entra dentro del primer calificativo; la inundación es un estrago, y la explosión participa de los dos caracteres”<sup>26</sup>.

La explicación que se puede dar sería que la inundación, como delito, es el desastre producido por las aguas que invaden los lugares que no les están destinados; para ello es indiferente que el agua provenga de cauces naturales o artificiales, así como tampoco es relevante si la inundación se extiende en forma rápida y violenta o lentamente, siempre y cuando produzca el peligro común requerido por el tipo<sup>27</sup>. Lo que marca la cuestión es el peligro concreto para la seguridad pública, en el sentido de que se afecta a los bienes y a las personas

<sup>25</sup> CREUS, ob. cit., p. 4.

<sup>26</sup> MORENO, ob. cit., p. 326.

<sup>27</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 313.

de manera general. En cambio, el artículo 187 habla de la inundación como forma de estrago, y se trata de un delito de resultado, sin perjuicio de la afectación del mismo bien jurídico.

Soler define la inundación como el desastre producido por el desencadenamiento del poder del agua, que no puede ser controlado por el hombre. Dicho desencadenamiento se puede producir por el desvío del curso en forma peligrosa o por el aumento repentino del caudal que naturalmente corre por el *Talweg* de un río o arroyo<sup>28</sup>.

Molinario y Aguirre Obarrio señalan que la inundación no precisa que se produzca en forma súbita, sino que también puede producirse pausadamente<sup>29</sup>.

Aquí nuevamente el legislador no ha especificado los medios por los cuales el autor puede causar la inundación, que podrá, por ejemplo, resultar del desvío del lecho, derribamiento de sus contenciones naturales, utilización de medios mecánicos –bombeo–, etcétera<sup>30</sup>.

En cuanto al tipo subjetivo, corresponde efectuar aquí el mismo análisis realizado de manera general más adelante.

En cuanto a la consumación y tentativa, el delito quedará consumado con el alcance del peligro común generado por la inundación; si éste no se produce pero ha habido actos que impliquen la ejecución del tipo penal, se aplicarán las reglas de la tentativa.

#### IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, de manera que el autor debe conocer y querer producir la combustión, el incendio, la explosión o la inundación y crear un peligro común, con el alcance analizado en los párrafos precedentes. Por eso, como tercer elemento, junto con el incendio y el peligro común, Moreno agregaba el propósito especial del autor.

Sólo es posible el dolo directo en cuanto a la acción de causar incendio. En cambio la cuestión cambia en cuanto al peligro común. En este punto los autores admiten la posibilidad del dolo eventual<sup>31</sup>. Se

<sup>28</sup> SOLER, ob. cit., p. 591.

<sup>29</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 43.

<sup>30</sup> CREUS, ob. cit., p. 8.

<sup>31</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 46.

trata de analizar si el sujeto no tuvo la expresa finalidad de crear un peligro común mediante la producción del incendio, pero representándose esta posibilidad la acepta, se conforma con aquélla e igual actúa.

Se entra en el ámbito del llamado dolo de peligro, que deberá analizarse en el caso concreto, tema que pertenece a la parte general pero que no se debe dejar, por lo menos, de citar en una obra como la presente. De todas formas, se recae nuevamente en el tema de la distinción entre el dolo de peligro y la culpa o imprudencia consciente. Desde esta perspectiva, hay una diferencia entre el dolo de peligro y el dolo de lesión, ya que el dolo de lesión implica el dolo de peligro pero no a la inversa. Por eso puede existir dolo de peligro, sin dolo eventual de lesionar. El criterio diferenciador se encuentra en el elemento volitivo, para aquellos autores que aceptan tal elemento en el dolo, en el sentido de “tomarse en serio” o “conformarse” o en última instancia “confiar en”<sup>32</sup>.

## V. Consumación y tentativa

Se trata –según opinión mayoritaria– de un delito instantáneo, aunque de efectos permanentes<sup>33</sup>. Por lo tanto, se consuma con la creación del peligro común a causa del incendio. Esto significa que no es suficiente sólo la acción de prender fuego, comunicándolo a uno o más bienes, cuando al peligro no lo han corrido efectivamente bienes o personas indeterminados<sup>34</sup>.

La consumación se produce cuando el objeto incendiado comienza a arder por sí mismo y ello conlleva el riesgo de su propagación, con entidad suficiente para poner en riesgo otros bienes jurídicos<sup>35</sup>.

También la doctrina admite la tentativa, lo que es lógico porque, como se ha visto, los delitos de peligro concreto son en el fondo

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...* cit., en especial, como resumen, véase p. 103.

<sup>33</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 46.

<sup>34</sup> CREUS, ob. cit., p. 5.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 117. Éste ha sido el criterio del Tribunal Supremo Español, al afirmar, en la sentencia del 2-11-85, que el incendio es la destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa mediante fuego, pero que lo esencial es la posibilidad de propagación del fuego a otros distintos de los que se deseaba destruir o dañar. Y también ha dicho que la consumación se produce cuando el fuego pasa del medio incendiario al objeto que se desea incendiar (sent. del 10-2-69).

delitos de resultado. Cuando el fuego o cualquiera de los otros dos medios mencionados por la ley es apto para producir el peligro común, existe idoneidad en el medio elegido por el autor para lograr la expansión requerida por el tipo, pero el peligro no se produce por razones ajenas a su voluntad, ya sea por la intervención de terceros o de acontecimientos de la naturaleza. También es posible el propio desistimiento del autor. Al respecto existe incendio cuando habiéndose comunicado el fuego éste adquiere poder autónomo que escapa al contralor de quien lo encendió. Para la existencia del delito no entra en consideración la calidad del objeto quemado (sea una casa, choza, etc.), ya que el núcleo del tipo está constituido por la creación de un peligro<sup>36</sup>. Fontán Balestra afirma que hay que tener en cuenta que el delito de incendio en el Código Penal argentino es un delito de peligro real, y por lo tanto es posible la tentativa<sup>37</sup>.

Si el delito es de peligro sólo habrá actos de ejecución a partir del momento en que surge el riesgo, de manera que los actos por los cuales se intenta prender fuego, que luego no se consigue, deben considerarse actos preparatorios impunes. Sería el caso en el cual el sujeto, una vez prendido el fuego, evita su propagación, por lo cual deberá ser exento de pena. Esta distinción es importante, porque si el delito es de peligro abstracto, como en España<sup>38</sup> y en Alemania, ese caso debería ser punible si se sigue la teoría tradicional de estos delitos.

Debe tenerse en cuenta que el texto del artículo 186 fue reformado por el decreto-ley 17.567, que incluyó a las personas, de manera que también se exige que el peligro sea efectivo, en el sentido de una amenaza concreta y actual de que el fuego alcance a personas o bienes indeterminados. En consecuencia, el delito se consuma en el momento en que se crea el peligro común para las personas o los bienes<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> SOLER, ob. cit., p. 575. El Supremo Español ha sostenido que "el incendio es tentado cuando habiéndose puesto en comunicación el fuego o la llama originada por el medio incendiario con lo que se desea destruir, el fuego no prende en éste por causas, naturales o no, independientes de la voluntad del agente" (GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 117/8).

<sup>37</sup> FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal...* cit., p. 256.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 118; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 589; DONNA, *La tentativa* cit.

<sup>39</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 46.

Ahora bien, en los casos en que se produzcan resultados lesivos para la vida o la integridad física, se dará un concurso de delitos entre el de riesgo y el de resultado, ya que el delito de peligro no puede absorber en sí la lesión producida ni el desvalor total del acto. Hay que tener en cuenta, además, que en caso de que el incendio, la inundación o la explosión se hayan realizado con el fin de matar a otra persona, la conducta se desplaza al artículo 80, incisos 5º y 7º del Código Penal<sup>40</sup>.

## VI. Autoría y participación

En el tema de la autoría, en este delito, no hay motivo alguno para dejar las reglas generales sobre el tema, al igual que en la participación<sup>41</sup>. De manera que cualquier persona puede ser autor.

Sin embargo, por las características de este delito, puede señalarse que también es responsable como autor en los términos del artículo 186, no sólo quien prende el fuego sino, además, el que pone las condiciones que aumentan o reavivan el incendio producido por otro, porque en este caso su obrar es fuente creadora de un peligro común distinto del creado por el iniciador del incendio.

### LOS TIPOS PENALES ESPECIALES DEL ARTÍCULO 186 DEL CÓDIGO PENAL. EL LLAMADO ESTRAGO RURAL

El artículo 186, inciso 2º del Código Penal, dice: será reprimido “con reclusión o prisión de tres a diez años, el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

”a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

”b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales, o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

<sup>40</sup> Véase DONNA, ob. cit., t. I, en cuanto a los delitos de homicidio agravado, ps. 46 y ss.

<sup>41</sup> Véase DONNA, Edgardo, *Autoría y participación*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

”c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

”d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

”e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

”f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento”.

## I. Antecedentes

El inciso 2º del artículo 186 del Código Penal no se encontraba en el proyecto de 1906, ni tampoco en el de 1886. “La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no modificó el proyecto de 1906 nada más que en lo relativo a penalidad, de manera que el artículo 186 sólo se sancionó en la Cámara de Diputados con los incisos 1º, 3º, 4º y 5º. La Comisión de Códigos del Senado tampoco propuso reforma alguna sobre la sanción de la Cámara de Diputados, habiéndose planteado la misma por la segunda Comisión de Códigos de aquel cuerpo [...] la segunda Comisión de Códigos del Senado presentó una planilla de modificaciones que no llevaba fundamentos escritos y que no se discutió, de tal modo que oficialmente no se dio el origen de las reformas, ni se expresaron los motivos en los cuales se apoyaban”<sup>42</sup>.

Vale la pena tomar algunas de las expresiones de Mario M. Guido, quien fue el que presentó el proyecto el día 24 de agosto de 1920: “Hay que proteger la estancia, la chacra, la tierra, en fin, donde se trabaja y se produce. Este trabajo y esa producción, son el esfuerzo nacional más apreciable y su fuente de riqueza más permanente. Nuestra incipiente legislación del trabajo se está orientando hacia la protección de una clase social, quizás por efecto de este nerviosismo universal que cede a las reformas igualitarias. De seguir así, produciríamos una desnivelación tan perjudicial, como la que pretendemos corregir. No es invirtiendo los términos, sino buscando un justo equi-

<sup>42</sup> MORENO, ob. cit., p. 327.

librio, como solucionaremos el problema. La clase campesina, que empieza a preocupar recién ahora a los socialistas de nuestro país, sin duda por razones electorales más que sociales, exige una protección sin distinciones que recaiga directamente sobre el fruto del trabajo. Nuestras últimas cosechas han sentido las consecuencias del huelguismo violento y destructor. Este veneno, neutralizado en las ciudades por acción de una vigilancia inmediata, se difundió por la campaña, donde el productor está más indefenso. Y hemos visto destruir grandes sembraderas sin que los culpables de esta maldad inconsciente, inaudita, se detuvieran en su obra. El incendio, fácil en la campaña abierta, era el arma de estos agitadores ignorantes y perversos”.

Y agregaba “La represión de ese delito, encuentra todavía en nuestro Código Penal, comodidades legales para la impunidad. Empecemos por señalar que este delito se incluye entre los que atacan a la propiedad particular. Es éste un error que felizmente la reforma proyectada ha de subsanar. El incendio no es propiamente un delito, sino la cualidad extrínseca de un delito. Es el instrumento o medio de un delito”. Y culmina la idea de la siguiente forma: “Eso es, en mi concepto, el incendio: un estrago, vale decir: ruina, desastre, destrucción, mal muy considerable, como se dice en los diccionarios. Siendo así, no puede incluirse este delito entre los que afectan a la seguridad particular, sino entre los que afectan a la seguridad pública, como se hace en la legislación italiana (*contro la pubblica incolumità*), teniendo en cuenta para ello la potencia expansiva, la *deffendibilità del danno* y las consecuencias que suelen seguirle, y que asumen proporciones de desastre, de calamidad, de infortunios públicos”.

Y más adelante concreta más aún su idea: “no es posible que el incendio de 20 parvas, en un campo abierto fruto del trabajo intenso de una familia, de una colonia, se considere simple delito de daño, porque no ponga en peligro ni la vida, ni los edificios. Eso es ruina, mal muy considerable, estrago, en fin, y debe calificarse como delito típico de incendio. Nuestro Código debe expresar esa diferencia objetivándolo. A eso tiende mi proyecto. Esa diferencia debe ser invariable. Lo único que puede variar es la pena. Y así ha ocurrido de *ab initio* en la legislación universal. Desde *Las Partidas*, para no ir más lejos, que desterraban para siempre al incendiario si era home honrado

o fidalgo, y mandaban que le quemasen en el propio fuego que él encendía si fuere home de menor guisa o vil, hasta los más modernos códigos que imponen reclusiones perpetuas, la pena ha sido paralela con la enormidad del delito”<sup>43</sup>.

## II. Bien jurídico protegido

Una parte de la doctrina afirma que la tutela, lo que resguarda, recae en la riqueza rural, por lo que se está en presencia de un delito de daño, injertado entre los delitos contra la seguridad común, “cuya acción es la de destruir por cualquier medio, incluso incendio, los objetos mencionados que, claro está, entendiendo así la disposición, tienen que tratarse de bienes ajenos”<sup>44</sup>.

Otro sector doctrinario, entre quienes están Molinario y Aguirre Obarrio<sup>45</sup>, no coincide con dicha postura. Señalan que el tipo analizado no contempla solamente un puro daño agravado, pues dicha afirmación llevaría a resultados inaceptables, para lo cual comparan las penas establecidas para castigar a quien queme un archivo público –de tres meses a cuatro años– con el que queme un fardo de alfalfa previsto por el apartado e) del inciso 2º –tres a diez años–, lo que es desproporcionado, si en ambos casos se trabaja con la idea de que no debe producirse el peligro común. Sobre esta idea afirman que la mención a la destrucción por cualquier otro medio que hace este inciso 2º debe vincularse al sentido que tiene la expresión recogida por el artículo 187, al establecer “cualquier otro medio poderoso de destrucción”, agregando: “siempre y en todo caso, debe existir peligro común o, dicho con otras palabras, ha de vincularse con el bien jurídicamente protegido genéricamente por el Título”. Aguirre Obarrio es todavía más contundente en la idea: “Molinario, en sus clases, comentaba, a propósito de este inciso, que el legislador podía decir lo que quisiera al fundar proyectos, pero si la ley no lo expresaba, esos fundamentos no lo podían

<sup>43</sup> Todo el mensaje del Dr. Mario M. Guido se encuentra en MORENO, ob. cit., ps. 328/332, y sirve para fundamentar la posición que sostiene que este delito no se trata de un mero daño a la propiedad de los bienes del campo, sino que es un delito contra la seguridad pública, al igual que el inciso 1º del art. 186 del Cód. Pen.

<sup>44</sup> CREUS, citando a SOLER y a NÚÑEZ, ob. cit., p. 9.

<sup>45</sup> MOLINARIO–AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 50/51.

suplir. Es indudable que el legislador colocó mal este inciso, pero una vez colocado, debe interpretarse conforme a los principios y no a las intenciones del autor de la enmienda<sup>46</sup>. Y agregaba: “tal como lo hemos visto, la opinión del diputado Mario Guido que afirmaba que podía quemarse una parva que fuera el producto de un año de trabajo de un campesino, y que eso era gravísimo [...] Pero yo no noto diferencia entre ese caso y hurtarle al campesino el valor de la parva que vendió, o al zapatero o a cualquiera el producto de un año de trabajo, o destruir las herramientas de quien tiene un oficio, o los artículos en depósitos de una fábrica. Y ninguno de estos hechos tiene de tres a diez años de prisión, aunque las consecuencias pueden ser las mismas o peores. Por ser éstas ideas de Molinario, en su Proyecto colocó el daño agravado por el designio de privar a otro de los frutos de su trabajo<sup>47-48</sup>.”

Creemos que ésta es la interpretación verdadera, por lo menos la que se acerca más a una visión dogmática de la parte especial, que tiene en cuenta el tipo penal en relación con el bien jurídico. No tiene el intérprete posibilidad de salir del bien jurídico.

### III. Tipo objetivo

Planteada la cuestión en este sentido, se trata de la destrucción de los elementos enumerados en los seis incisos, sobre los cuales se causa incendio o destrucción por cualquier medio, pero en las condiciones antes vistas del inciso 1º del artículo 186, esto es la creación de un peligro común.

No se trata de una agravante, derivada de los supuestos contemplados en el inciso 1º, del artículo 186 del Código Penal, sino que son delitos autónomos.

Moreno en su momento había criticado severamente la forma en que había sido redactado el inciso, exigiendo “un precepto general y

<sup>46</sup> AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., nota 35, p. 51.

<sup>47</sup> Claro está que esta opinión, que sin duda es la correcta, va en contra de la doctrina mayoritaria argentina, que sostiene, tal como el propio Aguirre Obarrio lo afirma, que se trata de un delito de daño mal ubicado (SOLER, ob. cit., t. IV; NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. VI; CREUS, ob. cit., t. 2).

<sup>48</sup> AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., nota 35, p. 51.

comprendivo"<sup>49</sup>, idea que es cierta, ya que se ha intentado abarcar todos los supuestos posibles, pero sin una clara metodología.

Nos parece que lleva razón Muñoz Conde cuando afirma que se trata de un delito de carácter mixto, ya que afecta tanto a la seguridad pública como a la propiedad rural<sup>50</sup>. Se trata de proteger la cosecha, que puede ser dañada en sus distintas etapas, esto es, desde la siembra hasta su almacenamiento. Se castiga el incendio o la destrucción de los cereales en parva, apiladas, las gavillas, esto es, apiladas en pequeños montones o en bolsas<sup>51</sup>.

Moreno planteaba si se estaban comprendidos los casos de cereales almacenados en un galpón o ensilados. Y contesta "si se tiene en cuenta el objeto de la ley, es evidente que sí, pero si nos atenemos a la letra tendríamos que concluir expresando que sólo se protege particularmente a los cereales en parva, gavilla o bolsas o a los mismos no cosechados<sup>52</sup>.

En el caso de los forrajes se enumera y se habla de silos y fardos.

La norma, en este primer inciso, protege a los cereales todavía no cosechados, esto es no sólo el plantío, sino los cereales que están en condiciones de cosecharse<sup>53</sup>.

En el inciso b) se toma como objeto de protección a los bosques en su conjunto, pero la ley se refiere además a ciertos árboles y arbustos. Se exige que estén en explotación, de manera que si no están dando frutos y se los incendia, no se adecua la conducta en el tipo en cuestión<sup>54</sup>.

El inciso c) se refiere a la destrucción de ganado que se encuentre en los campos o sus productos amontonados en el campo o allí depositados. Esto implica que la destrucción de ganado que se encuentra en galpones o en pesebres, sería sólo el delito de daño, según la opinión de Moreno<sup>55</sup>. En cuanto a lo que es ganado y los problemas que surgen de dicho concepto, remitimos a lo dicho en el tomo respectivo<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> MORENO, ob. cit., p. 333.

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 590.

<sup>51</sup> MORENO, ob. cit., p. 333.

<sup>52</sup> Ídem nota anterior.

<sup>53</sup> Ídem, p. 334.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> MORENO, ob. cit., p. 335.

<sup>56</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II-B, p. 52.

Surge de este tercer inciso que la protección a los productos del ganado es más amplia, ya que comprende también a los que estuviesen depositados.

El inciso d) alcanza a la leña y al carbón de leña que se encuentren apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio. Estos extremos llevan a que si la leña o el carbón sólo son para consumo del dueño, la conducta no es típica, en los términos del artículo 186.

La ley amplía la protección, en el inciso e), a los alfalfares y cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea que estén en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados. La disposición tiene dos partes: la primera se dirige al que incendie o destruya el sembrado, esto es, las plantas no cortadas. Y la segunda, la del producto propiamente dicho, esto es, el forraje desprendido del plantío<sup>57</sup>.

La norma tiene el problema de que pareciera que deja de lado el caso en que el forraje se haya guardado en un vagón, con lo que estaría fuera de la protección de la norma<sup>58</sup>.

La protección se extiende, en el inciso f), a los productos mencionados cargados, parados o en movimiento.

#### IV. Tipo subjetivo

Cuando el diputado Mario M. Guido presentó el proyecto, afirmaba: “pero cualquiera sea el sistema de clasificación que adopten, se advierte una línea común, que no ha variado desde la *Logia Aquiliae*, en Roma, hasta nuestros días, y es la subjetividad de este delito, o dicho más llanamente: el fin propuesto por el actor al cometerlo, la intención del agente”. Y agrega: “va tan unida, siempre, esa intención, que se revela con el delito mismo, ya sea que el daño se haya consumado, ya que haya quedado en potencia. Más aún: esa intención es la que origina y define el delito. Es como si dijéramos el dolo específico del incendio, por oposición al dolo de todos los delitos”<sup>59</sup>.

En términos modernos y más exactos se requiere que el autor obre

<sup>57</sup> MORENO, ob. cit., p. 336.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 330.

con conocimiento y voluntad de destruir algunos de los objetos especificados en el tipo objetivo –dolo directo–, pero con la idea de la significación de lo que es el incendio o la destrucción. De modo que la destrucción de los objetos puede ser con dolo eventual, en el caso de un incendio o destrucción con peligro común<sup>60</sup>. Ésta es la opinión de Molinario y Aguirre Obarrio, cuando afirman que “las acciones de causar incendio, explosión o inundación pueden ser cometidas tanto con dolo directo, como eventual, entendiéndose que reclaman el conocimiento de que es probable que la acción produzca estas consecuencias (y se quieran o se acepten) y también que es probable que indeterminadas personas o cosas correrán peligro”<sup>61</sup>.

## V. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la destrucción o con el incendio de los objetos referidos. De manera que son dos cuestiones distintas. El delito se consuma, en el caso de incendio, de acuerdo a las reglas antes establecidas, y en el segundo supuesto con la destrucción de la cosa. Por eso si el sujeto no logra destruir o provocar el incendio, el hecho quedará en grado de conato, debiendo aplicarse las reglas generales de la tentativa.

Como se ha visto, al existir dos posiciones sobre el peligro común deberá entenderse la consumación de acuerdo a las posiciones expresadas, que son diametralmente distintas. Si se exige un peligro común, hay que estar a lo dicho en el inciso 1º. En cambio, si ese requisito se deja de lado y se afirma que este inciso sólo trata de un daño de cosas especiales, la consumación se dará con la sola destrucción de la cosa, y si dicho peligro se produce, corresponde analizar la conducta de acuerdo al supuesto previsto por el inciso 1º del artículo 186 del Código Penal.

<sup>60</sup> Sobre el tema del dolo específico, ya hemos sostenido que todo dolo es específico, de manera que la explicación de Moreno no le pone ni le quita nada a la explicación en sí (DONNA, *Teoría del delito y de la Pena* cit., § 51). En cuanto al dolo, véase Creus (ob. cit., p. 9).

<sup>61</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 53/54.

## LOS TIPOS PENALES AGRAVADOS

El artículo 186, en sus incisos 3° a 5°, prevé las agravantes de los casos contemplados en los incisos 1° y 2° del artículo 186.

**I. La agravante del inciso 3°**

El inciso 3° castiga “Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería”.

El método de enunciación que ha elegido la ley continúa en esta parte de los tipos agravados. Dicha enunciación es taxativa, con lo cual no hay posibilidad de extender la agravante a otros objetos que los enumerados.

La Exposición de Motivos de 1891 afirmaba que había bienes que por su naturaleza o por el destino al cual están consagrados requerían una mayor protección “o, más bien dicho, que se declaren más graves y repriman y se repriman más severamente los delitos ejecutados en ellos”<sup>62</sup>.

La opinión de la doctrina, de manera mayoritaria, comentando el inciso 3°, ha sostenido que el archivo debe ser público –en el sentido de oficial–, característica que también debe reunir el arsenal y el parque de artillería, mientras que la biblioteca, el museo o el astillero pueden ser privados<sup>63</sup>.

En cuanto a la fábrica de pólvora o de pirotecnia militar, se afirma que debe ser pública. Pero en caso de que la fábrica sea privada, tendrá mayor protección si lo producido tiene destino militar. El inciso tiene que ver con el daño agravado del artículo 184, inciso 5°, al cual nos remitimos<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> MORENO, ob. cit., p. 338. La Exposición de Motivos de 1891 expresaba: “elevamos de quince años máximo de la pena sancionada, siempre que el hecho pusiere en peligro un archivo público, museo, biblioteca, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería. Toda vez que el delito afecte o amenace cualquiera de estos bienes existirá la misma razón para aumentar la pena” (citado por MORENO, ob. cit., p. 338).

<sup>63</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 47.

<sup>64</sup> DONNA, ob. cit., t. II-B, p. 762.

Molinario y Aguirre Obarrio consideran que es un grave defecto de la ley no haber aclarado que los museos y bibliotecas podían ser privados. En la opinión de estos autores, la reforma también debía incluir los archivos privados y cualquier fábrica de pólvora o pirotecnia, fuera con destino militar o no<sup>65</sup>. Soler, por su parte, afirma que la agravante sólo prevé a los bienes públicos<sup>66</sup>.

También, tal como se ha hecho notar en los antecedentes de esta norma, algunos objetos que las distintas reformas, especialmente la del decreto-ley 21.338, habían previsto, al ser derogada la norma por la ley 23.077, quedaron fuera de la agravante. El citado decreto-ley dictado por el Poder Ejecutivo enunciaba, en forma genérica, algunos efectos. Castigaba con pena de seis a quince años de reclusión o prisión si hubiere peligro de que el incendio destruya bienes de gran valor científico, artístico, cultural, religioso, militar o industrial. Como lo ha señalado Creus todos los objetos enunciados en el texto vigente están comprendidos en la ley derogada, pero no a la inversa. Así, dejan de estar comprendidas en la agravante establecida por el inciso 3° actual, los bienes de valor industrial o religioso y la formulación enumerativa efectuada en relación a los objetos de valor cultural, artístico o militar<sup>67</sup>.

Como podrá ver el lector la cuestión ha sido enturbiada, debido a las continuas reformas a la ley. En el intento de poner un poco de orden en el asunto, entendemos que hay que estar al texto, en cuanto a los objetos protegidos. La ley califica sólo al archivo como público. En este punto parece no haber dudas al respecto.

Después enumera la biblioteca y el museo. Éstos pueden ser públicos o privados, ya que el legislador no los ha calificado. Además, ambos objetos no siempre están en manos del Estado, de manera que la protección es lógica. Pero adviértase que no se trata de un delito de daño que esté protegido por el artículo 184, inciso 5°, sino que se trata de objetos que, debido al incendio, la explosión o la inundación —ya que es un inciso del artículo 186, de modo que los medios de destrucción son éstos—, corre riesgo, dentro del peligro concreto a la

<sup>65</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 47/48, nota 30.

<sup>66</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 126, VI.

<sup>67</sup> CREUS, ob. cit., p. 10.

seguridad pública. Por lo tanto no alcanza la mera afectación de una biblioteca o de un museo, aunque sea público. En iguales condiciones se encuentra a nuestro juicio el caso de los astilleros, que pueden ser privados.

Más complejo es el tema de los arsenales, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería. En este punto hay que estar en la reglamentación de este tema, que como se verá al analizar los artículos 189 bis y ter, ofrecen infinidad de problemas. Pero la base de la reglamentación se encuentra en la ley 20.429 y el decreto reglamentario 395/75, con sus reformas. Y en principio se puede afirmar que estos tipos de objetos son normalmente del Estado, si son legales, de manera que en este punto hay que afirmar el carácter público. Excepcionalmente la protección se ampliará, en la calificante, cuando se trate de ese tipo de emprendimientos pero que tengan que ver con la provisión del Estado.

## II. La agravante del inciso 4º

El inciso 4º castiga al que causare incendio, explosión o inundación “Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona”.

Ya se ha analizado el problema de los delitos agravados por el resultado y la imposibilidad, tanto constitucional como dogmática, de que el segundo resultado le sea imputado al autor de manera puramente causal. Con razón entonces debe afirmarse que debe haber una imputación directa, tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo, en cuanto al peligro de muerte de una persona, de acuerdo a las condiciones antes dicha.

### 1. Tipo objetivo

El mínimo de la escala penal en la regulación del decreto-ley 21.338, dictado por el gobierno militar y derogado por la ley 23.077, era de seis años, y aunque no había variado la descripción de la conducta típica, también contemplaba otros supuestos<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Art. 186, inc. a, “La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, si

La doctrina nacional coincide al establecer que, además del peligro común ya analizado, para que concurra la agravante alguien determinado debe haber corrido un peligro concreto, una amenaza efectiva de muerte, dentro del contexto del delito contra la seguridad pública. Fontán Balestra afirmaba que el peligro de muerte debe ser una consecuencia preterintencional del hecho doloso y que el peligro debe haberlo corrido realmente alguien determinado, por ende no alcanza con que el peligro sea potencial, y menos aún que se dé la agravante por el solo hecho de que la casa se encuentre habitada, como era la opinión de González Roura y de Oderigo<sup>69</sup>.

En consecuencia, no se resuelve la cuestión remitiendo el tema al caso concreto, en el sentido de cuándo estuvo en peligro una persona, sino que se requiere, desde el punto de vista del tipo objetivo, algunas condiciones mínimas. En este caso pareciera que puede ayudar la teoría de la imputación objetiva. La creación del peligro indebido para los bienes y las personas en general, que está incluido en el bien jurídico seguridad pública, debe concretarse ahora en el peligro concreto o en la muerte, causada directamente, de una persona. En este sentido, debe haber una relación inmediata entre ambos hechos, rigiendo lo que dicha teoría ha sostenido, en el caso de los llamados resultados tardíos<sup>70</sup>. Por eso acierta relativamente parte de la doctrina que descarta la posibilidad de la agravante por el solo hecho de que, según el caso, la explosión, inundación, o incendio recaiga sobre una casa habitada o habitable, ya que tal afirmación implicaría admitir el peligro potencial, cuestión que, como se dijera, no está prevista por este inciso, que convertiría el tipo penal en uno de peligrosidad abstracta, según la calificación antes mencionada. Núñez especialmente afirma que en lo que se refiere a la relación causal entre el incendio y la muerte, y en este caso el peligro de muerte, no basta que la muerte fuera con motivo y ocasión del incendio. Se necesita la inmediatez, de manera que dán-

hubiere peligro de muerte para alguna persona o de que el incendio se multiplique, determine explosiones o destruya bienes de grave valor científico, artístico o cultural, religioso, militar o industrial”.

<sup>69</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 129, II, 2-A.

<sup>70</sup> La bibliografía sobre el tema es amplia. Véase Roxin, Schünemann, Hirsch, Luzón Peña, Muñoz Conde, Donna, Jakobs, Puppe, entre otros autores.

dose este recaudo ya no es necesario que la víctima muera quemada, sino que basta que fuera como una consecuencia del incendio, explosión, inundación o destrucción, como ser por derrumbamiento, asfixia, etcétera<sup>71</sup>.

Es útil para diferenciar esta agravante de otras conductas, contempladas en el ordenamiento de fondo, citar algunos de los ejemplos que brindan Molinario y Aguirre Obarrio. Así, por un lado, puede considerarse abarcada en el inciso 4º la situación de alguien que, para no sucumbir en las llamas o en la inundación, ha debido escapar con riesgo de muerte, como sucede si salta al vacío desde lo alto de un edificio para caer en un pequeño lienzo o para ser tomado por un bombero encaramado a una escalera<sup>72</sup>. Quedan excluidas, por el contrario, aquellas personas que corren el riesgo debido a su propia decisión o por la función que desempeñan, que tienen la obligación de afrontarlo –bombero, mariner, policía–, como el sujeto que, encontrándose a salvo, vuelve al lugar del siniestro para socorrer a alguien o para recuperar algo o simplemente por curiosidad, y el caso de quienes participan en el delito, ya que su presencia es voluntaria<sup>73</sup>. Fontán Balestra, consecuente con esta idea, afirma que no entra en la tipicidad objetiva el caso del dueño que permanece en la finca afectada para salvarla<sup>74</sup>.

## 2. *Tipo subjetivo*

Todo el problema en estos delitos consiste en desentrañar de qué manera se imputa subjetivamente el resultado de peligro o directamente de muerte, ya que como se ha visto no se puede imputar el resultado por sí mismo, lo que sería volver a un Derecho primitivo y por demás inconstitucional. Por eso sería aconsejable evitar este tipo de delitos, buscando otra forma de alcanzar ciertas conductas que lesionan de alguna manera bienes jurídicos comunes, como se ha intentado en el nuevo Código español, en donde se han eliminado los delitos complejos.

<sup>71</sup> SOLER, ob. cit., ps. 581/582 y NÚÑEZ, ob. cit., ps. 51 y ss.

<sup>72</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 48.

<sup>73</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 48. En igual sentido Núñez (ob. cit., p. 47), en cuanto al peligro corrido por el propio autor.

<sup>74</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit.

Los autores nacionales parecen tener coincidencia en señalar que el peligro de muerte de una persona es un resultado preterintencional<sup>75</sup>. El sujeto debe haber previsto que una persona correrá peligro en relación con el incendio, inundación o peligro que él mismo provocó, pero su voluntad no debe estar dirigida a causar la muerte de aquélla, ya que en tal caso estaríamos ante la figura prevista por el artículo 80, inciso 5º del Código Penal<sup>76</sup>.

La cuestión no es sencilla, ya que la agravante del artículo 80, inciso 5º del Código Penal, exige dolo directo, tal como lo hemos analizado oportunamente, de manera que en este tipo penal, a nuestro juicio, puede llegar a imputarse el peligro o la muerte con dolo eventual de poner en riesgo o de matar<sup>77</sup>.

### III. La muerte de alguna persona (inc. 5º)

El inciso 5º del artículo 186 agrava más la figura básica aumentando la pena de ocho a veinte años "si el hecho fuere causa inmediata de muerte de una persona".

#### 1. *Tipo objetivo*

Ya se ha explicado que la muerte de la persona debía tener una conexión inmediata con la acción primaria del autor. De modo que tal como lo explicaba nuestra doctrina mayoritaria, debía haber, entre el incendio, explosión o inundación y la muerte de la persona, lo que se daba en llamar una relación causal directa. Repitiendo lo afirmado por Núñez, dentro del delito de incendio, la llamada *inmediatez causal* no exigía que la persona resultara muerta por quemaduras, sino que era suficiente que la muerte haya sido producida por alguna consecuencia del incendio, "como son los derrumbamientos, las caídas o la

<sup>75</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 52.

<sup>76</sup> Sin embargo, Fontán Balestra advierte que si bien el resultado es preterintencional, el aspecto subjetivo debe ser tomado en cuenta para fijar el nivel mínimo de culpabilidad y no el máximo. Si la destrucción fuere dolosa y el incendio el medio elegido, el tipo de incendio cualificado desplaza al daño por razón de la especialidad (FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 129, II, 2-B).

<sup>77</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 48.

asfixia, ya sea que éstos obren sin la acción coadyuvante de la víctima, sea que se hayan producido en razón de su conducta imprudente o inconveniente determinada por el incendio”. Constituyen ejemplos de estas situaciones el asfixiado por el humo o los gases o el aplastado por el techo derrumbado, como el aterrorizado por el siniestro que se arroja por la ventana, incluido también el caso del enfermo cardíaco que muere a raíz de la impresión que le produce el siniestro, como asimismo la acción peligrosa para salvarse<sup>78</sup>.

La cuestión podría plantearse más adecuadamente, como se dijo, desde la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que se trata del riesgo creado por el autor y luego, ahora de manera determinante, se cumple realización de ese riesgo en el resultado. En otros términos, sobre la base de un curso causal probado científicamente, de acuerdo a las leyes de la naturaleza, deberá exigirse que la acción del autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido, en la primera acción en contra de la seguridad pública, y que este riesgo se concrete en el resultado típico muerte<sup>79</sup>.

En cuanto a las personas que tienen un deber especial, de acuerdo a las funciones que desempeñan para la comunidad –bomberos, policías, marineros, etcétera–, y aquellas que se han puesto voluntariamente en la situación de riesgo, cabe remitirse al análisis efectuado en el punto anterior. La exclusión de la agravante estaría basada en que se ha roto la relación causal inmediata o que no se concretó el riesgo, la muerte de la persona, debido a la acción voluntaria del sujeto, salvo el caso de que el autor realice un hecho nuevo cuando los bomberos o la policía estén actuando, ya que esto sería sorpresivo para las personas que cuidan los bienes públicos.

Más tradicionalmente, Soler había interpretado que en el primer caso existe una necesidad de que alguien afronte siempre el riesgo producido, incluso con peligro para sí, mientras que en el segundo, la exposición voluntaria constituye una concausa que transforma al

<sup>78</sup> Véase NÚÑEZ, ob. cit., p. 51, y SOLER, ob. cit., p. 584.

<sup>79</sup> MAURACH y ZIPF, ob. cit., I, 18; ESER, *Derecho Penal* cit., p. 122; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, en *Estudios de Derecho Penal*, dir. por Romeo Casabona, Comares, Granada, 2001, ps. 4 y ss.

incendio en causa mediata<sup>80</sup>. La crítica que se puede hacer en este caso es que la cuestión queda en un plano meramente natural, de modo que será difícil deslindar las cuestiones de una manera normativa, quedando todo el tema en un casuismo difícil de conceptualizar.

## 2. *Tipo subjetivo*

Idéntica observación a la efectuada con respecto a la agravante del inciso 4º, corresponde hacer en este punto. La voluntad, basada en el conocimiento previo del autor, no debe estar dirigida expresamente a la muerte de personas, pues si no se estaría ante la situación comprendida por el artículo 80, inciso 5º del Código Penal, aunque, como se dijo, es posible el dolo eventual.

## 3. *Tentativa*

“Es característico del delito cualificado por el resultado –afirma Hirsch– que en la consecuencia agravada se haya traducido precisamente la peligrosidad específica inherente a la lesión dolosa acaecida, es decir al resultado del tipo básico, por lo que la jurisprudencia establece el requisito de la inmediatez entre el resultado simple y la consecuencia grave”<sup>81</sup>. Esto implica un dato importante. Que en este tipo de delitos el resultado doloso simple debe verificarse, ya que de lo contrario, como dice el citado autor, no hubiera podido repercutir en la consecuencia<sup>82</sup>.

## 4. *Participación*

La participación es posible, según la doctrina, aunque el autor principal actúe dolosamente sólo respecto al tipo penal básico. En términos de Hirsch, Maurach y Zipf, “se trata de una participación dolosa en el tipo básico que se cualifica mediante una participación imprudente en relación con la consecuencia más grave”<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> SOLER, ob. cit., p. 584.

<sup>81</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 307.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> HIRSCH, ob. cit., p. 308; MAURACH y ZIPF, ob. cit., I, § 35, I.

## JURISPRUDENCIA

**I. Bien jurídico protegido**

Estamos más allá de un delito contra la propiedad (daño), puesto que el fuego, dada la magnitud que podía alcanzar –y que de hecho alcanzó– por el material de la construcción incendiada, la cercanía de las otras construcciones, la ubicación de los bienes, creaba un peligro común –cosa que los autores no podían ignorar–, peligro que se concretó. El encuadre del hecho del incendio de los delitos contra la seguridad común resulta adecuado.

CPen. de Santa Fe, 20-4-79, “Bello, José L. y otro”, J. A. 1979-IV-586

Debe distinguirse entre el hecho mirado en su pura materialidad y su conceptualización jurídica. Así la palabra “incendio” constituye una noción jurídica que, aunque entraña dificultad en su definición, impone al órgano de la Casación interpretar su contenido y alcance a la luz de los hechos acreditados en la sentencia; ello es así porque resulta inconcebible conformarse con la pretensión de que el vocablo “incendio” constituya un mero aspecto fáctico, en cuanto es medio idóneo para crear un peligro contra la seguridad común.

CNCrim., sala V, 24-8-89, “Fiscal c/Vélez, Luis Mario”, sum. Albremática AW103691

Delitos de peligro común no son todos los contenidos en el Título VII del Libro II del Código Penal, sino solamente aquellos que ponen efectivamente en el peligro la seguridad común, como podrían ser la causación de un incendio, el derrumbe de un edificio, la liberación de energía nuclear, etcétera.

CCCCorr. de Necochea, 14-12-94, “Lubrano, Miguel A.”, L. L. B. A. 1994-605

**II. Tipo objetivo**

El juez de grado calificó el hecho de tentativa de homicidio calificado a través del inciso 6º del artículo 80 del Código Penal. Que

tal calificante existió no lo pongo en duda, pero también existió la del inciso 5º pues se quiso matar a otro “por un medio idóneo para crear un peligro común”, en ese caso el tipo de incendio agravado (art. 186, inc. a) no opera, pues la muerte no es un resultado preterintencional sino querido, según lo apuntara precedentemente; ésta es la importancia que asume la correcta selección de la agravante. Con lo que concurre la agravante de homicidio calificado del artículo 80, inciso 5º es con la figura básica del delito contra la seguridad común que importa la creación del peligro común que se usa como medio para tratar de matar; en el caso, pues, con el Código Penal, artículo 186, primera parte.

CPen. de Santa Fe, 20-4-79. “Bello, José L. y otro”, J. A. 1979-IV-586

Las notas específicas, cuya concurrencia caracterizan al delito de incendio, refieren, indudablemente, a que el hecho material debe entrañar una situación de peligro común verificado en un peligro efectivo, concreto, realmente corrido; en otras palabras, que ese riesgo surja potencial, teniendo en cuenta las características de la zona, la hora de la producción, magnitud del mismo, como así también todos los elementos que permitan establecer si se ha afectado el bien jurídico protegido.

CPen. de Santa Fe, sala III, 8-4-81. “Sánchez, Santos F.”, J. A. 1982-I-446

El incendio se encuentra dentro de los llamados delitos contra la seguridad común, por lo que el llamado “fuego peligroso” necesariamente debe aparejar un peligro para un número indeterminado de personas o de bienes.

C2ªCrim. de Formosa, 5-7-94. “Dra. Zanin, Beatriz s/Interpone excepción de prescripción”, sum. Albemática AU103410

### III. Tipo subjetivo

Sobre un mismo hecho pueden concurrir idealmente dos figuras, como la de los artículos 186, inciso a, y 80, inciso 5º, del Código Penal, que se excluyan recíprocamente, planteando un supuesto de

concurso aparente o concurso de leyes y no un concurso ideal. Esto es así por lo siguiente: si el artículo 186, inciso a, pone el “peligro de muerte” como resultado preterintencional; si la creación de ese peligro fue perseguida, querida o admitida bajo la forma del dolo eventual, ya estamos en el campo de los atentados personales pero no ante el incendio agravado; con el homicidio o con las lesiones de carácter doloso puede concurrir el incendio como figura básica, pero no el incendio agravado por los resultados preterintencionales contra las personas.

CPen. de Santa Fe, 20-4-79, “Bello, José L. y otro”, J. A. 1979-IV-586

No es fácil concretar en una fórmula sintética la noción del delito de incendio; éste existe cuando se causa por acción dolosa o culposa, un fuego de vastas proporciones, determinando un peligro común, el que es propio de todos los delitos contra la seguridad pública.

CPen. de Santa Fe, sala III, 8-4-81, “Sánchez, Santos F.”, J. A. 1982-I-446

El artículo 186, inciso a, del Código Penal sólo es aplicable cuando el resultado letal no estuvo entre los propósitos del que causó el incendio. Pero cuando los autores del hecho se valieron de un medio idóneo para crear un peligro común –el incendio peligroso– para matar o –al menos– representándose la muerte de las víctimas, tales conductas deben tipificarse dentro del artículo 80, inciso 5º del Código Penal.

STJ de Rawson, 24-12-98, “F., G. B.; L., J. E. s/Incendio seguido de muerte”, sum. Albremática AS104009

Una cosa es el incendio descontrolado que puede causar inmediatamente una muerte –pero donde el dolo tiende a lograr el fuego peligroso– y otra distinta es el homicidio por medio del fuego peligroso –donde el dolo tiende a extinguir la vida de las personas–.

STJ de Rawson, 24-12-98, “F., G. B.; L., J. E. s/Incendio seguido de muerte”, sum. Albremática AS104007

El delito de incendio es una figura de peligro, requiere para su punibilidad la conciencia del autor de que su conducta es apta para

crear un peligro común mediante el fuego, y al propio tiempo que el fuego librado por su acción devastadora cree un peligro común cierto y concreto, a las personas y a los bienes.

CPen. de Río Gallegos, 1996, "Almonacid Miranda, Selma Estrella s/Amenazas en concurso real con incendio en grado de tentativa", sum. Albremática AY101871

#### **IV. Consumación y tentativa**

En la existencia de un delito, necesariamente tiene que advertirse la concurrencia de todos sus elementos, y para los distintos supuestos delictivos, la ley no pone la prohibición en el momento consumativo de la figura sino que por el medio de la incriminación de la tentativa, señala no sólo lo prohibido sino también las acciones que a ello tiendan; así, cuando se imputa una tentativa, no se imputa un fragmento de la figura principal, sino que se imputa otro hecho típico y completo, completividad que no está tomada en el sentido de la figura del delito sino, precisamente, en la especial figura de la tentativa.

CPen. de Santa Fe, sala III, 8-4-81, "Sánchez, Santos F.", J. A. 1982-I-446

### **EL ESTRAGO**

El artículo 187 del Código Penal establece las mismas penas señaladas en el artículo precedente, para el "que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción".

#### **I. Antecedentes**

El artículo, tal como ha quedado en la legislación, proviene del proyecto de 1891, que a su vez lo tomó del artículo 572 del Código español, que decía: "Incurrirán respectivamente en las penas de este Capítulo, los que causaren estragos por medio de inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de

vapor, levantamiento de rieles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de éstas para seguridad de los trenes en marcha, destrozo de hilos y postes telegráficos, y en general de cualquiera otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados”<sup>84</sup>.

El texto es original del Código, que recobró su vigencia luego de la ley 20.509, mantenido por el decreto-ley 21.338 y que no ha sido modificado por la ley 23.077.

El decreto-ley 17.567/68, que había tomado como fuente al Proyecto Soler de 1960, castigaba al que “causare estrago por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe de un edificio o por cualquier otro medio poderoso de destrucción”.

## II. Tipo objetivo

### 1. *El estrago*

El tipo penal gira alrededor del estrago, de manera que es necesario, como primer punto, establecer qué alcance tiene para nuestro ordenamiento el término estrago. Se lo ha definido, desde el punto de vista legal, como un resultado dañoso, cuyos efectos son extraordinariamente graves o complejos y amplios, y afectan colectivamente las cosas y personas amparadas por la ley, produciendo conmoción pública<sup>85</sup>. Núñez, por su parte, habla de “un daño de grandes proporciones”, a lo que Creus agrega que ese daño debe afectar colectivamente a las cosas y a las personas<sup>86</sup>.

González Rus, explicando el Código de España, afirma que la doctrina venía considerando al estrago como los daños de gran magnitud o de extraordinaria importancia, por lo menos para la ley anterior, que coincide con el artículo que comentamos<sup>87</sup>. Feijóo Sánchez también coincide en que el concepto de estrago tiene como base los medios

<sup>84</sup> MORENO, ob. cit., ps. 341/2.

<sup>85</sup> MANZINI, *Trattato...* cit., vol. VI, p. 246, citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 312.

<sup>86</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 54; CREUS, ob. cit., p. 12.

<sup>87</sup> GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 109/110.

que provocan potencia destructiva. “Los estragos se pueden caracterizar por utilizar cualquier medio poderoso de destrucción que no sea el fuego, ni la liberación de energía nuclear o elementos radioactivos”<sup>88</sup>.

El estrago, en síntesis, se puede definir por las siguientes notas:

- a) La gravedad de los medios usados, tal como aparecen en la ley, a punto de que habla de “cualquier otro medio poderoso de destrucción”;
- b) la gran magnitud de las consecuencias destructivas posibles provocadas que llevan un peligro común para los bienes<sup>89</sup>. Este último requisito del peligro común para la vida, integridad corporal o bienes, de un conjunto no definido de personas<sup>90</sup>.

## 2. *Los medios del estrago*

El texto legal prevé una serie de medios típicos por los cuales este daño de proporciones considerables y con peligro común debe concretarse.

### a) *Sumersión de una nave*

Groizard, citado por Moreno, afirmaba que nave equivale a buque y quiere decir embarcación que por su tamaño, solidez y fuerza adecuada es apta para navegaciones o empresas marítimas<sup>91</sup>. Sin embargo, Moreno explicaba que ese concepto de nave era aplicable al Derecho español, pero que para el Código de 1921 era algo distinto: “pienso, decía Moreno, que si bien el Código no se refiere a pequeños botes o lanchas, las naves no son sólo embarcaciones destinadas a las empresas marítimas, sino también a las fluviales y lacustres”<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal* cit.; RODRÍGUEZ MOURULLO y JORGE BARREIRO, *ob. cit.*, p. 959.

<sup>89</sup> GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, p. 108. Sin embargo, cuando se agrega que se trata de un delito de peligro abstracto la cuestión no parece aplicarse a la ley argentina, habida cuenta de la distinta redacción. Por eso es más acertado lo afirmado por Muñoz Conde al sostener que se trata de un delito de peligro concreto (*Derecho Penal* cit., p. 569).

<sup>90</sup> Por eso Molinario y Aguirre Obarrio excluyen expresamente el caso de un edificio o nave en que solamente están personas determinadas (Juan, Pedro y Diego) (*ob. cit.*, t. III, p. 56).

<sup>91</sup> GROIZARD, *ob. cit.*, t. VIII, p. 110, cit. por MORENO, *ob. cit.*, p. 342.

<sup>92</sup> MORENO, *ob. cit.*, p. 342.

Actualmente se ha sostenido, siguiendo esta idea en lo esencial, que nave es toda embarcación o barco, entendido como “vaso flotante susceptible de transportar personas o mercaderías”, pero de acuerdo al injusto del artículo 187 y al bien jurídico protegido, dicha embarcación debe tener capacidad suficiente para transportar un conjunto indeterminado de personas o cosas, las que en definitiva deben sufrir el peligro o daño<sup>93</sup>.

Sumersión significa naufragio o hundimiento de la nave, con desaparición de sus obras (hasta las cubiertas superiores) bajo las aguas de manera total, o cuando sólo queden fuera partes de mínima entidad como los mástiles y chimeneas<sup>94</sup>. Ahora bien, la sumersión puede lograrse por la apertura de una vía de agua, abordaje con otra embarcación, lanzando la nave contra las rocas, etcétera. En otras palabras, los medios pueden ser varios y está bien que la ley no los haya enumerado<sup>95</sup>.

#### b) *Varamiento de una nave*<sup>96</sup>

El varamiento o la nave varada implica producir la detención de la embarcación haciéndola tocar fondo<sup>97</sup>. Creus señala que es el “asentamiento de los planos inferiores o laterales de la nave sobre el lecho natural o artificial (esclusas a las que se saca el agua cuando la nave está en el agua”, que de acuerdo a lo expuesto, debe producir daño y peligro para los bienes o el pasaje<sup>98</sup>.

Moreno aclara, y bien, que cuando el naufragio o varamiento se produjere con el fin de atentar contra la seguridad de los medios de transporte o comunicaciones, el caso se encuentra regido por el artículo 194, segundo apartado<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 56.

<sup>94</sup> CREUS, ob. cit., p. 13.

<sup>95</sup> Otros ejemplos pueden verse en MANIGOT, Marcelo, *Código Penal anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 679.

<sup>96</sup> Conforme lo señalan Molinario y Aguirre Obarrio, la palabra “varamiento no existe, se dice varada, varado o varadura” (p. 57).

<sup>97</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 312.

<sup>98</sup> CREUS, ob. cit., p. 13.

<sup>99</sup> MORENO, ob. cit., p. 342.

c) *Derrumbe de un edificio*

Citando a Padró, Moreno afirma que la idea de edificio supone una construcción de ciertas proporciones. El derrumbamiento se puede ocasionar por explosivos o por otros medios que bien la ley explicita<sup>100</sup>.

Para la doctrina nacional más moderna, el derrumbe implica la precipitación que se produce rápidamente, referida, en el caso analizado, a una estructura edilicia, esto es, una obra construida por el hombre<sup>101</sup>. Creus afirma que el aprovechamiento de terrenos naturales que pueda efectuar el hombre para la construcción referida —ya sea usando parte de las configuraciones naturales del terreno— no afecta la característica mencionada, siempre que constituyan habitáculos o espacios más o menos cerrados, que se levanten sobre el suelo o se hundan en la tierra, y da como ejemplo los sótanos. Sin embargo, no toda construcción humana entra en este tipo y puede ser considerada como edificio, tal sería el caso de los puentes, túneles, diques<sup>102</sup>.

Sobre el tema, Núñez afirma que debe tratarse de obras que estén destinadas a ser ocupadas o utilizadas para vivienda o para guardar animales o cosas, como las casas, los templos y los galpones<sup>103</sup>.

Otro sector, por el contrario, sostiene que es indiferente que el edificio esté destinado a vivienda, oficina, depósito, como que esté habitado o deshabitado, porque el bien jurídico tutelado es la seguridad común y no la de un número más o menos determinado de personas<sup>104</sup>.

La coincidencia está en que ambos sectores señalan que no es necesario un derrumbe total del edificio, bastando con que aquél sea parcial y, obviamente, reúna los restantes requisitos del tipo —el derrumbe en sí ya es un daño, al que debe agregarse la producción del peligro común—.

Nuevamente aquí se ve la necesidad de que en este caso las cons-

<sup>100</sup> MORENO, *ob. cit.*, ps. 342/43.

<sup>101</sup> FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, p. 313.

<sup>102</sup> CREUS, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>103</sup> NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 54.

<sup>104</sup> Fontán Balestra (p. 313) y Creus (p. 13) sostienen que incluso algunos monumentos por su conformación puede considerarse edificios, como por ejemplo el Obelisco.

trucciones –anteriormente las naves– reúnan ciertas características, como ser su tamaño, capacidad, materiales de cierta solidez utilizados para su levantamiento, pues no debe olvidarse que su precipitación debe ser idónea para causar un estrago.

Creus observa que no es necesario que haya inmediatez entre la conducta del autor y el resultado obtenido, aunque sí debe haber relación de causalidad entre ambos. En este sentido cita el ejemplo del constructor que dolosamente para producir un derrumbe plantea mal un edificio, o utiliza materiales o técnicas inadecuadas, aunque la precipitación se produzca tiempo después de concluida la construcción<sup>105</sup>.

Aguirre Obarrio recuerda los casos de derrumbe por explosión de la Embajada de Israel y de la AMIA, que fueron realizados de forma tal que era imposible que no se produjeran muertes; sin embargo, considera que en ambos se trata de homicidio agravado por estrago –artículo 80, inciso 5º del Código Penal<sup>106</sup>–.

#### d) *Inundación, de una mina*

Moreno había sostenido en su comentario que la inundación en general se encontraba en el epígrafe del artículo 186, y que en este caso se refería especialmente a la inundación de una mina, la que constituye un suceso de importancia. Y agregaba que las aguas podían ser internas o externas y haber sido llevadas desde afuera o haberse roto las defensas internas para que precipiten<sup>107</sup>.

La cuestión era pues sencilla, y es más, ésa parece haber sido la idea del legislador. Sin embargo, como todo en la Argentina, no puede ser simple y menos técnico. La Ley 11.221 de Fe de Erratas agregó la coma después de la palabra inundación, que complicó todo este asunto, y, como es obvio, llevó a que la doctrina intentara dar una respuesta al problema, con varias interpretaciones, también distintas<sup>108</sup>.

Una parte de los autores considera, más allá de señalar la impro-

<sup>105</sup> CREUS, ob. cit., p. 14.

<sup>106</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 57.

<sup>107</sup> MORENO, ob. cit., p. 343.

<sup>108</sup> El problema quizás se agudice porque nunca hubo publicación en el Boletín Oficial del Código de 1923, que sólo se limitó a señalar la ley respectiva.

cedencia de dicho signo de puntuación, que no corresponde considerar este caso como supuesto distinto. Desde esta perspectiva, se seguiría la idea de Moreno en cuanto se trata de la inundación de una mina (tal y como lo preveía el proyecto de 1906), que se diferencia de la inundación común —contemplada por el artículo 186— en que las aguas sólo amenazan la vida de los mineros, y que aquéllas correrán por las galerías, corredores, o pozos de las minas. El alcance que se le da a la coma del texto legal tiene el fin de destacar más el sentido de que no es cualquier inundación, sino la de una mina, pues interpretar que se trata de dos casos independientes en los que se causa estrago —inundación por un lado y mina por el otro— lleva a contemplar conductas que ya han sido previstas por el artículo 186 —inundación y explosión<sup>109</sup>—.

Por el contrario, otra opinión de nuestros doctrinarios interpreta que la coma colocada entre los términos inundación —dándose un concurso aparente con la conducta prevista por el 186— y de una mina, independiza dos medios distintos de causación de estragos: inundación por un lado y explosión de una mina por el otro<sup>110</sup>, aunque no se deja de reconocer que esto resulte superabundante —en el segundo caso— dada la situación ya prevista por el artículo 186 del Código Penal. La distinción se basa en que “la creación de un peligro común por medio de la explosión de una mina queda comprendida en el artículo 186” mientras que la causación de un daño por vía del estrago mediando la explosión de una mina, se encuentra en el artículo 187, advirtiendo que en este último supuesto no basta la creación de un peligro, ni el daño de bienes determinados, sino que se requiere que el daño mismo que se haya producido implique por sí la amenaza a bienes o personas indeterminadas<sup>111</sup>.

Fontán Balestra, en la edición de 1975, se hace cargo del asunto, afirmando que el texto que está analizando proviene del proyecto de Soler; en la reforma del decreto-ley 17.567, que expresamente había eliminado esta normativa, “desaparece, afirma, también la re-

<sup>109</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 58.

<sup>110</sup> En igual sentido FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., 1981, p. 314.

<sup>111</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 15.

ferencia a una mina, que había sido objeto de toda clase de dificultades en la interpretación. La dificultad fundamental fue consecuencia de la modificación introducida por la Ley de Fe de Erratas, consistente nada más ni nada menos en poner una coma después de la palabra inundación y antes de los términos de una mina. Según la redacción original del artículo, que provenía del proyecto de 1906, se trataba de la inundación de una mina, supuesto que, si bien podía considerarse previsto en la idea general de inundación contenida en el anterior artículo 186, se hacía de ese modo referencia expresa a un modo capaz de estrago, siguiendo preceptos semejantes de la legislación comparada (Cód. italiano de 1890, art. 300; Cód. alemán, § 308). Pero al ponerse la coma, la mina, lugar de donde se extrae el mineral, se transformó en la mina bomba o medio explosivo. De este modo se repetía la previsión de la explosión y de la inundación que estaba contemplada en el artículo 186. De tal manera había complicado las cosas la coma de marras, que algunos autores echaban mano al recurso de cortar el nudo gordiano, y leían el párrafo y lo interpretaban como si la coma no estuviera<sup>112</sup>.

La cuestión es compleja, pero pareciera que no deja lugar a dudas. La coma tiene un significado y ha independizado a la palabra mina, dándole el carácter de medio explosivo, de manera que habrá que verla como una forma más de estrago. El principio de legalidad juega en este aspecto a favor de esta interpretación, por mandato constitucional. Y otra vez el problema de la idea que tiene el legislador y la forma de llevarlo al papel, que suelen no coincidir<sup>113</sup>.

#### e) *Cualquier otro medio poderoso de destrucción*

Finalmente, el texto legal hace referencia a cualquier medio capaz de constituir en sí mismo asolamiento o ruina o de causarlos, es decir, de causar estrago por cualquier otro medio de producción. En este punto, la condición de medio poderoso de destrucción estará dada por la previsibilidad de los efectos causados con ese medio, de modo que deberá crear un peligro común, de acuerdo al artículo 186 del Código

<sup>112</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 129, IV.1.

<sup>113</sup> Algo parecido hemos hecho notar en los delitos contra la integridad sexual, en donde las buenas intenciones chocaron con la forma de redacción de la ley.

Penal<sup>114</sup>. Como ejemplos se citan: la invasión de lava volcánica, utilización de gases tóxicos a gran escala, derrumbe de una mina, idóneo para producir un desastre con peligro común<sup>115</sup>. Otros ejemplos brindados por la doctrina que quedarían comprendidos en este supuesto serían la producción de una avalancha sobre una población (Soler), destrucciones a cañonazos o por embestidas de tanques de guerra<sup>116</sup>, estragos aeronáuticos —aeronaves de pasajeros o de carga general, con la aclaración de que, en este último caso, el límite está dado por que el estrago debe producirse en tierra o al momento de despegar o aterrizar, porque estrago de una aeronave en vuelo sería un homicidio agravado<sup>117</sup>—.

También quedarían comprendidos en esta hipótesis los desmoronamientos, entendidos como precipitaciones de una cantidad considerable de tierra, piedras, nieve u otros elementos sólidos no pertenecientes a edificios, sino a contenciones o accidentes naturales, tales como montañas, taludes, etcétera, situaciones que con el decreto-ley 17.567 eran reguladas expresamente.

Núñez aclara que los medios citados deben ser obra del autor, conectados causalmente con su accionar. Esta relación se puede ver interrumpida si el medio de destrucción no ha sido desencadenado por su accionar, sino por otra acción o hecho decisivo e independiente.

### III. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. Se admite tanto el dolo directo, esto es que el autor haya conocido y querido la producción del estrago —con todos los requisitos objetivos explicados—, como eventual, es decir que el sujeto haya conocido la idoneidad peligrosa del medio que utilizó, se haya representado el resultado —producción del estrago— y lo haya aceptado, consentido, le sea indiferente.

<sup>114</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., 1975, p. 271.

<sup>115</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 54; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 314.

<sup>116</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, citando a Juan P. Ramos, p. 58.

<sup>117</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 58.

#### IV. Consumación

La doctrina nacional distingue entre los distintos supuestos analizados. Así, en aquellos en que el estrago implica la utilización de un medio, que por sus características conlleva un daño —sumersión o varamiento de nave, inundación, derrumbe, desmoronamiento— es suficiente con que el medio haya sido utilizado creando el peligro común. La conducta del autor tendiente a la utilización del medio sin lograr hacerlo puede constituir tentativa, ya que se trata de un delito de peligro concreto. En los otros casos en los que el empleo del medio no importa de por sí un daño —explosión de minas, liberación de gases, entre otros—, el hecho habrá alcanzado la consumación cuando se produzca el daño por el estrago —que contenga en sí el peligro común—; si no se ha producido el daño, la utilización del medio típico hará que la conducta quede en grado de tentativa<sup>118</sup>.

#### IMPEDIMENTO O ENTORPECIMIENTO DE LAS TAREAS DE DEFENSA

El artículo 188, primer párrafo, establece que “Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan”.

##### I. Antecedentes

El proyecto de 1891 contenía dos disposiciones sobre este punto: los artículos 228 y 229, tomados de los Códigos de Holanda y de Italia. Posteriormente, el proyecto de 1906 refundió ambas disposiciones en una y así llegó al Código de 1921, que es la ley vigente habida cuenta de la ley 23.077, que derogó el decreto-ley 21.338<sup>119</sup>. De manera que esta regulación no es igual a la que preveía el citado decreto-ley 21.338, que castigaba con prisión de tres a quince años al que dañare o inutilizare diques u otras obras destinadas a la defensa común contra desastres, haciendo surgir el peligro de que éstos se produzcan.

<sup>118</sup> CREUS, ob. cit., ps. 15/6.

<sup>119</sup> MORENO, ob. cit., p. 344.

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 afirmaba: “Al reglar delitos tan importantes y de tanta magnitud como el incendio, la inundación y los demás estragos de que tratamos, la ley debe preocuparse de reprimir, no solamente a los que los causaren, sino también a los que, por hechos positivos perjudiciales, dieron lugar a la amenaza, a la probabilidad real de que se produzcan; o inutilizaren o pusieren fuera de servicio los medios de combatirlos y detener sus efectos, una vez producidos. De una y otra cosa se ocupan los artículos 228 y 229 del proyecto. La destrucción o inutilización de diques o de obras diferentes, destinadas a la defensa contra las inundaciones u otros desastres, perturba la seguridad pública y origina un daño y un peligro común efectivos. Esto basta para incriminar el acto e imponer una pena a su autor. Otro tanto, y más, puede decirse del hecho realizado con el fin de impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, un naufragio, etcétera; de substraer, ocultar o inutilizar materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa mencionada”<sup>120</sup>.

## II. Destrucción de ciertas obras

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *El peligro*

En la primera parte del artículo 188 se castiga al que destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciera surgir el peligro de que éstos se produjeran, en palabras de Moreno<sup>121</sup>.

Tampoco la ley dice cuáles son los medios por los cuales se debe producir la destrucción o la inutilización. Sin embargo, como se ha sostenido por la doctrina, “para que el delito exista no es necesario que se produzca el desastre, bastando sólo que los hechos de destrucción o inutilización, creen el peligro de que pueda tener lugar”<sup>122</sup>. Se trata de un delito de puro peligro, ya que se contempla la situación en la

<sup>120</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 344.

<sup>121</sup> MORENO, ob. cit., p. 345.

<sup>122</sup> Ibidem.

que el estrago no se causó. De manera que se castiga determinadas conductas que hacen surgir el peligro de que se produzca el estrago.

La discusión está en qué tipo de peligro sería, en el sentido de si se trata de un peligro de concreto o de una conducta peligrosa, concreta o abstracta. Molinario y Aguirre Obarrio, más cerca de la clasificación utilizada por nosotros en el texto, señalan que no es un peligro actual o inminente, ni tampoco un peligro remoto, sino que se está en la mitad de camino, lo que constituiría un tercer tipo de peligro, de acuerdo al cual es probable que en el futuro se produzca un peligro concreto. “Por eso es extraño, afirman los autores citados, que la doctrina no haya reparado en que aquí se toma en cuenta un tercer tipo de peligro. Consiste en que es probable que en el futuro se produzca un peligro concreto; Molinario prefería llamarle futuro o, si se quiere, eventual. Futuro, en relación con el peligro concreto, que es el presente o que ya pasó”<sup>123</sup>.

Creus, por su parte, señala que el peligro debe ser concreto, es decir efectivamente corrido, en el sentido de que debe haberse dado la específica posibilidad de que el desastre se produzca, “ya por el atentado mismo, ya por las circunstancias que se agreguen a su producción”; no basta, a su entender, el mero peligro abstracto<sup>124</sup>.

Fontán Balestra exige, si bien con otro texto, que el desastre sea inminente, y esto es de aplicación para la ley actual. González Roura exigía que el desastre haya tenido principio<sup>125</sup>.

De modo que para este grupo de autores, y no muy claramente de acuerdo a los textos mencionados, se trata de un delito de peligro abstracto, “puesto que la ley no requiere que se produzca el peligro real como consecuencia de las acciones de impedir o dificultar las tareas de la defensa. Por eso el hecho se consuma aunque la defensa se logre con la misma eficacia por los mismos medios o por otros”<sup>126</sup>.

Hay que entender que las acciones enumeradas en la ley, esto es la destrucción y la inutilización de diques y obras destinadas a la

<sup>123</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 60.

<sup>124</sup> CREUS, ob. cit., p. 18.

<sup>125</sup> GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal* cit., t. III, p. 307, citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, p. 275.

<sup>126</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 129, V, 2, con citas de MALAGARRIGA, *El Código Penal* cit., t. III, p. 15; MORENO, ob. cit., p. 346.

defensa común contra las inundaciones, tienen que tener un efecto directo que es el hacer surgir el peligro de que se produzca un desastre. Destruir tiene aquí el significado de dañar de tal modo la cosa en su materialidad que ya no exista como lo que era. Inutilizar significa tornarla inepta para cumplir con el fin a la que estaba destinada<sup>127</sup>. Implica tornar inservible la obra o el funcionamiento de los mecanismos regulatorios de la entrada y la salida del agua; en definitiva, se hacen desaparecer condiciones con las cuales una cosa tiene su provecho, sin olvidar que, en ambos casos, deben hacer surgir el peligro de que se produzca el desastre<sup>128</sup>.

A nuestro juicio, no se trata de un delito de peligro abstracto, sino de acciones peligrosas concretas, ya que los bienes y las personas no se encuentran en un estado de peligro, éste no es inminente, lo que lo llevaría a ser un delito de peligro concreto, y tampoco se trata de un peligro que se supone según un criterio *ex ante*, sino que se trata de acciones peligrosas en concreto, habida cuenta de que la destrucción de los objetos mencionados llevan al peligro de que se produzca la inundación u otro desastre.

#### b) *Los objetos protegidos*

Los objetos del delito que regula la ley son dique u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres. Dique, según el Diccionario, es una obra del artificio humano, y para Molinario y Aguirre Obarrio quedan comprendidos, en ese término, los casos de diques naturales<sup>129</sup>. Otro grupo de autores afirma que la redacción del texto legal lleva a pensar que al decir "dique u otras obras destinadas", se delimita el objeto a las obras del hombre<sup>130</sup>. Por ende, las obras a las que hace referencia el artículo son aquellas cons-

<sup>127</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 127, II, 2.

<sup>128</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 61.

<sup>129</sup> El propio Molinario y Aguirre Obarrio especifican al lago de montaña. Los diques artificiales son conocidos: San Roque, en Córdoba; el Chocón, etc. (MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 60, nota 14).

<sup>130</sup> Así, Soler señala que los diques no son más que una de las clases de obras (p. 597); FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 318, criticando interpretación de Carrara, Manzini y Eusebio Gómez, que incluyen a las defensas naturales.

trucciones que requieren la intervención del hombre para su levantamiento, con la finalidad de estar dirigidas a la defensa común. Y ésta es sin duda la interpretación acertada habida cuenta de que se trata de obras del hombre y no de la naturaleza, aunque se admite que sean obras mixtas.

Núñez señala como ejemplos de tales obras los aparatos para la explotación minera, los desagües y la ventilación de galerías, excluyendo los resguardos naturales, pues no son obras del hombre; sí, por el contrario, las construcciones parciales hechas en los accidentes naturales para convertirlos en diques o en defensas o para mejorarlos como tales<sup>131</sup>. También las obras de defensa contra avalanchas, desmoronamientos, crecidas de ríos o de mar, ciclones, erupciones volcánicas, radiación atómica<sup>132</sup>.

Creus, por su parte, señala que la función de seguridad de la obra tiene que ser previa al desastre y éste debe iniciarse en la destrucción o inutilización de la obra misma. Quedan, entonces, excluidas las obras destinadas a combatir un desastre ya ocurrido, como por ejemplo, los taludes de tierra que se construyen para detener una inundación en curso, o para prevenirlo, tal el caso de las torres de observación de incendios, ya que su destrucción no sería la causa originaria del desastre<sup>133</sup>. Es clarificador el ejemplo brindado por Molinario y Aguirre Obarrio para distinguir estas conductas de las previstas por otros artículos; así refiere: "Si yo destruyo un dique que está conteniendo una tremenda masa de agua, produzco una inundación y esto es un estrago, con su peligro para un conjunto de vidas y haciendas. De tal manera que cuando aquí, en el artículo 188, trata de la acción de destruir un dique, tras su muro de contención no debe existir, en ese momento, la enorme cantidad de agua. Esa masa llegará, por ejemplo, en tiempo de lluvias o de deshielo (en la Cordillera), a las fuentes de un río. Y cuando llegue, se producirá la inundación, siempre y cuando no se haya podido reparar el dique a tiempo"<sup>134</sup>.

Es irrelevante si se trata de obras particulares o públicas, o que

<sup>131</sup> NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 56.

<sup>132</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>133</sup> CREUS, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>134</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 60.

sean permanentes o transitorias, ya que lo importante, para este supuesto, es el destino que tenga y no su pertenencia.

## 2. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso. El sujeto debe conocer y querer destruir o inutilizar una obra que sabe destinada a la defensa común contra un desastre. Núñez afirma que el peligro de desastre es un resultado preterintencional<sup>135</sup>. En igual sentido se pronuncia Soler, señalando que “cuando se sabe que se destruye una obra destinada a contener las aguas, y a pesar de ese conocimiento se actúa, es indiferente que el sujeto haya tenido la intención de regar su campo, si su acto ha generado el peligro de inundación”<sup>136</sup>.

En cambio, Molinario y Aguirre Obarrio (citando a Eugenio Florian), y de acuerdo al concepto de peligro que se maneja, consideran que no se debe prescindir para completar el aspecto subjetivo de la voluntariedad de hacer surgir el peligro común, y citando a Manzini afirma que se exige que la acción tenga la finalidad de que la inundación o desastre se produzca. Sin esta finalidad el delito será de daño, y si se produce, estrago culposo<sup>137</sup>. Y ésta es la posición acertada, teniendo en cuenta que se trata de una acción peligrosa concreta, cuya intención dolosa es la de destruir o inutilizar. El resultado es otra cuestión, como afirman los autores últimamente citados.

## 3. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con el atentado dañoso y el surgimiento de peligro de desastre. Sin la creación del peligro común se configurará el delito de daño.

### **III. Sustracción, ocultación o inutilización de materiales, instrumentos u otros medios de extinción o defensa.**

#### **El llamado favorecimiento al estrago**

El artículo 188, segunda parte, establece que “La misma pena se

<sup>135</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 57.

<sup>136</sup> SOLER, ob. cit., p. 597.

<sup>137</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 61.

aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajera, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida”.

### 1. *Antecedentes*

Ya se han explicado, cuando se hizo referencia al párrafo primero de esta norma, los antecedentes hasta el Código de 1921.

Como se ha visto, el tipo penal fue reformado por el llamado decreto-ley 21.338, que establecía: “La misma pena se aplicará al que, para impedir o dificultar las tareas de defensa contra un desastre, sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare materiales, instrumentos u otros medios destinados a la defensa común”.

### 2. *Tipo objetivo*

Moreno afirmaba que se reprimía, en la segunda parte del artículo 188, “el hecho de aquel que impide la extinción de un incendio, la defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, substrayendo, ocultando, o haciendo inservible materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida. Se necesita –continúa el autor citado–, la sustracción, ocultación o inutilización de los medios u objetos, y el propósito consiste en impedir la defensa o en que se extinga el incendio. La acción en estos casos tiene por objeto que no pueda hacerse una cosa determinada”<sup>138</sup>.

El tipo penal requiere que se esté frente a un desastre, aunque parte de la doctrina interpreta que en realidad debe tratarse de un estrago, tanto se haya éste producido como esté a punto de hacerlo. En otras palabras, que el estrago sea inminente o esté produciéndose<sup>139</sup>. La idea básica es que se impida la acción de contrarrestar, dominar o disminuir los efectos del desastre.

Las acciones enumeradas por la ley son las de sustraer, ocultar o hacer inservible. Sustraer el objeto destinado a la defensa común es sacarlo de la esfera de disponibilidad de quien pueda o de quien pudo

<sup>138</sup> MORENO, ob. cit., p. 346.

<sup>139</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 61, en igual sentido SOLER, ob. cit., p. 598.

usarlo adecuadamente<sup>140</sup>. Ocultarlo significa esconderlo de esa esfera, de esa posibilidad de utilizarlo, de manera que no pueda ser hallado por quien lo utilizaría en la defensa<sup>141</sup>. Lo hace inservible quien daña el instrumento o los medios destinados a la defensa, o sin dañarlos los coloca en situación de no poder ser usados, por ejemplo desconectando la energía que alimenta una bomba extractora, lo cual torna al objeto inutilizable para la finalidad de defensa<sup>142</sup>. De la descripción del tipo no se desprende que las acciones referidas provoquen efectos permanentes o definitivos, basta que impidan o entorpezcan, ya sea por su oportunidad o por su duración, las tareas de defensa.

En otras palabras, se trata de un término que es funcional a la labor que se está desarrollando, de manera que bastará que por la acción del autor no se pueda utilizar el objeto para la acción defensiva, para que se haya realizado la acción típica.

Las acciones referidas deben recaer contra los materiales, instrumentos o cualquier otro medio destinado a la defensa común. Por ende, se trata de un delito de acción, de manera que la mera negativa a entregar algún objeto no tipifica el delito en cuestión y menos aún la negativa a realizar alguna acción personal de ayuda frente al desastre.

Distinta es la posibilidad de una omisión impropia, en la cual se debe exigir, como mínimo, la equivalencia con la acción, además de la posición de garantía que es básica en este punto.

Creus señala que materiales son todos aquellos elementos, sean sólidos, líquidos o gaseosos, que puedan destinarse a esa defensa; instrumentos, en cambio, son los aparatos o dispositivos que pueden tener ese destino. Brinda como ejemplos las herramientas, las bombas extractoras, móviles; mientras que en el concepto de otros medios queda incluido cualquiera que pueda ser utilizado con el mismo fin –la defensa común–, entre los que pueden encontrarse las estructuras u obras –plataformas de salvataje, refugios, caminos de evacuación– o de sistemas

<sup>140</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 58; CREUS, ob. cit., p. 19.

<sup>141</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 58; CREUS, ob. cit., p. 19.

<sup>142</sup> CREUS, ob. cit., p. 19. Núñez pone como ejemplo, al explicar los alcances del verbo inutilizar –esto es, en relación a la redacción anterior–, el caso de que el autor amarre con llave el bote utilizable para el salvataje, también aplicable a esta nueva regulación (NÚÑEZ, ob. cit., p. 58).

de servicios –sistemas de señales de aviso–. Deben ser objetos cuyo destino sea la extinción del problema, la defensa de las personas o los bienes en general. Dicho destino puede ser específico –extintor de incendio– o circunstancial, esto es, aquellos objetos que tienen otras finalidades pero que pueden resultar necesarios o útiles para contrarrestar el desastre –botes, camiones, palas mecánicas, tractores, etcétera<sup>143</sup>–.

Es irrelevante que se trate de objetos de propiedad pública o privada, incluso si el propio autor es el dueño puede incurrir en este supuesto, pues “la criminalidad del hecho no reside en la lesión de la propiedad ajena, sino del derecho universal de la seguridad común”<sup>144</sup>.

### 3. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso que requiere dolo directo, con la finalidad de evitar la defensa frente a un hecho dado o con inminencia de producirse. Por lo tanto el autor debe conocer y querer destruir, ocultar o hacer inservibles los objetos referidos, con el plus de conocer y dirigir su voluntad a impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa. En consecuencia, el dolo debe abarcar también la situación de inminencia o actualidad de un determinado desastre<sup>145</sup>.

Fontán Balestra afirma que contrariamente al primer párrafo, en éste la acción se dirige, subjetivamente, a evitar la defensa, de modo que pareciera que sólo admite el dolo directo<sup>146</sup>.

### 4. *Consumación y tentativa*

Para Moreno el delito se consuma con el hecho de la ocultación,

<sup>143</sup> CREUS, ob. cit., ps. 19/20. MORENO, ob. cit., p. 346. Soler señala que quedan comprendidas aquellas cosas que en el momento del desastre se hacen indispensables o simplemente útiles para la defensa contra el desastre, aunque, en principio, no estén afectados expresa y exclusivamente a ese fin, como por ejemplo el aparato telefónico (p. 599).

<sup>144</sup> Núñez brinda como ejemplo la situación de la persona que, teniendo bombas para apagar incendios, las ocultara o inutilizara para impedir su servicio; también el de que echa llave a su sistema inutilizándola para el caso (NÚÑEZ, ob. cit., p. 59).

<sup>145</sup> CREUS, ob. cit., p. 20.

<sup>146</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 129, V. 3.

destrucción o inutilización, no siendo preciso que se impida el desastre, ya que con otros medios podría hacerse la extinción o producirse la defensa<sup>147</sup>. Para Creus, el delito se consuma cuando se alcanza la destrucción, sustracción o se hacen inservibles los objetos llevados a cabo con la finalidad típica. "Es suficiente con que la acción haya resultado idónea para impedir la defensa, aunque tal objetivo no se haya logrado y la defensa no sufra mengua en su efectividad"<sup>148</sup>.

Para Fontán Balestra se trata de un delito de peligro abstracto, puesto que la ley no requiere que se produzca peligro real, como consecuencia de las acciones descriptas<sup>149</sup>.

Sin embargo, la doctrina admite la tentativa, que se da en el supuesto en que el autor intenta destruir el medio de defensa y no lo logra por razones ajenas a su voluntad<sup>150</sup>.

Y esta idea es cierta, porque no se trata de un delito de peligro abstracto, sino de uno que hemos denominado de acciones peligrosas, al igual que la primera parte del artículo.

## EL ESTRAGO CULPOSO

Artículo 189: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

"Si el hecho u omisión culpable pusieren en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años".

### I. Antecedentes

El antecedente del estrago culposo, según Moreno, fue tomado del proyecto de 1906, que lo había copiado del de 1891. La disposición,

<sup>147</sup> MORENO, ob. cit., p. 346.

<sup>148</sup> CREUS, ob. cit., p. 21.

<sup>149</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 129, V. 2.

<sup>150</sup> CREUS, ob. cit., p. 21.

a su vez, tenía su fuente en el Código de Italia (art. 311), aunque del texto de Zanardelli y de la *Relazione* se deduce que hay un error en Moreno, ya que el artículo es el 297. El citado anteriormente se trata de un aumento de pena a los delitos anteriormente regulados en el Código de Italia.

En la Exposición de Motivos se decía que “esta disposición es análoga a la consignada en otros títulos, como el de los delitos contra las personas, sobre los homicidios cometidos por culpa e imprudencia, y responde al sistema, ya fundado, que se ha creído preferible para legislar la culpa”. Moreno hace notar que el Código, “siguiendo a los dos proyectos antecedentes, no se ocupa de la culpa o imprudencia en un título de la parte general, como lo hacía el Código de 1886 y los proyectos anteriores, sino que se refiere a ella en los capítulos donde se legisla sobre delitos en particular, de aquellos que se producen por culpa o imprudencia”. Por último en el artículo “se castiga al que causare incendio o estrago por culpa o imprudencia”<sup>151</sup>.

Posteriormente y como una de las reformas importantes se debe citar la del decreto-ley 17.567, que castigaba con pena de prisión de seis meses a dos años al que por imprudencia o negligencia causare un desastre de los definidos en los artículos anteriores. La pena será de seis meses a tres años cuando hubiere el peligro contemplado en el inciso a, de los artículos 186 y 186 bis, y será de uno a cinco años de prisión cuando ocurran los resultados previstos en los incisos b, y c. Igualmente, siguiendo sus lineamientos, aunque técnicamente imperfecto, fue el decreto-ley 21.338, que en este caso era similar al de 1967.

El texto anterior vigente, según ley 23.077, decía: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

”Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximum de la pena podrá elevarse hasta cuatro años”.

Posteriormente la ley 25.189, que modificó todas las penas del delito culposo, lo redactó en la forma en que ahora se explica<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> MORENO, ob. cit., p. 347.

<sup>152</sup> Publ. B. O. del 28-10-99.

## II. Tipo penal en general

El tipo objetivo habla de causar culposamente un incendio o un estrago, de manera que hay que remitirse a la explicación del delito culposo, que en parte lo hemos hecho en el tomo I de esta obra, a los efectos de este artículo<sup>153</sup>.

Sin embargo, debe quedar claro que debe haber una relación directa entre la violación del deber objetivo de cuidado y el resultado de incendio o de estrago, de manera que si objetivamente el resultado es producto de otro curso causal o de otro riesgo producido por un tercero, no se podrá imputar el resultado al autor.

## III. La agravante de la segunda parte del artículo 189 del Código Penal

Sobre el peligro de muerte y la muerte misma, cabe hacer las mismas reflexiones antes dicha. Deben ser producto directo de la violación al deber de cuidado objetivo.

### 1. *Análisis general*

Con evidente error conceptual, que se debe hacer notar, que demuestra la falta de rigor científico en la redacción de la norma, la ley habla de “si el hecho u omisión culpable”, en lugar de culposo. Culpable es una característica de cualquier tipo penal, tanto doloso, como culposo. Error que no extraña dentro de este tipo de reformas, hechas al amparo de circunstancias concretas, que llevaron a la elevación de penas de los delitos culposos, más sujeta a la demagogia que a la ciencia.

### 2. *El tipo penal agravado. El problema del resultado*

En principio debe decirse que el estrago debe ser causalmente o en base a la imputación objetiva, consecuencia directa del hecho culposo. Como afirma Creus, “la conducta del agente tiene que constituir la causa del desastre; no es suficiente que pueda alegársela como uno de los factores de su producción”<sup>154</sup>.

<sup>153</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 101.

<sup>154</sup> CREUS, *ob. cit.*, p. 23.

Pero bien afirma el citado autor, que en este caso debe darse el requisito de peligro común, y siempre en relación con el estrago y no con referencia al artículo 188 del Código Penal, que antes se ha visto. De lo contrario, quedará la cuestión como un delito culposo común, que en el caso del daño, será impune.

El tipo penal prevé que si este estrago culposo ha puesto en peligro de muerte o ha causado la muerte de una persona, la pena se eleva hasta cinco años. La cuestión es sencilla y se aplican las reglas generales antes explicitadas.

## JURISPRUDENCIA

### I. Bien jurídico protegido

Estamos ante la comisión de un tipo en el que basta con el peligro común para los bienes, agravado si se causa la muerte de alguna persona, pero también cuando se pone en peligro la vida de éstas (del voto del Dr. Costa).

CNFed.CCCorr., sala I, 12-6-92, "López, Juan", J. A. 1994-I-64

### II. Tipo objetivo y tipo subjetivo

La responsabilidad del procesado se fundamenta en su actitud negligente, la que consistió en no haber realizado un acto idóneo tendiente a prevenir un accidente de consecuencias graves como lamentablemente ocurrió, siendo ello previsible por no ser los galpones donde se encontraba almacenado el material explosivo un lugar apropiado, ni contar con las condiciones de seguridad establecidas por el decreto 302/83; esto es, que el encausado no actuó acorde al deber objetivo de cuidado que las circunstancias del caso le imponían.

CNFed.CCCorr., sala I, 12-6-92, "López, Juan", J. A. 1994-I-64

Constituye un proceder imprudente el dejar encendida una hornalla encontrándose sobre la misma un recipiente que contenía aceite, pudiendo el imputado prever la consecuencias de su accionar ne-

gligente, pues si bien la acción de por sí –dejar encendida una hornalla– no es peligrosa, sí lo es cuando a dicho elemento se le aneja otra condición o causa, como lo es dejar un receptáculo que tenía adheridos elementos grasos, correspondiendo responsabilizar al acusado por el delito de incendio culposo.

CNCrim., sala II, 23-6-92, “Altamirano, Domingo”, sum. Albre-  
mática A101688

### III. Estrago culposo. Imputación objetiva

El disvalor de la acción, es decir el actuar negligente, no determina por sí solo el reproche. Además debe conectarse ello con la producción de un resultado dañoso, el cual debe ser previsible, teniendo en cuenta el incremento de la puesta en peligro previamente creado.

Los enjuiciados, al tomar a su cargo la venta de artículos que por sí solos crean cierto peligro, asumieron una posición de garante, calidad ésta que los obligaba a tener ciertos conocimientos especiales y a utilizarlos de manera que no se incremente el riesgo ya existente más allá de lo social o jurídicamente permitido.

La existencia de esta especial posición obligaba a quien la detentaba, en caso de tomar conocimiento por cualquier medio de que no se estaban respetando los estándares de seguridad mínima, a desplegar una actividad en el seno de su rol, y en concreto, encargarse de restablecer la situación estándar, pues su mera desviación, por sí, constituye una perturbación que como garante debe suprimir. No sólo estamos en presencia de una mera infracción administrativa, sino ante un verdadero accionar imprudente, el que, adunado a la tenencia considerable de mercadería de uso prohibido en condiciones no aptas, incrementó en forma notable el riesgo normal que se pueda producir, máxime si toda aquella –o cuando menos una porción importante– se hallaba en exhibición en la vía pública un día de verano. Por ello resulta reprochable ese accionar; no sólo por haber sido objetivamente previsible ese resultado, sino también por el conocimiento que detentaba acerca de la ilegitimidad de su proceder, y pese a ello no depuso su actitud.

CNCCorr., sala V, 17-12-96, “Dopazo, Pablo F. y otro”, sum.  
Albremitica AL10308

#### IV. Consumación

A efectos de la responsabilidad penal, es atribuible a la impericia del maestro mayor de obra, contratado para supervisar los trabajos que dieron ocasión a la producción del estrago, la omisión de los recaudos que hubieran permitido conjurarlo.

CNCCorr., sala VI, 28-7-81, "Ceccarini, Roberto L.", J. A. 1982-IV-104

#### LA TENENCIA ILEGÍTIMA DE ARMAS Y MATERIALES

Artículo 189 bis: "El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años"<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> Art. 189 bis según ley 25.086 (B. O. del 14-5-99). El texto anterior decía:

"El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años.

"La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

"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, será reprimida con prisión de tres a seis años.

"La pena será de tres a ocho años de prisión o reclusión, en caso de acopio de armas. Si se tratara de armas de guerra, la pena será de tres a diez años de prisión o reclusión.

"Las mismas penas se aplicarán respectivamente, al que tuviere o acopiare municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de éstas o instrumental para producir las".

## I. La fabricación o tenencia de materiales explosivos

### 1. Antecedentes

El Proyecto de Tejedor, el de 1881 y el Código de 1886 tenían normas parecidas, pero estaban ubicadas en distintos títulos. En estos textos se encontraban entre los delitos contra la propiedad, capítulo de los incendios y otros estragos.

Luego el proyecto de 1881 los suprimió, pero la ley 7029 los volvió a la vida, ahora dentro de los delitos contra la seguridad social.

El proyecto de Moreno los coloca entre los delitos contra el orden público, en el capítulo de la intimidación pública.

Los precedentes nacionales de esta norma, que la ubican dentro de los delitos contra la seguridad común, son los artículos 146, § 1º del proyecto de 1960 y 220 del proyecto de Peco<sup>156</sup>.

El decreto-ley 17.567 los reubica dentro de los delitos entre los delitos contra la seguridad común con apoyo en la legislación extranjera, al decir de Núñez.

El texto actual viene del decreto mencionado, pero su texto definitivo se debe a la ley 20.642, y más precisamente a la ley 25.086.

### 2. Bien jurídico

Decía el proyecto de 1960 en la nota al artículo 246: "Estos actos preparatorios se erigen en delitos, por cuanto encierran el germen de un peligro y llevan el destino de cometer un delito cuando no se proponen un fin lícito"<sup>157</sup>.

Núñez afirmaba, con otro texto, que el bien jurídico tutelado era la seguridad común, "ya que se alteran las condiciones de seguridad común, y no sólo el sentimiento de tranquilidad pública. Son, afirma, acciones preparatorias dirigidas a la comisión de delitos contra la seguridad común punibles por sí mismas, que superan el carácter puramente amenazador propio de los delitos contra la tranquilidad pública y estructuran tramos materiales del *iter criminis* de un incendio, de una explosión u otro desastre"<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> Véase NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 62/63.

<sup>157</sup> Nota al art. 246.

<sup>158</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 63.

Fontán Balestra afirmaba, refiriéndose al decreto-ley 17.567, que el cambio de esta normativa, al sacar los delitos del título actual y colocarlos entre los delitos contra la seguridad común, se justificaba debido a su gravedad y se corregía un error del Código de 1921, ya que son actos preparatorios que atacan la seguridad común. “Pero esos actos preparatorios tienen la particularidad de tener un elemento subjetivo del tipo, consistente en tender a la comisión de un delito”<sup>159</sup>.

En la Exposición de Motivos de la reforma se afirmaba que la confusión estaba dada ya que cuando el Código se refiere a los delitos contra la seguridad pública, debe entenderse que quiere decir seguridad común<sup>160</sup>.

Para Aguirre Obarrio, el tipo de la ley de 1974, tiene penas absurdamente graves y, además, que se trata de un delito contra el orden público<sup>161</sup>. Creus mantiene la idea de la seguridad pública y la importancia del elemento subjetivo.

Razón lleva Aguirre Obarrio en cuanto a lo absurdo de las penas, de cinco a quince años, en cuanto a que son actos preparatorios y, además, de peligro pero referido a las personas, ya que el elemento subjetivo, si bien limita la norma, no hay duda de que en la práctica y en la mayoría de las veces es un elemento que en contra de las reglas básicas del Derecho Penal y Procesal Penal se presume.

Este tipo de delitos debería ser nuevamente estudiado y analizar si no deben terminar siendo contravenciones, como ha sostenido Núñez, ya que representan un serio riesgo para la seguridad jurídica, igual que los delitos de tenencia. En este sentido es clara la afirmación del profesor de Córdoba: “Precisamente, esa significación preparatoria de las acciones reprimidas en el § 1º del artículo 189, está expresada por la finalidad que debe guiar la obra del autor. Éste debe proceder con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común. De otra manera, las acciones mencionadas en el § 1º, o serán lícitas, o si se realizan sin el permiso o los recaudos correspondientes, constituirán contravenciones a las leyes o reglamentos sobre la materia”<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 129, VII.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 66.

<sup>162</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 63.

Y en la nota afirma: carece de significado “el propósito de crear un peligro común para las personas o los bienes exigido por el decreto-ley 788/63. No se advierte cómo la delictuosidad de la introducción, fabricación, etcétera, de las sustancias o de los elementos para prepararlos o de los instrumentos para su empleo, pueda depender de ese propósito, que no vincula el hecho a la comisión de delito contra la seguridad común, ni le agrega nada al peligro que en sí mismo puede representar”<sup>163</sup>.

### 3. *Tipo objetivo*

La ley, afirma Núñez, “no requiere una contribución a un determinado delito contra la seguridad común, caso en el que las acciones del artículo 189 bis, § 1º, sucedido ese delito o su tentativa, serían consumidas por éstos, como actos de participación”<sup>164</sup>. Se trata, dentro de la clasificación que hemos hecho, de delitos de peligrosidad abstracta, que exigen que de alguna manera se afecte el bien jurídico, ya que si no se llegaría a las injusticias ya mencionadas.

a) Las acciones que se castigan son las de fabricar, suministrar, adquirir, sustraer o tener en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación.

Por fabricar debe entenderse la elaboración, ya sea por medios idóneos, mecánicos o químicos, de una determinada sustancia, ya sea por composición de otras, o meramente el reelaborar, transformar o perfeccionar las existentes, de manera que sean aptas e idóneas de acuerdo a la ley.

Suministra aquella persona que le da o entrega a otra los objetos mencionados por ley. Adquiere la persona que los obtiene en propiedad, a cualquier título que sea, y aunque no los tenga en sus manos. Sustraer el que saca los objetos de un tercero, ya sea por hurto o fraude. Los autores afirman que en este caso la ley no se refiere sólo al hurto, sino a cualquier forma de privar la cosa a un tercero. Hay, según parte de la doctrina, un concurso ideal con los delitos contra la propiedad<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 64.

<sup>165</sup> Véase NÚÑEZ, ob. cit., p. 64; CREUS, ob. cit., p. 24/5.

La ley habla también de quien los tuviere, lo que lleva a analizar la tenencia de las cosas. Núñez afirma que tiene la cosa quien la mantiene bajo su poder, y ello implica la introducción y el transporte, sea que lo haga personalmente, sea que lo haga otro bajo su vigilancia<sup>166</sup>.

b) Los objetos a que alude la ley son bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación.

b.1) Bombas: son los continentes de cualquier material, de explosivos con o sin proyectiles o gases, que mediante el abrasamiento, percusión u otro medio, estallan con detonación<sup>167</sup>. Creus da otra definición: son los continentes de explosivos o gases que estallan por medios mecánicos (percusión), químicos (mezcla) o térmicos (ignición por mecha), que pueden ser formados por las mezclas de las sustancias explosivas, como ser las bombas plásticas<sup>168</sup>.

b.2) Materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear: son aquellos que se utilizan para realizar los procesos de conversión de la materia en energía (uranio, bombas de cobalto)<sup>169</sup>.

b.3) Materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas<sup>170</sup>:

Las materias explosivas son aquellas que, sin ser una bomba, pueden hacerse estallar o producir detonaciones, como ser la dinamita, las materias afines en sus efectos explosivos: los fulminatos, los picratos, las pólvoras píricas<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 65, con nota de Manzini y Carrera; CREUS, ob. cit., p. 25.

<sup>167</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 65, con citas de Carrera y de Manzini; CREUS, ob. cit., p. 25.

<sup>168</sup> CREUS, ob. cit., p. 25.

<sup>169</sup> CREUS, ob. cit., p. 25; NÚÑEZ, ob. cit., p. 63.

<sup>170</sup> La jurisprudencia ha sostenido sobre este punto: "la tenencia de material explosivo sin la debida autorización legal –en el caso granada antitanque para fusil, granadas de mano, cartuchos de TNT y gelamón, iniciador para explosivos y cable detonante– encuadra en la figura del art. 289 bis, § 3° del Código Penal –que reprime la simple tenencia, en cuanto comporta un peligro en sí misma–, si dicha conducta no estaba encaminada a la comisión de delitos contra la seguridad pública" (TOCr.Fed. de Tucumán, 17-4-2000, "Heredia, Sergio L. y otros", L. L. NOA 2000-1130).

<sup>171</sup> Núñez, a quien seguimos, cita el decreto 26.028/51, que las define como

Las materias inflamables son las susceptibles de prenderse rápida y violentamente en llamas, utilizables para la lucha o el daño<sup>172</sup>.

Las sustancias asfixiantes y las tóxicas son gases o sustancias que tienen capacidad para producir efectos de esa índole, como ser el envenenamiento<sup>173</sup>.

b.4) Sustancias o materiales destinados a su preparación: Como son todos actos preparatorios, la ley llega al límite de punir a quien tiene elementos con que se construyen los objetos que luego se utilizarán en los delitos antes enumerados.

c) Por último, insistimos en la idea de que son actos preparatorios de delitos contra la seguridad común, por lo que tienen que ser objetos idóneos para esos efectos.

#### 4. Tipo subjetivo

Se trata, como es obvio, de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, con elementos subjetivos del tipo, que le dan una característica especial a este delito<sup>174</sup>. Carrera afirma que es obvio que “el fin del agente es el de contribuir a la comisión de cualquier delito contra la seguridad común. Lo que la norma requiere es el propósito de cooperar haciendo factible el uso del poder de los elementos que menciona, o sea, ocasionar desastres”<sup>175</sup>.

Aguirre Obarrio habla de dos finalidades disyuntivas, que son:

- a) El fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común, y
- b) tener el fin de causar daños en las máquinas o elaboración de productos<sup>176</sup>.

“aquellas que en determinadas condiciones son susceptibles de dar lugar a unas transformaciones químicas acompañadas de una rápida liberación de energía” (NÚÑEZ, ob. cit., p. 65/6).

<sup>172</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 66; CREUS, ob. cit., p. 25.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> Carrera (ob. cit., p. 1381) habla de dolo específico, dado que al existir una finalidad particular (el texto dice *incluye* y debe decir *excluye*) la imputación a título de dolo eventual.

<sup>175</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1381.

<sup>176</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 67.

La primera hipótesis no plantea demasiados problemas, ya que la finalidad muestra, según la doctrina, que objetiva y subjetivamente hay un peligro común a futuro<sup>177</sup>. De no existir esta finalidad este hecho es atípico, por lo menos de este delito, pasando la discusión al problema de la tenencia, en su caso. La idea es la contribución a cualquier delito contra la seguridad común, que abarca a los Capítulos I a IV.

Están de acuerdo, aunque en parte, los autores en el sentido de que no se trata de un delito determinado, ya que de ser ésa la cuestión estaríamos frente a una participación criminal<sup>178</sup>.

## II. La fabricación o tenencia para sabotaje para dañar máquinas y productos

### 1. *Tipo objetivo*

El tipo penal proviene de la ley 20.642 y, como afirma Aguirre Obarrio, no es fácil su interpretación, ya que ni las máquinas, ni los productos están caracterizados<sup>179</sup>. Creus afirma que con el agregado de la ley se presentan dificultades en la interpretación: "no se trata de la contribución a cualquier daño, sino a un daño que afecte a la elaboración de productos necesarios e importantes para una comunidad, ya que si se tiene en cuenta al bien jurídico protegido, el daño que se intente debe ser uno que por sus alcances amenace a la seguridad común"<sup>180</sup>. Sobre esta idea Aguirre Obarrio afirma que los productos deben estar en relación al bien jurídico, seguridad común, y como consecuencia, las máquinas son las que la elaboran. Se trata de máquinas que tengan que ver con la salud pública, como ser de laboratorios, de construcción de jeringas, vendas, etcétera; también se incluye la seguridad contra los estragos, como las máquinas de hacer mangueras para incendio, autos bomba, etcétera. La argumentación es lógica, por-

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 129, VII, 2. Creus, sin embargo afirma que esto es verdad en parte, de modo que el tipo penal es subsidiario (ob. cit., p. 26).

<sup>179</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 68.

<sup>180</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 26.

que si se tratara de cualquier máquina y producto, se incluirían los juguetes, las máquinas para perfumes, etcétera, que no tienen ninguna relación con la seguridad pública<sup>181</sup>.

## 2. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso y sólo admite el dolo directo, puesto que se trata de una acción peligrosa que tiene que tener en cuenta el fin de contribución a los delitos contra la seguridad común. Y esto ha sido sostenido por la jurisprudencia: "El tipo contemplado en el § 1º del artículo 189 bis del Código Penal se distingue del contemplado, en la parte final del precepto, por el elemento subjetivo que ha de acompañar a la tenencia, esto es, el propósito de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o de causar daño a ciertas cosas". Empero, si ha sido elemento primordial de la sentencia dictada en primer término la convicción del vínculo entre los procesados y el lanzamiento de una bomba molotov sobre un medio de transporte un corto lapso antes, si ello fuera así, la sentencia tendría que haberlo afirmado y, consecuentemente, incluir condena por tentativa de incendio o intimidación pública. Al descartarlo tanto la acusación como el a quo, la cuestión ha precluido, excluyendo la posibilidad de computar el atentado para arribar a una condena por la forma agravada de tenencia de materias explosivas o inflamables<sup>182</sup>.

## 3. *Consumación*

En principio el delito se consume con la actividad misma, puesto que se trata de un delito de acción peligrosa abstracta, ya que no es necesaria la utilización del objeto en el delito, ni siquiera los daños que busca el sujeto con su intención<sup>183</sup>.

En cambio, y esto es lógico, se sostiene en doctrina que la figura no admite tentativa: "Aparte que se presenta como excesivo admitir tentativa de actos preparatorios en esta especie de delitos, repárese

<sup>181</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 68.

<sup>182</sup> CNFed.CCorr., sala 2ª, 31-8-87, "Langieri, Marcelo A. y otros", J. A. 1989-III-636.

<sup>183</sup> CREUS, ob. cit., ps. 26/27.

que en el supuesto de fabricación, por ejemplo, no es necesaria la elaboración completa de bombas u explosivos, puesto que la letra de la ley lo extiende hasta las sustancias o materiales destinados a su protección. Carrera afirma que, como se sancionan verdaderos actos preparatorios, el comienzo de ejecución del desastre perseguido lleva a su tentativa<sup>184</sup>.

#### 4. *Penalidad*

La ley no tiene agravantes, en caso de que se cometa el delito, por las razones antes dichas, ya que en ese caso el agente es partícipe del delito que se comete. Sin embargo son de aplicación los artículos 22 bis en cuanto a la multa, si hay ánimo de lucro y la inhabilitación del 20 bis, inciso 1°.

### III. Instrucciones para la preparación de materiales explosivos

El artículo 189 bis, párrafo 2°, castiga con igual pena al que “sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior”.

#### 1. *Antecedentes*

La norma tiene sus antecedentes en el proyecto de 1960, artículo 246, párrafo 2°. La ley 7029 y el propio artículo contra el orden público (art. 212, inc. 2°, del texto originario) castigaban el hecho de propagar los procedimientos para causar incendios o estragos y para fabricar los materiales destinados a producirlos.

La ley 15.276/60 exigía los propósitos aviesos y el decreto-ley 17.567 siguió con esa línea<sup>185</sup>.

#### 2. *Bien jurídico*

Sigue siendo la seguridad pública y eso deberá ser tenido en cuenta a los efectos de la interpretación de la norma.

<sup>184</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1381, y nota 49.

<sup>185</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 67; CARRERA, ob. cit., p. 1382.

Carrera afirma que la finalidad del autor, por una parte, y la aptitud para servir a los atentados contra la seguridad común, por la otra, para proporcionar los conocimientos sobre la preparación de los materiales, son la justificación de la norma<sup>186</sup>.

### 3. *Tipo objetivo*

Nuevamente se castiga como delito un acto preparatorio. Se pune ahora el dar instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionada en el párrafo anterior de la ley.

Dar instrucciones significa enseñar a hacer una cosa. Es dar preceptos, proveer, comunicar las reglas necesarias para preparar los materiales o enseñar a adoctrinar sobre los procedimientos<sup>187</sup>. Creus afirma que dar instrucciones es algo más que la simple comunicación de conocimientos, ya que implica la descripción de la composición de la sustancia o de los materiales como para poder obtener esas sustancias, y, sintetiza, "las instrucciones tienen que estar destinadas a que el receptor pueda producir las sustancias o materiales, por sí mismo o dirigiendo a terceros"<sup>188</sup>.

Está claro también que quien da instrucciones debe saber sobre ellas, de modo que en este sentido debe ser idónea la instrucción dada.

No importa tampoco el medio por el cual se instruye, ya que puede ser personalmente, por radio, y ahora, por qué no, vía Internet. Estos medios llevan a que el delito se cometa a distancia, y no hay duda de que está comprendido en la norma.

Si el autor da instrucciones a los efectos de que se cometa un delito en concreto, su acción lo convierte en partícipe, tanto como instigador, autor o como partícipe, según las circunstancias, en tanto fuere tentado o consumado. Sólo si no se llega a esa etapa delictiva la conducta entra en el artículo 189 bis, párrafo 2º.

Se trata de una contribución indirecta, de segundo grado, a la comisión de delitos contra la seguridad común<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1382.

<sup>187</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1382; quien en cita a Millán habla de enseñar o indicar cómo se preparan esos elementos. CREUS, ob. cit., p. 28.

<sup>188</sup> CREUS, ob. cit., p. 28.

<sup>189</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 129, VII, 2.

#### 4. *Tipo subjetivo*

La mala redacción del artículo, puesto que habla de “sabiendo”, que ya era bastante incorrecto, y a lo que suma “debiendo saber”, lleva a confusión, en el sentido de que una interpretación que no se apegue a los principios básicos terminará, aparentemente basado en la letra del artículo, en lo que se ha dado en llamar la presunción del dolo.

Núñez explica este tema afirmando que “este elemento subjetivo equivale a imputar, como actitudes criminalmente equivalentes, el dolo y la culpa, con el agravante de que para imputar el hecho a título de dolo, aparentemente se requiere el saber o conocimiento cierto por parte del autor sobre su contribución...”, y agrega: “la imputación sobre la base del deber de presumir a lo que se contribuye, no demanda la presunción efectiva por parte del autor del hecho, sin la cual no puede haber ni siquiera dolo eventual”<sup>190</sup>. En estas condiciones, podría darse el hecho violando el deber objetivo, la precaución debida, en otros términos, lo cual llevaría a la culpa. A lo que debe agregarse el dolo eventual, de acuerdo a la opinión de Creus<sup>191</sup>.

No nos parece una interpretación adecuada. En primer lugar, la forma culposa tiene en la estructura del Código Penal una forma especial, tal como surge de los artículos 84 y 94, entre otros. De modo que esta fórmula, “debiendo saber”, indica claramente un problema de dolo eventual, en el sentido de que se lo representó y de igual manera actuó. Porque lo que debía saber el autor era que con su enseñanza podía contribuir a la comisión de un delito contra la seguridad pública, basado en los conocimientos que tiene sobre la materia. No se advierte en el caso una violación del deber objetivo de cuidado, sino más bien un actuar importándole poco las consecuencias.

#### 5. *Consumación*

El delito se consuma con el hecho de impartir las instrucciones, aunque las mismas no sean utilizadas. Pero es esencial que alguna persona haya podido recibir la información.

<sup>190</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 67.

<sup>191</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 29.

Es posible la tentativa, según la doctrina, cuando la maniobra se descubre cuando el autor se prepara para dar esas indicaciones<sup>192</sup>. Se trata de una tentativa de un acto preparatorio, lo que implica ampliar peligrosamente el tipo penal. Además, si admiten que el tipo es culposo, los autores no han observado que están admitiendo una tentativa de delito culposo. Toda una contradicción con la dogmática de la parte general, o una revolución de los conceptos sostenidos hasta ahora.

#### IV. La tenencia ilegítima de armas y materiales.

##### La llamada simple tenencia

Artículo 189 bis, párrafos 3º y 4º: “La simple portación de arma de fuego de uso civil *o de uso civil condicionado*, sin la debida autorización, será reprimida con prisión de seis meses a tres años<sup>193</sup>.”

”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, será reprimida con prisión de tres a seis años”.

##### 1. Antecedentes

Las normas y proyectos que habían tocado el tema eran la ley 13.945, el decreto-ley 22.477 y la ley 15.276, el proyecto Coll-Gómez, que lo había incluido en el artículo 304, y la Ley de Seguridad Social 7029/10, pero referido a la tenencia de máquinas infernales u otros instrumentos homicidas o de estrago<sup>194</sup>.

El texto actual proviene del proyecto de 1968, que lo empleó para diferenciar el caso de la tenencia con finalidad de estrago<sup>195</sup>.

Hay que tener en cuenta ahora las siguientes normas: la ley 20.429, los decretos reglamentarios 395/75 y 252/94, la ley 25.086/99 y el veto del Poder Ejecutivo, antes citado.

<sup>192</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 68/9; CREUS, ob. cit., p. 29; CARRERA, ob. cit., p. 1382.

<sup>193</sup> Frase observada por el decreto de promulgación parcial 496/99 (B. O. del 14-5-99).

<sup>194</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 70; CARRERAS, ob. cit., p. 1383.

<sup>195</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 69.

## 2. *Bien jurídico*

Ya Malamud Goti, en su momento, había planteado el problema en términos de su posible inconstitucionalidad, en lo referido al tema de las drogas, con argumentos que pueden volver a sostenerse, especialmente en cuanto a los delitos de tenencia, montados sobre el delito de peligro abstracto; son hechos típicos que se fijan en la persona, más que en los hechos, que se suman a los ya normales de los delitos de peligro abstracto<sup>196</sup>.

Núñez, por su parte, ha sostenido que “este hecho es científicamente una contravención porque sólo implica violación de una ley de policía administradora de la tenencia de dichos objetos. Su inclusión en el Código lo convierte en un delito de estructura puramente legal. Esto no impide que se pueda señalar que, olvidándose el principio seguido en los dos primeros párrafos del artículo 189 bis, se ha prescindido del elemento subjetivo que vincula este tipo de infracciones a la seguridad común”<sup>197</sup>.

Creus entiende que es la seguridad común el bien jurídico protegido. Y agrega que se castiga este tipo de conductas porque normalmente pueden favorecer la comisión de delitos contra la seguridad común (en el caso de los materiales) y aunque no sea tan clara esa dirección de la punibilidad en orden a los delitos de tenencia de armas, concluye Creus que igualmente el legislador ha preferido penalizarlos, ya que la seguridad se ve amenazada, aunque debieron buscarse otros títulos del Código<sup>198</sup>.

Carrera afirma que la tenencia sin licencia previa es una contravención, de modo que la ley le ha dado entidad delictiva a transgresiones de orden administrativo<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> MALAMUD GOTI, Jaime E., *¿Qué pasaría si los magistrados no se tomaran en serio el artículo 19 de la Constitución? Crítica a la posición del profesor Núñez*, en *Doctrina Penal*, año 10, Depalma, 1987, N° 37 a 40, p. 163.

<sup>197</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 69. En igual sentido LAVAYEN, Lucila y DE MARTINI, Siro, *Caracterización de la tenencia ilegal de armas de guerra*, en L. L. 1991-C-493. Allí se afirma, siguiendo a Soler, que según su naturaleza es una contravención. “La legislación italiana inspiró la nuestra, distingue la mera tenencia sin licencia, de la tenencia con la intención de cometer un delito contra la seguridad pública. Lo primero es una contravención, lo segundo es un delito” (SOLER, ob. cit., t. IV, p. 485).

<sup>198</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 30.

<sup>199</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1383.

La Casación penal, por obra del juez Mitchell, ha seguido en esta buena posición: “Aun en los delitos de peligro abstracto considerados de mera actividad (peligrosa) es necesaria la preexistencia de un peligro (aunque sea remoto), pues siempre y en todos los casos es menester, como mínimo, ese peligro potencial para el bien jurídico protegido” (con citas de Mir Puig), y agrega el juez mencionado: “hago esta digresión para advertir que no hay idéntica afectación al bien jurídico protegido en el caso de la tenencia simple de estupefacientes que en el de municiones correspondientes a arma de guerra, por tratarse de tipos penales que se integran ambos con elementos de la realidad, que el conocimiento toma y valora pero que no puede cambiar y que son, entre sí, esencialmente diversos”, y continúa: “De adverso, las municiones de arma de guerra, si no se adosan a un arma, si no se usan para la finalidad específica que subyace en la ley que castiga su tenencia, o si, al menos, no se las tiene para ello, no constituye por sí mismas ni siquiera un peligro potencial para el bien jurídico protegido –salvo el caso de acopio– que es la seguridad común, por cuanto resultan inidóneas sin un percutor adecuado”<sup>200</sup>.

Algunos autores han confundido –y este error se ha trasladado luego a la jurisprudencia– el delito de mera conducta, formal, y los delitos de peligro abstracto, ya que se sostiene que la sola realización de la conducta descrita en el tipo consume el delito, aunque no haya bien jurídico afectado, o la afectación sea sólo formalmente. Además olvida esta posición que se trata de un delito doloso y de comisión<sup>201</sup>.

Este error fue en su momento aclarado, y de una manera precisa, desde la racionalidad jurídica, dentro de un criterio, por decir, clásico, por Blasco Fernández de Moreda<sup>202</sup>. Este autor plantea bien el problema en cuanto, si los delitos de tenencia, al tipificar la “simple tenencia de armas de guerra [...] sin la debida autorización excluye por su categoricidad (incuestionable si contra los buenos cánones interpreta-

<sup>200</sup> CNCas.Pen., sala 3ª, 17-5-2000, “Wasiluk, Daniel”, L. L. 2001-I-324 y ss., con comentario de Carlos Creus.

<sup>201</sup> CRIPPA GARCÍA, Otto H., *El delito de tenencia de armas de guerra*, en *Zeus* del 11-2-98, ps. 2 y ss.

<sup>202</sup> BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra*, en L. L. 132-406 y ss.

tivos se lo toma aislándolo, sin integrarlo en el conjunto del ordenamiento de que es parte) toda consideración sistemática, valorativa, finalista...”<sup>203</sup>

Una primera respuesta sería desde una perspectiva casi primitiva, de manera que se pueda decir que basta que se den los extremos del tipo objetivo, para que no sea posible argumentar causas de justificación o exculpación, identificándose de esta manera a los delitos de peligro abstracto con los delitos formales. Éste ha sido el criterio seguido, antes y ahora, por algunos autores y por parte de la jurisprudencia<sup>204</sup>.

Una segunda respuesta, más cerca de nuestro pensamiento, es diferenciar los delitos de peligro abstracto de los delitos llamados formales o de mera actividad. Si no se hace esta diferencia, la consecuencia inevitable es sostener que basta con la realización de la conducta objetivamente descrita en la ley para que el tipo penal se entienda consumado. Pero la diferencia conceptual es más que conocida. En los delitos de peligro abstracto hay un ataque al bien jurídico, si bien presumido, en principio, por el legislador, por lo menos en la conocida tesis de Mezger<sup>205</sup>. En cambio, los delitos formales, o más exactamente los llamados delitos de simple actividad, son aquellos en los que la ley, al crearlos, “se desentiende de que la acción inculpada comporte o no determinadas consecuencias, penando la acción en sí misma, o sea con independencia del daño o del riesgo”<sup>206</sup>. Por eso se debe diferenciar entre los delitos de resultado y los de simple actividad, y las especies lesión y peligro. De ahí que confundir los delitos de peligro abstracto o de peligro con los delitos de simple actividad es un error conceptual de consecuencias poco afortunadas, para decirlo con palabras medidas.

En este punto, está claro que Fernández de Moreda no admite que la presunción de los delitos de peligro abstracto sea *iuris et de iure*,

<sup>203</sup> BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, ob. cit., p. 408.

<sup>204</sup> Se debe sumar a los fallos que hemos puesto, algunos como: CNCCorr., 13-11-62, L. L. 111-911; L. L. 110-879, entre otros.

<sup>205</sup> MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946, t. I, p. 377.

<sup>206</sup> BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, Tubinga, 1906, ps. 293 y ss.; FERNÁNDEZ DE MOREDA, ob. cit., p. 410.

sino que es susceptible de prueba en contra<sup>207</sup>, que como vimos era una de las posiciones actuales, que intentaba limitar este tipo de delitos y que es la que, doctrinariamente, puede solucionar los problemas que se presentan<sup>208</sup>.

Los delitos de tenencia no son, desde esta perspectiva, delitos de actividad sino delitos de peligro, luego deben necesariamente lesionar de alguna manera a algún bien jurídico. Por ende, estar entre los delitos contra la seguridad común implica que con la acción de la tenencia debe ponerse en riesgo la seguridad común. Luego, la prueba en contra será posible, pese a que la jurisprudencia opine lo contrario<sup>209</sup>.

La misma ha sostenido ambas posiciones. Así se dijo que “La tenencia se configura por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, tratándose de un delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola acción de tener el objeto prohibido, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo, y sin interesar si efectivamente se afecta o no el bien jurídico tutelado por la norma”<sup>210</sup>. En el mismo sentido, “La figura de la tenencia de arma de guerra incrimina al portador del arma por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, sin interesar si la misma se encuentra cargada; siendo un delito de peligro abstracto que se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo”<sup>211</sup>.

La conducta del acusado no puede ser encuadrada en el tipo del delito previsto en el artículo 189 bis del Código Penal ya que el mismo tiene como objetivo tutelar la seguridad pública y ésta no se ve afectada

<sup>207</sup> FERNÁNDEZ DE MOREDA, ob. cit., p. 411.

<sup>208</sup> BACIGALUPO, ob. cit., ps. 231 y ss.

<sup>209</sup> Ésta es un poco la idea que se va imponiendo en la dogmática, aunque a la jurisprudencia le cueste aceptar este punto y la idea de que la tenencia de armas es una contravención, y mejor no tocar el tema de la tenencia de drogas para consumo, en que se cree que el tenedor de drogas en pequeñas cantidades pone en riesgo la salud pública (!).

<sup>210</sup> CNCas.Pen., sala 3ª, 17-5-2000, “Wasiluk, Daniel”, del voto en disidencia del Dr. Tragant (con nota de Carlos Creus), J. A. 2001-I-324

<sup>211</sup> CNCCorr., sala 4ª, 4-3-94, “Echegaray, Marcelo”, J. A. 1995-III-607.

cuando el portador del arma de guerra es una de las autoridades enumeradas en la resolución 1131/90 del Ministerio de Defensa de la Nación<sup>212</sup>.

La figura delictiva del artículo 189 bis, tercer apartado, del Código Penal está formada por tres elementos, de los cuales dos: la tenencia y la ilegitimidad, están tomados de la realidad concretamente; pero el tercero tiene una realidad puramente jurídica y no debe probarse. Por ello, los delitos incluidos en el Título VII se caracterizan por que el ataque a la seguridad pública es la lesión jurídica preponderante; independientemente de que exista una lesión real y efectiva a otros bienes jurídicos y de que en general el medio para lesionar la seguridad pública es la puesta en peligro de otros bienes jurídicos<sup>213</sup>.

El tercer párrafo del artículo 189 bis del Código Penal –incorporado por ley 25.086– que contiene la nueva hipótesis –portación de arma de fuego de uso civil– debe ser entendido dentro de su contexto, toda vez que guarda una vinculación lógica y necesaria con la tenencia de arma de guerra, la que no se verifica respecto de lo contemplado en los primeros párrafos de la referida norma.

El peligro para la seguridad común que el artículo 189 bis del Código Penal quiere evitar puede ser creado, indistintamente, por la tenencia no autorizada de un arma de guerra o de su munición<sup>214</sup>.

El tipo del artículo 189 bis del Código Penal se encuentra dentro del título de los delitos contra la seguridad pública, entendiendo ésta como “la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen”.

En la tenencia de arma de guerra, al ser un delito de peligro abstracto, el peligro no integra el tipo, sino que el legislador, a fin de proteger la seguridad pública, legisla la tenencia de arma de guerra sin autorización como peligrosa al bien jurídico protegido antes mencionado<sup>215</sup>.

<sup>212</sup> CSJN, 30-4-96, “Spinosa Melo, Oscar Federico /por lesiones leves concurso real s/Tenencia ilegítima de arma de guerra”, *Fallos*: 319:567, disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi.

<sup>213</sup> SCJ de Mendoza, sala 2ª, 2-12-97, “Fiscal c/Moraga, Fernando por tenencia de arma de guerra”, Casación, Mza. 60053.

<sup>214</sup> CSJN, 5-12-2000, comp. N° 371. XXXVI, “Galarza, Oscar Alberto s/Inf. art. 189 bis del Código Penal”, 323:3997.

<sup>215</sup> CNCCorr., sala 1ª, 23-11-93, “Miranda, Oscar A.”

En síntesis, entendemos que el problema se reduce a aceptar que se trata de una conducta peligrosa, pero que tiene relación con el bien jurídico, de modo que si se demuestra que no puede haber ninguna vinculación con este bien protegido, la conducta es impune. De manera que debe ser tratado como un delito de peligrosidad concreta, ya que los delitos de peligrosidad abstracta no serían viables dentro del ordenamiento jurídico, por afectar principios constitucionales, como ser la presunción de inocencia y la culpabilidad.

### 3. *Tipo objetivo*

#### a) *La autorización*

La llamada acción típica, y decimos "llamada acción", es la simple portación o la simple tenencia de un arma de fuego de uso civil o la simple tenencia de un arma de guerra, sin la debida autorización.

Aguirre Obarrio afirma que existe un presupuesto básico de la norma que es "sin la debida autorización", de acuerdo a las reglamentaciones administrativas que se encuentran en este caso en el decreto 395/75<sup>216</sup>.

Si el agente es un legítimo usuario (art. 53) o tiene la autorización respectiva que prevén los artículos 54 y siguientes del decreto antes mencionado, no habrá tipo legal, ya que la autorización es un elemento del tipo penal.

Con lo cual se parte, para poder analizar el tema, de aquellas personas que carecen de este requisito. En esos términos se puede empezar a hablar del tipo de portación o de tenencia.

#### b) *Objeto de la tenencia*

Es éste otro problema de la tenencia de armas de fuego, que debe estar en condiciones de ser utilizada, conforme a su función o en estado de funcionamiento, y que es objeto de prueba. Si el arma no funciona o no es apta para su funcionamiento desaparece todo tipo de peligro, y por lo tanto la conducta es atípica. En apoyo de esta idea, el STS de España ha sostenido en sentencia del 25 de abril de 1994, "que la demostración de la idoneidad tiene que estar acreditada de

<sup>216</sup> El decreto es reglamentario del decreto-ley 20.429/73 (ley 20.429).

manera fehaciente, inequívoca e incuestionablemente, de tal manera que si ese acreditamiento no existiera, puede obtenerse semejante conclusión a través de prueba indirecta”<sup>217</sup>.

c) *Clases de armas según el decreto reglamentario*

Como se ha hecho notar, a partir de la vigencia de la ley 25.086 se puede considerar que existe el delito de portación de armas de uso civil, sin autorización, y, además, la tenencia de arma de guerra sin autorización.

No debe confundir el artículo 42 bis de la ley 20.429, que tipificó una contravención sancionada con pena de multa de mil a diez mil pesos o arresto de hasta noventa días la simple tenencia de armas de fuego de uso civil sin autorización<sup>218</sup>.

Este problema surgió cuando el Poder Ejecutivo observó la tipificación de la portación de arma de uso civil condicionado mediante el decreto 496/99, de modo que ahora se plantea el problema del alcance doctrinario de este veto, que en síntesis hace atípica esta conducta.

A partir de este decreto se puede distinguir entre legítimo usuario, tenencia y portación, términos que surgen de la ley 20.429 y sus decretos reglamentarios 395/75 y 252/94<sup>219</sup>.

En síntesis, a partir del veto introducido por el Poder Ejecutivo a la ley 25.086 –en lo que respecta a la categoría de armas de uso civil condicionado– la clasificación de las armas es la siguiente, a los fines del tipo del artículo 189 bis:

- a) Armas de uso civil condicionado, que se encuentran enumeradas en el artículo 5° del decreto 395/75;
- b) armas de guerra, que se definen por exclusión de acuerdo al artículo 4° del decreto (“Son armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1°, no se encuentran comprendidas en la enumeración taxativa que de las armas de uso civil se efectúa en el artículo 5°”)<sup>220</sup>.

<sup>217</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos contra el orden público*, en RODRÍGUEZ MOURULLO y JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal* cit., p. 1369.

<sup>218</sup> CAFFARELLO, Claudio y GOROSTIAGA, Manuel, *Tenencia y portación de armas de fuego, distintos supuestos*, en D. J. del 23-1-2002, ps. 127 y ss.

<sup>219</sup> CAFFARELLO y GOROSTIAGA, ob. cit., p. 128.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

Más apegada a la normativa legal se puede hacer la siguiente clasificación:

1) Armas de guerra, que según el artículo 4° del decreto reglamentario son todas aquellas que, contempladas en el artículo 1°, no se encuentran comprendidas en la enumeración taxativa que de las armas de uso civil se efectúa en el artículo 5° o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación<sup>220-1</sup>.

Por ende las armas de guerra se clasifican:

1. Armas de uso exclusivo para las instituciones armadas: Las no portátiles, las portátiles automáticas, las de lanzamiento y las armas semiautomáticas alimentadas con cargadores de quita y con simil fusiles, carabinas o subametralladoras de asalto derivadas de armas de uso militar de calibre superior al 22 LR, con excepción de las que expresamente determine el Ministerio de Defensa.

2. Armas de uso para la fuerza pública: Las adoptadas para Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policías Federal y provinciales, Servicio Penitenciario Federal e Institutos Penales Provinciales, que posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de dichas instituciones.

3. Armas, materiales y dispositivos de uso prohibido:

- a) Las escopetas de calibre mayor a los establecidos en el inciso 2, apartado c, del artículo 5°, cuya longitud de cañón sea inferior a los 380 mm;
- b) armas de fuego con silenciadores;
- c) armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.);
- d) munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces

<sup>220-1</sup> Art. 1°. La presente reglamentación parcial del decreto-ley 20.429/73 comprende los actos enumerados por el art. 1° del citado decreto-ley, con relación a las armas de fuego, de lanzamiento, sus municiones, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales clasificados de guerra y armas, municiones, y materiales clasificados de uso civil, siendo complementaria de la reglamentación aprobada por decreto 26.028 del 20 de diciembre de 1951 en lo referente a pólvoras, explosivos y afines.

de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la de caza o tiro deportivo;

- e) munición incendiaria, con excepción de la específicamente destinada a combatir plagas agrícolas;
- f) dispositivos adosables al arma para dirigir el tiro en la oscuridad, tales como miras infrarrojas o análogas;
- g) proyectiles envenenados;
- h) agresivos químicos de efectos letales;
- i) armas electrónicas de efectos letales.

4. Materiales de usos especiales: Los vehículos blindados destinados a la protección de valores o personas. Los dispositivos no portátiles o fijos destinados al lanzamiento de agresivos químicos. Los cascos, chalecos, vestimentas y placas de blindaje a prueba de bala, cuando estén afectados a un uso específico de protección.

II. Dentro de las armas de guerra se encuentran como N° 5° las armas de uso civil condicional: Las armas portátiles no pertenecientes a las categorías previstas en los incisos precedentes. Pertenecen también a esta clase las armas de idénticas características a las comprendidas en los incisos 1°, segundo párrafo y 2° del presente artículo, cuando carecieran de los escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de las instituciones armadas o la fuerza pública. Asimismo, son de uso civil condicional las armas que, aun poseyendo las marcas mencionadas en el párrafo anterior hubieran dejado de ser de dotación actual por así haberlo declarado el Ministerio de Defensa a propuesta de la institución correspondiente y previo asesoramiento del Registro Nacional de Armas. Este último mantendrá actualizado el listado del material comprendido en la presente categoría.

III. Armas y municiones de uso civil (art. 5° del citado decreto): se considerará armas de uso civil a las que, con carácter taxativo, se enuncian a continuación:

1. Armas de puño:

- a) Pistolas: de repetición o semiautomáticas, hasta calibre 6.35 mm (.25 pulgadas) inclusive; de carga tiro a tiro, hasta calibre 8,1 mm (.32 pulgadas), con excepción de las de tipo "Magnum" o similares.

- b) Revólveres: hasta calibre 8,1 mm (.32 pulgadas) inclusive, con exclusión de los tipos "Magnum" o similares.
- c) Pistolones de caza: de uno o dos cañones, de carga tiro a tiro, calibres 14,2 mm (.28), 14 mm (.32) y 12 mm (.36);

2. Armas de hombro:

- a) Carabinas, fusiles y fusiles de caza de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos, hasta calibre 5,6 mm (.22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada "22 largo rifle" (.22 LR), que quedan sujetas al régimen establecido para las armas de guerra.
- b) Escopetas de carga tiro a tiro y repetición: Las escopetas de calibre mayor a los expresados en el inciso 1º, apartado c, del presente artículo, cuyos cañones posean una longitud inferior a los 600 mm, pero no menor de 380 mm se clasifican como armas de guerra de "uso civil condicional", y su adquisición y tenencia se regirán por las disposiciones relativas a dicho material.

3. Los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento y en recipientes de capacidad de hasta 500 cc.

4. Las armas electrónicas que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento.

IV. Según el artículo 6º se clasifican como armas de uso civil a las armas de uso civil deportivo, las que se enuncian a continuación:

1. Pistolones de caza: de uno o dos cañones, de carga tiro a tiro calibres 14,2 mm (.28), 14 mm (.32) y 12 mm (.36).

2. Carabinas y fusiles de carga tiro a tiro o repetición hasta calibres 5,6 mm (.22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada "22 largo rifle" (.22 LR).

3. Escopetas de carga tiro a tiro, cuyos cañones posean una longitud no inferior a los 600 mm.

V. Las llamadas armas y municiones de colección, que deben estar sujetas a las siguientes condiciones, según el artículo 8° del decreto antes mencionado:

1. Las armas portátiles y no portátiles de modelo anterior al año 1870 inclusive y sus municiones o proyectiles, podrán ser libremente adquiridas y poseídas.

2. Las armas portátiles y no portátiles de modelo posterior al año 1870 y sus municiones o proyectiles, inutilizadas en forma permanente y definitiva para su empleo, podrán ser adquiridas y poseídas, con arreglo al régimen establecido por la presente reglamentación para las armas clasificadas de uso civil. En oportunidad de tomar intervención, la autoridad local de fiscalización que corresponda procederá a inspeccionar el material de que se trate y emitirá, juntamente con el certificado de tenencia, una constancia de comprobación de la inutilización del mismo.

3. Las armas de guerra portátiles, de modelo posterior al año 1870 y sus municiones, en condiciones de uso, podrán ser adquiridas y poseídas por los coleccionistas autorizados por el Registro Nacional de Armas, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 54 y concordantes de la presente reglamentación.

4. Estas armas no podrán ser utilizadas bajo ningún concepto en actividades de tiro, de modo que cuando el legítimo usuario desee practicar tiro con un arma de su colección, deberá solicitar su desafección como tal y encuadrarse en las previsiones del artículo 53 de esta reglamentación, gestionando la correspondiente autorización de tenencia, que se otorgará si correspondiese.

#### d) *Las acciones típicas: tenencia y portación*

Está claro que son elementos normativos de tipo, de modo que es necesario desentrañar su significado.

##### d.1) *Tenencia*

El diccionario define la palabra de la siguiente forma: “expresa que lo designado en el complemento directo pertenece al ser designado en el sujeto, o está en su poder, a su alcance o a su disposición”<sup>221</sup>.

<sup>221</sup> SECO, Manuel; ANDRÉS, Olimpia y RAMOS, Gabino, *Diccionario del Español actual*, t. II, p. 4283.

Siguiendo esta idea, se afirma que tiene el objeto el que dispone de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en lugar donde se encuentre a disposición del agente<sup>222</sup>.

Núñez afirma que los “tiene –en referencia a las armas y los demás materiales a que se refiere el artículo–, quien los mantiene corporalmente en su poder, cualesquiera que sean el origen o la razón de la tenencia y su finalidad. Pero debe tratarse de una tenencia flagrante, pues sólo si se está realizando actualmente se puede hablar de un peligro para la seguridad común”<sup>223</sup>.

También se ha sostenido “que basta para la consumación del delito en cuestión con la presencia de un corpus unida a un *animus possidendi* o simplemente *detinendi*, no siendo indispensable el *animus domini* o *rem sibi habendi*, lo que se traduce en una relación entre la persona y el arma que, permitiendo la disponibilidad de la misma, haga factible su utilización merced a la libre voluntad del agente, uso relacionado con el destino o función que es inherente al arma de fuego, la tenencia, concebida legalmente, que por ir más allá del contacto físico con la cosa, y corresponderse con un mínimo aunque suficiente *animus possidendi*”<sup>224</sup>. Serrano Gómez afirma que la tenencia requiere un tiempo mínimo de posesión y que no es suficiente la tenencia fugaz<sup>225</sup>.

Cancio Meliá afirma que la tenencia se compone de un elemento material que sería sintetizable en la noción de disponibilidad y de un elemento subjetivo (*animus possidendi* o *rem sibi habendi*) que refiere esta disponibilidad al sujeto activo. Y cita en su apoyo dos sentencias del Supremo, del 20 de octubre de 1995 y del 7 de diciembre de 1995, en la cual se sostuvo que “se trata de un delito de propia mano que lo comete no sólo el que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, son también el que, cuando la tenencia compartida,

<sup>222</sup> CREUS, ob. cit., p. 31.

<sup>223</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 70.

<sup>224</sup> TS de España, sent. del 15-4-96, citado por SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 989, nota 7.

<sup>225</sup> SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 989.

conociendo su existencia, dentro de la dinámica delictiva, la tuviere indistintamente a su disposición”<sup>226</sup>.

Para Caffarello y Gorostiaga, la tenencia es aquella facultad del interesado de poseer un arma de fuego en un lugar físico en el que se encuentre a su disposición<sup>227</sup>.

La jurisprudencia ha sostenido que la tenencia se configura por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, tratándose de un delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola acción de tener el objeto prohibido, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo, y sin interesar si efectivamente se afecta o no el bien jurídico tutelado por la norma<sup>228</sup>, siguiendo en esto la vieja teoría del delito de peligro abstracto, y dejando de lado todas las posiciones actuales sobre el tema. En igual sentido, se afirmó que “La figura de la tenencia de arma de guerra incrimina al portador del arma por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, sin interesar si la misma se encuentra cargada; siendo un delito de peligro abstracto que se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo”<sup>229</sup>.

#### d.2) *Portación*

Al agregar la ley la palabra portación, el problema se hace más delicado, ya que parece que se debe hacer una distinción con la tenencia, más aún cuando la portación en uno de los casos ha sido vetada u observada por el Poder Ejecutivo.

El diccionario define la portación como “llevar de una parte a otra”<sup>230</sup> y “llevar sobre sí”<sup>231</sup>. Por eso se ha dicho que portar es aquella

<sup>226</sup> CANCIO MELIÁ, ob. cit., p. 1370.

<sup>227</sup> CAFFARELLO y GOROSTIAGA, ob. cit., p. 128.

<sup>228</sup> CNCas.Pen., sala 3ª, 17-5-2000, “Wasiluk, Daniel”, J. A. 2001-I-324, del voto en disidencia del Dr. Tragant (con nota de Carlos Creus).

<sup>229</sup> CNCCorr., sala 4ª, 4-3-94, “Echegaray, Marcelo”, J. A. 1995-III-607.

<sup>230</sup> SECO, ANDRÉS y RAMOS, *Diccionario del Español actual* cit., t. II, p. 3626: “La avecilla no porta comida en el pico” (*Delibes*, *Párrabola* 128).

<sup>231</sup> SECO, ANDRÉS y RAMOS, ob. cit.: “Muchas de ellas portaban pequeñas banderas”.

facultad por la cual el interesado se encuentra autorizado a mantener en su poder al arma, de manera que la portación implica la posibilidad de trasladar el arma de un lugar a otro. Sin embargo, esta distinción entre tenencia y portación sólo es posible dentro de las categorías de armas de fuego de uso civil, pero no dentro de las llamadas armas de fuego de uso civil condicionado, que como se vio es una clase de arma de guerra, debido al veto del Poder Ejecutivo, en donde tal distinción no ha sido receptada<sup>232</sup>.

### d.3) *Síntesis*

En un dictamen del fiscal Ameloti se afirma lo siguiente: “que más allá de las observaciones oportunamente realizadas por el Poder Ejecutivo –mediante el decreto 496/99 que promulgara la ley 25.086–, con referencia a la frase ‘o de uso civil condicional’, incluida en los artículos 42 bis de la ley 20.429 y 189 bis del Código Penal, el deficiente cuadro legislativo existente, presenta para casos como el aquí en estudio, una grave laguna legal que de modo alguno puede ser reparada por el Poder Judicial, conforme se verá a continuación. Una breve descripción del cuadro legislativo vigente, en lo que respecta a las posibles conductas ilegítimas de tenencia o portación de armas, servirá para sintetizar que:

- ”a) La tenencia ilegítima de armas de fuego de uso civil, se halla prevista como contravención en el artículo 42 bis de la Ley 20.429 de Armas y Explosivos –amén de la previsión de igual carácter local en el artículo 39 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires–;
- ”b) la portación de armas de fuego de uso civil, encuentra tipificación por su parte, en el párrafo tercero del artículo 189 bis del Código Penal;
- ”c) la tenencia ilegítima de arma de guerra, halla adecuación legal en el párrafo cuarto del mismo artículo antedicho. En lo que hace a la portación ilegítima de armas de guerra, el legislador no lo ha previsto entre las situaciones posibles, por entender erróneamente, presumo, que con la penalización de la simple tenencia ilegítima, cubría toda conducta posterior del autor.

<sup>232</sup> CAFFARELLO y GOROSTIAGA, ob. cit., p. 128.

Pero sin reparar así, en la existencia de casos como el que aquí se estudia, en los que el imputado registra vigente su condición de legítimo tenedor de armas”<sup>233</sup>.

La idea básica, pues, se puede resumir en base a todo lo dicho en las siguientes argumentaciones<sup>234</sup>: La ley 25.086 (B. O. del 14-5-99, Nº 29.147) creó dos infracciones: una, incorporada a la Ley de Armas y Explosivos 20.429 en el artículo 42 bis, por la cual se castiga con multa o arresto la simple tenencia de arma de fuego de uso civil, que sería una contravención, dado que el arresto no es una pena de acuerdo al artículo 5º del Código Penal; la otra, por modificación del artículo 189 bis, del Código Penal, incorporando, en su tercer párrafo, como conducta típica, la simple portación de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización, con pena de seis meses a tres años de prisión, además del castigo de la simple tenencia de arma de guerra.

De este modo no se deben confundir estas infracciones ya que, desde la perspectiva del legislador, la segunda conlleva un mayor castigo, porque es un delito, frente a la contravención, habida cuenta de que la conducta es más peligrosa para el bien jurídico tutelado en la especie –la seguridad pública–.

La diferenciación entre tenencia y portación, si bien no tiene antecedentes en la legislación comparada que conocemos, está receptada por el decreto 395/75, reglamentario de la Ley de Armas y Explosivos 20.429 que siempre distinguió, tanto para las armas de guerra como para las armas de uso civil, la tenencia de la portación.

De la lectura de los artículos 57 y 102 del referido decreto reglamentario, en donde se establecen las atribuciones que poseen los habilitados a la “tenencia”, tanto de armas de guerra como de armas de uso civil –respectivamente–, se pone en evidencia que no está entre las acciones autorizadas la portación, a la que se refieren los artículos 88 y 112.

<sup>233</sup> Dictamen del fiscal Horacio Ameloti, del 10-10-2001, en causa 73479/2001, instr. Nº 37, sec. Nº 114.

<sup>234</sup> Las ideas básicas, debo reconocer, son de María Cecilia Maiza que aclaró el punto, ya que, como el lector habrá podido ver, el legislador y luego el Poder Ejecutivo han complicado un tema que es simple. Se trata de una materia correccional, que nada tiene que hacer en el Código Penal.

Concluimos del análisis de las disposiciones mencionadas que quienes se encuentran autorizados para tener armas de fuego, entre otras facultades, pueden transportarlas, cumpliendo para ello las exigencias de los artículos 86 y 87 –vinculados a las armas de guerra– y 110 y 111 –relacionado con las armas de uso civil–, siempre y cuando lo hagan en las condiciones que fija el artículo 125, es decir “siempre por separado de sus municiones y dentro de la mayor reserva”.

Sobre esta base resulta con claridad que la diferencia entre el habilitado a la tenencia y el que tiene permiso de portación radica justamente en las condiciones en que puede llevar el arma cuando transita en la vía pública, pudiendo los portadores llevar el arma cargada; en tanto los legitimados sólo para tenencia de las armas de fuego pueden llevarlas en la vía pública sin carga de municiones, las que en caso de querer transportarlas también, deberá ser en forma separada del arma.

Por lo expuesto, y si bien es indudable que la portación resulta claramente abarcativa de la tenencia, ya que no podría portar quien antes no tiene el arma, se desprende que la acción reprimida por el artículo 189 bis, tercer párrafo, importa un plus a la simple tenencia, que puede ser definido como la acción de llevar, sin la debida autorización legal, el arma de fuego cargada en la vía pública (o sea en condiciones de uso inmediato).

Así lo ha interpretado la jurisprudencia al señalar que “los preceptos de portación y tenencia de armas –previstos en la ley de armas 20.429 y su decreto reglamentario 395/75– no pueden ser utilizados en forma indistinta, pues la portación de armas supone más que una mera tenencia pues implica llevar un arma en un lugar público en condiciones de inmediato uso”<sup>235</sup>.

#### 4. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso; consiste en que el sujeto tenga o porte el arma sabiendo que se trata de un arma de guerra, o arma de uso civil condicionado, y además que debe poseer la autorización, que él no tiene o la que tiene no es válida.

<sup>235</sup> CFed. de San Martín, sala I, 9-11-99, “Luna, Maximiliano”, L. L. 2000-D.

De modo que el error de tipo, como de prohibición, elimina el dolo, por una parte, y la culpabilidad por la otra.

### 5. *Antijuridicidad*

Desde nuestra perspectiva es posible admitir las causas de justificación que harán caer la antijuridicidad. En este sentido la referencia al bien jurídico es ineludible. Va a pasar mucho tiempo hasta que se entienda este problema, que en el fondo es jurídico y no policial como se interpreta mayoritariamente.

### 6. *Culpabilidad*

Como se dijo sobre el error de prohibición, las otras causas de inculpabilidad son posibles.

### 7. *Consumación*

El delito se consuma con la tenencia, pero como ya se dijo debe ser algo duradero en el tiempo y en el momento en que se realiza el hecho.

## V. **El acopio de armas**

El artículo 189 bis, en su párrafo 5º precepta:

“La pena será de cuatro a ocho años de prisión o reclusión, en caso de acopio de armas. Si se tratare de armas de guerra, la pena será de cuatro a diez años de prisión o reclusión”.

### 1. *Antecedentes*

El texto actual proviene de la ley 25.086.

El tipo autónomo tiene como antecedentes el artículo 212, inciso 2º del Código Penal (ley 15.276), y el decreto-ley 17.567/68.

En todo este proceso, llama la atención cómo la pena ha ido aumentando de una manera notable. En este proyecto tenía la pena de tres meses a seis años, y la agravante de arma de guerra de dos a seis años. Una sola reflexión: cada vez hay más armas, cada vez los robos son más violentos, algo debería decir esta realidad a los ideólogos encargados de solucionar los problemas sociales con el Código Penal.

## 2. *Bien jurídico*

No se puede dejar de decir que hay un bien jurídico y que es la seguridad pública, de manera que si ésta no está, ni siquiera potencialmente, puesta en riesgo, no debería ser típica la conducta. Vale, como mínimo, lo afirmado por Blasco Fernández de Moreda en el sentido de no confundir los delitos de peligro abstracto con los de pura acción.

## 3. *Tipo objetivo*

El tipo básico es acopiar armas de uso civil, ya que la agravante se refiere a las armas de guerra.

La palabra acopiar, sin límite preciso, tiene una significación negativa para el principio de legalidad. Es una palabra que implica universalidad de hecho, que exige algo más que un mero número simple de armas —dos, cinco—. La idea de la ley es una reunión considerable de armas que supere el uso común o deportivo, que tiene finalidades distintas a la de colección, debido a la calidad, tipos y circunstancias. Dicho en palabras de Aguirre Obarrio, “el acopio es una acción inequívoca, ubicada en el camino del peligro para la vida o integridad corporal de un conjunto de eventuales víctimas, porque se acopian armas para que sean utilizadas por numerosas personas”<sup>236</sup>.

Se trata como se dijo de armas de uso civil, de acuerdo a las divisiones que hemos hecho cuando se explicó el delito de tenencia de armas. Carrera afirma que no ingresa en la esfera represiva el acopio de armas blancas o contundentes, ya que éstas no afectan al bien jurídico<sup>237</sup>.

No hay en este caso posibilidad de acopio legítimo de particulares, porque a éstos no se les permite tal cosa<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 72; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 33; en igual sentido, NÚÑEZ, t. VII, p. 76.

<sup>237</sup> CARRERA, ob. cit., p. 1385. En contra, Creus, afirmando que como la ley no distingue son armas tanto las de fuego como las blancas, ya que todo configura un peligro para la seguridad pública (ob. cit., p. 33).

<sup>238</sup> CREUS, ob. cit., p. 34.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Es certera la afirmación de Núñez en cuanto a esta forma de legislar, al decir: “es una infracción imputable a título de dolo, pero no consistiendo éste en el propósito de atentar contra la seguridad común, científicamente el hecho tiene la naturaleza de una contravención a la ley de armas. El dolo propio de este delito de artificiosa creación legislativa supone el conocimiento de que se trata de armas y la voluntad de acumularlas en su poder”<sup>239</sup>.

#### 5. *Consumación*

El delito se consuma cuando se demuestre que por el número y el modo de tener las armas existe acopio. Para Núñez, es posible la tentativa.

Se trata de un delito permanente.

#### 6. *Agravante*

Se agrava la pena de una manera casi irracional, llevando la prisión o reclusión hasta 10 años, casi el mínimo del homicidio, en caso de que se trate de armas de guerra.

### VI. *Tenencia y acopio de municiones, piezas o instrumental*

Artículo 189 bis, párrafo 6º: “Las mismas penas se aplicarán, respectivamente, al que tuviere o acopiare municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de éstas o instrumental para producirlas”.

#### 1. *Antecedentes*

El decreto-ley 18.953, del 17 de marzo de 1971, que es fuente de este artículo —y obsérvese que siempre se trata de gobiernos militares, con determinada ideología, que lamentablemente se extendió a la población civil, luego del regreso a la vida democrática—, decía, en ese sentido, en la Exposición de Motivos, “que el tipo tenía un carácter aclaratorio, frente a ciertos fallos que, a pesar de que con arreglo al respectivo decreto reglamentario, en el concepto de arma de guerra

<sup>239</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 77. En igual sentido CREUS, ob. cit., p. 34.

está comprendida, también la munición correspondiente, no la consideran abarcada por ese concepto”<sup>240</sup>.

## 2. *Bien jurídico*

Vale todo lo dicho en cuanto a la tenencia de armas, y las mismas consideraciones en cuanto a los delitos de peligro.

## 3. *Tipo objetivo*

Se trata de la tenencia o acopio de municiones que correspondan a armas de guerra, piezas de armas o instrumental para producirlas.

Por municiones se entienden los proyectiles que dispara el arma de guerra. Las piezas son los componentes de las armas de guerra y los instrumentales para producirlas son los aparatos, mecanismos, que sirvan para su elaboración.

Dice Creus, tratando de traer algo de sensatez al tema, que tanta amplitud típica debería tener límites lógicos, que puede estar en el bien jurídico protegido o en la culpabilidad del agente, de manera que sólo el peligro al bien jurídico hará que la conducta sea típica.

Es difícil no sostener que esta forma de legislar, que son actos preparatorios de actos preparatorios, no viole derechos fundamentales de las personas, ya que, sin más, queda el ciudadano a expensas de una interpretación judicial que si no tiene en claro la dogmática penal, resultará siempre en su contra.

## 4. *Tipo subjetivo*

El hecho es doloso, y debe tenerse en cuenta el dolo del autor no sólo en la tenencia de los objetos mencionados sino en su vinculación con el bien jurídico protegido. Debe saber el autor que se trata de acopio, que son armas de fuego y de guerra.

## 5. *Consumación*

La consumación se da, lógicamente, con la tenencia de los objetos mencionados, pero con las salvedades antes explicadas.

<sup>240</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 77. Toda una joya jurídica.

## JURISPRUDENCIA

**I. Bien jurídico protegido**

La norma del artículo 189 bis, tercer párrafo del Código Penal pone énfasis en el tipo o clase de arma, y no en el número, porque es el peligro insito en la tenencia ilegítima del arma de guerra lo que caracteriza este delito formal que protege fundamentalmente la seguridad pública.

CPen. de Mendoza, 1-12-97, "Fiscal c/Moraga, Fernando", sum. Albremaítica AW100244

La figura delictiva del artículo 189 bis, tercer apartado del Código Penal está formada por tres elementos, de los cuales dos, la tenencia y la ilegitimidad, están tomados de la realidad concretamente; pero el tercero tiene una realidad puramente jurídica y no debe probarse. Por ello los delitos incluidos en el Título VII se caracterizan por que el ataque a la seguridad pública es la lesión jurídica preponderante, independientemente de que exista una lesión real y efectiva a otros bienes jurídicos y de que en general el medio para lesionar la seguridad pública es la puesta en peligro de otros bienes jurídicos.

CPen. de Mendoza, 1-12-97, "Fiscal c/Moraga, Fernando", sum. Albremaítica AW100245

La amplitud típica del delito de tenencia de munición de guerra deberá encontrar límites lógicos, ya en el bien jurídico protegido, ya en la propia culpabilidad del agente, puesto que la tenencia de esos objetos sólo podrá ser típica cuando verdaderamente constituyan una amenaza para el bien común.

CNFed.CC.Corr., sala I, 22-9-88, "Sanguinetti, Julio A.", sum. 7026, L. L. 1990-B-626

El artículo 189 bis del Código Penal contiene un tipo penal que se encuentra dentro del título *De los delitos contra la seguridad pública*, esto es la seguridad común, entendiéndose por este concepto "la situación real en que la integridad de los bienes y de las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen". Las acciones típicas que los constituyen son todas ellas generadoras

de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla.

CNFed.CCcorr., sala III, 23-11-93, "Miranda, Oscar A.", J. A. 1994-IV-714

## II. Tipo objetivo

La tenencia ilegal de un arma de guerra sin proyectiles, por sí, configura el delito, y en caso de poseerlos –con su carga parcial o total– sólo constituirá un agravante a los efectos de la pena para su tenedor por cuanto caracteriza el poder ofensivo específico de la misma, de allí que no puede concurrir materialmente –en el caso– la tenencia del arma y sus municiones por tratarse de una única acción criminosa con unidad de lesión jurídica.

CFed. de La Plata, Sala II Penal, 7-8-86, "Gómez, Manuel y otros", L. L. 1986-E-593

Es inaceptable el error invocado por el procesado de haber considerado autorizada la tenencia de armas de guerra imputada, si por tratarse de un miembro de las Fuerzas Armadas no puede desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que legalmente lo autorizan a portarlas, máxime cuando no se trató del arma provista por la repartición.

CNFed.CCcorr., sala II, 18-9-87, "Vega, Juan D.", L. L. 1988-C-223,

El delito de tenencia de armas de guerra no requiere la detentación corporal permanente de la cosa, bastando con que esté dentro del ámbito de custodia de la persona, de modo de poder disponer físicamente de ella sin dificultades.

CNFed.CCcorr., sala II, 8-10-87, "Díaz, Antonio y otros", L. L. 1988-C-224

El secuestro en poder del procesado de cuatro proyectiles calibre 357 Magnum no puede ser considerado acopio de munición de guerra si no surge de la causa la voluntad de acopiarlas.

CNFed.CCcorr., sala I, 18-4-88, "Veloso, Eduardo y otro", sum. 7020, L. L. 1990-B-626

1. Para excluir la antijuridicidad de la tenencia de armas o materiales descritos en el artículo 189 bis del Código Penal, no basta que las circunstancias exijan tenerlos para la defensa, sino que también justifiquen la falta de registro (del voto en disidencia de la Dra. Herrera).
2. El arma de guerra no deja de ser tal porque su tenedor no posea en el momento de la incautación el cargador de municiones.
3. No cabe negar la calidad de explosivo al pan de trotyl secuestrado en poder del procesado, por el solo hecho de carecer éste del elemento de ignición que permite su detonación.

CFed. de San Martín, 25-10-88, "Rossi, Juan C. y otros", L. L. 1990-B-625

Para la configuración del delito de tenencia de armas de guerra es necesario que las mismas se encuentren en el ámbito de custodia del procesado y que éste tenga sobre ellas un poder de hecho tal que le permita disponer libremente de éstas.

CNFed.CC.Corr., sala II, 22-3-89, "Quevedo, Enrique", L. L. 1990-B-625

1. El escaso número de proyectiles secuestrados en poder del procesado no es el único parámetro para analizar la tipicidad de la tenencia de munición de guerra, en tanto la cantidad es una pauta, pero no la única, para verificar si existe o no afectación del bien jurídico protegido.
2. La tenencia de un escaso número de proyectiles correspondientes a armas de guerra no tiene entidad suficiente para poner en peligro el bien jurídico protegido por la figura que castiga la tenencia de ese material (del voto en disidencia del Dr. Rodríguez Basavilbaso).

CNFed.CC.Corr., sala I, 31-3-89, "Capuccio, Juan C.", L. L. 1989-E-526

La tenencia del arma de guerra es una conducta independiente del uso que después puede hacerse de ella para configurar otro suceso, delictivo o no.

CNFed.CC.Corr., sala IV, 9-5-89, "Díaz, Antonio y otros", L. L. 1990-B-628

Tratándose el delito de tenencia de armas de guerra de una figura de peligro abstracto, éste se satisface con la pura tenencia, sin que sea necesario que efectivamente se haya corrido un riesgo.

CNFed.CCcorr., sala II, 2-6-89, "Alegre, Juan C. R.", sum. 7016, L. L. 1990-B-625

La crítica planteada en torno a si la cantidad de proyectiles secuestrados es suficiente para traer aparejada una afectación a la seguridad pública, es una típica cuestión de hecho reservada al grado, quien debe analizar cuál es –a su juicio– el límite de la punibilidad o la amplitud del tipo penal.

STJ de Río Negro, 29-12-99, "Cabezas, Sergio Fabián s/Tenencia de material explosivo s/Casación", sentencias penales: S. E.: 192/99

La aptitud del arma de guerra para el tiro no es un requisito que deba interpretarse de modo absoluto, sino atendiendo a las circunstancias de cada caso debiendo descartarse sólo en aquellos supuestos en que el arma secuestrada presenta anomalías de tal entidad que obliguen a considerarla totalmente inepta para poner en peligro la tranquilidad pública.

CNCas.Pen., sala II, 10-6-99, "Cantic Rahi, Paul", L. L. 2000-B-139

### III. Tipo subjetivo

Corresponde absolver al procesado por tenencia de armas de guerra si su convencimiento de haber estado legitimado para ella resta elementos del dolo.

CNFed.CCcorr., sala II, 20-10-79, "Copello, Mario J.", sum. 7021, L. L. 1990-B-626

Están incurso en el artículo 189 bis, párrafo primero del Código Penal, quienes fueron sorprendidos al arrojar material inflamable sobre el transporte público y se les secuestró, cuando como sindicalistas estaban haciendo evaluación de un paro general, materiales inflamables que demostraban el propósito de "contribuir a la comisión de delito contra la seguridad común", cumpliéndose con la

indeterminación del dolo con el dato cierto de que los procesados no tenían previsto quién sería la víctima del delito, pues ellos pretendían atentar contra la libre circulación de vehículos de pasajeros sin determinar concretamente contra cuál.

CNFed.CC.Corr., sala II, 19-7-86, "Langieri, Marcelo", L. L. 1986-E-116

La actitud furtiva del procesado por tenencia de munición de guerra, ocultando los proyectiles que dice haber hallado, es indiciaria de la voluntad de acopio propia del delito aludido, sin perjuicio de la escasa cantidad de material secuestrado.

CNFed.CC.Corr., sala I, 31-3-89, "Capuccio, Juan C.", L. L. 1989-E-526

Corresponde absolver al procesado por tenencia de armas de guerra si frente a la compleja normativa que gobierna la materia pudo haberla interpretado en forma errónea creyendo que no necesitaba denunciar la tenencia del arma secuestrada.

CNFed.CC.Corr., sala II, 2-6-89, "Alegre, Juan C. R.", sum. 7022, L. L. 1990-B-626

Corresponde absolver al acusado por la tenencia de quince municiones de guerra si surge del proceso que el imputado no tuvo intención de poner en peligro la seguridad común, en tanto cabe concluir que las tenía como piezas de colección.

CNFed.CC.Corr., sala II, 24-7-89, "Godoy, Abel B.", sum. 7023, L. L. 1990-B-626

En el delito de tenencia de armas de guerra, el dolo se satisface con el conocimiento de que se trata de un arma de guerra y la voluntad de tenerla sin la debida autorización.

CNFed.CC.Corr., sala II, 20-9-89, "Testimonio de prisión preventiva en causa 13.771", sum. 7033, L. L. 1990-B-627

I. La falta de conocimiento respecto de la necesidad de contar con autorización previa para portar el arma constituye ignorancia de Derecho extrapenal, equiparada a la de hecho, en tanto su inclusión

y clasificación como arma de guerra pertenece a la órbita del Derecho Administrativo.

2. Resulta carente de valor excusante la ignorancia alegada por el procesado por tenencia de arma de guerra, acerca de la existencia de la prohibición legal en tanto la ley penal se presume conocida.

CNFed.CCcorr., sala I, 18-11-89, "Gariglio, Oscar", L. L. 1990-B-626

#### IV. Consumación y tentativa

La tenencia ilegítima de armas de guerra es un delito de peligro abstracto, en el cual no es necesario que efectivamente se ponga en peligro el bien jurídico, sino que alcanza con realizar la acción prohibida.

CNFed.CCcorr., sala II, 18-9-87, "Vega, Juan D.", L. L. 1988-C-223

La tenencia de cuatro proyectiles de calibre 357 Magnum no pone en peligro el bien jurídico tutelado seguridad común, por lo que no constituye delito alguno.

CNFed.CCcorr., sala I, 18-4-88, "Veloso, Eduardo y otro", L. L. 1990-B-627

1. Resulta atípica la tenencia de veintidós municiones de calibre prohibido en tanto por ser mínima le falta entidad para vulnerar el bien jurídico seguridad pública.

2. Resulta un despropósito la condena por la simple tenencia de unos pocos proyectiles de calibre prohibido.

CNFed.CCcorr., sala I, 22-9-88, "Sanguinetti, Julio A.", L. L. 1990-B-626.

No se configura el delito de tenencia de armas de guerra si la detención coincidió temporalmente con el robo con armas en que fue utilizada constituyendo un elemento típico de este último.

CNFed.CCcorr., sala II, 1-12-88, "Jaimes, Carlos M.", L. L. 1990-B-627

Es irrelevante la tenencia de arma de guerra cuando el acto material que la constituye coincide temporal y espacialmente con la circunstancia calificante de otro delito, como es el robo con armas.

CNFed.CCorr., sala II, 12-12-88, "Ferreyra, Benjamín N.", L. L. 1990-B-627

En los casos de delitos de tenencia (en el caso de armas de guerra) la constatación del hecho implica su reproche, en tanto compromete la responsabilidad del detentador a menos que medie una causa de justificación.

CNFed.CCorr., sala II, 3-2-89, "Torres, Inocencio A.", L. L. 1991-C-492

1. El delito de tenencia de armas de guerra (de peligro abstracto) se configura en la medida en que esa tenencia no constituya un elemento típico del delito de robo con armas, del que resulta inescindible por existir coincidencia temporal y espacial con la ejecución de este último.
2. El robo o hurto de un arma de guerra absorbe su posterior e inmediata tenencia ilegítima cuando, además, tal sustracción tiene como único fin cometer otro robo a mano armada por el que también se juzga al procesado.

CNFed.CCorr., sala II, 6-2-89, "Arrieta, Ariel S. y otro", L. L. 1990-B-626

No resulta justificada por estado de necesidad la tenencia de armas de guerra no obstante las amenazas anteriormente sufridas por el encausado, si no se trató de un mal inminente que lo privara de las vías lícitas ofrecidas por el Derecho para el caso.

CNFed.CCorr., sala I, 10-3-89, "Ratner, Juan C.", L. L. 1990-B-627

Aun considerando que la tenencia perpetrada durante la fuga del asalto forma parte de aquella que se da en el hecho mismo —desde que el autor pretende alejarse del lugar portando el elemento usado en el atraco—, la actitud asumida por el nocente a partir del momento

en que se topa con el policía y éste da la voz de alto, importa una tenencia distinta de la anterior, que debe ser juzgada en forma independiente.

CNCas.Pen., sala II, 10-6-99, "Cantie Rahi, Paul", L. L. 2000-B-139

## V. Autoría

Debe pensarse por tenencia ilegítima de armas de guerra a quien, aun siendo suboficial de una fuerza armada, tuvo en su poder un arma de guerra no provista por el Estado.

CNFed.CCorr., sala II, 18-9-87, "Vega, Juan D.", L. L. 1988-C-223

1. La tenencia no requiere la detención corporal permanente de la cosa; para poder afirmar que una persona ejerce tal acción y es autora del delito es necesario que aquella se encuentre dentro de su ámbito de custodia, que tenga respecto del objeto prohibido un poder de hecho tal que le permita por su sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponer físicamente de él.

2. Por tratarse de un delito permanente, el instante en que resuelven renunciar a la tenencia es precisamente el del cese de la comisión de la acción punible que se les endilga.

CNFed.CCorr., sala II, 8-10-87, "Díaz, Antonio y otros", L. L. 1988-C-224

La autorización legal para la tenencia de armas de guerra basada en una calidad funcional no se extiende a cualquier arma, sino sólo a la provista por el organismo, resultando indispensable la inscripción y autorización del Registro Nacional de Armas para cualquier otra tenencia.

CNFed.CCorr., sala I, 2-2-88, "Bergamasco, Rodolfo H.", L. L. 1990-B-627

1. El personal policial no está de por sí exento de la norma que prohíbe la tenencia injustificada de explosivos.

2. No corresponde condenar al procesado por tenencia de explosivos

si surge de la causa que estaba autorizado para poseerlo por su superior y en el marco de la situación policial que desarrollaba.

3. Es inadmisibles la justificación por el procesado al sostener la legitimidad de su tenencia de explosivos en la existencia de autorización superior para su desempeño en la fuerza policial a que pertenece, cuando las constancias de la causa no señalan en absoluto tal destino de la tenencia (del voto en disidencia de la Dra. Herrera).

4. Es inadmisibles la existencia de error de hecho en el procesado por tenencia de explosivos, si por su profesión de suboficial de policía no podía desconocer que es requerido para ello una expresa autorización del organismo competente (del voto en disidencia de la Dra. Herrera).

CFed. de San Martín, 25-10-88, "Rossi, Juan C. y otros", L. L. 1990-B-627

La exigencia de declarar la tenencia de arma de guerra por quien la posee es específica y no se suple con la circunstancia de haber sido declarada por un tercero, ni por la genérica condición de legítimo tenedor de todo militar.

CNFed.CC.Corr., sala II, 2-6-89, "Alegre, Juan C.", L. L. 1990-B-626

## VI. Concurso

El delito de tenencia de armas y munición de guerra concurre materialmente con el que pueda haberse cometido para apoderarse de ellas, puesto que la tenencia ilícita de aquéllas es un delito permanente y el hurto, instantáneo, de modo que las acciones típicas sólo se superponen parcialmente en el tiempo.

CNFed.CC.Corr., sala II, 12-12-88, "Ferreira, Benjamín N.", L. L. 1990-B-626

Concurre en forma ideal y no real la tenencia de armas de guerra con el delito consumado usándola.

CNFed.CC.Corr., sala IV, 9-5-89, "Díaz, Antonio y otros", L. L. 1990-B-627

El delito de tenencia de armas de guerra debe tenerse como inescindible del robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa, por lo que no puede considerarse como hecho independiente.

CNCas.Pen., sala II, 10-6-99, "Cantie Rahi, Paul", L. L. 2000-B-139

## ENTREGA DE ARMA DE FUEGO A PERSONA INDEBIDA

Artículo 189 ter: "Será reprimido con prisión de tres meses a un año el que proporcionare un arma de fuego a quien no acredite su condición de legítimo usuario. Si el autor hiciere de la venta de armas su actividad habitual, se le impondrá además inhabilitación especial de seis meses a tres años"<sup>241</sup>.

### I. Antecedentes

El tipo penal fue incorporado por ley 25.086 del 5 de mayo de 1999, publicada en el Boletín Oficial el 14 de mayo de ese mismo año.

### II. Bien jurídico

El bien jurídico es la seguridad pública, de manera que siguen vigentes los principios antes mencionados en cuanto a que no hay delitos sin bien jurídico, por mal redactados que estén, y es obligación del intérprete y más aún de los jueces encontrar esa relación.

### III. Tipo objetivo

Se castiga al que entregue, por cualquier concepto, a una persona un arma de fuego a quien no sea legítimo usuario. Se trata de una contravención, de una desobediencia al decreto que regula las armas, claro que, ilógicamente, con pena que va de tres meses a un año de prisión.

<sup>241</sup> Artículo incorporado por ley 25.086, B. O. del 14-5-99.

La ley no distingue en calidad de qué contrato se hace la entrega, de manera que puede ser tanto a título oneroso como gratuito. La norma puede jugar, frente al que recibe, de acuerdo con el artículo 277, 1º a, y c.

Se agrava el tipo si el autor hiciere de ello una actividad habitual. Ya hemos explicado los problemas que surgen de este tipo de aseveraciones de la ley, que siempre tienen relación con la persona más que con el hecho y los problemas de prueba.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso y exige que el autor entregue la cosa a quien no acredite la calidad de legítimo usuario. Dado que el trámite ante el RENAR es previo a la entrega, el dolo es directo. El error, como es lógico, elimina el dolo.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con la entrega del arma.



## CAPÍTULO II

### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACIÓN

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Bienes jurídicos protegidos. III. Creación de peligro para transportes acuáticos y aéreos. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación y tentativa. IV. Los tipos penales agravados. 1. Agravantes por los resultados ocurridos en los medios de transporte. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. 2. Agravantes por los resultados sobre las personas. *Creación de peligro para transporte terrestre y atentados contra comunicaciones.* I. Los problemas de las reformas del Código Penal. II. El atentado ferroviario. 1. Antecedentes. 2. Tipo objetivo. a) El inciso 1º. b) El inciso 2º. c) El inciso 3º. d) El inciso 4º. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. Jurisprudencia. III. Atentado contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. IV. Atentados contra trenes o tranvías en marcha. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. Jurisprudencia. V. Entorpecer transportes, comunicaciones y otros servicios. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. 6. Agravante. Jurisprudencia. VI. El abandono de servicio de transporte. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. Jurisprudencia. VII. La forma culposa de causar un descarrilamiento naufragio u otro accidente. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Consumación. Jurisprudencia. VIII. Interrupción de la comunicación telegráfica o telefónica. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. a) Interrupción o entorpecimiento de la comunicación telegráfica o telefónica. b) Resistencia violenta al restablecimiento de la comunicación interrumpida. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación.

#### I. Antecedentes

Dentro del Título VII del Libro II del Código Penal de la Nación,

hemos visto que se encuentran previstos los delitos contra la seguridad pública. En el Capítulo II del citado título se contemplan los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, que va de los artículos 190 a 197 respectivamente.

El Código de 1886 no se ocupaba de este tipo de delitos de la manera que lo hace el Código de 1921, sino que, en el capítulo sobre incendios y otros estragos, colocado entre los delitos contra la propiedad, se ocupaba de los atentados contra los ferrocarriles cuando hablaba de caminos de hierro. La acción era romperlos, entorpecer el tránsito de la locomotora o vagones. Se agravaba el tipo cuando a consecuencia del descarrilamiento se ocasionaran pérdidas en la destrucción de vehículos de acuerdo a un monto determinado. Y el artículo 216 agravaba en caso de heridas y muerte<sup>1</sup>.

El proyecto de 1891 se ocupaba de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación en el Capítulo Segundo del título *Contra la seguridad pública*, más concretamente en el artículo 231.

La Exposición de Motivos decía, entre otras cosas, que "El gran papel que los ferrocarriles y otros medios de transporte y de comunicación por tierra o por agua, representan en las relaciones de la vida contemporánea, es un dato suficiente para juzgar de la importancia que revisten los desastres en las vías férreas, en los buques, en las construcciones flotantes, etcétera, y hasta dónde alcanza la intranquilidad y el peligro común, para las propiedades y para las personas, que originan. Por eso era menester considerar especialmente los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación. En el Capítulo Segundo, dedicado a esta materia, prevemos ante todo los ataques en general, o los actos por los que se destruyera total o parcialmente o de cualquier modo se inutilizara las vías u obras destinadas a la comunicación pública, o se impidiera o alterara la ejecución de las medidas o el funcionamiento de los objetos destinados a la seguridad de las mismas. Observamos en esto el procedimiento, seguido hasta aquí, de proyectar, siempre que la materia se preste a ello, un precepto común o general que abarque todos los casos posibles de

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 350.

una clase dada de delitos, que no reclamen, por su gravedad singular o las condiciones en que se ejecuten, una disposición especial”<sup>2</sup>.

El proyecto de 1906 fue el que dio pie al Código de 1921, con sólo dos modificaciones, según Moreno: “Una general, pues se refiere a todos los artículos y tiende a armonizar los preceptos con el sistema de penalidad que ha adoptado el Código; y otra relativa al artículo 195. Una y otra se mencionan en la Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria”<sup>3</sup>.

En la Exposición de Motivos se afirmaba: “En el título *Delitos contra la seguridad pública* hemos incluido algunos preceptos del Código que figuran como delitos contra la propiedad particular en el capítulo *De los incendios y otros estragos*, y hemos generalizado algunas de sus disposiciones sobre caminos de hierro a todas las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua. De acuerdo con este plan castigamos a todo el que inutilice o destruya esas obras, al que impida o estorbe la ejecución de las medidas adoptadas para seguridad de las mismas, al que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o hacerlo descarrilar, al que ejecute cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril, al que arroje cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha, al que practicare cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante, a detener o entorpecer la navegación, al conductor y demás empleados de un tren o de un buque que abandonaren sus puestos durante su servicio respectivo, y, por último, al que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o telefónica, o resistiere voluntariamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida”<sup>4</sup>.

Todas las modificaciones sufridas en el tiempo por este capítulo, desde el decreto-ley 17.567, pasando por la ley 20.509, el decreto-ley 21.338, hasta la ley 23.077, que volvió las cosas a la legislación original del Código de 1921, llevaron a que en esta materia el Código Penal quedara desactualizado en relación con los cambios que la sociedad

<sup>2</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 351.

<sup>3</sup> MORENO, ob. cit., p. 352.

<sup>4</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 352.

ha tenido. De manera que también es difícil la interpretación de los textos, ya que, como se verá, tampoco se dejó un texto legal uniforme, sino que se confundieron leyes.

Las modificaciones operadas han generado, de esa manera, ciertas dificultades en la interpretación de estas normas, y algunas conductas que deberían haber sido castigadas en este contexto han quedado sin ser reguladas pese a tener íntima vinculación con los supuestos previstos en los artículos 190 a 197.

Al respecto Molinario y Aguirre Obarrio señalan que la reforma de 1968 modificó todas las disposiciones originales; la ley 20.509 ratificó dos (arts. 190 y 194), pero no las restantes. Los demás son los originales del Código de 1921, pero no de la reforma de 1968. Creus habla de un retroceso legislativo, porque se ha regresado a textos anteriores sin considerar ni los adelantos en el orden jurídico ni los producidos en los órdenes científicos y técnicos, ni las nuevas situaciones sociales<sup>5</sup>. Y tiene razón este autor; adviértase que la Exposición de Motivos todavía se refiere a los caminos de hierro. En un tema en donde la modernidad ha avanzado de una manera casi impensable, no se puede aceptar que sólo se tenga en cuenta como concepto central al tren, cuando existen otros medios, por lo menos en la Argentina, más importantes. Piense el lector la importancia adquirida por el transporte automotor, y la pobre regulación que la ley tiene al respecto.

## II. Bienes jurídicos protegidos

La justificación de este capítulo tiene que ver con el progreso de los medios de transporte y de comunicación, desde la perspectiva de que son bienes jurídicos de utilidad general, de manera que hay otro interés que el privado o de los dueños de esos medios, en cuanto es la comunidad la que tiene interés en ellos y el ataque a esos medios constituye un peligro asimilable a otros estragos<sup>6</sup>.

La tutela recae sobre los servicios que tienen carácter social, que

<sup>5</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. III, p. 78 y CREUS, *ob. cit.*, t. II, p. 36.

<sup>6</sup> FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, § 130, 1.

están destinados a la utilidad de la comunidad, cuando los daños o entorpecimientos que en ellos se produzcan puedan crear peligro común<sup>7</sup>. Es ese peligro común el que fundamenta la punibilidad. Por eso se ha podido afirmar que lo que está en juego es la vulnerabilidad de ciertos medios, “cuya sola puesta en peligro representa un mal de suma gravedad, porque los riesgos son muy probables y abarcan casi invariablemente a gran número de personas y bienes independientemente de la alarma que provocan, y la fluidez de los transportes y comunicaciones de todo género, de enorme importancia colectiva”<sup>8</sup>. Es importante, en este tipo de bienes jurídicos, ver que la protección debe ser mediata, con respecto a la seguridad, y no inmediata. Además, tampoco se requiere el daño efectivo y quizás ni siquiera sería necesario el peligro común, sino que lo que se valora es el normal funcionamiento de los medios de comunicación y de los servicios públicos vitales<sup>9</sup>.

Por eso han podido sostener Molinario y Aguirre Obarrio que “en esta parte la ley se refiere constantemente a un conjunto indeterminado de personas o de sus propiedades, de donde el sistema de transporte puede estar vinculado de dos maneras a esas características: o porque el medio de transporte lleva a muchas y cualquier persona o cosas, es decir, es un transporte del público o de bienes del público, o porque la vía del transporte es pública, es decir que la circulación es libre y utilizada por muchísimos y por cualquiera”<sup>10</sup>.

Debe advertirse que la seguridad de los medios de transporte y de comunicación está en función del bien jurídico del título, esto es la seguridad pública. Por eso afirma Molinario y Aguirre Obarrio que es necesario que la “acción afecte o ponga en peligro la vida, la integridad corporal o propiedades de un conjunto de personas, de la comunidad, de personas indeterminadas [...] De manera tal que sí la

<sup>7</sup> CREUS, ob. cit., p. 36.

<sup>8</sup> La cita es de FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567* cit., p. 238. Y es claro que el capítulo ha quedado fuera del tiempo, habida cuenta de que es necesaria la protección no sólo de los medios sino además de las instalaciones, los efectos, etc. (p. 239).

<sup>9</sup> FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 239.

<sup>10</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 77.

disposición se refiriese, por ejemplo, a una ruta, debe entenderse que se trata de un camino por el que circulan vehículos que transportan público, es decir, personas no determinadas, o muchos vehículos pertenecientes a personas no determinadas; si se trata de una aeronave, debe ser aquella que transporta pasajeros o mercaderías, cualesquiera sean éstos; si se trata de un aeródromo, aquel que pueda ser utilizado por aviones de las características mencionadas, o bien numerosos aviones de indeterminadas personas”<sup>11</sup>.

Conviene analizar la aseveración de Zanardelli cuando explicaba el Código de Italia, que es fuente en esta parte del Código Penal. Afirmaba en la *Relazione* que los delitos contra la seguridad del servicio ferroviario y telegráfico habían sido considerados como delitos contra la propiedad e incluidos en esta categoría. Sin embargo, el proyecto del '83 los ha colocado, como el incendio y la inundación, en la rúbrica de los delitos contra la incolumidad pública, ya que en los casos en que se compromete el servicio ferroviario y el telegráfico hay una fuerza indeterminada de daño por el número de las vidas humanas que pueden ser sacrificadas, por el ingente valor de las cosas que se pueden destruir y por la conmoción que suscitan estos hechos en el ánimo de la comunidad<sup>12</sup>.

### III. Creación de peligro para transportes acuáticos y aéreos

El artículo 190 establece que: “Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

”Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

”Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

”Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común”.

<sup>11</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 77/8.

<sup>12</sup> ZANARDELLI, ob. cit., p. 439.

### 1. *Antecedentes*

Los antecedentes son los Códigos de Italia, como se ha visto en la propia fuente al exponer la opinión de Zanardelli, y de Holanda, según la comisión redactora del proyecto de 1891. El texto actual proviene del proyecto del decreto-ley 17.567, que a su vez lo había tomado del Proyecto Soler de 1960, aunque todo ello, como siempre, modificado por las leyes 23.077, 16.648 y 20.509, y 25.189.

### 2. *Bien jurídico protegido*

En principio la norma estaba destinada a proteger la seguridad de las comunicaciones públicas que se hicieran por tierra, agua o aire<sup>13</sup>.

Con la reforma, basada en el decreto-ley 17.567, el bien jurídico tutelado, según la doctrina, es la seguridad del transporte naval o aéreo, habida cuenta de que estas dos formas de transporte son más vulnerables que el terrestre, además de circular por rutas más o menos libres, aunque expresamente hay que afirmar que no se protege la efectividad de sus servicios<sup>14</sup>. Se procura evitar los peligros que pueden afectar los medios con que se realiza el transporte de cosas o personas y no la regularidad de los viajes<sup>15</sup>.

### 3. *Tipo objetivo*

El primer párrafo del artículo 190 contempla el tipo penal básico, al castigar con prisión de dos a ocho años al que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Esta regulación procede del decreto-ley 17.567; la redacción original contemplaba la inutilización o destrucción de vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o agua y los impedimentos y estorbos a la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las mismas.

La conducta del autor debe consistir en ejecutar cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de los medios de transporte referidos. Insiste la doctrina en afirmar que no se castiga, en el tipo penal básico,

<sup>13</sup> La idea estaba en MORENO, ob. cit., p. 354.

<sup>14</sup> FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 241.

<sup>15</sup> CREUS, ob. cit., p. 37.

el daño real ocurrido a la nave. Es más, la acción no debe haber causado el naufragio, el varamiento, el desastre aéreo, sino que basta con que haya puesto en peligro la nave<sup>16</sup>.

Debe ser un acto susceptible de originar el peligro idóneo, real en este caso, según la clasificación seguida en el texto, para afectar la seguridad del medio, de manera que el bien jurídico quede realmente en estado de peligro. Puede ser un acto positivo o negativo; quedan comprendidas entonces tanto las acciones como las omisiones –que deben ser impropias–, en el sentido de que debe tener el agente el lugar de garante, y su omisión, ser equivalente a la acción.

El resultado, en el sentido de peligro, requerido por el tipo puede lograrse mediante actos directos o indirectos sobre el medio de transporte. Fontán Balestra señala que lo primero ocurre cuando la acción recae sobre la nave aérea o el buque mismo, causándole un daño o desperfecto, mientras que lo segundo puede ser consecuencia de la acción llevada a cabo en las instalaciones, dispositivos de seguridad, sistemas de señalización o simplemente de poner obstáculo materiales –obstruir una pista de aterrizaje<sup>17</sup>–.

Creus, por su parte, brinda algunos ejemplos que clarifican el alcance de esta norma. Así, la acción puede recaer sobre el medio mismo, como vimos en la clasificación referida (actos directos o indirectos), es decir el barco o la aeronave –daños de estructura, sistema de mandos o de propulsión–; sobre las vías que utiliza –colocando obstáculos en los canales de navegación, volando sin aviso los corredores aéreos reconocidos–; sobre su personal –atacando al piloto–; sobre accesorios de seguridad –goniómetros, aparatos de radares en tierra–; sobre los objetos transportados –transportar subrepticamente sustancias peligrosas–; sobre signos de señalización –colocar un falso faro<sup>18</sup>–.

Los autores coinciden en señalar que este delito entra en la categoría de delitos de peligro concreto, tal como se afirmó. Los actos referidos deben haber creado un peligro real y determinado para la seguridad del medio de transporte acuático o aéreo, esta seguridad se refiere

<sup>16</sup> FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., ps. 241/2.

<sup>17</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 2.

<sup>18</sup> CREUS, ob. cit., p. 37.

tanto a la incolumidad, estabilidad o control del medio mismo, como de las cosas o personas transportadas o por transportar, aunque aquélla no se vea afectada. Así Creus da como ejemplos de dichos supuestos, al transporte subrepticio de gases tóxicos que sin comprometer la incolumidad del medio pueden afectar a las personas<sup>19</sup>.

Quedan, por ende, excluidos del tipo penal, aquellos actos que no comprometan la seguridad del medio de transporte y que sólo son un menoscabo al normal funcionamiento o tranquilidad del viaje. Como señala Núñez, el objeto de la protección de esta figura no es el sosiego y comodidad de los viajeros ni su llegada a destino, sino, como ya se explicó, la incolumidad material de lo transportado, que en este caso sería poner en peligro la seguridad de la nave<sup>20</sup>.

En cuanto a los objetos del delito, están enumerados en el tipo: son las naves, las construcciones flotantes o aeronaves. Se entiende por nave toda embarcación, medio de transporte o comunicación flotante, cualquiera sea su tamaño o medio de propulsión, destinada al transporte de personas o cosas. Construcción flotante es todo aparato que no es propiamente una nave pero está destinado a flotar en las aguas trasladándose por ellas –grúas, dragas– o a permanecer anclado –plataformas, faros, puentes–, que, en general, está destinado a otros servicios sin ser específicamente el del transporte. También entran en este concepto las construcciones que se levantan eventualmente para favorecer el transporte de elementos que flotan por sí mismos, como las jangadas.

Aeronave es todo aparato, cualquiera sea su sistema de elevación y propulsión, que se mueve en el aire y está destinado al transporte –aviones, helicópteros, aeróstatos, hidroaviones<sup>21</sup>–.

Los objetos mencionados pueden ser de propiedad pública o privada esto ha quedado expresamente contemplado con la modificación introducida en su momento por el decreto-ley 17.567 y luego receptado por la ley 20.509, que incorporó el último párrafo al artículo 190,

<sup>19</sup> CREUS, ob. cit., p. 38; NÚÑEZ, ob. cit., p. 80; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 3; MAGGIORE, *Derecho Penal*, vol. III, p. 480; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 82.

<sup>20</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

<sup>21</sup> CREUS, ob. cit., p. 38 y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 2.

estableciendo que “Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común”. La cuestión es lógica, y ya venía aceptándose la idea en los antecedentes del Código cuando se eliminan, como afirmaba Zanardelli, estos tipos delictivos de la rúbrica de los delitos contra la propiedad y se los incluye dentro de la tutela jurídica que recae sobre la seguridad común.

Por otra parte, el acto peligroso debe ser la causa directa e inmediata del peligro concreto analizado. Los vehículos detallados en los párrafos precedentes deben estar efectivamente destinados a prestar servicio, aunque no es necesario que se encuentren realizándolo; tampoco que estén en marcha, pero debe estar presente la condición del efectivo destino ya que puede presumirse un peligro para el transporte<sup>22</sup>. En similar sentido se ha expedido la doctrina, afirmando que los medios de transporte deben hallarse en curso de navegación, aunque el acto puede haberse ejecutado antes<sup>23</sup>.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso. El autor debe haber actuado a sabiendas de que con su accionar pone en peligro la seguridad de los medios de transporte aéreos o acuáticos, dirigiendo su voluntad conforme a ese conocimiento. De acuerdo a la estructura del tipo sólo es admisible el dolo directo. Bien dice Creus que la acción es ejecutar una acción que pone en peligro, motivo por el cual el agente debe conocer la naturaleza del acto, y es más, conocer el esquema causal con relación al peligro que puede crear<sup>24</sup>. Se trata de todo el problema del dolo de peligro al cual ya hemos hecho referencia.

#### 5. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la puesta en peligro de la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Si este peligro –concreto, real– no se ha alcanzado por causas ajenas a la voluntad del autor, su

<sup>22</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 81.

<sup>23</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 2; GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. 5, N° 1119, p. 63.

<sup>24</sup> CREUS, ob. cit., p. 39.

accionar quedará en grado de tentativa, pues no basta con la sola realización del acto. Adviértase que los delitos de peligro real exigen una especie de resultado, el estado de peligro del bien jurídico<sup>25</sup>. Como bien dice Maggiore, tratándose de una figura de peligro real es posible la tentativa, consistente en la ejecución de actos idóneos tendientes a poner en peligro la seguridad, aunque sin lograrlo por razones ajenas a su voluntad<sup>26</sup>.

Pero no debe confundirse la tentativa de este delito con los actos que prevé el artículo 194, que se trata de otro problema y en el cual el propio tipo penal excluye el peligro. En este tipo se castigan las molestias al servicio cuando se lo impida, estorbe o entorpezca pero sin crear el peligro exigido por el artículo 190.

Quedan excluidos los actos que en sí no son peligrosos, aunque el agente crea que lo son, sin perjuicio de la configuración de otro delito, como ser el tipo del artículo 194 del Código Penal<sup>27</sup>.

#### IV. Los tipos penales agravados

##### 1. *Agravantes por los resultados ocurridos en los medios de transporte*

El párrafo segundo del artículo 190 eleva la pena de seis a quince años de reclusión o prisión “si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo”.

##### a) *Tipo objetivo*

##### a.1) *Causalidad*

Los resultados antes referidos deben ser consecuencia directa de la acción peligrosa realizada por el agente para configurar la agravante, ya que si no ha sido ella la que directamente provocó el hecho y existe otro proceso casual, la conducta quedará comprendida en la figura básica<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Véase la bibliografía citada al principio del Título VIII.

<sup>26</sup> MAGGIORE, ob. cit., p. 480, citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 3

<sup>27</sup> CREUS, ob. cit., p. 82.

<sup>28</sup> CREUS, ob. cit., p. 40.

En la óptica de la imputación objetiva, la cuestión debe analizarse desde un ámbito normativo, de modo que, desde esta perspectiva, útil para limitar los alcances de esta forma de legislar con tipos penales complejos, el aumento del riesgo indebido producido por el autor debe concretarse en el resultado. Si éste es debido a otro factor de riesgo, el hecho no se debe agravar. En este aspecto y en este tipo de delitos, la teoría de la imputación objetiva puede ayudar a limitar estos delitos agravados por el resultado<sup>29</sup>.

### a.2) *Naufragio*

Núñez señala que el naufragio es exclusivo de las naves y consiste en su pérdida o ruina en el mar, río o lago navegable, e implica la circunstancia de encontrarse la nave en curso de navegación; no necesariamente el naufragio debe llevar a la sumersión o hundimiento de la nave, pues también puede producirse en los puertos o dársenas<sup>30</sup>.

Creus, por su parte, afirma que el naufragio es el hundimiento de la nave hasta más allá de sus cubiertas superiores, aunque queden fuera del agua partes ínfimas de su estructura –mástiles, antenas, chimeneas–; sin embargo, pone como requisito que si se trata de la ruina de la nave, para que se configure el naufragio debe haber sumersión<sup>31</sup>, posición que es compartida por Fontán Balestra al establecer que una nave naufraga cuando se hunde, se va a pique, estando ya en servicio como medio de transporte. Por esas razones, descarta la concurrencia de esta agravante cuando la nave está en construcción o en reparación o aún no haya sido puesta en curso, porque falta el peligro común que fundamente la gravedad de estos hechos<sup>32</sup>.

### a.3) *Varamiento*

El varamiento se da cuando la nave encalla por asentamiento de

<sup>29</sup> Sobre el punto véase la bibliografía citada anteriormente. En forma crítica, DONNA, *La imputación objetiva* cit.; HIRSCH, *La imputación objetiva*, en *Obras completas* cit., t. I, ps. 37 y ss.

<sup>30</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

<sup>31</sup> CREUS, ob. cit., p. 41.

<sup>32</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 5, citando a CARRARA, *Programa* cit., § 3127 y 3128; GÓMEZ, *Tratado...* cit., t. V, N° 1102.

sus planos inferiores en el lecho de las aguas o por el aprisionamiento de parte de sus obras vivas por sectores de ese lecho –rocas, bancos de arena–; es decir, la nave deja de estar a flote porque se apoya en dichas partes sólidas<sup>33</sup>. El varamiento debe producir, para que se dé la agravante, un peligro para la seguridad de la nave –peligro común para las personas o las cosas, como ya se señaló–. Desde esta perspectiva la varadura está equiparada por la ley al naufragio, pero con la condición antes explicada del peligro común.

#### a.4) *Desastre aéreo*

Por desastre la doctrina entiende un daño de proporciones considerables. Pero esta agravante comprende sólo los daños ocasionados a las cosas, generalmente a la misma aeronave, pues si se producen daños sobre las personas el hecho quedará comprendido en la calificante prevista por el párrafo tercero del artículo 190<sup>34</sup>.

El daño puede estar generado por la precipitación de la nave cuando ya está en vuelo, sea por decolaje defectuoso o aterrizaje forzoso o anormal en las operaciones inmediatamente anteriores o posteriores, es decir, el accidente que se produce en el acto del transporte, aunque el accionar del autor se haya realizado con anterioridad –por ejemplo, antes del despegue se coloca alguna sustancia que afecta el sistema de lubricación<sup>35</sup>–.

#### b) *Tipo subjetivo*

La doctrina afirma que se trata de un delito preterintencional, por ende el agente no debe haber actuado dolosamente con relación a los resultados que se analizan, pues en tal caso desaparecería la agravante y podrían configurarse otros delitos –daños–, debiendo aplicarse las reglas del concurso con relación a la figura básica del 190<sup>36</sup>.

Sin embargo, esta idea del delito preterintencional que campea en la doctrina nacional no tiene en cuenta la pena que se ha previsto para

<sup>33</sup> CREUS, ob. cit., p. 41, y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 5.

<sup>34</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 5.

<sup>35</sup> CREUS, ob. cit., p. 41; NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

<sup>36</sup> Ésta parece ser la opinión de CREUS, ob. cit., p. 40.

estos delitos. En estos casos es de seis a quince años, de manera que no se alcanza a ver por qué no se admite el dolo eventual y se insiste con que el resultado es sólo culposo.

## 2. *Agravantes por los resultados sobre las personas*

El párrafo tercero del artículo 190 establece una pena de seis a quince años de reclusión o prisión “si el hecho causare lesión a alguna persona”, y “si ocasionare la muerte” castiga con pena de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Conforme surge de la redacción del texto legal, se incluye cualquier tipo de lesión a una persona, no importando su gravedad.

### *Causalidad y elemento subjetivo*

Entre la lesión o la muerte de la persona y el acto peligroso, al igual que en las agravantes por los daños producidos en los medios de transporte, debe existir una relación causal directa e inmediata, de manera que toda interferencia causal predominante extraña al acto peligroso, o lo afirmado sobre la imputación normativa del resultado, excluye que el resultado pueda atribuirse a su autor. Núñez cita como ejemplo el de la víctima que, ajena al peligro propio del acto, imprudentemente se introduce en su ámbito, o si la precipitación del avión no se produjo por la falta de la nafta sustraída por el acusado, sino por el desprendimiento de una de sus alas. Pero, aclara, esta caída deja de ser causalmente predominante si se produce a raíz del aterrizaje forzoso en un lugar inadecuado debido a la falta de combustible<sup>37</sup>.

Si bien la doctrina insiste en que el resultado es preterintencional y, por ende, si el autor orientó su conducta dolosamente a la producción de las lesiones o muerte de una persona se estará ante otros delitos —lesiones u homicidio— debiendo aplicarse, en todo caso, las reglas del concurso de delitos<sup>38</sup>, la cuestión, como antes se afirmó, es que debido al monto de la pena no parece ilógico imputar el hecho a título de dolo eventual.

<sup>37</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 82, nota 131.

<sup>38</sup> CREUS, ob. cit., p. 42; NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

## CREACIÓN DE PELIGRO PARA TRANSPORTE TERRESTRE. ATENTADOS CONTRA COMUNICACIONES

### I. Los problemas de las reformas del Código Penal

Fruto de las idas y venidas de las reformas penales se derogó el artículo 196 bis, lo que no es una cuestión menor, como lo observa Aguirre Obarrio: “Este error —que lleva a que queden fuera de la incriminación las hipótesis de peligro común corrido por el transporte terrestre— se debe a que la ley 20.509 aceptó el artículo 190, reformado en 1968, pero rechazó el 190 bis, concerniente al transporte terrestre. En cambio, el artículo 190 original, aun con mala técnica legal, se refería a las vías de comunicación terrestre, que no son solamente los carriles de hierro”<sup>39</sup>. El error se repite luego con el artículo 190 bis de la ley 23.077 —que había sido incorporado por el decreto-ley 21.338— que castigaba cualquier acto ejecutado a sabiendas que pusiese en peligro la seguridad de un tren, de un alambre-carril u otro medio de transporte terrestre, destinado al uso público, agravándola en ciertas circunstancias. Con ello, se ha sostenido, estas conductas que eran la equivalencia del artículo 190, pero destinadas al proteger el transporte terrestre, han perdido autonomía, quedando en otros artículos, en parte, con las limitaciones no sólo penales sino conceptuales y metodológicas<sup>40</sup>.

### II. El atentado ferroviario

Artículo 191 establece que “El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

”1. Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

”2. Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

”3. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

<sup>39</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 81.

<sup>40</sup> CREUS, ob. cit., p. 42.

”4. Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona”.

### 1. *Antecedentes*

El proyecto de 1891 citaba a la Ley Nacional de Ferrocarriles de 1872, registrada bajo el N° 531, que fue derogada posteriormente por la ley 2873. La primera de estas leyes, en los artículos 71 y 72, castigaba delitos que hacían al ferrocarril, agravado cuando se produjeran lesiones o muerte.

También la citada ley 2873 regulaba este tipo de delitos en el artículo 81.

El Código de 1886 traía dos artículos, el 215 y el 216, dentro del capítulo sobre incendios y otros estragos<sup>41</sup>.

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 había sostenido sobre el artículo 232, que es el equivalente al 191, lo siguiente: “En el artículo 232 del proyecto refundimos los artículos 71 y 72 de la ley nacional de 18 de septiembre de 1872 sobre ferrocarriles. Esta ley prevé el caso de destruir una barracarril o de emplear cualquier otro medio para detener o entorpecer la marcha del tren, o para hacerlo descarrilar, y distingue explícitamente o implícitamente los casos siguientes: Si se ha producido o no el fin o accidente que el criminal se proponía causar; si se ha ocasionado contusiones, heridas o fracturas a alguna persona; si se ha causado la muerte a alguien. Conservamos y precisamos más claramente, a nuestro juicio, estas distinciones que, por otra parte, se hallan consignadas también en los artículos 215 y 216 del Código Penal. En cuanto a la penalidad la hemos alterado para adaptarse al sistema del proyecto”<sup>42</sup>.

### 2. *Tipo objetivo*

De acuerdo al texto de la ley el objeto sobre el cual deben recaer las acciones es un tren. La discusión puede originarse en este punto sobre si es necesario que se trate de un tren destinado al uso público. La ley nada dice; si lo hacía el artículo 190 bis de los decretos-le-

<sup>41</sup> Con más amplitud, el tema puede verse en MORENO, ob. cit., p. 356.

<sup>42</sup> Citado por MORENO, ob. cit., ps. 356/7.

yes 17.567 y 21.338, derogados por las leyes 20.509 y 23.077 respectivamente, que hablaban expresamente de “otro medio de transporte terrestre destinado al uso público”. Dado que el legislador expresamente ha suprimido tal requisito, la opinión de los autores es que el mismo no está tipificado por la ley, aunque no debe dejarse de tener presente que todo este Capítulo II se encuentra en el Título VII, *De los delitos contra la seguridad pública*, de manera que si no está afectado el bien jurídico la conducta sería atípica<sup>43</sup>.

Por tren debe entenderse a un convoy que circula exclusivamente por la vía férrea trazada de manera estable y es arrastrado por una locomotora, coche motoeléctrico o alimentado con cualquier clase de combustible o energía, que circule tanto por la superficie como debajo de ella<sup>44</sup>. Quedan excluidas las vagonetas del ferrocarril movidas a fuerza humana. Los subterráneos son trenes, y este tema es algo discutible ya que para Soler dejan de serlo cuando ascienden a la superficie de las calles, frecuentadas por el tránsito y circulan por ellas sin cercamiento<sup>45</sup>. Sin embargo, no hay razón para esta limitación, ya que al circular por el exterior no pierden el concepto de tren como tal.

El artículo 191, en su actual redacción, no indica ni selecciona medios para lograr el resultado. La acción típica es la de emplear cualquier medio destinado a lograr las finalidades típicas —detener el tren, entorpecer su marcha o hacerlo descarrilar<sup>46</sup>—. Puede consistir en efectuar una falsa señal, colocar objetos sobre los rieles, desviar o romper la vía<sup>47</sup>. Asimismo, puede tratarse tanto de una acción —quitar los tornillos de los rieles— como de una omisión —no señalar un peligro, no hacer un cambio o no poner una señal—. En este último caso cons-

<sup>43</sup> En general se sigue la idea de CREUS, ob. cit., p. 43.

<sup>44</sup> SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 481, citado por FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 246. Agregan estos autores que “no creemos que los subterráneos, si circulan en convoy, no estén comprendidos cuando lo hacen por la superficie, porque siguen haciéndolo sobre rieles fijos y no existen motivos para diferenciarlos de los soterrados. En cambio el alambrecarril transita por el aire, pero no por su propio impulso y levitación como los aviones, sino sostenidos por alambres, con ruta trazada previa y rígida” (ob. cit., p. 246).

<sup>45</sup> SOLER, ob. cit., p. 622.

<sup>46</sup> CREUS, ob. cit., t. IV, p. 43.

<sup>47</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, p. 622.

tituirá un hecho de comisión por omisión (deberá verificarse que no concurren los elementos previstos por el art. 195 del Cód. Pen.), y puede recaer tanto sobre los rieles o sobre la vía –introducción de animales– como sobre el transporte mismo, y aun sobre las personas, como sería dar un somnífero al maquinista o maniatar al conductor del convoy<sup>48</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina ha intentado poner límites a los medios que pueden tipificar este delito. Creus comparte la tesis que considera como medio típico a todo aquel, además de los capaces para producir un descarrilamiento o accidente del tren, que entrafía, con la detención o entorpecimiento del tránsito del vehículo, un peligro para la seguridad del transporte, aunque ese peligro no pueda concretarse con relación al vehículo mismo y sólo sea estimable de modo abstracto<sup>49</sup>. En esa línea, Aguirre Obarrio habla del peligro eventual, de modo que “parece más razonable suponer que se haya pensado en hechos como levantar las vías; aflojar su unión con los durmientes; efectuar un cambio de agujas o trabarlas; falsas señales; destruir puentes, alcantarillas; inutilizar barreras; bloquear la vía (trancos, vehículos)”<sup>50</sup>. Entendida la cuestión desde esta perspectiva, es necesario volver a recordar que las acciones referidas deben ocurrir dentro de un cuadro de circunstancias que origine el peligro común, pues la protección jurídica, de acuerdo a lo explicado al inicio de este capítulo, recae sobre la seguridad común del medio de transporte<sup>51</sup>.

#### a) *El inciso 1º*

La figura básica comprendida en el inciso 1º sólo requiere por parte del autor el empleo de cualquier medio para lograr las finalidades típicas descriptas –detener, entorpecer, descarrilar–, sin necesidad de resultado alguno.

<sup>48</sup> SOLER, ob. cit., p. 622; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 3.

<sup>49</sup> CREUS, ob. cit., p. 43.

<sup>50</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 84/85. Si no se interpreta de esta forma el artículo, serán típicas, conductas como la de detener el tren, avisando al maquinista, cancelar la vía libre, la huelga de maquinistas. Véase MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, en igual página, especialmente la nota 56/7.

<sup>51</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 85.

Esta descripción da lugar a considerar el delito dentro de la categoría de los de peligro abstracto, para algunos autores; de peligro eventual, para otros.

Moreno afirmaba que en este supuesto el delincuente ha empleado algún medio para detener, entorpecer o hacer descarrilar un tren, y no se produce ni descarrilamiento ni accidente. Los ejemplos citados son una explicación de que se está castigando la tentativa de descarrilamiento: “cuando el descarrilamiento se ha evitado porque el maquinista ha detenido el tren notando alterados los cambios; cuando el mismo piloto no ha detenido el convoy, pese habersele hecho señales a esos efectos y con eso ha impedido el choque”<sup>52</sup>. Se trata, entonces, no de delitos de peligro abstracto, sino que al adelantar la punibilidad el legislador ha querido sancionar una conducta de peligrosidad concreta. En este punto la cuestión parece clara. No hay estado de peligro para el tren, sino que se trata de una acción peligrosa, lo que es distinto.

b) *El inciso 2º*

En este supuesto, se trata de que, como consecuencia de la acción del autor, se produce el descarrilamiento del tren o tiene lugar otro accidente.

La cuestión no es sencilla, ya que se podría afirmar que, conforme a los principios antes dados, en cuanto al peligro de las personas en general y a los bienes que se transportaban y si éstos no han sido puestos en peligro, la conducta no sería abarcada por el artículo 191, debiendo tratarse la cuestión en el delito de daño, y ésta es sin duda la solución correcta. Por ende, se hace notar que no todo descarrilamiento producirá estos efectos y, por ende, no sería típico<sup>53</sup>.

c) *El inciso 3º*

La ley agrava la pena, llevándola de tres a diez años de prisión, si a consecuencia del descarrilamiento se producen lesiones a una persona. Hay que recalcar la expresión de la ley, de modo tal que deben ser lesiones causadas de manera directa por el descarrilamiento. La

<sup>52</sup> MORENO, ob. cit., t. V., ps. 357/8.

<sup>53</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 86.

ley no distingue de qué tipo de lesiones se trata, bastando que se haya dado ese resultado para que sé de la agravante, aunque como dice Moreno deberá tenérsela en cuenta a los efectos del injusto y de la graduación de la pena<sup>54</sup>.

d) *El inciso 4º*

La ley califica el tipo penal con pena de reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de una persona, como consecuencia de la acción prevista en la primera parte del artículo.

Moreno afirmaba que si el fin del agente fue matar, el homicidio será calificado<sup>55</sup>.

Rige en estos casos lo afirmado sobre la relación de causalidad y de la imputación objetiva, en cuanto al aumento del riesgo, y su concreción, por una parte, o que la muerte se debe producir como consecuencia directa de la acción del autor. Luego, si la muerte se produce por otro factor causal, como ser la negligencia de la víctima o la caída de la persona en un pozo cuando caminaba para ver qué había pasado, esa muerte no se imputa al autor del hecho previsto en el artículo 191.

3. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que requiere dolo directo. El autor debe haber conocido la aptitud del medio empleado para producir el fin buscado –detener, entorpecer la marcha o hacerlo descarrilar– y haber dirigido su voluntad para alcanzar dicha finalidad. Como ha dicho la doctrina, se exige una intención específica<sup>56</sup>, que lleva a que el hecho, de no darse ese elemento intencional exigido por el tipo, llevará a la atipicidad de la conducta<sup>57</sup>.

Distinta es, según la doctrina, la situación en relación a los resultados previstos por las agravantes. Se trata de resultados preterintencionales, pues si el autor abarca dolosamente su producción nos en-

<sup>54</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 358.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Ya hemos tenido oportunidad de criticar esta posición, aduciendo que todo dolo es específico.

<sup>57</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 4, con citas de GÓMEZ, *Tratado...* cit., t. V, N° 1116; SOLER, ob. cit., t. IV, § 127, III.

contraríamos antes otros delitos –daño, lesiones, homicidio–, debiendo aplicarse las reglas concursales. Creus afirma que el dolo eventual es incompatible<sup>58</sup>.

Nos sigue asaltando la duda de por qué no incluir el dolo eventual, máxime teniendo en cuenta las altas penas que se proponen. En el caso de la muerte de la persona, la pena es mayor que el homicidio doloso, de manera que no hay duda, a nuestro juicio, de que no se trata de un delito preterintencional, sino que el autor debe haber alcanzado el resultado con dolo eventual.

#### 4. *Consumación y tentativa*

El tipo básico –inciso 1º–, no requiere, para la doctrina mayoritaria, la producción de un resultado, sino que basta que se haya empleado un medio idóneo para ello. Por lo tanto, el delito se consume por el empleo del medio con la finalidad típica, sin necesidad de resultado alguno. Por eso Creus afirma que ni siquiera es necesaria la producción de un peligro concreto, entrando en la categoría de delitos de peligro abstracto<sup>59</sup>.

Sin embargo creemos que se trata de una tentativa de descarrilamiento, y así debe ser tratado el problema, por lo que se excluye la tentativa ya que sería un adelantamiento del castigo intolerable, dentro de la sistemática del Código Penal. Y no es un delito de peligro abstracto, sino de una acción peligrosa concreta.

En relación a los restantes incisos –2º a 4º–, las agravantes se darán con la producción del resultado típico, y es admisible, por ende, la tentativa.

### JURISPRUDENCIA

#### 1. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad de los medios de transporte, es la seguridad pública apreciada en sí misma.

CNFed.CCarr., sala II, 22-10-86, “Tato, Saludino”, L. L. 1987-B-282

<sup>58</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 44.

<sup>59</sup> CREUS, ob. cit., p. 44.

## 2. *Tipo objetivo*

Este tribunal en anterior composición ha sostenido que “la colisión entre un convoy y un automotor, bien que constituye un mero accidente, adquiere tipicidad porque la ley argentina no alude a un estrago, ni, como la italiana, a un desastre. Ni siquiera exige que el suceso tenga determinada magnitud” y que “aquel evento constituye accidente en los términos del artículo 191, inciso 2º del Código Penal”.

CNFed.CCcorr., sala I, 18-11-97, “Nonino, Miguel s/Inf. art. 196 Cód. Pen.”, sum. Albremática AJ101877. En igual sentido: sala I, 20-6-91, “Espeche, Carlos Reinoso s/Estrago culposo” y sala II, 22-10-86, “Tato, Saludino”, L. L. 1987-B-282

## 3. *Tipo subjetivo*

Si una persona, con el objeto de detener a un tren o hacerlo descarrilar, se interpone con su vehículo en su marcha produciéndose una colisión, sería punible dentro de los términos del artículo 191 del Código Penal, ya que con el elemento subjetivo, exigido por la ley, provocó un accidente.

CNFed.CCcorr., sala II, 22-10-86, “Tato, Saludino”, L. L. 1987-B-282

## III. **Atentado contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril**

Artículo 192: “Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril”.

### 1. *Antecedentes*

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 afirmaba que se reproducía el artículo 76 de la Ley de Ferrocarriles Nacionales, concordante con el artículo 217 del Código, pero cambiando la pena y se prescribía la misma del artículo 23. Y agregaba: “equiparamos el delito del que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono, destinado al servicio de un

ferrocarril, previsto en el referido artículo 233, con el legislado en el artículo 232, porque juzgamos que en uno y en otro serán idénticos el móvil del agente y los efectos que puedan producirse”<sup>60</sup>.

En cuanto al Código de 1886, regulaba el tema en el artículo 217.

## 2. *Bien jurídico*

Se protege el teléfono, sin embargo, debe ser aclarado que el objeto de protección no es todo teléfono o telégrafo, sino sólo aquellos que están destinados al servicio de un ferrocarril. Todo ello, dentro de los delitos contra los medios de transporte y de comunicación, y, más aún, dentro de los delitos contra la seguridad pública.

## 3. *Tipo objetivo*

El teléfono y el telégrafo se utilizan en los ferrocarriles para dar los avisos de partida y llegada de los trenes y otras indicaciones del tráfico. Como bien afirman Molinario y Aguirre Obarrio, esto se integra al sistema de seguridad, como las señales, bastones, mediobastones, barreras, etcétera<sup>61</sup>. El artículo demuestra la antigüedad del Código, ya que se refiere sólo al ferrocarril; pero hay otros medios de comunicación y otros para conocer, por ejemplo, la posición de los aviones, que no han sido protegidos. La reforma del año 1968 había previsto la cuestión en el artículo 191. Pero con las distintas modificaciones, como se advirtió, la cuestión ha quedado reducida a los medios de comunicación del ferrocarril<sup>62</sup>. Esto demuestra el pensamiento conservador del legislador. Una vez producida la vuelta a la democracia, la cuestión no era ni avalar la reforma del gobierno militar, hecha mediante decretos, ni tampoco huir hacia atrás volviendo al Código de 1921, sino que la tarea debió ser la de dictar una legislación moderna y progresista, dentro del sistema de garantías de la Constitución, para lo cual se debió hacer un estudio y, con límites legales, exigir que la Comisión hiciera una reforma integral del Código en esa dirección. La vuelta hacia 1921 sólo trajo problemas que se intentan solucionar con parches, que a su vez hacen a la ley más conservadora y regresiva.

<sup>60</sup> Citado por MORENO, ob. cit., t. V, p. 360.

<sup>61</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 86 y nota 58.

<sup>62</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 86.

En cuanto a los medios empleados, hay que remitirse al artículo 191.

Al objeto de protección son los elementos relacionados con el ferrocarril.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, habida cuenta de que además se exige un elemento subjetivo del tipo que es la idea no sólo de dañar, sino de interrumpir el funcionamiento del teléfono o telégrafo destinado al ferrocarril.

#### 5. *Consumación*

Se trata de un delito de peligro abstracto, para Creus, ya que sólo tiene en cuenta el acto de interrumpir el funcionamiento, sin tomar otras consideraciones<sup>63</sup>. Molinario y Aguirre Obarrio afirman que se trata de un delito de peligro remoto<sup>64</sup>. Y nosotros creemos que se trata de una acción peligrosa concreta.

### IV. **Atentados contra trenes o tranvías en marcha**

Artículo 193. “Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojaré cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha”.

#### 1. *Antecedentes*

Figuran: el Código italiano, artículo 213; el proyecto de 1891, artículo 234, y el proyecto de 1906, artículo 210. El texto fue derogado por el decreto-ley 17.567 y luego por el decreto-ley 21.338, recuperando vigencia dos veces, por leyes 20.509 y 23.077.

Moreno cita a Padró: “Advertimos que hay una omisión cuando el artículo se refiere únicamente a los trenes y a los tranvías; lo que equivale a dejar fuera de esta represión a los que agrediesen a un automóvil, a un aeroplano, y a cualquiera otros medios de locomoción o de transporte que puede usar el público en sus viajes por los caminos de la República. Luego las pedradas contra un carruaje, contra una

<sup>63</sup> CREUS, ob. cit., p. 44.

<sup>64</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 86.

diligencia de campaña, etcétera, mientras no lesionen a las personas, ni dañen el material, no llevará a la aplicación que prescribe el artículo”<sup>65</sup>.

## 2. *Bien jurídico*

Es el normal funcionamiento de los trenes y de los tranvías, y con ello se afirma, tal como lo dijo Padró, la limitación de la norma.

Las acciones incriminadas “pueden referirse tanto al peligro de lesiones a los pasajeros como al efecto de estos hechos en cuanto a su disposición de viajar, es decir que implican un atentado, no ya contra la seguridad, sino contra la eficacia y beneficios del transporte para la población”, por lo cual Aguirre Obarrio afirma que es discutible si se trata de un delito o de una contravención<sup>66</sup>.

Ramos afirma que el Código ha querido reprimir el hecho frecuente, desgraciadamente, de personas que arrojan piedras, proyectiles o cuerpos contundentes contra un tren o tranvía en marcha. Pero afirma que el Código comete un error de otra naturaleza: “el que arroja esos cuerpos contundentes y produce una lesión leve a una persona, no lo ha hecho sin intención de dañar. No se tira una piedra por gusto contra un tren o al aire; se hace para producir un daño y en ese hecho habría dos delitos que tienen una sola pena porque es un solo acto. Con el mismo acto –tirar la piedra– se está cometiendo el delito del artículo 193 y el delito del artículo 89. En ese caso, por la regla del artículo 54 del Código Penal que establece el concurso formal o ideal de delitos, la única pena que el juez podría aplicar sería la de un año de prisión, y nada más”<sup>67</sup>. Y agrega: “Cualquiera puede apreciar que es mucho mayor el peligro –elemento esencial para todas las altas penas de este Capítulo– en el caso de la piedra arrojada, porque con la velocidad del tren la piedra puede producir hasta la muerte de una persona. El Código fija una pena exactamente igual para este hecho que para el caso de lesiones leves, a pesar de que el previsto en el artículo 193 es un hecho mucho más grave”<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> MORENO, ob. cit., p. 362.

<sup>66</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 87.

<sup>67</sup> RAMOS, *Curso de Derecho Penal* cit., t. VI, p. 236.

<sup>68</sup> RAMOS, ob. cit., p. 236.

### 3. *Tipo objetivo*

El objeto de protección se reduce a los trenes y a los tranvías, de manera que en virtud del principio de legalidad no abarcaría a los demás medios de transporte, ya que de lo contrario sería pura analogía penal, prohibida por ley.

Además, existe otra limitación, consistente en que tanto el tren como el tranvía deben estar en marcha, lo cual lleva a decir a Creus: “y más se limita la esfera de punibilidad en cuanto se requiere que el medio esté en marcha, con lo que no se dará el tipo si la acción se practica sobre el mismo estando detenido, aunque esté en función de transporte”<sup>69</sup>.

La acción consiste en arrojar, esto es, lanzar cuerpos contundentes o proyectiles. Proyectil “es todo objeto que es lanzado por un medio que multiplica la fuerza del brazo del hombre y que, prolongando su alcance, le da un mayor poder de empuje o penetración”<sup>70</sup>. Los ejemplos que se ponen son los de un arma de fuego, rifles de aire comprimido, una honda, etcétera.

Cuerpo contundente es todo objeto cuya resistencia lo hace apto para producir daños en el medio de transporte o contra las propias personas que se transportan.

La diferencia entre ambos medios consiste en que al cuerpo contundente se lo arroja por medio de la mano, en cambio al proyectil por un medio distinto.

### 4. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, ya que el autor debe conocer que se arrojan elementos contundentes contra un tren o un tranvía en marcha.

### 5. *Consumación*

El delito se consuma con sólo arrojar cuerpos contundentes, sin importar el resultado, de modo que es un delito subsidiario. Si la conducta no encuadra en otro delito más severamente penado, ya sea contra la propiedad, contra las personas o contra la misma seguridad de los medios.

<sup>69</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 45.

<sup>70</sup> CREUS, ob. cit., p. 45.

Se trata de un delito de peligro abstracto, según la doctrina mayoritaria, por lo que se niega la tentativa<sup>71</sup>. Para nosotros se trata de un delito de peligrosidad concreta.

### JURISPRUDENCIA

El artículo 193 del Código Penal busca proteger la seguridad de ciertos medios de transporte, seguridad que se resiente cuando a su paso se arrojan cuerpos contundentes o proyectiles, cualquiera sea el propósito perseguido por el atacante. No interesa saber los móviles que determinaron al agente, siendo suficiente que los arrojó voluntariamente.

CNac. de La Plata, 19-6-51, "Burgos, Nildo R.", L. L. 63-750

### V. Entorpecer transportes, comunicaciones y otros servicios

Artículo 194: "El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años".

#### 1. Antecedentes

La ley 20.509 decidió que la norma creada por el decreto-ley 17.567 era más adecuada a las circunstancias, de modo que optó por darle vigencia en base a la Constitución.

El artículo proviene del artículo 251 del proyecto de 1960. En la nota Soler decía, citando los artículos 190 y 191: "Hay mucha diferencia entre el hecho de parar un tren y el de hacerlo descarrilar, para poder reunir a ambos bajo las mismas escalas penales, según lo hace el Código Penal"<sup>72</sup>.

La explicación del decreto-ley 17.567 afirmaba que impedir el

<sup>71</sup> CREUS, ob. cit., p. 46.

<sup>72</sup> Proyecto de 1960, nota al art. 251, en *Digesto de Codificación Penal Argentina*, AZ Editora, Buenos Aires, 1966, p. 485 (121 del original).

tránsito en una carretera, detener un tren o no permitir que en un momento dado se aprovisione con electricidad a un pueblo, son ciertamente hechos delictivos, pero, en circunstancias normales, menos graves que atentar contra la usina o levantar los rieles de la vía por donde ha de pasar un tren. Pero como bien afirmaba Núñez, se dividían estos hechos y se dejaba para los artículos 190, 190 bis y 191 delitos más grave, que con las distintas derogaciones se esfumaron, tal como se ha visto<sup>73</sup>, ello sumado al problema que se suscitaba con el artículo 197, en cuanto habla también de entorpecimiento o interrupción de las comunicaciones telefónicas o telegráficas.

## 2. *Bien jurídico*

Es el normal funcionamiento de los transportes por tierra o aire y los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas<sup>74</sup>. Por lo tanto, hay que tener en claro que no son los medios de transporte en sí, sino el desenvolvimiento de la circulación del transporte por vías públicas. Se incluye no sólo a los medios de transporte destinados al uso público, sino también a los de uso particular. Se protege, como dice Núñez, el desenvolvimiento del hecho del transporte frente a los actos que afecten su modo regular de realizarse materialmente<sup>75</sup>.

## 3. *Tipo objetivo*

Coincide la doctrina en que el presupuesto del delito es que la acción no crea una situación de peligro común; ya ello estaba previsto en los artículos antes citados de la reforma o del propio Código en cuanto fueren típicos, porque se consideró que en estos casos se ve afectado un interés importante de la sociedad<sup>76</sup>.

La acción que se castiga es la de impedir, en el sentido de impedir, Núñez cita el fallo de la persona que impide el transporte cerrando la pertinente vía o colocando cualquier cuerpo que impida

<sup>73</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 93.

<sup>74</sup> NÚÑEZ, *ibidem*.

<sup>75</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 93.

<sup>76</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 47; NÚÑEZ, ob. cit., p. 93; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 89.

el paso de los vehículos (CSJN)<sup>77</sup>. Estorbar es molestar o incomodar, como por ejemplo quien lanza proyectiles contra los vehículos. Entorpecer es perjudicar, hacer más dificultoso el normal funcionamiento de los transportes o servicios, como por ejemplo introducir animales, clavos. Aguirre Obarrio habla de los cortes de rutas, las manifestaciones de protestas, etcétera<sup>78</sup>.

El objeto, como se dijo, son los transportes por tierra, agua, aire y los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, electricidad o sustancias energéticas.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que admite el dolo eventual, ya que el fin inmediato puede ser otro, como una huelga, una protesta, y hasta una venganza o cualquier fin que el sujeto tenga en su mente.

#### 5. *Consumación*

Se consuma el delito al realizar algunas de las acciones, de manera que es instantáneo y material, por lo que sin duda admite tentativa<sup>79</sup>.

#### 6. *Agravante*

La ley 24.192 en su artículo 9º agrava con pena de seis meses a tres años, "al que sin crear una situación de peligro común impidiere, estorbare o entorpeciere, el normal funcionamiento de los transportes e instalaciones afectadas a los mismos, hacia o desde los estadios"<sup>80</sup>.

### JURISPRUDENCIA

#### 1. *Tipo objetivo*

La utilización persistente de una línea telefónica para molestar a terceros

<sup>77</sup> Fallo del 14-8-57, L. L. 89-101.

<sup>78</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 95; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 89; CREUS, ob. cit., p. 47.

<sup>79</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 94; CREUS, ob. cit., p. 48.

<sup>80</sup> Advierta el lector el mal uso de la palabra "mismos", que un buen corrector no hubiera permitido, más aún en una ley de la Nación.

no puede constituir ninguna de las figuras descriptas en el Capítulo II del Título VII del Código Penal, por cuanto no se ha verificado interrupción del servicio sino sólo su empleo, si bien con propósito disvalioso, pero que no afecta el normal funcionamiento de la línea.

CNFed.CCorr., sala I, 3-8-89, "Parisi, Susana", L. L. 1990-B-297

La afectación singular de un teléfono logra la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pues al interrumpirse un teléfono no sólo se incomunica a su titular, sino también a todos los que desean comunicarse con él por esa misma línea, resultando la conducta típica del artículo 194 del Código Penal.

CFed. de San Martín, 14-12-90, "Piñero, Daniel E.", L. L. 1991-C-11

Para que se configure el delito de entorpecimiento de los transportes y servicios públicos debe producirse el trastorno o impedimento del normal funcionamiento de estos servicios en forma efectiva.

CNFed.CCorr., sala I, 23-6-2000, "Barcones, Darío H.", L. L. 2000-F-944

## 2. Concurso

Concurren en forma real los delitos de interrupción de las comunicaciones y hurto realizados por el autor al desconectar la línea telefónica asignada a un tercero para luego utilizarla en su propio beneficio.

CFed. de San Martín, 14-12-90, "Piñero, Daniel E.", L. L. 1991-C-11

Si las medidas de fuerza que dieron origen a la causa tuvieron como consecuencia la efectiva interrupción del tránsito vehicular en una ruta nacional, esas acciones han interferido directamente en la satisfacción de los objetivos de bien público para los cuales la ruta fue establecida, entre los que debe encontrarse el de garantizar el libre desarrollo del tráfico interjurisdiccional.

Dictamen del Procurador General de la Nación en causa "Dafun-  
chio, José y William, Eduardo s/Inf. art. 289 del Cód. Pen.",  
19-4-2001

## VI. El abandono de servicio de transporte

Artículo 195: “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario”.

### 1. Antecedentes

El antecedente es el Código de Holanda, que había sido invocado por el Código de 1891. También es antecedente el artículo 75 de la ley 531.

Moreno afirma que la ley debió tener en cuenta los artículos 919, 960 y 990 del Código de Comercio que se referían a las obligaciones del capitán, del piloto, de los oficiales y demás gentes que tripulan un barco<sup>81</sup>.

El proyecto de 1891 hablaba de que el artículo 236 era la primera parte del artículo 75 de la Ley de Ferrocarriles Nacionales, al cual se agregaba el buque. También se sacó del texto el accidente o el daño a las personas o a las cosas, que caería en otra disposición del Código.

El proyecto de 1906 castigaba el abandono durante el servicio, pero se agregó: “antes de llegar a puerto al término del viaje ferroviario”. Moreno observa que es de notar que la Exposición de Motivos se refiere al puerto de destino y no a cualquier puerto, ya que rigen las disposiciones del Código de Comercio<sup>82</sup>.

El texto responde a la ley 23.077. El decreto-ley 17.567 había agregado correctamente a los comandantes y además incluía al tren, aeronave o un buque, pero en las sucesivas reformas se olvidaron de los aviones.

### 2. Bien jurídico

El artículo del Código se refiere a todos los empleados de un tren o de un buque. Se comprende el castigo, afirma Moreno, porque no sería posible tolerar que los empleados encargados de transportar pasajeros u objetos pudiesen, por cualquier causa no justificada, aban-

<sup>81</sup> MORENO, ob. cit., p. 365.

<sup>82</sup> MORENO, ob. cit., ps. 366/7.

donar el cumplimiento de su compromiso y causar los perjuicios consiguientes. Bastará tener en cuenta lo que puede ocurrir si se deja un tren en medio del campo, o en una estación intermedia, o si se abandona un barco fuera de puerto o antes de su destino<sup>83</sup>.

Se resguarda la seguridad del transporte puesto en peligro por el abandono del puesto de servicio, pero, afirma Núñez, no se protege la efectividad del viaje, como está previsto en el artículo 990 del Código de Comercio<sup>84</sup>.

### 3. *Tipo objetivo*

El delito consiste en que algunas de las personas enumeradas en la ley, y además empleados de un tren o de un buque, abandonan sus puestos de servicio, teniendo en cuenta dos circunstancias: antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

La conducta típica consiste en abandonar el puesto durante el servicio respectivo<sup>85</sup>. Esto implica que el requisito previo para que se dé el presente tipo penal es que el agente se haya hecho cargo del servicio, ya que ése es el extremo que lleva en sí el peligro. En este contexto, no comete el delito la persona que directamente no se presenta a tomar el servicio, ya que ello no está dentro del tipo penal y tampoco es fuente de peligro. Esto equivale a decir que el abandono debe producirse en el lapso que va desde el momento de la partida del vehículo hasta la llegada a su destino final, en la estación o puerto de destino, sin tenerse en cuenta los lugares intermedios. No se castiga el incumplimiento de contrato, teniendo en cuenta que alguno de los agentes se haya comprometido a ir y volver de un destino, pero deja el vehículo en la ida<sup>86</sup>.

Como bien dice Núñez, antes y después del viaje el abandono del gobierno, conducción o seguridad del vehículo, no representará un peligro para el curso del medio de transporte.

<sup>83</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 366.

<sup>84</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 94.

<sup>85</sup> CREUS y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 130, 7; NÚÑEZ, ob. cit., p. 96.

<sup>86</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 7; CREUS, ob. cit., p. 49; NÚÑEZ, ob. cit., p. 97.

Adviértase que todos los autores hablan de un peligro, lo que lleva a que se refuerce la idea de que no es un peligro abstracto, sino una conducta peligrosa.

La ley limita la protección al tren y al buque. Si bien nos remitimos a lo dicho sobre el concepto de buque y tren, en cuanto al primero debe entenderse un barco o navío “con cubierta para realizar empresas o navegaciones de importancia”<sup>87</sup>.

Los autores, en este caso, están especializados por la propia ley. El conductor es el maquinista del tren; el capitán es el comandante de la embarcación o el que lo sustituye (art. 77, Cód. Pen.). El piloto es el encargado de la conducción del buque. Mecánico es el encargado del arreglo de las maquinarias de los vehículos mencionados.

El problema es qué significa la frase “demás empleados”, que había sido reemplazada por personal técnico en las modificaciones posteriores de la ley. Ésta es la interpretación adecuada, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido<sup>88</sup>.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, que admite el dolo eventual. En contra, Creus, pero sin demasiada explicación, ya que no hay ninguna referencia a un motivo especial en la ley<sup>89</sup>.

#### 5. *Consumación*

El delito se consuma con el mero abandono. Parte de la doctrina, basada en una afirmación de Ramos de que se trata de un delito formal<sup>90</sup>, afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, expresando, como Fontán Balestra, que debe tener capacidad potencial para causar peligro, pero este autor inmediatamente agrega que cuando no exista posibilidad de crear una situación de peligro, no se configura el delito. En base a esta construcción afirman que la tentativa no es posible<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 94.

<sup>88</sup> CREUS, ob. cit., p. 49.

<sup>89</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 98; CREUS, ob. cit., p. 50.

<sup>90</sup> RAMOS, ob. cit., t. VI, p. 237.

<sup>91</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 130, 7; CREUS, ob. cit., p. 49.

Ahora bien, con el concepto que estos autores tienen del peligro abstracto, no hay duda de que existe una fuerte contradicción en ambas afirmaciones. Esta idea de afirmar que el delito formal y los de peligro abstracto son la misma cosa, perdura en la jurisprudencia, especialmente en la Casación Penal y en algunos temas como la tenencia de armas de guerra, como se ha visto, y la tenencia de drogas para consumo propio.

En nuestra concepción se trata de conductas peligrosas, que es otra cosa distinta, y no de una peligrosidad abstracta sino concreta, que admite la tentativa.

### JURISPRUDENCIA

No cabe reprochar a título de culpabilidad, ni aun culposa, el abandono de su puesto por parte del encargado de una barrera que es encontrado dormido en la respectiva garita ferroviaria, si resulta probado que el mismo no se entregó al sueño voluntariamente sino, por lo contrario, que ello obedeció a la circunstancia de haber sufrido elevado recargo de trabajo durante tres días seguidos sin haber sido relevado. En tales condiciones se carece de todo sustento para formular el reproche en que consiste el juicio de culpabilidad.

CNFed., Sala Criminal y Correccional, 23-4-68, L. L. 131-1033

## VII. La forma culposa de causar un descarrilamiento, naufragio u otro accidente

Artículo 196: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este Capítulo.

"Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años".

### 1. *Antecedentes*

La norma surge del proyecto de 1891, en cuya Exposición de Mo-

tivos se afirmaba que “es obvia la necesidad de reprimir la culpa en estos casos, pues por las grandes desgracias que cualquier accidente en los trenes o en los buques puede causar, se requiere la mayor atención y prudencia en todo lo relativo a éstos”<sup>92</sup>.

El artículo había sido derogado por los decretos-leyes 17.567 y 21.338 y puesto en vigencia nuevamente por las leyes 20.509 y 21.077. La última modificación fue por la ley 25.189.

## 2. *Bien jurídico*

No se modifica el bien jurídico, sino que se lo refuerza al castigarse la conducta culposa.

## 3. *Tipo objetivo*

En la forma básica se castiga con las mismas fórmulas del delito culposo (arts. 84 y 94). Pero ahora, las acciones culposas deben provocar el descarrilamiento, naufragio u otro de los accidentes previstos en el capítulo. Sigue vigente todo lo dicho sobre la consecuencia directa de la conducta culposa y el resultado previsto. Todo un tema por ejemplo es aquel que analiza si aun con la conducta adecuada al deber objetivo se hubiera producido el hecho. Roxin ha sostenido lo siguiente: “Examínese que comportamiento, según las reglas del riesgo permitido, no se lo hubiera podido imputar al autor como lesión del deber. Con este comportamiento se compara la acción del acusado y se constata si el comportamiento incorrecto ha aumentado la posibilidad de que se produzca el resultado, o si por el contrario el riesgo que representa la acción imprudente es el mismo que existiría si se hubiese cometido una acción peligrosa permitida. En el primer caso, es lícita la condena por delito culposo; en el segundo, no”<sup>93</sup>.

El delito se agrava por la lesión o muerte de una persona. También la relación debe ser directa.

<sup>92</sup> MORENO, ob. cit., p. 367.

<sup>93</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en ZStW 74, ps. 431/432, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos*, en *Revista de Derecho de la Circulación*, Año II, N° 10, octubre 1965, p. 673.

#### 4. *Consumación*

El delito se consuma con los resultados previstos, como todo delito culposo en la estructura del Código Penal.

### JURISPRUDENCIA

En la colisión de un tren con una camioneta, a resultas de la cual el primero debió permanecer detenido aproximadamente cincuenta minutos, se da el delito que prevé el artículo 196 del Código Penal en función de lo que establece el artículo 191, inciso 2º de dicho cuerpo legal.

CNFed.CCorr., sala II, 22-10-86, "Tato, Saludino", L. L. 1987-B-282

### VIII. Interrupción de la comunicación telegráfica o telefónica

Artículo 197: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o telefónica o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida".

#### 1. *Antecedentes*

El artículo había sido derogado por los decretos-leyes 17.567 y 21.338 y fue reimplantado por las leyes 20.509 y 23.077.

Originalmente, la base es el artículo 238 del proyecto de 1891, y decía la Exposición de Motivos "que era una reproducción del artículo 50 de la ley del 7 de octubre de 1875, sobre telégrafos nacionales, pero se agregaba la palabra 'o telefónica', y después de la cláusula el que interrumpiere la comunicación telegráfica, porque la comunicación telefónica, muy extendida en la República, merece igual protección que la telegrafía; y 2º La substitución de las penas que el artículo vigente establece por la de penitenciaria de conformidad con el plan del proyecto"<sup>94</sup>.

<sup>94</sup> MORENO, ob. cit., p. 370.

## 2. *Bien jurídico*

Se pregunta Ramos: “estos hechos –interrumpir la comunicación– son más frecuentes en el teléfono que en el telégrafo. Aquí vuelven a aparecer los errores. ¿Qué diferencia hay entre interrumpir la comunicación telegráfica, como dice el artículo 197, y ejecutar un acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo, a que se refiere el artículo 192? No hay ninguna diferencia, salvo que el artículo 197 abarca el telégrafo de un ferrocarril y el telégrafo nacional y el artículo 192 sólo se refiere al telégrafo de un ferrocarril. Sin embargo, en el artículo 192 son gravísimas las penas para el que interrumpiere la comunicación del telégrafo de un ferrocarril, y por el artículo 197 son de seis meses a dos años. El hecho es el mismo; puede producir las mismas consecuencias”. Y concluye afirmando que ambos artículos debieron refundirse en uno solo, con mejor redacción<sup>95</sup>.

## 3. *Tipo objetivo*

Se contemplan dos tipos penales, que tienen los mismos objetos. El primero es la interrupción o el entorpecimiento de la comunicación telegráfica o telefónica, y el segundo tipo penal en cuestión es la resistencia violenta al restablecimiento de la comunicación que había sido interrumpida.

### a) *Interrupción o entorpecimiento de la comunicación telegráfica o telefónica*

El problema fundamental de este tipo penal es si alcanzan a los servicios privados, más aún cuando el decreto-ley 21.338 había agregado la exigencia de que sean públicos o puestas al servicio público.

Creus, a pesar de la derogación del artículo y que la norma nada dice, afirma que la idea de lo público está presente habida cuenta del bien jurídico protegido, esto es, la seguridad pública. Y pone como ejemplo la intercomunicación dentro de un establecimiento rural<sup>96</sup>. Sin embargo, hay que dejar en claro que el ejemplo puesto es sobre algo privado, en el sentido de que se trata del interior de una propiedad.

<sup>95</sup> RAMOS, ob. cit., t. 6, p. 237.

<sup>96</sup> CREUS, ob. cit., p. 51.

En cambio el tipo abarca las publicaciones puestas al servicio público, aunque se hayan privatizado, porque ni del espíritu de la ley ni del texto legal ni del bien jurídico protegido se los puede excluir, como serían los servicios telefónicos, habida cuenta del servicio público que prestan.

Para Aguirre Obarrio, interrumpir es introducir una solución de continuidad en el curso de la comunicación. En cambio entorpecer es dificultar la comunicación, agregando que se ha considerado que no basta una breve demora<sup>97</sup>.

b) *Resistencia violenta al restablecimiento de la comunicación interrumpida*

La resistencia al restablecimiento de la comunicación exige que el servicio, por cualquier motivo, se haya interrumpido, y la misma debe ser violenta. De acuerdo a lo que la ley entiende por violencia en el robo, debe entenderse que se trata de un ataque a una persona, ya que así se lo ha entendido en la sistemática del Código. En este aspecto entendemos que Creus extiende el tipo, ya que habla de destrucción del trabajo de una persona, porque eso sería fuerza<sup>98</sup>.

4. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso y dada la forma de la redacción es difícil pensar el dolo eventual, aunque ello es posible.

5. *Consumación*

El delito se consuma con la interrupción o el entorpecimiento, y la violencia de no permitir el restablecimiento.

La pregunta es si varios actos de entorpecimiento son acciones distintas, y dadas las características del delito la respuesta es negativa, salvo que se haya hecho la denuncia y el agente reinicie las molestias.

Deben tenerse presente los artículos 188 y 190 y lo afirmado anteriormente por Ramos.

<sup>97</sup> Hay variados ejemplos jurisprudenciales en MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 90: Discar un número y mantener la comunicación, de modo que nadie pueda llamar a ese número.

<sup>98</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II-B.

JURISPRUDENCIA

1. La figura del artículo 197 de Código Penal es específica y desplaza a la figura general del artículo 194, pues no se trata de cualquier entorpecimiento o interrupción sino aquella que afecta la seguridad común.

2. Para que se configure el delito previsto en el artículo 197 del Código Penal, es necesario que la utilización del teléfono, por su reiteración e intensidad, implique perjuicio no sólo para el titular de la línea, sino para el servicio y su conjunto.

3. El uso anormal e ilícito del teléfono, que por su intensidad o reiteración alcance a interrumpir o entorpecer la comunicación telefónica —lo que supone cierto nivel que no puede establecerse a priori— puede llegar a integrar la infracción del artículo 197 del Código Penal, aun cuando las acciones criminosas incidan sobre uno solo de los aparatos.

4. La conducta desplegada por el imputado se encuadra en la figura del entorpecimiento de la comunicación telefónica del artículo 197 del Código Penal, por la que debe responder penalmente, ya que por su condición de empleado policial afectaba la seguridad pública, pudiendo comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, es decir que ha obrado con dolo directo, siendo penalmente responsable ya que no existen excusantes, atenuantes ni agravantes que merezcan una consideración relevante para este caso.

5. El artículo 197 se trata de una figura especial con relación al artículo 194, que alude a los servicios públicos de comunicación en general, ya que la norma bajo examen se refiere en forma específica a los servicios telegráficos y telefónicos que, aunque la ley no lo exprese, son los que están destinados al público. La acción típica consiste en interrumpir o entorpecer el servicio mencionado, y para consumar el delito no basta entonces con dañar aparatos o instalaciones sino que es menester que se produzcan también los efectos interruptivos o entorpecedores a que se ha hecho referencia, como tampoco es suficiente que los mismos se proyecten sobre un usuario determinado sino que deben extenderse a la generalidad de ellos (del voto en disidencia del Dr. Pellegrini).

5. El tipo del artículo 197, primer supuesto, difiere de la figura del artículo 192 en que ésta es una figura de peligro abstracto, que no

requiere éxito en los actos realizados por el autor, tendientes a interrumpir o entorpecer el servicio de telégrafo o teléfono, que además pertenece al ferrocarril; mientras que el tipo del artículo 197 tipifica un delito de resultado, consistente en la interrupción o el entorpecimiento del servicio telegráfico o telefónico en general. Es un delito doloso, instantáneo y material, que se consuma en el acto de interrupción o del entorpecimiento y que no admite tentativa (del voto en disidencia del Dr. Pellegrini).

CPen. de Concepción, Tucumán, 4-7-99, "Jotallán, Dardo Rubén s/Fraude a la administración pública y otro delito". récord lógico Albremática STPJTUCUMAN 15472

## CAPÍTULO III

### PIRATERÍA

SUMARIO: I. Introducción. 1. Problemas terminológicos. 2. Derecho Comparado. 3. La piratería en el Derecho Internacional. 4. Lugar y tiempo de comisión del delito en Derecho Internacional. 5. Ley aplicable. II. Bien jurídico protegido. III. Antecedentes legislativos. IV. Piratería y corso. V. Tipo penal: distintas modalidades. 1. Piratería marítima (propiamente dicha). 2. Piratería aérea. 3. Usurpación de comando o mando. 4. Connivencia con piratas. 5. Oposición a la defensa contra piratas. 6. Equipamiento de buque o aeronave pirata. 7. Tráfico pirata. Jurisprudencia. VI. Figura agravada por muerte. 1. Competencia.

#### I. Introducción

Afirma Alicia Rodríguez Núñez que se conoce la piratería desde que las naves comenzaron a surcar los mares. Encuentra que la palabra "pirata" proviene del griego *peirates* que fue posteriormente recogida por los romanos para designar al depredador de los mares. También se encuentran referencias en las inscripciones asirias, caldeas o cretenses, pero la época de oro de la piratería se inicia en el siglo XV, debido a las nuevas rutas comerciales, y tiene su prolongación, en este sentido clásico, hasta que los Estados se hacen con armadas potentes en el siglo XVIII<sup>1</sup>.

En 1609 Grocio publica un folleto en Leyden (Holanda) de título *De mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad indicana commercia disetatio*. En ese escrito se sustenta fundamentalmente la

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, *El delito de piratería*, en ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia, vol. L, 1996, p. 211. Hemos tomado como referencia este artículo, tanto en los antecedentes, en el bien jurídico, así como en el Derecho Comparado y las normas internacionales vigentes.

libertad de comercio y tránsito por los mares, con la particularidad de que ese tránsito se extiende más allá del mar territorial, en donde el Estado ribereño tiene un derecho exclusivo de pesca y navegación. Pues bien, con la idea de proteger la libertad de comercio es que se admite la utilización de todos los medios, inclusive las armas<sup>2</sup>.

### 1. *Problemas terminológicos*

La doctrina ha distinguido entre el pirata, el corsario, el filibustero y el bucanero. El corsario es aquel que arma un barco privado para realizar objetivamente la misma actividad que el pirata, pero con la diferencia de que su actuación es bajo la cobertura de una patente de corso o carta de marca concedida por un Estado, que puede encontrarse o no en guerra declarada con otro país. Esto le permite, mediante el uso de la bandera, la captura de barcos enemigos o de los aliados, además de barcos neutrales que abastezcan al enemigo. En compensación recibe parte del botín, con el fin de resarcirse de los gastos que le ha supuesto la empresa<sup>3</sup>.

Sin embargo, el corsario se puede transformar en pirata cuando excede la patente y el Estado que la expidió no se responsabiliza por esa actuación. Esta diferenciación es clave, en el sentido de que el pirata no navega bajo la bandera de ningún país y, por ende, actúa en beneficio propio<sup>4</sup>.

Los filibusteros, afirma la autora antes citada, son los piratas de los mares del Caribe y de las Antillas, mientras que los bucaneros, en un principio, estaban dedicados a aprovisionar a los filibusteros, aunque terminaron uniéndose a ellos<sup>5</sup>.

Tanto las actividades de los piratas como la de los corsarios repugnan a la comunidad internacional. Ya Alberico Gentili, en su obra publicada en 1613, *Hispanicae advocationes, libri duo*, había realizado fuertes críticas a las patentes de corso, que termina en la llamada Declaración de París del 16 de abril de 1856, en la cual expresamente se condenan las patentes de corso. Sin embargo, hay que hacer notar

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 212.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

que algunos países conservaron en su legislación tal derecho, y esto es claro en la propia regulación de la piratería en la ley penal argentina, que en su artículo 198 todavía se habla de que los actos en él enumerados se castigan cuando no se tiene autorización de alguna potencia beligerante o se actúe más allá de esa autorización.

Actualmente, y como se verá más adelante, la piratería es un delito internacional que Glaser define como todo “hecho contrario al Derecho Internacional y de tal manera nocivo a los intereses protegidos por este derecho que en las relaciones entre los Estados se establece una regla atribuyéndole un carácter criminal”<sup>6</sup>. Ahora bien, el Derecho Internacional ha pasado a formar parte de las distintas legislaciones, en donde se adecuó la legislación al Derecho interno.

El Capítulo III del Título VII asegura esta idea de perseguir la piratería, coincidiendo en este sentido con los documentos internacionales, de manera que habría cierta concordancia en este sentido, aunque no en el aspecto de los corsarios.

Desde el aspecto de la doctrina internacional, el fundamento del castigo de la piratería “es garantizar la libertad de circulación de mercancías y personas en los mares y en el espacio aéreo que se encuentran fuera de la jurisdicción de los Estados, por lo que esta protección correspondería a la comunidad internacional, en virtud del principio de justicia universal que es la meta de toda la comunidad de Estados en su lucha contra la impunidad de cualquier delito que ponga en peligro los bienes jurídicos en los que se basa la convivencia internacional. Esto supone, como excepción al principio de jurisdicción del Estado de bandera o al de territorialidad, la aplicación extraterritorial de la ley penal de los Estados, lo que puede derivar en conflictos de competencia, en la lucha internacional contra la piratería, tanto marítima como aérea”<sup>7</sup>. De modo que de manera excepcional se pueden ejercer derechos de soberanía sobre alta mar y el espacio aéreo que se encuentra sobre ésta.

Para ello se aclara que la nacionalidad de un barco o de una aeronave se relaciona directamente con la bandera que éstos portan, que

<sup>6</sup> GLASER, S., *Introduction a l'étude du Droit International Penal*, Bruselas-Paris, 1954, p.7, citado por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 213.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 214.

es la del país en el que están matriculados y a cuya jurisdicción están sometidos. Sin embargo, observa Rousseau que hay dos excepciones al principio de la competencia del Estado de bandera: el derecho de persecución y la piratería. Estas normas, que tienen su origen en la costumbre, arbitran un derecho recíproco de policía y de jurisdicción a los Estados para reprimir la piratería<sup>8</sup>.

## 2. Derecho Comparado

Se ha hecho notar que en el Derecho Comparado el delito de piratería se ha legislado de distintas formas: algunos países incluyen a la piratería en sus códigos penales, otros en leyes especiales y, finalmente, una especie de método mixto, colocando las disposiciones en el Código Penal y además en leyes especiales. El Código Penal de Alemania en el § 250, N° 30, tipifica el hecho como un robo cualificado que puede ser juzgado por los tribunales alemanes en virtud del § 6, número 9, ya que se trata de hechos que también se persiguen cuando se cometen en el extranjero, en virtud de un tratado internacional, de obligado cumplimiento para la República Federal Alemana. En Portugal se configura un delito de “atentado contra la seguridad en el transporte por aire, agua o vía férrea” en el artículo 288 que podría aplicarse a los casos de piratería. Brasil recoge en el artículo 261 el “atentado contra la seguridad del transporte marítimo, fluvial o aéreo” dentro de los “Crímenes contra la seguridad de los medios de comunicación y transporte y otros servicios públicos” y prevé, en el § 2, una pena agravada cuando los hechos se realicen con fin de lucro. El Código Penal de Cuba regula la piratería en los artículos 117 y 118, que componen la sección séptima de los *Delitos contra la paz y el Derecho Internacional*, aunque también incluye actos que se puedan producir dentro de las aguas y del espacio aéreo territoriales y que no pueden considerarse genuinos delitos de piratería internacional; el de México le dedica el Capítulo I, de los *Delitos contra el Derecho Internacional*, con los artículos 146 y 147, sin especificar el lugar de comisión y haciendo mención al corso<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, Paris, 1980, t. IV, p. 328, citado por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 214.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 216/217.

En cambio, Italia ha tipificado la piratería en leyes especiales, especialmente en los artículos 1135 y 1136 del regio decreto del 30 de marzo de 1942. La *Approvazione del testo del Codice della Navigazione* N° 327, recoge expresamente la piratería marítima. En el artículo 1135, castiga la piratería, en concordancia con la Convención de Ginebra, pero no especificando el lugar de comisión, y el artículo 1136 considera que una nave es sospechosa de piratería cuando va abusivamente armada o no lleva los documentos de a bordo. La ley 342 del 10 de mayo de 1976 sobre *Repressione dei delitti contro la sicurezza della navigazione aerea*, en el artículo 1º, tipifica la piratería aérea, al igual que el apoderamiento ilícito de aeronaves; en el artículo 3º se enumeran los casos en que ha de intervenir la justicia italiana: 1) cuando la aeronave esté matriculada en Italia; 2) cuando la aeronave aterrice en territorio italiano con el autor del delito a bordo; 3) cuando la aeronave haya sido alquilada por una entidad o persona física que tenga su domicilio en Italia; 4) cuando el autor se encuentre en territorio italiano y no se conceda su extradición<sup>10</sup>.

Francia tiene un sistema mixto. En el capítulo *Des atteintes aux libertés de la personne* del Código Penal dedica la Sección II, *Du détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport*, cuyo artículos 224-6 y 224-7 serían aplicables en caso de piratería aérea, aunque no se exija un lugar específico para la comisión del delito; la ley del 10 de abril de 1825 *Pour la sureté de la navigation et du commerce maritime* dedica el título primero al crimen de piratería con varios tipos de piratería marítima, que son más amplios que los recogidos en la Convención de Ginebra<sup>11</sup>.

### 3. La piratería en el Derecho Internacional <sup>12</sup>

En el Derecho Internacional existen dos convenciones que definen expresamente el delito de piratería: la Convención sobre alta mar del 29 de abril de 1958, llamada Convención de Ginebra, que regula el tema en el artículo 15, y la Convención sobre el Derecho del Mar

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 217/8.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 218.

<sup>12</sup> Se sigue casi textualmente a RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 218 y ss.

del 10 de diciembre de 1982, llamada Convención de Montego Bay, que tiene disposiciones sobre el tema en el artículo 101.

Las convenciones mencionadas tienen de manera general los principios de Derecho Internacional establecidos consuetudinariamente y admitidos durante siglos por los Estados.

Sin embargo el concepto de piratería ha evolucionado en el Derecho Internacional, evolución que debería ser tenida en cuenta en Argentina, a los efectos de una futura reforma del Código Penal. Especialmente a nuestro juicio, el problema se presenta con las llamadas patentes de corso.

Cuando estaban legalizadas las patentes de corso, cualquier acto que excediese lo expresamente autorizado por el Estado que concedía la patente era considerado como realizado con *animo furandi* y por tanto como piratería. Esta idea está en la ley argentina. La utilización de varias patentes de diferentes Estados también se castigaba como piratería.

Además, algunos Estados, afectados por situaciones de guerra no declarada, intentaron aplicar la piratería a buques de rebeldes que luchaban contra un poder constituido cuando lo hacían con fines políticos, dándose varios casos durante las guerras de independencia de las colonias americanas contra España y de los Estados de América del Norte contra Gran Bretaña, tal como lo hace notar Rodríguez Núñez.

También se calificó de piratería al contrabando de guerra realizado por buques neutrales que intentaban hacer llegar armas o mercancías prohibidas a uno de los ejércitos contendientes, cuando eran sorprendidos por el bando contrario.

El amotinamiento de la tripulación o de una parte de los pasajeros de un buque para matar al capitán y apoderarse de su propio barco y de las mercancías con fines privados también fue calificado como piratería.

Con ocasión de la Convención sobre la supresión de la esclavitud celebrada en Ginebra de 1956, Gran Bretaña propuso que se incluyera la trata de esclavos como acto de piratería, pero la propuesta fue rechazada.

Posteriormente, la Harvard Law School elaboró un proyecto de Convención en 1932 que cuajó en la Convención sobre la alta mar celebrada en Ginebra en 1958, proporcionando un concepto internacional de piratería que clarifica los actos que constituyen este delito. Se ha mantenido prácticamente el mismo concepto de piratería en la III Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar celebrada en Montego Bay (Jamaica) en 1982.

También es necesario aclarar que tomando esta idea, las legislaciones recogen como delito de piratería una serie de actividades que sólo pueden ser consideradas como piratería por analogía, como ser los motines navales sobrevenidos a bordo de navíos de guerra, que no son actos de piratería a menos que la tripulación amotinada realice actos de depredación sobre otros navíos, o el apoderamiento ilícito de aeronaves, en algunos casos. En este sentido, el artículo 198 de nuestro Código Penal trae este tipo de normas, en los incisos 3º y 4º.

En cuanto a este último, en la legislación norteamericana se recoge con acierto la diferencia entre *aircraft piracy*, que reúne los requisitos de la piratería del artículo 15 de la Convención de Ginebra, e *hijacking*, que se corresponde con el apoderamiento ilícito de aeronave que no cumple los requisitos de la piratería.

En la actualidad, afirma Rodríguez Núñez, hay casi unanimidad al determinar "que los actos de piratería son actos ilegales de violencia, que sólo pueden llevarse a cabo entre buques o aeronaves no beligerantes. En caso de guerra no declarada, la consideración a los rebeldes como piratas no ha sido admitida por la comunidad internacional en tanto y en cuanto los rebeldes no ataquen buques o aeronaves de terceros países. El Derecho Internacional se inclina por el tratamiento de estos rebeldes como prisioneros de guerra. Si los insurgentes no son reconocidos por el Estado como rebeldes, aquél no podrá solicitar ayuda de terceros países para reprimir ataques de piratería. Si el Estado reconoce a los insurgentes como rebeldes podrá defenderse considerando la situación como un estado de necesidad o una legítima defensa. Sólo en el caso de que los insurgentes no se atengan a las reglas del Derecho de la Guerra podrán ser tratados como piratas"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 220.

También hay unanimidad en considerar que los buques o aeronaves de guerra o estatales no pueden cometer actos de piratería cuando actúan bajo el mandato de su Estado de bandera, pues en estos casos ese Estado será responsable de juzgar los delitos cometidos. Por tanto, la piratería no puede ser cometida con la autorización de un Estado. Sin embargo, en el Acuerdo de Nyon, firmado el 14 de septiembre de 1973, por Francia, Rumanía y Yugoslavia, se convino que serían actos de piratería los que llevaran a cabo en el Mar Mediterráneo los submarinos, aeronaves o buques que violaran las reglas del Derecho de Guerra recogidas en el Tratado Naval de Londres de 1930, a causa del perjuicio que se infería a la libertad del tráfico marítimo<sup>14</sup>.

Por eso se ha sostenido, modernamente, “que el pirata tiene que ser un particular que, desde una nave o una aeronave privada actúa violentamente contra otra nave o aeronave con el fin de obtener algún provecho para sí mismo. El concepto de ‘propósito personal’, recogido en el artículo 15 de la Convención de Ginebra y posteriormente en el artículo 101 de la Convención de Montego Bay, se ha ampliado pues ya no se reduce al simple *animus furandi*, que apuntaba a la rapiña con beneficio económico, sino que puede ser cualquier tipo de beneficio de tipo personal, así: el afán de notoriedad, el odio, la venganza o atraer la atención sobre problemas personales, que no tengan que ver con la disensión política, o la discriminación religiosa o racista”<sup>15</sup>.

Tampoco es necesario que el ataque violento se plasme en una agresión física; puede ser una amenaza de violencia física o una intimidación a través de una amenaza. Da lo mismo que la detención del transporte se realice directamente por los piratas o por el capitán o comandante bajo la presión de una amenaza a ellos mismos o a los pasajeros. No es necesario que la amenaza llegue a cumplirse para que se consume el delito; el mero intento del ataque ilegal es suficiente.

#### 4. *Lugar y tiempo de comisión del delito en el Derecho Internacional*<sup>16</sup>

El delito de piratería debe cometerse en un lugar que no esté so-

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 221.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222.

metido a la jurisdicción de ningún Estado, con lo cual se da la posibilidad de la existencia de la llamada piratería marítima (en alta mar), aérea (en la zona aérea sobre la alta mar) e incluso terrestre (zonas de Polos o *terra nullius*), cuyo objeto puede ser tanto otra nave o aeronave o las personas y las mercancías que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de un Estado.

El objeto de la piratería es cualquier tipo de nave o aeronave y las personas y mercancías que se encuentren a bordo. Aquí no se hace distinción entre naves o aeronaves privadas, de guerra o de Estado.

No hay unanimidad sobre el tiempo en que se puede cometer el delito de piratería; para unos autores sólo se puede realizar en tiempo de paz mientras que para otros también es admisible durante las guerras entre beligerantes.

### 5. Ley aplicable<sup>17</sup>

En el Derecho Internacional, el pirata pierde la protección de su Estado de bandera y por tanto puede ser apresado por cualquier Estado que podrá juzgarlo o conceder su extradición, según lo establecen el derecho consuetudinario y el artículo 19 de la Convención de Ginebra. Perder la protección del Estado de bandera no quiere decir que el buque o aeronave pirata pierda su nacionalidad, que seguirá rigiéndose “por la ley del Estado que la haya concedido”, pero en cuanto a los actos de piratería se le podrá aplicar la ley nacional del Estado captor si éste no concede la extradición, siguiendo el *principio aut tradere aut punire*. Sólo los buques o las aeronaves militares o los estatales especialmente autorizados podrán ejercer el derecho de capturar por causa de piratería. Esto no implica que si un buque o una aeronave mercantes son atacados por piratas no puedan defenderse y pedir socorro al buque de guerra o a la aeronave militar más cercanos. Sólo los buques de guerra podrán investigar el pabellón de naves mercantes (derecho de investigación del pabellón) y visitar las naves sospechosas de piratería (derecho de visita). Todas estas normas están también recogidas en la Convención de Montego Bay.

Por último, la Convención de Ginebra, en su artículo 16, asimila

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 222/3.

a la piratería los actos cometidos “por un buque de guerra o un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave”. La misma Convención recoge en el número 2 del artículo 15 otra figura asimilada: la participación dolosa en la utilización de un buque o aeronave piratas aunque no se cometan actos de piratería.

El número 3 del artículo 15 eleva a la condición de autoría el incitar o ayudar dolosamente a cometer actos de piratería incluso en sus formas asimiladas.

## II. Bien jurídico protegido

Los tipos penales contenidos en este capítulo protegen la seguridad del transporte naval o aéreo. Por ello, no resulta sencillo encontrar diferencias con las contenidas en el capítulo anterior que tutela la seguridad de los medios de transporte y de comunicación. Se ha sostenido en este sentido que “probablemente por las características especiales que asumen estos actos peligrosos o dañosos para aquella seguridad, la ley ha preferido agruparlas en un capítulo autónomo”<sup>18</sup>.

Como lo expone Gómez, el delito de piratería no aparece previsto en todos los códigos penales. Su represión suele ser estatuida por leyes que se refieren a él expresamente, y particularmente las llamadas normas del Derecho de Gentes que son universalmente aceptadas, especialmente por las características propias de este delito, ya que la piratería es un hecho que, por sus modalidades y por el lugar de su comisión, afecta indeterminadamente a los Estados en su conjunto. De ahí que, con mucha generalidad, se diga que es un delito internacional<sup>19</sup>. Pero sobre su ubicación en los códigos penales no ha existido ni existe coincidencia; “la piratería ha sido mirada tan pronto como un delito contra la seguridad pública, o contra la propiedad, o contra el Derecho de Gentes, sea por atentar contra la paz internacional, sea por lesionar la seguridad exterior del Estado. La

<sup>18</sup> CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 2, p. 53.

<sup>19</sup> GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, p. 80.

ciencia y las legislaciones clásicas vieron en la piratería un delito contra el Derecho de Gentes. Es la tendencia predominante”<sup>20</sup>.

En muchos casos, las conductas previstas en el artículo 198 podrán afectar subsidiariamente otros bienes jurídicos tales como la libertad o la propiedad. En este último supuesto, por ejemplo, no diferirá del robo, sino por el hecho de cometerse en el mar, pero la prevalecencia de la seguridad pública por sobre los otros bienes jurídicos atacados, debido a la magnitud que pueden adquirir estas acciones, coloca en un primer plano la seguridad común y es lo que ha decidido su inclusión en este capítulo.

Para Fontán Balestra, “aparece como característica la tutela de la libertad de los mares, y en las modernas legislaciones también en el aire, en cuanto de ellos pueda derivar gran alarma”<sup>21</sup>. También para Soler se trata de un delito “contra la libertad de los mares, y de ahí también las relaciones que guarda con el Derecho Internacional, lo que hace que algunas legislaciones lo clasifiquen en el Derecho interno como un delito contra el Derecho de Gentes”, pero explica seguidamente que, en estos casos, “la libertad de los mares y del aire queda efectivamente coartada porque se han puesto motivos de inseguridad en su tránsito; se han suscitado peligros extraños a los riesgos de la navegación misma”<sup>22</sup>.

### III. Antecedentes legislativos

Como primer antecedente, puede citarse la ley 49 del 14 de septiembre de 1863, que designaba los crímenes de competencia nacional y establecía su pena. En el Título III, artículo 11, se establecían ocho incisos y, como no podía ser de otro modo, sólo se refería a la piratería en el mar y ríos navegables<sup>23</sup>. Completaban el título el artículo 12 que contenía las penas y el artículo 13 que establecía las circunstancias de agravación.

<sup>20</sup> NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, vol. 1, p. 99.

<sup>21</sup> FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. VI, p. 314.

<sup>22</sup> SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, ps. 543 y 544.

<sup>23</sup> El art. 11 decía: “Se comete piratería: 1) practicando en el mar o en los ríos de la República algún acto de depredación contra argentinos o súbditos de otra nación

El Código de 1887 no legisló al respecto y la figura mantuvo su vigencia tal y como se había establecido en la citada ley 49.

El proyecto de 1891, que tuvo el propósito de insertar en el Código los delitos que se encontraban regidos por leyes especiales de jurisdicción federal, incluyó el capítulo sobre piratería, citando como antecedentes la ley 49 y el artículo 383 del Código holandés, introduciendo algunas modificaciones.

El tipo penal se mantuvo en el proyecto de 1906 y luego ocurrió lo mismo con el Código sancionado por la ley 11.179 del 30 de septiembre de 1921, promulgada el 29 de octubre de 1921 y que comenzó a regir el 29 de abril de 1922<sup>24</sup>.

Recién en la reforma del año 1968, el decreto-ley 17.567 incluyó la piratería aérea en el artículo 198, y, posteriormente, se incorporó la figura agravada del artículo 199.

El texto actual tiene como base el decreto-ley 17.567 del 1968, y las leyes 20.509 y 23.077, respectivamente.

que no se halle en guerra con la Argentina; 2) cuando abusando de la patente de corso legítimamente concedida, se practicase algún acto de depredación o cualquier hostilidad contra los buques de la República, o de otra nación contra la que no se hubiere recibido autorización para hostilizar; 3) apoderándose de algún buque, o de lo que pertenece a su equipaje, por medio de fraude o de violencia cometida contra su comandante; 4) entregando un buque a los piratas, o lo que pertenece a su tripulación; 5) oponiéndose con amenazas o con violencias a que el comandante o la tripulación defiendan el buque atacado por piratas; 6) navegando armada cualquiera embarcación sin pasaporte, sin matrícula para el equipaje u otro documento que pruebe la legitimidad de su viaje; 7) traficando el argentino o el extranjero residente en la República con piratas conocidos, suministrándoles cualquier auxilio, o manteniendo inteligencia con ellos; 8) navegando un buque armado, con dos o más patentes de diversas potencias”.

<sup>24</sup> El art. 198 decía: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años: 1º El que practicare en el mar o en los ríos de la república algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que el buque por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de alguna potencia reconocida; 2º El que, abusando de una patente de corso legítimamente concedida, practicare algún acto de depredación o cualquier hostilidad contra buques de la república o de otra nación para hostilizar a la cual no estuviere autorizado; 3º El que se apodere de algún buque o de lo que perteneciere a su equipaje, por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante; 4º El que entregare a piratas un buque, su carga o lo que perteneciere a su tripulación; 5º El que, con amenazas o

#### IV. Piratería y corso

Antes de comenzar el análisis de las distintas disposiciones que contempla el artículo 198 y para una mejor comprensión del tema, consideramos de utilidad efectuar algunas precisiones sobre la institución del corsario y su distinción con la piratería. La mencionada institución, como lo explica Soler, “es una antiquísima práctica derivada del principio bélico según el cual en la guerra es lícito inferir al adversario el mayor mal posible”<sup>25</sup>. En el mismo sentido, para Núñez, “el corso designa un medio auxiliar de guerra u hostilidad, y la concesión para emplearlo debe mirarse como una consecuencia del poder para hacer la guerra”<sup>26</sup>. La diferencia entre piratería y corso estaba dada, esencialmente, en que en este último supuesto el buque del corsario contaba con la autorización de un país beligerante para actuar contra otros buques de bandera enemiga; por ello, el corsario con patente nunca podía ser considerado pirata.

Debido a estas características, se lo ha definido como “el particular autorizado por el Estado para que, a su propio riesgo y con su propio barco, efectúe actos de depredación o violencia contra el enemigo, quedándose con lo que aprese. El pirata, en cambio, obra sin autorización, sea en tiempo de guerra o de paz”<sup>27</sup>. En consecuencia, el acto de depredación o violencia debía considerarse como de piratería si se realizaba sin contar con la autorización de alguna potencia beligerante o excediéndose los límites de la autorización legítimamente concedida por nuestro país o por una potencia beligerante. Dicha autorización se concedía mediante la denominada “patente de corso”.

En nuestra legislación, estaba prevista en la Constitución Nacional, que en sus artículos 67, inciso 22, y 86, inciso 18, autorizaba expre-

violencias, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque atacado por piratas; 6° El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque destinado a la piratería; 7° El argentino o extranjero residente en la república que traficare con piratas o les suministrare auxilios; 8° El comandante de un buque armado, que navegare con dos o más patentes de diversas potencias”.

<sup>25</sup> SOLER, ob. cit., p. 545.

<sup>26</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 102.

<sup>27</sup> LEVENE, Ricardo (h), *Piratería*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1964, t. XXII, p. 332.

samente al Congreso Nacional y al Poder Ejecutivo, respectivamente, para conceder la patente de corso. Luego de la reforma del año 1994, esta posibilidad podría considerarse comprendida en los artículos 75, inciso 26 y 99, inciso 15.

Sin embargo, en el análisis de su vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, debe tenerse presente que nuestro país, mediante la ley 90 del 1º de octubre de 1856, adhirió a la Convención de París del día 16 de abril del mismo año que declaró que el corso quedaba abolido. Por tal razón, la doctrina nacional mayoritaria ha considerado que después de aquel acto nuestro país no podría conceder patentes de corso contra los países signatarios<sup>28</sup>.

## V. Tipo penal: distintas modalidades

El artículo 198 del Código Penal establece que “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años” los tipos establecidos en sus siete incisos, los que deben ser analizados separadamente, dado que son tipos penales en principio independientes.

### 1. *Piratería marítima (propriadamente dicha)*

Inciso 1º: “El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida”.

En palabras de Pacheco, “la piratería es de por sí un crimen tan bajo como feroz. Es el robo, es el latrocinio del bandolero, mas en mayor escala, y con todo el aumento de males y de peligros que trae

<sup>28</sup> LEVENE, ob. cit., p. 336. También consideran abolido el instituto, Soler, Núñez y Creus; en cambio, para Molinaro y Aguirre Obarrio, esta Convención no se refiere a nuestro corso, pues “el corso que practicó nuestro país y el corso al cual se refiere la Convención de París son muy diferentes. Nuestros corsarios eran buques de guerra pagados por particulares. Hacían presas para el gobierno, como todo buque de guerra, y el gobierno debía entregarles una parte del valor de la presa; cosa que, por lo que sé, jamás se hizo por falta de fondos, pues éstos se empleaban en la guerra” (MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., t. II, p. 94, nota 68).

naturalmente el elemento donde se emprende y ejecuta. La depredación es su principal objeto; pero las violencias de toda especie, y la muerte misma, son su acompañamiento necesario. El cañón y el abordaje, indispensables medios de su obra; los desiertos del mar, teatro de sus proezas, nos indican bien todo lo que en ese ejercicio debe haber de bárbaro, de desalmado, de horroroso”<sup>29</sup>.

La acción descrita en el tipo penal gira en torno a la idea de practicar actos de depredación o violencia contra un buque o las personas o las cosas que allí se encuentran.

Depredar significa robar, saquear con violencia y destrozo. Como lo explica Gómez, “la depredación es también un robo, en cuanto la acompañan la violencia o el destrozo, que representaría la fuerza en las cosas. Pero estos dos conceptos –el de violencia y destrozo– tienen, cuando de la depredación se trata, un concepto más amplio”<sup>30</sup>; en cambio, la sola violencia sin apoderamiento, puede igualmente constituir el delito.

El hecho, de acuerdo a la forma en que ha sido tipificado el delito, debe revestir cierta magnitud, pues depredación “quiere decir daño y pillaje de grandes proporciones: el campo típico del delito es el alta mar, cuya sola frecuentación es ya una empresa”<sup>31</sup>. Debe tenerse presente que tales actos únicamente pueden ser realizados sobre un buque, esto es un navío de cubierta, quedando excluidos otros objetos flotantes o embarcaciones de porte pequeño.

Se ha discutido, en cambio, si la depredación o violencia debe perpetrarse necesariamente por medio de otro buque. Para Núñez, “el robo, los daños, los delitos contra las personas o contra su honestidad cometidos a bordo de un buque, en el mar o en un río, no constituyen piratería si no integran el contexto de asalto de un buque por otro”<sup>32</sup>. Sin embargo, Creus aclara que esta apreciación tenía valor en el texto

<sup>29</sup> PACHECO, Joaquín F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881, t. II, p. 108.

<sup>30</sup> GÓMEZ, ob. cit., p. 91.

<sup>31</sup> SOLER, ob. cit., p. 547.

<sup>32</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 101. Coincide con esta posición Soler, quien afirma que los actos deben llevarse a cabo sirviéndose de otro buque para ejecutarlos (ob. cit., p. 547).

original, cuando se refería al elemento normativo diciendo "...sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que el buque, por medio del cual se ejecute el acto...", referencia que la disposición actual, que proviene del decreto-ley 17.567, no contiene, y que, por cierto, dejaría fuera de la misma otras formas de piratería que de igual modo afectarían el bien jurídico protegido<sup>33</sup>.

De la propia redacción del tipo penal se desprende que requiere dolo directo, existiendo coincidencia en la doctrina sobre este aspecto.

## 2. Piratería aérea

Inciso 2º: "El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo, o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra las personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida".

El tipo fue introducido al Código Penal por el decreto-ley 17.567, que derogó los artículos 217, 218, 219 (incs. 4º y 5º), 220 (inc. 1º y párr. final), 221, 222, 225 y 226 del Código Aeronáutico, sancionado en 1954, mediante la ley 14.307, que establecía en su Capítulo II una serie de figuras delictivas específicas.

Según el artículo 36 del mencionado cuerpo legal, "se consideran aeronaves los aparatos o mecanismos que puedan circular en el espacio aéreo y que sean aptos para transportar personas o cosas".

Puede advertirse que las acciones típicas son las mismas que en la piratería marítima. La diferencia con la figura anterior está dada por el elemento temporal que introduce, pues la acción debe llevarse a cabo mientras la aeronave se encuentra en vuelo o en las operaciones inmediatamente anteriores al mismo, quedando de este modo comprendidos todos aquellos actos realizados cuando el avión, ya cerrado, inicia las acciones de despegue y se mantiene aún en tierra.

De acuerdo con las prescripciones de los artículos 156 y 165, inciso 2º del Código Aeronáutico, "se considera que una aeronave se encuentra en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar

<sup>33</sup> CREUS, ob. cit., p. 54.

hasta que termina el recorrido de aterrizaje". Las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo son las comprendidas entre el apronte de la aeronave en el lugar de despegue hasta la aplicación de la fuerza motriz para realizarlo. Quedan excluidos de la disposición, los actos cometidos durante las operaciones posteriores al carreteo con que termina el recorrido de aterrizaje<sup>34</sup>.

A diferencia de lo ocurrido con la figura de piratería naval, la doctrina no ha exigido que el ataque se produzca necesariamente mediante otra aeronave. Como lo explican Molinario y Aguirre Obarrio, esta clase de infracción se presenta cuando algunos viajeros usurpan el mando de la nave, genéricamente en pleno vuelo o al despegar, mediante violencia o coacción con armas, buscando la obtención de rescate a cambio de la vida del pasaje o de la integridad del avión. Muchas veces, de paso, también se agrega difundir miedo demostrando eficacia de grupos subversivos<sup>35</sup>.

Esta hipótesis delictiva se ha denominado *hijacking*, que en forma más generalizada fue prevista en el Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, realizado en Tokio en 1963<sup>36</sup>.

### 3. Usurpación de comando o mando

Inciso 3º: "El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva".

Núñez y Creus denominan a este supuesto piratería impropia. Aquí se prescribe la conducta consistente en usurpar la autoridad de un

<sup>34</sup> Es más amplio en este aspecto, el Convenio de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, aprobado por nuestro país mediante la ley 20.411, pues establece que, a los fines del convenio, se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque, hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque; en caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.

<sup>35</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 101.

<sup>36</sup> LENA PAZ, Juan A., *Código Aeronáutico de la Nación Argentina. Comentado*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 206.

buque o aeronave. Es autor el que usurpa la autoridad, privando del poder de gobierno y dirección del buque o aeronave a quien lo ejercía, utilizando los medios previstos en la norma: violencia, intimidación o engaño. Esta última forma de perpetración no se encuentra prevista en los dos incisos anteriores.

Para su consumación, "no basta cualquier apoderamiento de lo que pertenece al equipaje, como según decía la letra de la ley, antes de la reforma, sino solamente el que se logra suplantando o inutilizando la voluntad de quien tiene el comando de la embarcación. Los apoderamientos alcanzados por otros medios serán robos, hurtos o estafas cometidos en alta mar; pero no piratería"<sup>37</sup>.

El tipo penal establece una finalidad específica cual es la de apoderarse del buque o aeronave o de disponer de las cosas o de las personas que aquél o ésta lleva, por ello, la usurpación que no tenga esa finalidad puede quedar comprendida en el inciso anterior, cuando se haya utilizado violencia.

Molinario y Aguirre Obarrio recuerdan un caso en el cual un capitán de un buque mercante, al parecer muy arbitrario, motivó tal descontento en la tripulación que fue depuesto por la fuerza. Pero el buque fue llevado a puerto y es evidente que no se actuó con ninguna de las finalidades que el tipo reclama: apoderarse del buque ni disponer de las cosas o personas<sup>38</sup>.

Las cosas a que se refiere el inciso son todas las que se encuentran en el buque o aeronave, sean de su personal o de terceros, embarcados o no y las personas son todas las que se encuentran a bordo sin distinción de su condición.

Es claro que no requiere para su consumación el efectivo logro de la finalidad perseguida, bastando la real usurpación del mando de la nave o aeronave, mediante el empleo de los medios allí establecidos.

Como delito de resultado, admite la tentativa y se exige, del mismo modo que en los casos anteriores, dolo directo.

<sup>37</sup> SOLER, ob. cit., § 128, VII; el texto anterior se refería a "de lo que perteneciere a su equipaje".

<sup>38</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 100.

#### 4. *Connivencia con piratas*

Inciso 4º: “El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación”.

La conducta descrita en el inciso configura una verdadera forma de participación en su modalidad de complicidad, en el delito de piratería tipificado en los incisos 1º y 2º del artículo 198, que es cometido por otro, pero legislado autónomamente.

El delito se configura con la entrega voluntaria del buque o aeronave, su carga o lo que le perteneciere a su pasaje o tripulación.

Como lo expone Pacheco, en su comentario a similar disposición contenida en el artículo 158 del Código español de 1850, “la entrega de que se habla en este artículo no puede ser otra que la hecha a sabiendas, libremente y con intención. La ley no puede hablar de un comandante de un barco que se rinde y entrega porque no cree poder defenderse. Aunque en ello hubiere habido cobardía, no por eso tendremos un delito que pueda penar el Código. Sólo las leyes militares podrán penarlo, cuando se trate de soldados de tierra o de mar. Mas en las personas de que aquí se trata, el miedo no es un delito, como el valor no es una obligación. Quien se entregó por miedo, está exento de responsabilidad, cuando el miedo fue fundado e insuperable”<sup>39</sup>.

La mencionada acción típica debe ser efectuada a piratas, pues si lo fuera a quienes no persiguen la finalidad de realizar las conductas previstas en los incisos anteriores, podría configurar alguna forma de participación criminal en otras figuras, pero no encuadraría en este delito.

En general, la doctrina exige connivencia del sujeto activo con el pirata<sup>40</sup>. Existe tal connivencia “no sólo si el entregador y el pirata están confabulados respecto de la entrega, sino también si el primero acepta o tolera el desapoderamiento, entregando voluntariamente o dejando hacer”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> PACHECO, ob. cit., p. 111.

<sup>40</sup> CREUS, ob. cit., p. 60; SOLER, ob. cit., p. 550.

<sup>41</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 107.

La entrega debe ser efectuada por el capitán o comandante o por la persona bajo cuyo gobierno se encuentre el buque o aeronave.

El tipo penal sólo admite en su aspecto subjetivo el dolo directo.

### 5. *Oposición a la defensa contra piratas*

Inciso 5º: “El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas”.

Se trata de una figura equivalente a las que se encuentran en otros delitos contra la seguridad consistentes en obstaculizar las medidas contra la propagación de estragos o en oponerse a la extinción de éstos<sup>42</sup>.

Aquí se presupone que el buque o la aeronave están siendo objeto de un ataque pirático. Por ello, también se ha denominado a este supuesto “sabotaje a la defensa”<sup>43</sup>.

Del mismo modo que en el inciso anterior, la oposición a la defensa del buque o aeronave que es atacado por piratas puede constituir un supuesto de participación, que, sin embargo, el legislador ha considerado necesario tipificar en forma autónoma. Al comentar el anterior inciso 5º del artículo 198, sostuvo Gómez que tiene todos los caracteres de la participación en la piratería y entonces “su represión, aunque no estuviere aquí estatuida, se impondría por imperio de las normas que rigen la participación criminal”<sup>44</sup>.

Ciertamente, pueden producirse inconvenientes a la hora de determinar la calidad del sujeto activo, pues en la mayoría de los casos puede tratarse de verdaderos casos de coautoría en el delito de piratería por división del trabajo, supuesto en el cual “cada coautor complementa con su parte, en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito y responde por el todo”<sup>45</sup>.

La disposición legal se refiere a una oposición mediante el empleo de violencias o amenazas, quedando de esta forma excluidas otras

<sup>42</sup> SOLER, ob. cit., p. 50.

<sup>43</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 102.

<sup>44</sup> GÓMEZ, ob. cit., p. 97.

<sup>45</sup> DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit., 1ª ed., ps. 47 y 48.

conductas tales como el engaño o la persuasión y deben tener como destinatario al capitán, comandante o la tripulación. Siendo así, resultarán atípicas todas aquellas conductas que se encuentren dirigidas contra los pasajeros que pretendan defender el buque o aeronave, sin perjuicio de que las mismas puedan afectar otros bienes jurídicos (la libertad, la vida, etc.).

No admite tentativa, pues basta para la consumación la realización de los actos previstos en la ley. Por lo demás, surge con claridad del texto del inciso que exige dolo directo.

#### 6. *Equipamiento de buque o aeronave pirata*

Inciso 6º: “El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería”.

A diferencia de los incisos anteriores, no se ha legislado un supuesto de participación en el hecho de otro, sino un mero acto preparatorio, que, de otro modo, no sería punible. En palabras de Soler, se trata de un “ejemplo típico de acto preparatorio específicamente incriminado en razón de su alta peligrosidad potencial y de su inequívocidad”<sup>46</sup>. También para Gómez, la ley reprime no un hecho de piratería, sino un acto preparatorio del mismo<sup>47</sup>.

El delito exige el conocimiento de que el equipamiento es suministrado a un buque o aeronave destinados a la piratería. Se ha afirmado que se trata de un carácter del objeto y no de un elemento subjetivo del tipo, sin perjuicio de que el conocimiento de esta circunstancia quede comprendido en la culpabilidad del sujeto<sup>48</sup>.

En el caso, la ley argentina sería aplicable tanto si el equipamiento se produce en el país, para la realización de actos piráticos fuera de nuestro territorio, como si se realizara en el exterior, para actos a producirse en la República. En el primer supuesto, por aplicación del principio territorial; en el segundo, por el principio real o de defensa.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo penal, se exige dolo directo,

<sup>46</sup> SOLER, ob. cit., p. 550.

<sup>47</sup> GÓMEZ, ob. cit. p. 97.

<sup>48</sup> CREUS, ob. cit., p. 63.

consistente en el efectivo conocimiento de que se está suministrando equipamiento a un buque o aeronave destinados a la piratería y la voluntad de realizar tal conducta.

Basta para su consumación con el suministro del equipamiento, sea éste total o parcial, y cuando no llegue a producirse, los actos anteriores tendientes a que el material llegue al buque o aeronave al que están destinados pueden configurar tentativa del delito.

### 7. *Tráfico pirata*

Inciso 7º: “El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio”.

Nuevamente estamos en presencia de una conducta accesoria, reprimida autónomamente, pero adviértase que también podría constituir el delito de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo (arts. 277 y 278, según ley 25.246).

La exigencia de que la acción deba realizarse “desde el territorio de la República”, se ha considerado como una condición objetiva de punibilidad<sup>49</sup>, aunque no hay argumentos para decir que no es un elemento del tipo, alcanzado por el dolo.

Las acciones consisten en el tráfico o en el suministro de auxilio a piratas. De este modo, “trafica el que comercia con piratas o recibe la producción de sus depredaciones para colocarla en el comercio o lograr de cualquier manera su venta (reducidor). Suministra auxilio el que proporciona ayuda o sostén al pirata, dándole medios económicos o favoreciéndolo personalmente de cualquier modo (ocultándolo, dándole permiso para que se reabastezca en sus propiedades, etc.)”<sup>50</sup>.

En este caso, se ha establecido, por oposición a los principios de jurisdicción universal, un delito interno, es decir, de carácter territorial, que es punible en la medida en que facilita la relación entre el mar y la tierra y, desde luego, la tierra en que la ley tiene imperio; por esta limitación, la ley argentina se desentiende del tráfico pirata hecho desde otros territorios<sup>51</sup>, salvo los casos de convenciones internacio-

<sup>49</sup> SOLER, ob. cit., p. 551.

<sup>50</sup> CREUS, ob. cit., p. 65.

<sup>51</sup> SOLER, ob. cit., p. 552.

nales. Ello así, el tráfico realizado en territorio extranjero para la realización de una actividad pirática en aguas argentinas, sólo podrá ser penalizado cuando constituya actos de participación en la actividad del pirata.

Sólo admite dolo directo, ya que la disposición contiene la expresión "a sabiendas", la que excluye toda posibilidad de que pueda aceptarse un dolo eventual.

### JURISPRUDENCIA

Comete el delito de usurpación de aeronave quien obligó al piloto de una aeronave durante todo el trayecto que recorriera, y luego en tierra, como también al resto de la tripulación, a permanecer bajo sus órdenes con exhibición de armas y amenazas.

CFed. de La Plata, 15-12-71, L. L. 151-132

Comete el delito de usurpación de mando de aeronave quien, mediante amenazas con armas de fuego a los encargados de su manejo y gobierno, sustituye a la autoridad de la misma con el propósito de hacer cambio de ruta para dirigirla a Cuba.

CFed. de Tucumán, 17-5-71, L. L. 143-401

No corresponde hacer lugar a la extradición solicitada por la justicia de Chile de un pasajero de un avión comercial que en vuelo regular de Antofagasta a Santiago, amenazando a la tripulación con una pistola de juguete y un cuchillo, consiguió que la aeronave fuera desviada de su itinerario y tomara tierra en el aeródromo "El Plumerillo" de Mendoza. Ello así, pues la infracción de que se trata, de la manera en que habría sido perpetrada, debe considerarse un delito continuo (art. 63, Cód. Pen.) o permanente, caracterizado por la circunstancia de que, iniciado el acto intimidatorio, se prolongó éste temporalmente, con las ininterrumpidas amenazas coactivas, extendidas hasta el instante mismo en que, después del aterrizaje, el agente cesó en ellas, deponiendo su actitud, con lo que recuperaron su libertad el comandante y demás tripulación y pasaje de la aeronave. Por tanto, desde el momento exacto en que la aeronave

comenzó a sobrevolar el territorio nacional subyacente, el delito siguió –sin solución de continuidad– siendo cometido hasta su cesación en el aeródromo de “El Plumerillo”, lo que muestra sin lugar a dudas la aplicabilidad de la ley argentina y, consiguientemente, la competencia de la misma jurisdicción.

CSJN, 15-2-79, “T. C., R.”, L. L. 1979-C-1

## VI. Figura agravada por muerte

Artículo 199 del Código Penal: “Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión”.

Este artículo contempla la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave, producida por los actos de violencia u hostilidad mencionados en la disposición anterior.

Para un importante sector de la doctrina se trata de una consecuencia preterintencional<sup>52</sup>, pues a la actividad dolosa inicial del sujeto, le sigue un resultado que sobreviene a título de culpa; pero también se ha sostenido que la pena establecida conduce a que la agravante comprenda tanto los resultados preterintencionales como los dolosos, salvo que la muerte configure un homicidio calificado<sup>53</sup>.

A diferencia del resto de la doctrina nacional, que no efectúa ninguna distinción en la aplicación de la agravante por muerte, Núñez al considerar, al margen del agravamiento los hechos de los incisos 4º, 6º y 7º, que no suponen el empleo de actos de violencia u hostilidad<sup>54</sup>.

Se aplica lo dicho en otra oportunidad sobre que la muerte debe ser obra, resultado directo de los actos de violencia u hostilidad. Se admite el dolo eventual.

### *Competencia*

En general es aceptado que el delito quedará sujeto a la juris-

<sup>52</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 111; SOLER, ob. cit., p. 552.

<sup>53</sup> CARRERA, Daniel P., *Notas relativas al Derecho argentino*, en FINZI, Marcelo, *El delito preterintencional*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 193.

<sup>54</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 111.

dicción del Estado que lleve a cabo la detención de sus autores, pues es evidente que por sus modalidades y lugar de comisión afecta a todas las naciones.

El delito de piratería es, en definitiva, un delito que ha determinado la colaboración internacional, porque ordinariamente se comete fuera del territorio de todo Estado, de modo que la aplicación de la ley de un lugar que no sea el del buque perjudicado es típicamente extraterritorial; importa castigar un delito común cometido fuera del ámbito normal de validez de la ley penal<sup>55</sup>.

En nuestro Derecho, en cuanto a la vigencia espacial de la ley penal, es de aplicación el artículo 1º del Código Penal. Se consagra, en forma dominante, el denominado principio territorial, según el cual la ley penal aplicable es la del Estado en el cual fue cometido el delito o en los lugares sujetos a su jurisdicción, “entendiéndose por tales aquellos en los que el Estado ejerce facultades legislativas, sin que importe para nada la condición del autor o del ofendido, ni la ‘nacionalidad’ del bien jurídico afectado”<sup>56</sup>. Existen ciertas excepciones que son consecuencia de la aplicación de los otros tres principios: real o de defensa, el de la personalidad y el de la universalidad.

Por ello, la ley penal argentina es siempre aplicable a la piratería interna. Aclara Núñez que “el tipo de piratería también comprende el acto pirático cometido fuera del mar o de los ríos del país. Pero esta piratería internacional, sólo cae bajo el imperio del artículo 198 en los casos en que lo admiten el artículo 1º del Código Penal y los tratados internacionales”<sup>57</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de los países signatarios del Tratado de Montevideo, será de aplicación lo establecido en su artículo 13, en cuanto establece que “los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público quedan sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes”.

<sup>55</sup> SOLER, ob. cit., t. 1, p. 171.

<sup>56</sup> CREUS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 92. También el artículo 1º del Código Civil establece que “las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos, extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

<sup>57</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 100.



## CAPÍTULO IV

### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. ENVENENAR O ADULTERAR AGUAS POTABLES O ALIMENTOS O MEDICINAS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. La responsabilidad por el producto. *Envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos medicinales o medicina.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. Objeto material. a) El agua potable. b) Sustancias alimenticias. c) Sustancias medicinales. d) Destinadas al uso público o al consumo público. 2. Las acciones. 3. El peligro. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. Los tipos agravados. Jurisprudencia. *Tráfico de medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia. *Propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia. *El tipo culposo.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Agravantes. VI. Contagio venéreo. 1. Tipo objetivo. 2. El problema de los resultados tardíos. 3. Autoría. 4. Tipo subjetivo. 5. El problema de la denuncia. 6. Consumación. Jurisprudencia. *Suministro indebido de medicamentos.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. Suministro infiel de sustancias medicinales. 2. Suministro indebido por falta de receta o receta no archivada. IV. Tipo subjetivo. V. Autoría. VI. Consumación. *El tipo culposo. Omisión de deberes de*

<sup>1</sup> Según Aguirre Obarrio, la rúbrica de este título proviene de un error. El proyecto de 1906, sobre el que trabajó Moreno, traía una rúbrica para cada artículo, que fueron suprimidas. Quedó *Delitos contra la salud pública*, que es la rúbrica del capítulo, pero también y por error la del primer artículo, esto es, “envenenar y adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”. Por lo cual, lo que caracteriza al capítulo es la primera frase (MOLINARIO—AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 110).

*vigilancia*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Autoría. *Venta de sustancias medicinales por personas no autorizadas*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Autoría. *Venta de sustancias medicinales por personas no autorizadas*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. Problemas de concurso. *Violación de medidas contra epidemias*. I. Las llamadas infracciones sanitarias. II. Antecedentes. III. Bien jurídico. IV. Tipo objetivo. V. Tipo subjetivo. VI. Consumación. VII. Confluencia de tipos. *Violación de leyes de policía animal*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. La reforma de la ley 25.528. Jurisprudencia. *La inhabilitación del funcionario público. Ejercicio ilegal de la medicina*. I. Curanderismo. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. a) El problema de la autoría: la falta de título o autorización. b) La prescripción o administración. c) Objeto de las conductas. d) La habitualidad. e) La gratuidad. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. II. Charlatanismo. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Autoría. 5. Tipo subjetivo. 6. Consumación. III. El prestanombre o préstamo de nombre. 1. Bien jurídico. 2. Tipo objetivo. 3. Autoría. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. Jurisprudencia.

## I. Antecedentes

El último capítulo de los delitos contra la seguridad pública se ocupa de los delitos contra la salud pública. Bien ha dicho Moreno que se trata no sólo de delitos de daño, sino que se tiene en cuenta el peligro que representan las conductas descriptas para la seguridad general<sup>2</sup>.

Ya Tejedor se ocupaba de los delitos contra la salud pública. Se castigaba la elaboración, expendio, de sustancias peligrosas para la salud. También se punía a quienes sin autorización elaboraran sustancias que pudieran causar estragos. En la nota, en donde se cita al autor español Pacheco, se afirma: "Si las sustancias medicinales no pudieran hacer más que bien —dice Pacheco—, y fuesen indiferentes, cuando no lo hicieran, nada tendría que decir la ley penal respecto a su elaboración y su despacho. Entrarían bajo las reglas comunes de cualquier otro producto, y podrían venderse como se vende el pan y el agua. Pero el hecho no es así. Si estas sustancias tienen fuerza y vigor para producir algunas veces el bien, es a costa de tenerlo que causar en otros mucho el mal. Todo remedio heroico es un veneno: todo lo que sirve para

<sup>2</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 388.

curar sirve, asimismo para dar muerte. Veneno es el opio, veneno es el mercurio, veneno son todos los medicamentos de alguna importancia. Aun los que emplea la homeopatía, son veneno por su naturaleza, si por ventura no pueden serlo por la dosis o por la cantidad. De estos principios se sigue la natural y necesaria intervención del Estado en el comercio y despacho de las medicinas”<sup>3</sup>.

La cita es de importancia, porque justifica la intervención del Estado en este tema y la importancia del bien jurídico en cuestión.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, colocaba estos delitos en los delitos contra el orden público, en los artículos 126 y 127, pero siguiendo las ideas de Tejedor.

El Código de 1886 repetía los artículos anteriores, sin mucha modificación, en los artículos 295, 296, 297, 298 y 299.

El proyecto de 1891 colocó estos delitos en el capítulo contra la seguridad pública. Estas previsiones de este proyecto fueron adoptadas por el proyecto de 1906, que a su vez fue adoptado por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria, y pasó al Código de 1921<sup>4</sup>.

Originalmente eran nueve artículos, del 200 al 208. Posteriormente el artículo 204 fue modificado por la ley 11.309 y dos años después por la ley 11.331. Estas leyes incluyeron en el Código el tema de los estupefacientes. Luego la Ley de Estupefacientes salió del Código y pasó a ser ley especial, en donde se encuentra hoy en día, legislado por la ley 23.737, que estableció, además, los artículos 204 bis, ter y quáter sobre suministro infiel de medicamentos<sup>5</sup>.

Los demás artículos son los originales del Código, aunque previo a este estado sufrió una serie de reformas, como fueron los decretos-leyes 17.567 y 21.338, que modificaron el capítulo quedando de acuerdo a las leyes 23.077, 23.737, 24.286, entre otras, tal como está hoy en día vigente.

Debe tenerse presente que además, como trasfondo, el legislador argentino ha tenido en cuenta el proyecto de Zanardelli, al que se ha hecho anteriormente referencia, a partir del artículo 303<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 389.

<sup>4</sup> MORENO, ob. cit., ps. 392/3.

<sup>5</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 107.

<sup>6</sup> La *Relazione* trata el tema en las ps. 440 y ss.

## II. Bien jurídico protegido

La salud pública como valor comunitario es inmanente a la sociedad, debe ser una preocupación del Estado; esto es algo reciente y, en cierto sentido, nuestro Código en este aspecto ha quedado rezagado, especialmente en cuanto a la responsabilidad penal por el producto. Se trata de una intervención que tiene que ver con el Estado social y democrático de Derecho, habida cuenta de que no se deja el ámbito de los alimentos y de las sustancias medicinales sólo en manos del mercado. Éste es un problema del que todavía no se ha tomado conciencia en la Argentina, habida cuenta de que en la última época se dejó este tema en manos de los privados, con el consiguiente perjuicio a la salud de la población en general.

Bien se ha dicho que recién cuando la medicina avanza sobre las ideas mágicas y religiosas es cuando se buscan las causas de las enfermedades, de las epidemias y cómo controlarlas, sobre todo con normas de Derecho Administrativo y finalmente, como *ultima ratio*, penal<sup>7</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que la protección que se brinda en este capítulo es a la salud pública, en el sentido de dimensión social del bien jurídico protegido, que significa que se va más allá de la mera suma de saludes individuales, como dice Muñoz Conde, pues se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas<sup>8</sup>.

Por eso la protección se refiere a la salud pública, en el sentido de la salud de todos, la que goza el público en general, de manera indeterminada<sup>9</sup>. Así, Creus afirma que es "el estado sanitario de la población lo que se protege y, como en los delitos anteriores, si bien el resultado sobre personas determinadas se toma en cuenta, en ciertos tipos, sólo se hace como una agravante y de manera preterintencional"<sup>10</sup>.

Se trata de un interés supraindividual, de titularidad colectiva y

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 603 y ss.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 603.

<sup>9</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 67.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

de naturaleza difusa, pero, agrega Carmona Salgado, también de manera complementaria de la salud personal de cada individuo, debido a que es susceptible de fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que la integran<sup>11</sup>.

Se trata de proteger una situación de bienestar físico y psíquico de la colectividad como un derecho constitucional básico.

En el Código alemán, la Sección Vigésimoctava trata estos temas como la contaminación del agua (§ 324), la contaminación del suelo (§ 324a), la contaminación del aire (§ 325). También se protege el medio ambiente desde otra perspectiva como el ruido, las materias radioactivas (§ 328). En igual sentido, el Código de España. En otros términos, la ley argentina ha quedado, en comparación con estas leyes, como anacrónica<sup>12</sup>.

Se trata normalmente de delitos de peligro, por ese interés difuso que rodea estos delitos, ya que se busca el adelantamiento del castigo mediante penas, habida cuenta de que es la forma más práctica y posible de protección penal, siempre que se tenga una idea final de la pena<sup>12-1</sup>.

### III. La responsabilidad por el producto

Se ha hecho notar que si bien los códigos dan importancia a los delitos sobre la salud pública, sin embargo, son miles los damnificados que mueren por año debido al consumo de productos defectuosos, a la falta de controles, a la forma masiva de consumo de los productos y a la falta de higiene en su elaboración. Los ejemplos del aceite de colza en España; del spray en Alemania; de las hamburguesas de pollo en Argentina; la "vaca loca" en Europa, y ahora, casi contemporáneamente y cuando salga a luz este libro, el lector tendrá ya los primeros datos del juicio que se viene, seguramente, en contra de la empresa farmacéutica Bayer, debido al medicamento contra el colesterol Lipobay, que tiene una cifra de cien muertos, según la propia empresa, en

<sup>11</sup> CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra la salud pública*, en COBO DEL ROSAL, *Curso de Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, p. 127.

<sup>12</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

<sup>12-1</sup> No es nuestra idea. Véase *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 1, § 6.

todo el mundo. La droga (cerivastatina) puede causar la destrucción del tejido muscular (rabdmiolisis) y daños renales, sobre todo si es ingerido junto con otros fármacos que contienen gemfibrocilo. Ya existe una denuncia en la Audiencia Nacional de España. En cambio, en Alemania se ha exculpado a la empresa, ya que cuando hubo sospechas se informó a la Agencia de Medicamentos británica<sup>13</sup>.

El problema que se presenta en estos casos es la prueba del curso causal, de modo que son de difícil comprobación dos cosas: la autoría, por un lado, y la causalidad, por el otro. Para tratar de evitar estos problemas, como se ha dicho, se recurre a la construcción de los delitos de peligro abstracto, que adelanta la barrera de protección ya que la simple puesta en peligro de la salud de los consumidores alcanza, no siendo necesaria que se pueda esperar a la lesión del bien jurídico<sup>14</sup>. Pero bien se sabe los problemas que estos delitos traen, la dificultad en su apreciación y por último la posibilidad de violación de garantías básicas.

Además, se ha echado mano al delito de omisión impropia, especialmente en Alemania, en donde se ha cumplido aquella idea de Welzel de que los delitos de omisión impropia se iban a extender como una mancha de aceite<sup>15</sup>.

Otro problema que surge es la persecución penal en el ámbito de la empresa, la cual es un poderoso centro de producción, que ni siquiera tiene un límite en los Estados nacionales, sino que el proceso de globalización de la economía capitalista y la forma especial de las personas jurídicas lleva a que no se pueda encontrar al verdadero responsable, que puede estar en otro Estado, y ni siquiera a quien realmente dio una determinada orden.

Las soluciones que se han dado van desde el castigo a las personas jurídicas hasta el castigo del actuante por otro, pasando por la teoría

<sup>13</sup> Diario *El País* del 19-1-2002, España, p. 18.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 604.

<sup>15</sup> Véase en este tema a GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, t. L, MCMXCVII, Madrid, 1997, ps. 5 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant Monografías, Valencia, 1995, entre otros.

de Roxin de los aparatos de poder como manera de llegar a quienes han dado la orden de fabricación y venta de los productos<sup>16</sup>.

Lejos está nuestro Código argentino de hacerse cargo de estos problemas, ya que, como se ha visto, luego de todas las reformas se terminó en la original ley de 1921.

#### ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE AGUAS POTABLES, O SUSTANCIAS ALIMENTICIAS O MEDICINALES

Artículo 200: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

"Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión".

### I. Antecedentes

El artículo se encontraba en los proyectos de 1891 y 1906 y fue tomado del Código italiano, artículos 318 y 319, según Moreno. De acuerdo con nuestra lectura del proyecto de Zanardelli, se trata de los artículos 303 y siguientes.

<sup>16</sup> Véase el trabajo de Gustavo Aboso y Sandro Abraldes sobre la *Persona jurídica*; además en las *Obras completas* de Hirsch se trata el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Gracia Martín ha enfocado el tema desde la perspectiva del actuar en lugar de otro, que nos inspiró para colocar dicha institución, en la reforma penal, con la siguiente fórmula: "Artículo 37. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro u otros o el que asumiere funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurren en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare. Esta disposición se aplicará también a la persona que revista la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realice el hecho en interés del titular.

"Artículo 38. Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz".

El texto fue reformado por los decretos-leyes 17.567 y 21.338, que había agregado la acción de contaminar, y que según la Exposición de Motivos afirmaba que era preciso tener en cuenta las irradiaciones producidas por las sustancias radioactivas, la liberación de energía nuclear de materias ya utilizadas, etcétera. Se trataba de la adaptación de la ley a las necesidades impuestas por el progreso<sup>17</sup>.

La ley 23.077 volvió al Código original, conforme a este conservadurismo de intentar solucionar las crisis volviendo a la posición anterior y nunca superarlas hacia delante, desde una especie de síntesis, de modo que es fácil ver cómo los problemas se repiten en el Derecho argentino así como en su política<sup>18</sup>.

## II. Bien jurídico

Se trata de la seguridad común frente al peligro que genera, para el bienestar físico de las personas en general, la alteración nociva para la salud del agua potable, de las sustancias alimenticias o medicinales,

<sup>17</sup> FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 132, 3. La norma a su vez había sido tomada del art. 255 del proyecto de 1960.

<sup>18</sup> Aunque con el tiempo se han dictado leyes especiales sobre medio ambiente, como la de residuos peligrosos (ley 24.051). El régimen penal es el siguiente: art. 55. "Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

"Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión".

Art. 56. "Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un mes (1) a dos (2) años.

"Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años".

Art. 57. "Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir".

Art. 58. "Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal".

que usa o consume el público o las colectividades. Por eso el capítulo no comprende esas mismas alteraciones del agua, de las sustancias alimenticias o medicinales que sólo están destinadas al uso de una o varias personas determinadas, ya que no afectan a la salud pública. El ejemplo que se trae es el envenenamiento de un pozo de agua o aljibe destinado al consumo de una familia en particular<sup>19</sup>, que podrá encuadrar en los delitos contra las personas.

Bien mirada la cuestión trata de tutelar los intereses del consumidor en su vertiente alimentaria, y eso es lo que lo une a la salud de la persona<sup>20</sup>.

### III. Tipo objetivo

Se castigan en este artículo dos formas de alterar tres objetos distintos. Las formas son envenenar y adulterar, y los objetos, las aguas potables, las sustancias alimenticias y las medicinales, con las características antes enunciadas.

#### 1. Objeto material

##### a) El agua potable

Bien se sabe que el agua es una combinación química de un átomo de oxígeno y dos de hidrógeno. Pero la ley agrega que esta combinación debe ser potable, esto es, que sea apta para la alimentación, aunque no sea químicamente pura. Por eso es agua potable cualquier tipo de las que se denominan aguas minerales, el agua de los ríos, fuentes, manantiales y las llamadas aguas subterráneas<sup>21</sup>.

El agua puede ser potable por sí misma o por medio de algún procedimiento. Para el caso, es lo mismo a los efectos de la ley, de manera que lo que interesa es que el agua que se ingiera no perjudique la salud de las personas<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 115 y nota 230. A favor de esta tesis MORENO, ob. cit., t. V, p. 396; GÓMEZ, ob. cit., t. V, p. 108, en contra SOLER, ob. cit., t. IV, p. 509.

<sup>20</sup> CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 139.

<sup>21</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 111.

<sup>22</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 116; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 69.

Además las aguas deben ser destinadas al uso público, de manera que si se envenenase el pozo de una casa de familia donde se obtiene el agua destinada a ser bebida por una o más personas que habiten en la casa, se considerará que se ha tentado en contra de la vida de los moradores, en caso de no producirse resultados<sup>23</sup>.

#### b) *Sustancias alimenticias*

Son aquellas sustancias sólidas o líquidas destinadas, en forma simple o preparada, a la alimentación de las personas. Se incluye todo tipo de sustancias, tanto las propiamente alimenticias como las salsas u otros condimentos<sup>24</sup>.

Moreno afirmaba que "el envenenamiento de las sustancias destinadas a servir de alimento o de medicina, no se produce porque el agente tenga el propósito de envenenar. El delincuente no adquiere tóxicos para mezclarlos con los alimentos a fin de perjudicar a los consumidores. El objeto y finalidad son otros y el procedimiento que se emplea revela el propósito [...] El precepto, sin embargo, no prevé todas las falsificaciones, sino aquellas que fueren peligrosas para la salud, de manera que si un individuo vende en lugar del producto que anuncia, otro completamente inocuo, no incurre en el atentado que aquí se castiga"<sup>25</sup>.

Las sustancias alimenticias deben haberse fabricado para el uso público o para el consumo de una colectividad de personas. En cambio, si fueran destinados a personas individuales se tratará de homicidios, lesiones, o su respectiva tentativa<sup>26</sup>.

#### c) *Sustancias medicinales*

Son aquellas sustancias destinadas a combatir las enfermedades, sus causas o sus efectos, aunque sean dolorosas, incómodas o perjudiciales, tanto si son antídotos como si sólo sirven para aliviar los dolores. Tampoco importa la forma de ingestión. También se com-

<sup>23</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 396.

<sup>24</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 112; NÚÑEZ, ob. cit., p. 116; CREUS, ob. cit., p. 69.

<sup>25</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 397.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

prende a los elementos que tienen un destino estético pero que ayudan a la conservación del normal funcionamiento o mantenimiento de las partes del cuerpo, como ser lociones capilares, cremas, etcétera<sup>27</sup>.

En cambio Núñez afirma que las sustancias medicinales son sólo las drogas, los productos químicos, los reactivos, las formas farmacéuticas, los medicamentos, los elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, de acuerdo a los artículos 1º y 22 de la ley 16.463, y en concordancia con el artículo 200. En base a esta afirmación, sostiene que esta especificación de la ley especial sobre medicamentos excluye cualquier definición distinta y más amplia de las sustancias medicinales<sup>28</sup>. En relación con la interpretación restrictiva, ésta parece ser la verdadera interpretación, ya que habría una remisión de la ley penal al concepto que en especial se maneja de sustancia medicinal.

Está claro que quedan fuera del tipo penal las sustancias medicinales para uso veterinario, sin perjuicio del delito de daño que se pueda cometer de la ley de protección de los animales.

#### d) *Destinadas al uso público o al consumo público*

La ley exige que las aguas potables y las sustancias alimenticias y medicinales, deban estar destinados al consumo de la utilización de personas indeterminadas. También se agrega que sea para el uso de una colectividad. En este caso se debe entender a todo grupo de personas de cierta magnitud, como ser cuarteles, hospitales, escuelas, fábricas<sup>29</sup>.

## 2. *Las acciones*

Las acciones que se castigan son las de envenenar y adulterar de un modo peligroso.

Envenenar es agregar a una sustancia otra, que es tóxica de por sí, o que se vuelve tóxica al realizarse la mezcla, de manera que no

<sup>27</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 112; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 69.

<sup>28</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 116.

<sup>29</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 69; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 112.

siempre es necesario agregar veneno, sino que lo importante es que el resultado sea una sustancia venenosa<sup>30</sup>. Bien aclara Moreno que el envenenamiento debe ser voluntario, es decir, que dolosamente se hayan mezclado con el agua sustancias venenosas, y que no sea el resultado de la casualidad, de la culpa o de la imprudencia<sup>31</sup>.

Adulterar es transformar sustancias alterándolas, lo que implica cambiar sus cualidades; esto se logra agregando sustancias tóxicas<sup>32</sup>. Para Creus es cambiar, quitando o agregando a las cualidades de la sustancia, menoscabando sus propiedades para su utilización por el hombre<sup>33</sup>. Molinario y Aguirre Obarrio afirman que se trata de falsificar, introduciendo sustancias que modifiquen la naturaleza y la propiedad de alimentos y medicinas<sup>34</sup>.

### 3. *El peligro*

Las acciones antes mencionadas deben ser idóneas para poner en peligro la salud de personas indeterminadas. Pero el problema es otro, y lo plantea Aguirre Obarrio: alcanza con que se agregue el veneno o se realice la adulteración, no es necesario que alguien haya tomado realmente el agua, los alimentos o las medicinas. Florian y Manzini exigían con similar texto que alguien debía haber ingerido esos productos, para que la vida o la salud hayan corrido peligro<sup>35</sup>. En cambio otro grupo de autores, como Carrara y Cívoli, afirmaba que bastaba con el hecho de haber envenenado o adulterado las sustancias, posición a la que ahora adhiere Aguirre Obarrio, ya que si alguien debiera sufrir algún síntoma sería un delito de lesión. El razonamiento es el siguiente: existen dos peligros. El primero es el peligro de que la colectividad beba, y el segundo, de que quien beba sea dañado en su salud. El primero se produce cuando se envenena el agua y el segundo,

<sup>30</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 68; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. III, p. 112; el concepto de veneno puede verse en DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 42.

<sup>31</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 396.

<sup>32</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, 3.

<sup>33</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 68.

<sup>34</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 112/113.

<sup>35</sup> Citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 113.

si alguna persona toma de ella. Por eso termina diciendo Aguirre Obarrio que no se trata de un peligro abstracto ni de uno concreto. Abstracto no es, ya que decir que envenenar el depósito de agua de una ciudad es de peligro abstracto, no es serio. Y si toman el agua, la salud corre riesgo efectivo<sup>36</sup>.

En cambio para Soler, Millán y Fontán Balestra se trata de un delito de peligro concreto, ya que éste existe como tal<sup>37</sup>.

Creus afirma que se trata de la salud de las personas y el peligro puede estar constituido por la causación o el favorecimiento de enfermedades, como alteraciones físicas o fisiológicas anormales, incluidas las que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos, aunque éste sea temporal, como por ejemplo: cansancio, náuseas, etcétera<sup>38</sup>.

Núñez afirma que se trata de un peligro abstracto, sin dar más explicaciones.

Con similar texto, Muñoz Conde puntualiza que el tipo presupone una situación de peligro o incluso de lesión para la salud pública. Pero ello es distinto para los bienes individuales mediatamente protegidos, ya que en este caso se trata de un peligro hipotético, siendo suficiente la potencialidad lesiva de la conducta para provocar daños en la salud de quienes los consuman<sup>39</sup>.

La cuestión es sencilla dentro de la clasificación elegida, en el inicio de la explicación del título *Delitos contra la seguridad pública*. Se trata de acciones peligrosas concretas, de manera que, a nuestro juicio, la cuestión se resuelve en este sentido, ya que el bien jurídico no se encuentra en un estado de peligro, sino que la acción es peligrosa en sí, habida cuenta del envenenamiento o la adulteración.

#### IV. Tipo subjetivo

Para Molinario y Aguirre Obarrio hay que hacer la siguiente dis-

<sup>36</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 114.

<sup>37</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 129 III; FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Las reformas* cit., 262; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132 2.

<sup>38</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 68.

<sup>39</sup> MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 620.

tinción: “a) La acción de envenenar o adulterar es dolosa. b) Es doloso el conocimiento de que se trata de agua potable, medicamentos o alimentos. c) También el que estén destinados al uso o consumo público o de una colectividad. d) Que se producirá el peligro de que alguien los use o se consuma y e) el de que, en ese caso, corra peligro su salud”<sup>40</sup>. Esto implica que se exigirá dolo directo, en algunos aspectos, y en otros un dolo diferente. Por ende, si la cantidad de veneno que se arroja al agua no es suficiente y se tiene la intención de envenenar a la población para que muera o sufra lesiones, habrá tentativa. Si la cantidad no es suficiente y no se tuvo la intención de matar, sino de desembarazarse del producto, no hay delito. Si la cantidad es suficiente, hay delito en ambos casos. Si el sujeto creía que no se iba a dar el resultado, habrá delito culposo<sup>41</sup>.

Creus afirma que el delito es compatible con el dolo eventual<sup>42</sup>.

A nuestro juicio el hecho es doloso, en el sentido de que el autor debe conocer qué es lo que va a adulterar o envenenar, la calidad del veneno y que se trata de agua potable, alimentos o medicinas. El error, como es obvio, elimina el tipo.

## V. Consumación

El delito se consuma con la acción de envenenar o de adulterar. Es admisible la tentativa, según parte de la doctrina, por inidoneidad del medio<sup>43</sup>.

## VI. Los tipos agravados

Siguiendo con la técnica de estructurar tipos complejos, la última parte del artículo 200 agrava la pena con reclusión o prisión de diez

<sup>40</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. III, p. 115.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 70; De igual manera NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. VI, p. 118. No aclara su posición FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 132, 4.

<sup>43</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 70; SOLER, *ob. cit.*, t. IV, p. 507; FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 132, 3. De otra opinión parecería ser Núñez al afirmar que se trata de un peligro abstracto, pero tampoco lo especifica ni lo explica (*ob. cit.*, t. VI, p. 117).

a veinticinco años si el hecho fuese seguido de la muerte de una persona. No se agrava la conducta si se producen lesiones, cualesquiera ellas fueran<sup>44</sup>.

Se trata, según la doctrina, de delitos preterintencionales, que reclaman una causalidad estricta. La muerte debe ser la concreción del riesgo del envenenamiento o de la adulteración. Si obedece a otras causas, la agravante no se tipifica.

No vemos inconveniente en el dolo eventual, teniendo en cuenta la pena. Es más, estamos tentados de decir que se trata de un resultado abarcado por el dolo eventual antes que la culpa, ya que el monto de la pena tiene un mínimo mayor que el homicidio y el máximo igual que el homicidio, veinticinco años. Por lo cual, no daría la cuenta si se sumara al hecho básico el homicidio culposo.

Sí el fin de la acción del autor es la muerte de las personas, se desplaza la conducta al artículo 80, incisos 2º y 5º del Código Penal.

#### JURISPRUDENCIA

Cuando no existe la posibilidad de afectación relevante a la industria del vino, la conducta encuadra en el artículo 200 del Código Penal que contempla la adulteración de un modo peligroso para la salud, de sustancias alimenticias de consumo público.

CSJN, 27-9-94, "Bursa, Roberto y otros s/Defraudación", Comp. 138. XXVII, *Fallos*: 317:1022

Es procedente dictar auto de falta de mérito de los imputados por los delitos de adulteración y comercialización de medicamentos (art. 200, Cód. Pen.) disponiéndose su inmediata libertad si no hay prueba que avale la peligrosidad de los fármacos para la salud, toda vez que el tipo penal en examen requiere idoneidad para causar un daño con posibles resultados concretos que dañen la parte física o fisiológica de las personas.

CNPN 1 de Capital Federal, 22-11-2000, "V., O. G.", L. L. del 5-6-2001, 6-102098. Observaciones: El fallo contiene votos en disidencia

<sup>44</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 70.

## I. Bien jurídico protegido

La figura del artículo 200 trata de proteger la salud pública y la descripción del legislador configura un delito de peligro concreto. Ese bien jurídico es compartido por todos pues cualquier habitante puede estar expuesto al riesgo de sufrir el resultado de tal conducta delictiva.

CNFed.CCorr., sala V, 26-7-85, L. L. 1987-B-584, sum. 37.576

## II. Tipo objetivo

No configura el delito del artículo 200 del Código Penal arrojar hidrocarburos o sus derivados al cauce del río Paraná, por no constituir "agua potable".

CPen. de Rosario, sala II, 25-11-91, "Fiscalía s/Denuncia art. 200 Cód. Pen.", J. A. 1992-IV-466

El objeto material del delito contenido en el artículo 200 del Código Penal está dado por las sustancias medicinales destinadas a combatir las enfermedades y sus causas o a morigerar sus efectos, sean dolorosos, incómodos o perjudiciales, tanto si son antídotos que se aplican directamente contra la dolencia como si solamente alivian dolores.

Por otro lado, debe darse una situación determinada y es que deben estar a disposición de cualquiera, destinados al uso público o al consumo de una colectividad de personas, según la ley.

CNFed.CCorr., sala I, 21-12-2000, "Pérez, Héctor y otros", sum. Albremática AA101820

## III. Consumación y tentativa

La figura debe reservarse, además, a los casos en que haya un peligro para la salud. Se trata pues, de una infracción material que se concreta en la creación efectiva de un peligro, derivado del puro hecho de envenenar o adulterar algo que queda a disposición indeterminada de personas o grupo de personas.

CNFed.CCorr., sala I, 21-12-2000, "Pérez, Héctor y otros", sum. Albremática AA101820

#### IV. Autoría y participación

Frente a la consulta que el enjuiciado hiciera en forma previa a la decisión de incluir el clorhidrato de quinina en la bebida gaseosa, a un químico especializado, a la sazón gerente de control de productos de la firma en Estados Unidos, quien le habría dado indicaciones precisas en el sentido de su agregación para verificar si la embotelladora del producto había adulterado la fórmula, se vuelve difícil atribuirle al presidente de la empresa el conocimiento de la verdadera condición de la sustancia adicionada, y que el cambio de la composición química podría ser nociva para quienes fueran sensibles o estuvieran sensibilizados al clorhidrato de quinina. Por ende no se advierte que por ahora, en torno al artículo 200 del Código Penal, estén reunidos los extremos de los artículos 366 y 411 del Código Procesal Penal.

CNFed.CCcorr., sala V, 18-12-84, "Vergara, E. R. s/Querella por defraudación", L. L. 1986-B-609, sum. 37.193

1. No corresponde otorgar el rol de querellante a cualquier habitante que pudiera sentirse expuesto al peligro contra la salud pública, toda vez que su interés legítimo estará suficientemente custodiado, al igual que en los restantes delitos de acción pública, por el Ministerio Fiscal.
2. Los peligros de sufrir un hipotético o real perjuicio indirecto por la comisión de un delito contra la salud pública (art. 200, Cód. Pen.), no permiten otorgar el rol de querellante al sujeto expuesto a tal situación. Para él se encuentra la vía prevista en el artículo 1079, *in fine* del Código Civil, que ampara los derechos de quien no siendo damnificado directo puede sufrir perjuicios indirectos.

CNFed.CCcorr., sala V, 26-7-85, L. L. 1987-B-584, sum. 37.576

#### TRÁFICO DE MEDICAMENTOS O MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD

Artículo 201: "Las penas del artículo precedente, serán aplicadas al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo".

## I. Antecedentes

Los antecedentes son los ya explicados el Código de 1886: (arts. 295, 296 y 297) y los proyectos de Villegas, Ugarriza y García (art. 126) y de 1891 y 1906, a los que se deben agregar el Código holandés, el alemán y el italiano.

## II. Bien jurídico

No hay modificaciones sustanciales, ya que se trata de la salud pública en el sentido de que ella se pone en peligro al colocar en circulación medicamentos o mercaderías que pueden perjudicar la salud de personas de manera general<sup>45</sup>.

## III. Tipo objetivo

Hay en el tipo penal en cuestión algunas diferencias con respecto al artículo 200, ya que en el objeto material no figura el agua. De los medicamentos y sustancias medicinales debe decirse que son sinónimos.

En cuanto a mercaderías, es una expresión más amplia que la de alimentos. El concepto en este caso está dado por el artículo 77: toda clase de efectos susceptibles de expendio. Así, Moreno da el ejemplo de quien vendiere ropas teñidas con un tinte cuyo contacto con el cuerpo fuere perjudicial para la salud. Igualmente el que distribuye jabones, perfumes o cualquier otro objeto en esas condiciones que sea capaz de dañar<sup>46</sup>.

En este tipo penal se habría dado el caso del spray para cueros que juzgó el Supremo alemán, y el caso de la colza del Supremo español, en el tramo en que se considera la conducta dolosa y que haya existido la disimulación de la nocividad del producto<sup>47</sup>.

La ley exige que se trate de medicamentos o mercaderías peligrosas

<sup>45</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 71.

<sup>46</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 399. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 117, quienes agregan cremas, tinturas, perfumes, pastas dentífricas, desodorantes personales y de ambientes, pinturas de paredes, prendas de vestir, etc.

<sup>47</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia...* cit., ps. 5 y ss.

para la salud. Esta característica no necesariamente debe surgir de un envenenamiento o adulteración, sino que puede provenir de causas que operan naturalmente en el tiempo y de características propias de los objetos<sup>48</sup>.

La mercadería y el medicamento debe ser susceptible de dañar la salud del público en general, aunque ese daño sea indirecto; por ejemplo, el medicamento que no sea útil, por estar vencido, pero que al mismo tiempo puede causar daño. No alcanza si éstos no tienen las cualidades curativas o nutritivas que se les atribuyen, sin perjuicio de la comisión de otros tipos penales, según el dolo del autor.

Las acciones son las de vender, poner en venta, entregar o distribuir, pero siempre que se agregue la acción de disimular el carácter nocivo de los medicamentos o mercaderías.

Vende el que transfiere una cosa por un precio; pone en venta el que ofrece la cosa con el fin de venta, ya sea explícita o implícitamente, como por ejemplo colocarla en una vidriera de un negocio; entrega el que da la cosa por cualquier concepto, donación, permuta, préstamo, consumo, etcétera. Y distribuye el que por cuenta propia o de terceros pone la cosa a disposición de las personas que puedan hacer las operaciones anteriores. En este caso, no se ofrecen o entregan las mercaderías directamente al público sino a intermediarios, quienes son los que luego las ofrecerán al público<sup>49</sup>.

Como se dijo, se requiere la disimulación del carácter nocivo, tanto para la venta, la entrega, etcétera. Esto requiere que el agente oculte el carácter nocivo del objeto, tanto mediante un acto positivo, como sería no colocar la leyenda que menciona ese carácter, como de manera negativa, no diciendo los problemas que tiene el producto. Pero en ambos casos se debe, en ese ocultamiento, llevar a un error al tercero sobre el carácter peligroso para la salud. Rígen acá, de manera adecuada —porque no hay perjuicio económico—, las características de la estafa,

<sup>48</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 118; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 72.

<sup>49</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 118/9; CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 71/2.

en su idea dogmática y válidamente análoga, en el sentido de que el engaño conduce a que el tercero lleve el producto, ya que si hubiera sabido los problemas no lo hubiera adquirido, permutado, etcétera.

#### **IV. Tipo subjetivo**

Es un delito doloso y habida cuenta de las acciones que hay que realizar, se trata de dolo directo, no admitiéndose el dolo eventual similar al caso de la estafa, claro que adaptado a este tipo de delitos. El autor debe conocer el carácter nocivo del producto, en cuanto a la potencialidad de dañar la salud de las personas, y debe tener, en ese sentido, la voluntad de disimular dicho carácter nocivo<sup>50</sup>. En este punto es donde no se admite otro dolo que el directo.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con algunas de las conductas antes explicadas, siempre que tenga la disimulación del carácter nocivo.

Se trata de un delito de acción peligrosa, de acuerdo a la clasificación que hemos dado, y no de peligrosidad abstracta sino concreta. Por eso, en algunos casos se permite la tentativa.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **I. Tipo objetivo**

La sola omisión de un hecho cierto o la simple afirmación de un hecho incierto, no son de por sí el elemento disimulación que la

<sup>50</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 73; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 119/20, que expresa que normalmente lo que hace el comerciante es alterar la fecha de vencimiento, arreglar las latas hinchadas mediante un orificio, etc. Otro caso, y éste va por nuestra cuenta, lavar el pescado con lavandina a los efectos de que no tenga mucho olor y luego ponerlo a la venta. Igualmente con la carne, que luego produce daños a la salud por partida doble. Todo un arte del comerciante "argentino", que siempre es más "vivo" que todos. Luego nos quejamos de las cosas que nos pasan y de las cuales creemos que otros tienen la culpa.

ley exige. El silencio o la mentira deben concurrir con algo más que la pura actividad verbal del oferente o su silencio, pues –por muy inmoral y reprochable que la conducta resulte– no se alcanza con ello a enmascarar, disfrazar y esconder la toxicidad del fármaco (del voto de la Dra. Berraz de Vidal, en disidencia).

CNCas.Pen., sala IV, 3-10-2000, “Garay, Jorge A. y otros”, L. L. 2001-B-303

## II. Tipo subjetivo

1. Si bien es cierto que en ese momento del encuentro no podía disimular el verdadero vencimiento que era en noviembre de 1997, también lo es que el ocultamiento se había producido en la oportunidad de la oferta y siendo que el delito previsto en el artículo 201 del Código Penal es doloso, el dolo existió en la oferta inicial y continuó con el producto dentro de una caja de telgopor con hielo seco, al momento del encuentro, para demostrar que no se había interrumpido la cadena de frío (del voto de la Dra. Capolupo de Rurañona y Vedia, en mayoría).

2. La figura del artículo 201 del Código Penal contiene un elemento subjetivo bien señalado cual es el de vender, poner en venta, entregar o distribuir –para el caso– un medicamento dañoso disimulando su carácter de nocivo. No basta que el agente conozca esa nocividad, sino que disimule tal carácter (del voto de la Dra. Berraz de Vidal, en disidencia).

3. El expendedor protagoniza un suceso psicofísico relevante; a cualquier mal pensamiento de su parte, a su deshonestidad, a su indiferencia reprochable, debe añadirse la manifestación externa de la conducta, la disimulación de la nocividad del fármaco. Su ausencia torna atípica la conducta de quien, aun conociendo que se ha alterado el estado físico-químico de la droga perturbando su aprovechabilidad y creando con ello un riesgo para la salud, se limita sólo a cumplir alguno de los verbos contenidos en el tipo. Es que el propósito, la intención cierta del legislador, no fue otra que limitar la sanción del artículo 201 del Código Penal a los casos en que el medicamento perjudicial fuera expendido, distribuido o entregado en las condiciones

que la norma explícitamente demanda: disimulando su peligrosidad (del voto de la Dra. Berraz de Vidal, en disidencia).

4. La cuestión estriba en determinar, desde el punto de vista penal, qué es lo que debe entenderse por disimulación. La ponderación habrá de partir de la misma definición que le asigna a la voz *la lengua castellana* [...] En ese entendimiento, *disimular* es encubrir con astucia, *disfrazar* u *ocultar* una cosa para que parezca distinta de lo que es. *Disímulo*, a su vez, se define como el arte con que se oculta lo que se hace. De ello surge que al acto de poner en venta el medicamento, debe añadirse la manifestación externa de una creación habilidosa tendiente a dejar indefenso al hombre frente al verdadero peligro emergente de la utilización del producto peligroso (del voto de la Dra. Berraz de Vidal, en disidencia).

5. Encuadra en el delito de venta de medicamentos nocivos (art. 201, Cód. Pen.) la maniobra de ocultamiento por parte del imputado del corte de la cadena de frío –en el caso, se ofrecieron en venta fármacos altamente tóxicos– mediante su acondicionamiento en cajas de hielo seco al tiempo de la exhibición al potencial comprador, aparentando óptimas condiciones de empleo, lo cual es suficiente como para tener por acreditada la disimulación de su carácter tóxico (del voto del Dr. Hornos, mayoría).

*CNCas.Pen., sala IV, 3-10-2000, "Garay, Jorge A. y otros", L. L. 2001-B-303*

### III. Consumación y tentativa

1. A los fines penales, el acto de poner en venta el medicamento se satisface con sólo hacer saber a los interesados que el producto puede ser adquirido.

2. El delito descrito en la norma es formal y de peligro abstracto; el mismo se consuma con el ejercicio de la acción prohibida de poner a la venta medicamentos peligrosos para la salud, en las condiciones previstas por la ley. Vale decir, disimulando su nocividad.

3. Es impropio encuadrar la conducta del imputado como constitutiva del delito de venta de fármacos tóxicos (art. 201, Cód. Pen.) –en el caso se trató de medicamentos oncológicos degradados por

la interrupción de la cadena de frío— si no se acreditó omisión ni falacia acerca de la pureza de la sustancia o disimulación alguna acerca de su peligrosidad, máxime si se tiene en cuenta que las tratativas no eran propias de un marco de confianza y menos de regularidad, interviniendo un médico especialista frente a quien la mentira o el silencio, para ser eficaces, debían acompañarse de alguna otra manifestación externa que permita encubrir su condición (del voto de la Dra. Berraz de Vidal, en disidencia).

CNCas.Pen., sala IV, 3-10-2000, “Garay, Jorge A. y otros”, L. L. 2001-B-303

#### **IV. Adulteración. Ley 16.463<sup>51</sup>**

Se configura el ilícito previsto por el artículo 19, inciso d, de la ley 16.463, que prohíbe que se lleve a conocimiento del público en general, por cualquier medio, la existencia de productos cuya venta haya sido autorizada solamente “bajo receta”, cuando resulta evidente que el medio elegido para tal fin —publicación en dos diarios de amplia circulación en el país— suponía esa difusión, sin que sea necesario que el aviso induzca de algún modo a la automedicación o consumo del producto sin control médico.

CSJN, 12-5-98, “Laboratorios Rontag”, L. L. 1998-D-777/97740

#### **V. Residuos peligrosos. Ley 24.051**

En el caso de los residuos hospitalarios, dado que los agentes infecciosos se propagan a través microbios patógenos que determinan que las enfermedades de tal carácter se pueden adquirir por el contacto directo o indirecto con ínfimas cantidades de desechos, el riesgo para la salud se encuentra implícito en el origen y calidad del residuo, razón por la cual basta con la sola previsión legal para que un desecho revista naturaleza peligrosa en los términos de la ley 24.051. La indiferencia del procesado —titular de una empresa

<sup>51</sup> Ley 16.463, art. 22: El que adulterare alguno de los productos comprendidos en la presente ley, en cualquiera de sus etapas, se hará pasible de las penalidades establecidas en el Capítulo IV, Título VII, delitos contra la seguridad pública, arts. 200 y sus correlativos del Código Penal.

familiar de transporte de residuos— por el destino dado a los desechos de origen hospitalario que volcaba en lugares no aptos para hacerlo, lo coloca en infracción a la ley 24.051.

CFed. de San Martín, sala I, 28-9-95, “Molina, Miguel”, J. A. 1996-III-214; L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 19-7-96, p. 39-94528

## **PROPAGACIÓN DE UNA ENFERMEDAD PELIGROSA O CONTAGIOSA**

Artículo 202: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

### **I. Antecedentes**

El artículo fue introducido en el proyecto de 1906, sin comentarios sobre el tema de manera específica. El documento se limitó a decir que las nuevas disposiciones castigaban los delitos contra la salud pública, que el Estado tiene el deber de proteger por todos los medios a su alcance<sup>52</sup>.

Los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García, castigaban la violación de la cuarentena, ya que por esa causa se podía introducir y propagar una epidemia. El proyecto de 1891 no se refirió a la cuarentena, pero en el artículo 243 preveía el que se violasen las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

### **II. Bien jurídico**

Se protege la salud pública, en este caso evitar una enfermedad que afecte a personas de manera indeterminada.

### **III. Tipo objetivo**

Moreno afirma que la disposición se refiere al caso de propagación

<sup>52</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 400.

de una enfermedad por acción individual. "Tal sería el caso del individuo que rompiese una redoma donde se contienen cultivos de bacterias productoras de enfermedades; el del sujeto que, recluido en un lazareto por orden de la autoridad, o detenido en un barco por razones sanitarias, violara las disposiciones tomadas y propagase una enfermedad, habiendo sido ése su objeto. La enfermedad debe ser peligrosa y contagiosa a la vez, según el artículo"<sup>53</sup>. Y ejemplifica: si una persona que tiene una enfermedad contagiosa y peligrosa, que conoce su dolencia, la cual se transmite por medio del contacto carnal, incurre en el delito previsto y penado en el presente artículo en caso de transmitir su enfermedad. En mi concepto, afirma Moreno, el caso cae dentro de la disposición, la que no contiene excepciones dentro de la generalidad<sup>54</sup>.

La doctrina argentina discute qué se entiende con la palabra propagar. Aguirre Obarrio dice que propagar supone siempre multiplicidad, difusión, extensión; implica, en todos los casos, una pluralidad de actos o de situaciones, por ende representa la posibilidad de un contagio múltiple. De allí que afirme "que es perfectamente equivocada la asimilación que hace la Ley de Profilaxis Social entre el contagio venéreo y esta situación prevista en el artículo 202 del Código Penal. La lesión producida por contagio venéreo proviene justamente de contagio y no de propagación. Porque éste reclama una multiplicidad de hechos, como hemos dicho. El hecho originario puede ser uno, pero a condición de que se multiplique, se dilate, se disemine"<sup>55</sup>. Esta opinión es compartida por Fontán Balestra, basado siempre en la idea de que propagar conlleva la idea de multiplicar, de extender<sup>56</sup>.

Núñez afirma que una cosa es propagar una enfermedad y otra distinta es contagiarla. Contagia, en este sentido, quien transmite directa o indirectamente a otra persona la enfermedad que padece o incubaba. En cambio, propaga la enfermedad quien por actos idóneos para transmitir la enfermedad o mediante la difusión de gérmenes patógenos

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 121.

<sup>56</sup> En igual sentido SOLER, ob. cit., t. IV, § 129, V; GÓMEZ, *Tratado cit.*, t. V, p. 115; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, 5.

crea el peligro de que la enfermedad se disemine; por ende, no es necesario que se enfermen varias personas, ni aun que se enferme una. Por ende, es un mero delito de peligro y no un delito de peligro construido sobre la base de un daño<sup>57</sup>.

Para Creus, propaga el que logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que puede seguir difundiéndose a otras, cualquiera sea el procedimiento adoptado para conseguirlo. Por lo tanto puede ser el contagio, o la difusión artificial de gérmenes<sup>58</sup>.

A nuestro juicio se trata de un delito de conducta peligrosa concreta, en el sentido de que, si bien no es necesario que alguna persona se contagie, sí lo es que se propague la enfermedad como tal, con riesgo para la generalidad de las personas.

Por enfermedad debe entenderse un proceso patológico, que debe ser peligroso, en el sentido de que ponga en peligro la vida o salud de las personas, y que pueda transmitirse a las personas sanas, es decir, multiplicarse por generación o por otra vía, sin ser necesaria una epidemia<sup>59</sup>.

#### IV. Tipo subjetivo

Se trata de un tipo penal doloso ya que el autor debe saber que propaga una enfermedad que afecta a un grupo indeterminado de personas. Pero si el sujeto duda en cuanto a si su acción puede propagar la enfermedad y de igual manera realiza la acción, su conducta sería punible, con lo cual se admite el dolo eventual<sup>60</sup>.

Núñez habla de un dolo indeterminado, en refutación de la posición de González Roura que requería dolo eventual. Y el ejemplo que pone es el del enfermo con fiebre amarilla que, a sabiendas de su mal o teniendo dudas al respecto, desaprensivamente entra en contacto con múltiples personas<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 122/3.

<sup>58</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 74.

<sup>59</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 74; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 122.

<sup>60</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 122/3; en igual sentido CREUS, ob. cit., t. 2, p. 75.

<sup>61</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 124 y nota 274. No queremos insistir en este tipo

## V. Consumación

El delito, si ha sido considerado como si fuera de daño, se consuma cuando una persona se ha visto afectada, y la difusión de gérmenes es sólo una tentativa. Desde la posición que ve este delito como de peligro, la misma conducta ya lo consumaría<sup>62</sup>.

## JURISPRUDENCIA

### I. Tipo objetivo

1. Es evidente que el propagar una enfermedad del artículo 202 es un acción diferente del envenenar o adulterar de modo peligroso del 200, lo que justifica una diferencia en las penas previstas.

2. Si nos atenemos a las palabras de la ley, veremos que propagar una enfermedad no requiere un cuerpo enfermo, sino la sola existencia de una "enfermedad" y un "acto propagador", además de las condiciones de contagiosa y peligrosa. En ese sentido, debe señalarse la efectiva posibilidad de enfermedades sin organismos afectados.

3. El término enfermedad debe ser deducido de una interpretación jurídica y no médico-biológica. Cuando el Código utiliza los conceptos de salud, lesiones, daño en el cuerpo, sentido, órgano, enfermedad mental, capacidad para engendrar o concebir, herida, privación de razón, envenenamiento, medicamentos, curación, etcétera, no lo hace con un criterio estrictamente ceñido a la ciencia médica, biológica o química. El sentido jurídico de la palabra se debe encontrar teniendo en cuenta no sólo las definiciones de la rama de

de concepto de dolo de Núñez, pero no se entiende bien qué es el dolo indeterminado. Aun en el ejemplo, que pone el concepto más cerca de la culpa que del dolo. Este tipo de apreciación hace daño a la seguridad jurídica, porque da pie a que se confunda lo que es dolo con lo que es culpa. El dolo eventual, como todo dolo, es determinado. Podrá discutirse el elemento volitivo, pero ésta es otra cuestión. Véase nuestra colaboración en homenaje a Cerezo Mir, sobre *La objetivización del dolo* (en prensa). Además es interesante el comentario de AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., nota 89, p. 123.

la ciencia de que se trate, sino también aspectos omnicomprensivos de distintas disciplinas, para lo cual resulta indispensable la interpretación sistemática.

4. La no comprobada gravedad y cantidad de contaminantes arrojados por las empresas investigadas y la influencia que habrían tenido en cada caso sobre el curso del agua, impide sostener la tipificación del delito de propagación de enfermedades contagiosas, ya que no se reprime a quien contamine el curso del agua, sino al que propagare una enfermedad contagiosa y peligrosa.

CFed. de San Martín, 26-8-92, "Contaminación Río Reconquista", L. L. 1993-E-337

## II. Tipo subjetivo

La norma en el Código está inserta dentro de los delitos contra la salud pública, bien jurídico éste que está protegido por figuras de peligro y resultado preterintencional, como lo pone de manifiesto que para el delito culposo (art. 203) el legislador ha previsto una pena genérica de multa, agravándola con la de prisión si el resultado enfermedad o muerte se produce. Bien puede deducirse de ello, entonces, que el delito doloso se desinteresa del resultado, pues no tendría sentido que el mismo hecho de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa requiriera la efectiva producción de contagio para el delito doloso y luego cuando prevé el culposo no, que ya impone pena de multa con la mera creación del peligro mediante una infracción al deber de cuidado.

CFed. de San Martín, 26-8-92, "Contaminación Río Reconquista", L. L. 1993-E-337

## III. Consumación y tentativa

1. El texto legal autoriza a interpretar que el delito del artículo 202 del Código Penal es de peligro. En tanto propagar es "multiplicar por generación u otra vía de reproducción" (Academia), la propagación de una enfermedad implica la reproducción de los agentes del morbo, al margen de la comprobación de que tales agentes hayan enfermado a persona alguna.

2. Exigir el contagio para de ello deducir la consumación de “enfermedad” no se encuentra avalado por los requisitos del tipo, pues de lo contrario no se advertiría una seria diferencia entre este delito y el de lesiones agravadas por ser cometidas por un medio idóneo para crear un peligro común (arts. 92, 89, 90, 91 y 80, inc. 5°, todos del Cód. Pen.).

3. Tratándose de un delito de peligro, basta con acreditar la acción y su idoneidad o aptitud a la luz del bien jurídico protegido.

4. A fin de evaluar la responsabilidad en la contaminación del agua a través de efluentes industriales y su aptitud de propagar enfermedades contagiosas, es necesaria la demostración de la aptitud, en cada caso y de cada vertido, para producir los efectos que exige el tipo penal, pues aun en los delitos de peligro debe determinarse la idoneidad de la acción para la creación del peligro, en relación con el bien jurídico protegido.

CFed. de San Martín, 26-8-92, “Contaminación Río Reconquista”, L. L. 1993-E-337

## EL TIPO CULPOSO

Artículo 203: “Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a cinco años si resultare enfermedad o muerte”.

### I. Antecedentes

El texto está basado en la reforma de la ley 22.189, que elevó las penas para todos los tipos culposos del Código Penal.

El artículo tiene su antecedente en el proyecto de 1906, que a su vez lo sacó del Código italiano (art. 323).

### II. Bien jurídico

Nada hay que agregar al punto, de modo que nos remitimos a lo

antes dicho en los otros artículos comentados, salvo algunas apreciaciones sobre la remisión al artículo 201.

### III. Tipo objetivo

La cuestión, en principio, es clara. Todas las acciones que se han tipificado anteriormente como dolosas, se castigan ahora como culposas, de modo que bastaría hacer una breve remisión al tipo culposo y a los demás artículos para terminar el comentario. Ahora bien, como afirma Aguirre Obarrio, el texto es claro, pero no así su interpretación. En el caso del artículo 200, es posible que se envenene agua de manera culposa. Pero se distinguen tres casos:

- a) Que el sujeto sepa que el agua es potable y está destinada a la población y culposamente la envenena.
- b) Que el sujeto no sepa que es agua potable o que está destinada a la colectividad, pero sabe que envenena.
- c) Que ignore ambos extremos. Aguirre Obarrio sostiene que en los tres casos se dará el tipo culposo<sup>63</sup>.

Más allá de estas consideraciones, que son atinadas y de las que el resto de la doctrina nada ha dicho, de modo que pareciera que sólo se refieren al caso a), el problema se da con el artículo 201, que exige disimular el carácter nocivo, lo que estaría en contraposición con el tipo culposo. Gómez ha sostenido también esta tesis<sup>64</sup>. En cambio, Soler admite la posibilidad del delito culposo, atento al texto de la ley, y en cuanto sea compatible con el tipo culposo<sup>65</sup>; Fontán Balestra admite el tipo culposo sólo en caso de que se excluya la frase de la discordia<sup>66</sup>. Núñez afirma que la conducta puede ser culposa y la culpa consiste en que hay una disimulación exterior del carácter peligroso de la conducta, en eso consiste propiamente la idea de lo culposo<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Ver FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 132, 5; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 75.

<sup>63</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 124.

<sup>64</sup> GÓMEZ, ob. cit., t. V, ps. 113/4.

<sup>65</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 129 VI.

<sup>66</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, 7.

<sup>67</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 126.

#### IV. Tipo subjetivo

En este punto remitimos a lo dicho sobre elemento subjetivo en los tipos culposos<sup>68</sup>.

#### V. Agravantes

El delito se agrava cuando se produce una enfermedad o la muerte de una persona. Ya hemos hablado de la relación causal o de imputación objetiva en estos tipos complejos, de modo que remitimos a ello.

#### VI. Contagio venéreo

El artículo 18 de la ley 12.331 reprime con la pena del artículo 202, a quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona.

##### 1. Tipo objetivo

La ley 12.331, sobre profilaxis de enfermedades venéreas, entre otros temas ha tipificado la conducta de quien, sabiendo que tiene una enfermedad venérea transmisible, la contagia a un tercero.

Es un delito de daño concreto, ya que exige el contagio. Por ende, para la doctrina nacional el delito se consuma en el momento en que se realiza el acto sexual, nutricio o de otro orden, que transmite la enfermedad. Si el acto no lleva al contagio y el sujeto sabe que está enfermo, se dará la tentativa.

Por enfermedad venérea se entiende aquella enfermedad contagiosa que se contrae especialmente a través del acto sexual, entendido éste en forma amplia. En esta definición, se entiende incluido el sujeto que se encuentra enfermo de sida, pero el problema en este caso es que esta enfermedad hoy en día es mortal<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> DONNA, ob. cit., t. I, p. 114; MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. II, § 43, V.

<sup>69</sup> Véase en este sentido entre otros, el libro a cargo de MIR PUIG, Santiago, *Problemas jurídicos penales del sida*, Bosch, Instituto de Criminología de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993.

## 2. *El problema de los resultados tardíos*

Los casos que todavía tienen una solución abierta son aquellos en los cuales el resultado se da en un tiempo muy posterior a la acción del autor. En otros términos, “la conducta del autor produce en la víctima, no solamente una lesión primaria, sino que implica, además, el peligro de que se produzcan, más tarde, a causa de la lesión primaria producida otras consecuencias corporales o incluso la muerte de la víctima”. El ejemplo que trae Rudolphi es aquel en el cual una persona A hiere a otra B, y debido a ello, a esta última se le debe amputar una pierna. Pasado un año del accidente, se produce la muerte de la víctima. También se puede traer a colación el caso de una infección que con el tiempo deriva en la muerte de la persona.

La teoría de la imputación objetiva afirma que el último de los resultados no le debería ser imputado al autor, pese al peligro creado por el autor del hecho por la conducta primera. El argumento que se ha dado para tal aseveración es que el hecho en sí ha concluido y terminado con la lesión primaria, y que el impedir los resultados tardíos caería fuera de la protección del tipo penal.

Encuadran en estos supuestos, entre otros, los casos de sida, en los cuales el tipo penal de homicidio o lesiones no estaría estructurado para tales clases de resultado. “Faltaría la llamada dimensión temporal de la imputación”.

En igual sentido, Rudolphi afirma que el proceso de realización del peligro primario provocado por la acción dolosa o imprudente ha encontrado su final con la curación de las lesiones primarias.

En síntesis, la posición de los seguidores de la teoría de la imputación objetiva vendría a decir que el “peligro de que se produzca años más tarde resultados mortales a causa del comportamiento de contagio correspondiente no es un peligro desaprobado en sentido del tipo penal de los delitos contra la vida”.

También entran estos casos de creación desaprobada de un riesgo debido a que se facilita la posibilidad de que el sujeto se autolesione o que él mismo se ponga en riesgo.

Se estudian bajo este concepto aquellos casos en que el tercero entrega o induce a la víctima a realizar actos en su contra. La solución

de los mismos, tal como son resueltos en la dogmática alemana, no son en general de aplicación al Derecho argentino, habida cuenta de que en este último se tipifica la ayuda al suicidio (art. 83, Cód. Pen. argentino).

Las reglas no diferirían en este caso, en relación al homicidio o las lesiones graves, de las que rigen en Alemania. Dentro de la teoría de la imputación objetiva, la solución sería, en estos casos, que el resultado cae dentro del actuar voluntario de la víctima. La regla se podría sintetizar de la siguiente forma: “el riesgo de producción de los resultados a raíz de una actuación bajo responsabilidad propia de la víctima, creado en todos estos casos por el extraño, no cuenta en el sentido de los tipos penales que entran aquí en consideración”.

No habrá imputación en el caso de imprudencia e igualmente la regla se aplicará en el caso de entrega de droga, así como cuando la víctima acepta tener relaciones con una persona sabiendo que ésta tiene sida. De todas formas estas soluciones deberán ser vistas a la luz del artículo 83 del Código Penal argentino<sup>70</sup>.

### 3. *Autoría*

Sólo puede ser autor la persona que se encuentre afectada por alguna de estas enfermedades. Por ende, no se admite la autoría mediata; sí, en cambio, la complicidad.

### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, en el cual el autor debe saber que está enfermo de una enfermedad venérea e igualmente actúa, de manera que contagia a un tercero. Bien dice Núñez que una cosa es saber y otra es deber saber. Sólo se exige el conocimiento real<sup>71</sup>. La duda y el error eliminan el tipo, de manera que tampoco es aceptable el dolo eventual.

Si bien la pena remite al artículo 202, el hecho sólo se imputa a título de dolo. La remisión a la culpa es sólo a los efectos de la pena.

<sup>70</sup> Lo expuesto es sólo una breve referencia. Véase DONNA, *La imputación objetiva*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Facultad de Derecho, 2ª época, julio 1998, N° 2, ps. 127 y ss.

<sup>71</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 128.

### 5. *El problema de la denuncia*

El delito es de acción pública, pero si el contagio proviene de los delitos previstos en el capítulo de los delitos contra la integridad sexual, depende del de abuso sexual, salvo los casos de las agravantes (art. 72, inc. 1º, Cód. Pen.)<sup>72</sup>.

### 6. *Consumación*

El delito se consume con el acto sexual y la infección del sujeto sano.

## JURISPRUDENCIA

### I. Tipo objetivo

Provoca daño a la salud reprimido por el artículo 203 del Código Penal, la conducta omisiva del gerente y del encargado del restaurante que, al omitir negligentemente vigilar y controlar el trato higiénico y diligente que las personas a su cargo debían poner para conservar y elaborar los alimentos, permitió que éstos se sirvieran a los clientes adulterados por agentes patógenos.

CNFed.CC.Corr., sala I, 4-4-97, "Pietranera, Alejandro y otro", L. L. 2000-A-551, sum. 42.267

Constituye el delito de mercaderías peligrosas para la salud, el accionar de los procesados —directores de una firma dedicada al lavado de pañales— que en una etapa de sus actividades utilizaron como elemento bacteriostático una solución acuosa de fenilacetato de mercurio, producto que se comercializa con el nombre de Fungosol PA 5 y que por sus componente resultó ser peligroso para la salud de los niños usuarios de las prendas, no estando indicado para lavar y desinfectar prendas de vestir.

CNFed.CC.Corr., sala V, 17-11-89, "Young, C. E.", sum. Albre-mática AL100259

<sup>72</sup> Véase DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

## II. Tipo subjetivo

En el tipo penal del artículo 203, el verbo “adulterar” equivale a corromper, alterar o cambiar las cualidades de los alimentos destinados a terceros indeterminados, y tal alteración, a diferencia del tipo doloso, debe reproducirse de un modo negligente, imprudente, imperito o por inobservancia de reglamentos u ordenanzas.

CNFed.CCorr., sala I, 4-4-97, “Pietranera, Alejandro y otro”, L. L. 2000-A-551, sum. 42.267

El no haber requerido suficiente información ni procurado asesoramiento técnico implica un obrar negligente que aprehende a los integrantes de la firma, no habiendo extremado todos los cuidados que el caso requería.

CNFed.CCorr., sala V, 17-11-89, “Young, C. E.”, sum. Albremática AL100259

## III. Autoría y participación

El socio gerente de la firma que explota el restaurante donde se ingirieron alimentos adulterados y el encargado del mismo tienen el deber de cuidado objetivo de preservar la salud ajena, controlando el cuidado y diligencia con que el personal empleado trata y elabora los alimentos, generando su omisión responsabilidad de autor.

CNFed.CCorr., sala I, 4-4-97, “Pietranera, Alejandro y otro”, L. L. 2000-A-551, sum. 42.267

### SUMINISTRO INDEBIDO DE MEDICAMENTOS

Artículo 204: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito” (texto según la Ley 23.737 de Estupefacientes).

## I. Antecedentes

La disposición fue tomada del proyecto de 1906 y éste, a su vez, del Código italiano (art. 321).

## II. Bien jurídico

Afirma Moreno que la disposición es de suficiente gravedad: “Las personas autorizadas para vender sustancias medicinales, gozan, a mérito de la autorización conferida, de una confianza especial en el público que determina la adquisición de las mismas y el uso de ellas en la forma prescrita. Una alteración en la calidad, en la especie o en la cantidad es susceptible de producir daños, aún la muerte del sujeto [...] Así, si un farmacéutico en lugar de vender el suero contra la difteria que le fuera requerido, vendiese agua, podría dar lugar a la muerte del paciente por haberlo sometido a una curación ilusoria, y lo mismo podría dañarlo o matarlo un veneno en lugar de la medicina, o una dosis de la misma mayor que la debida”<sup>73</sup>.

## III. Tipo objetivo

### 1. *Suministro infiel de sustancias medicinales*

El objeto material del delito es una sustancia medicinal que no es en sí misma peligrosa para la salud<sup>74</sup>; el problema reside en que se trata de una sustancia medicinal que ha sido recetada o que contiene una indicación o un preparado cuya composición es convenida<sup>75</sup>. En base a esta confianza que detenta el sujeto que está autorizado para ello, las personas en general confían en que la sustancia medicinal será la declarada o convenida. Se trata, en el fondo, de un abuso de confianza por parte de la persona a quien de acuerdo a la legislación y a su posición social, se le ha encomendado tal función, tanto por el Estado como por los particulares. Adviértase el riesgo social además del daño que puede ocasionar privadamente la persona que da medi-

<sup>73</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 403.

<sup>74</sup> TERRAGNI, Marco Antonio, *Régimen penal de los estupefacientes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 53.

<sup>75</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 125.

camentos distintos a los de la receta o a los convenidos. Allí se encuentra el peligro a la salud pública en particular y a la seguridad pública en general.

La acción típica es la de suministrar, en la acepción de despachar o expender el medicamento con un sentido determinado.

Sobre este punto hay dos posiciones: una, que sostiene que abarca sólo la forma de suministrar o de despachar, que es sustentada por Soler y Núñez. En este sentido, afirma el último de los autores que el expendio es la venta al menudeo o la entrega del medicamento. Por ende, el expendedor suministra las sustancias medicinales en la forma que prevé el artículo 204, cuando entrega sustancias medicinales legítimas y no peligrosas para la salud. El problema está en que no se atiende a la sustancia, la especie, la condición, la calidad o la medida, la cantidad, establecida en la receta médica que determina su expendio, o en la cubierta del producto, o a la manifestación dada por el expendedor<sup>76</sup>.

La otra, en cambio, sostiene que, además de despachar o de suministrar, abarca también la de aplicarlo o darlo para que se ingiera. Creus afirma que esta última posición no tiene en cuenta la indeterminación de las personas que es la característica de los delitos contra la salud pública<sup>77</sup>.

El otro problema es si sólo se abarca con el tipo el expendio de dosis terapéutica o también el expendio al por mayor. Núñez, con apoyo en Manzini y Gómez, sostiene que lo punible es el expendio para el uso o consumo de personas indeterminadas, en forma directa al usuario y en dosis terapéutica, por lo que la entrega realizada al por mayor por el productor al despachante al público no entra en el tipo en cuestión<sup>78</sup>. Creus se inclina por la segunda posición<sup>79</sup>.

La cuestión debería ser separada, debido a la redacción del artículo. En el caso de la receta, está claro que se trata de dosis terapéutica, y no estaría incluida la entrega al por mayor. Pero en la segunda parte del artículo, la cuestión abarca al mayoreo, ya que el productor puede

<sup>76</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 132.

<sup>77</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 78.

<sup>78</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 132.

<sup>79</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 78.

entregar productos distintos a los declarados o convenidos, por ejemplo, en el contrato entre las partes o en las indicaciones del propio producto.

La delictuosidad del hecho supone la infidelidad en el expendio, ya que se tiene presente la ignorancia o el error del usuario o del consumidor de las sustancias medicinales, o el engaño de quien cree que recibe una cosa y es otra. Por ende, el expendio es infiel si el suministro no correspondiente a lo debido es conocido por el autor e ignorado por el adquirente<sup>80</sup>. Esta falta de correlación objetiva se da cuando la sustancia es distinta porque la calidad o la cantidad es diferente a la prescripta<sup>81</sup>.

No se requiere que el medicamento sea en sí peligroso para la salud, sino que basta con que no se adecue a lo recetado, declarado o convenido, ya que en esto consiste el daño potencial a la salud.

Tampoco tiene que ver el aspecto económico, que puede dar lugar al concurso con el artículo 173, inciso 1º del Código Penal, u otra forma de estafa de abuso de confianza<sup>82</sup>.

## 2. *Suministro indebido por falta de receta o receta no archivada*

La cláusula segunda del artículo 204 reprime con igual pena al que estando autorizado para la venta de medicinas suministre sin la presentación y archivo de la receta aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no puedan ser comercializados sin ese requisito.

Son sustancias que, si bien tienen efecto terapéutico, pueden ser peligrosas para la salud, habida cuenta de la estructura química que poseen.

La conducta es la entrega del medicamento sin receta y sin su correspondiente archivo. Parece claro que la segunda parte del inciso, esto es, el archivo, no justifica la sanción penal ya que sólo se trata de una falta de tipo administrativo, que tiene que ver, en el fondo, con la Ley de Estupefacientes y la decisión de política criminal del Estado de mantener el monopolio de las drogas a los efectos de combatir

<sup>80</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 133.

<sup>81</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 79.

<sup>82</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 134, afirmando que se trata de un concurso ideal.

las adicciones de las personas que, como se ha visto, no ha dado ningún tipo de resultado, ni siquiera desde el punto de vista estrictamente práctico.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y de acuerdo a la estructura del tipo se exige dolo directo, habida cuenta de la exigencia de la infidelidad en el suministro, en el sentido de que el sujeto entregue la sustancia medicinal sin la receta correspondiente. El autor debe saber de qué sustancia se trata y que la entrega está en contra de las reglamentaciones vigentes, especialmente de las listas que se hacen al respecto.

#### **V. Autoría**

Es un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor el farmacéutico encargado de la dirección técnica de una farmacia habilitada o el farmacéutico auxiliar, de acuerdo al decreto-ley 17.565.

#### **VI. Consumación**

El delito se consuma con el solo hecho del suministro o expendio del medicamento. Para la doctrina mayoritaria se trata de un delito de peligro abstracto. Terragni afirma que la ley tutela, en este caso, la salud pública y presume la existencia de peligro cuando se realiza el suministro infiel de medicamentos en las condiciones dispuestas por la ley<sup>83</sup>.

Según la clasificación adoptada es un delito de acción peligrosa concreta.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **Tipo objetivo**

La conducta del farmacéutico que sustituyó un componente medicinal de una receta queda atrapada en el marco del artículo

<sup>83</sup> TERRAGNI, ob. cit., p. 53.

204 del Código Penal, pues esta disposición contempla como hipótesis del tipo el suministro de las sustancias medicinales “en especie, calidad o cantidad” no correspondientes a las recetas, descartándose en el caso el concurso ideal con la defraudación prevista por el inciso 1º del artículo 173 del Código Penal, ya que tratándose ésta de una estafa especial, o sea, de un delito patrimonial, exige perjuicio y dolo para producirlo en el sujeto activo, por lo que, no acreditada dicha finalidad lucrativa, que no se revela por la sola circunstancia de que la droga sustituida tenga menor valor que la recetada, ya que pudo obedecer a otra razón como su carencia momentánea, en virtud del principio de especialidad debe acudirse a la norma que sanciona el infiel suministro de sustancias medicinales.

CNFed.CCorr., sala IV, 3-3-92, “Chernicoff, Isaac”, sum. Albre-mática AL101552, L. L. 1992-E-500

### EL TIPO CULPOSO

Artículo 204 bis: “Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de mil a quince mil pesos” (agreg. por ley 23.737. Multa según ley 24.286).

La ley prevé que las conductas antes explicadas se cometan de modo culposo.

Hace notar Aguirre Obarrio que no se modifica el sujeto activo, por una parte, y, por otra, que la fórmula se limita exclusivamente al caso de la negligencia, ya que no es posible la otra forma del tipo culposo, de acuerdo a su estructura, esto es, la impericia. Creus, ratificando esta idea, afirma que la imprudencia normalmente será una forma de dolo, por la estructura propia del tipo penal, lo que no deja de ser, por otra parte, una forma más de la llamada ampliación del dolo eventual en desmedro de la culpa<sup>84</sup>.

Terragni afirma que la sola mención de la negligencia se refiere al acento en la necesidad de que aquellas personas que están habilitadas

<sup>84</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRRIO, ob. cit., t. III, p. 130; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 82.

para la venta y suministro de sustancias medicinales pongan toda su atención en la tarea que están realizando, teniendo en cuenta los riesgos de la actividad<sup>85</sup>.

### OMISIÓN DE DEBERES DE VIGILANCIA

Artículo 204 ter: “Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, omitiere cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204” (agreg. por ley 23.737. Multa según ley 24.286).

#### I. Antecedentes

El castigo autónomo de estas conductas tiene su origen en el Derecho argentino con la ley 23.097, regulado en el artículo 144, quinto.

#### II. Bien jurídico

Lo que el legislador ha intentado es proteger la salud pública, asegurándose de que el control del expendio de sustancias medicinales sea hecho siempre bajo la dirección, administración o vigilancia del profesional responsable y, de ahí, el reforzamiento de esta obligación a cargo de la persona responsable<sup>86</sup>. Se trata, como se verá, de colocar a una persona en una posición de garantía, pero con una sanción especial, que es la multa.

#### III. Tipo objetivo

Aguirre Obarrio afirma que es un tipo de omisión dolosa. Se trata de que los sujetos indicados en el artículo omitan cumplir con los deberes a su cargo, con la salvedad de que los hechos típicos propiamente no son realizados por estos agentes, sino por terceras personas.

<sup>85</sup> TERRAGNI, *ob. cit.*, p. 54.

<sup>86</sup> TERRAGNI, *ob. cit.*, p. 56.

Ésta es la condición de que se tipifique el presente delito. Es necesario que otra persona realice algunos de los delitos del artículo 204. Para Terragni se trata de un delito de omisión, “pero que a su vez posibilita la comisión de alguna de las conductas, por lo que no será difícil que se sostenga que es un delito de omisión impropia”<sup>87</sup>.

La estructura es similar al artículo 262 de la malversación. De manera que debe haber una relación directa, causal, entre la omisión del agente y la realización del otro delito. En consecuencia, si el otro delito se comete por otras circunstancias distintas a la omisión del autor, por otra vía, y la posibilidad de hacerlo nada tiene que ver con la omisión del autor que se estudia, no se le podrá imputar este hecho<sup>88</sup>.

No tiene que darse una relación subjetiva con el hecho del artículo 204, sino sólo objetiva y directa, con la mencionada condición objetiva de punibilidad, porque de ser así, se entraría en la punibilidad de otro delito.

#### **IV. Tipo subjetivo**

Es un delito doloso y a nuestro juicio es una omisión sui géneris, porque si bien hay una persona que es colocada como garante, no existe la equivalencia exigida de manera inevitable para la omisión impropia, por eso el omitir no equivale al hacer, ya que ese hacer es obra de otro autor.

No debe haber conexión con el otro delito, si no habría participación. Se trata de un delito independiente, de acuerdo a lo prescripto por el legislador.

#### **V. Autoría**

La ley enumera la persona que puede ser autor: quien tiene a cargo la dirección, la administración, control o vigilancia de los establecimientos destinados al expendio de medicamentos. Fuera de ellos la acción es atípica.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> DONNA, *ob. cit.*, t. III, ps. 290 y ss.

**VENTA DE SUSTANCIAS MEDICINALES  
POR PERSONAS NO AUTORIZADAS**

Artículo 204 quáter: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización”.

**I. Antecedentes**

El tipo penal fue incorporado por el artículo 4º de la ley 23.737.

**II. Bien jurídico**

La diferencia entre este artículo y el 204, segunda cláusula, es que en este último quien realiza la acción típica está autorizado, en cambio en el que analizamos, el autor carece de esta autorización. Por eso Terragni afirma que la ilegalidad está en vender algo que necesita una autorización sanitaria<sup>89</sup>.

Aun siendo la pena la misma, pareciera ser que para la salud pública es más grave la conducta prevista en el artículo 204, con lo que se marca una inconsecuencia del legislador en ese sentido.

**III. Tipo objetivo**

La conducta típica, como ha hecho notar la doctrina, es la de vender sin autorización sustancias medicinales que requieran receta médica. De manera que no hay suministro, propiamente, como en el artículo 204. Se pune solamente la conducta de vender; éste es un punto importante para poder distinguirla del suministro antes visto<sup>90</sup>. Aquí se debe dejar constancia de que la ley habla de venta, por lo que se exige un precio por el producto. No entra dentro del tipo penal la conducta del regalo o entrega que no se ajuste a la venta como tal.

La acción no está especializada en cuanto a la autoría, de modo que cualquier persona puede ser autor.

<sup>89</sup> TERRAGNI, ob. cit., p. 57.

<sup>90</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 83.

#### **IV. Tipo subjetivo**

Se trata de un delito doloso, consistente en saber y querer vender las sustancias medicinales y, además, la falta de autorización para ello<sup>91</sup>.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con la sola venta en las condiciones antes dichas. Es decir, si hay venta, hay precio.

#### **VI. Problemas de concurso**

La doctrina ha observado que puede haber problemas con el artículo 208, inciso 1º, esto es, con el curanderismo. Pero la diferencia se encuentra en dos puntos básicos. El primero que los verbos no son iguales, ya que el curanderismo es otra cosa. Y, en segundo lugar, *no hay en este punto la exigencia de la habitualidad*<sup>92</sup>. Sin embargo, no hay obstáculos para que más que un problema de confluencia se dé un concurso real entre ambos tipos penales.

### **VIOLACIÓN DE MEDIDAS CONTRA EPIDEMIAS**

Artículo 205: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia".

#### **I. Las llamadas infracciones sanitarias**

Hay que decir con Núñez que estos delitos, todos de naturaleza sanitaria, están basados sobre lo que se ha dado en llamar leyes penales en blanco<sup>93</sup>. Afirmar Núñez que se trata de una sanción que se refiere a una conducta genéricamente mencionada, pero cuya de-

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Sobre el tema: DE LUCA, Javier Augusto, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

terminación específica se encuentra en las medidas de objeto de protección penal, dictadas por autoridad competente<sup>94</sup>.

Se entiende por ley penal en blanco aquella que es sólo formalmente una ley. Ella sólo es el requisito de punibilidad, que requiere la especie y la medida de la pena, lo que vendría a ser la norma de sanción. Pero la concretización del mandato o de la prohibición depende de otra ley, en especial otra disposición legal o un acto administrativo<sup>95</sup>.

El Tribunal Supremo de España ha sostenido que “son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser complementado por otra norma producida por una fuente legítima de poder”<sup>96</sup>. Y el Tribunal Constitucional ha sostenido que es compatible con la Constitución, “la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”<sup>97</sup>.

El problema de las leyes penales en blanco surge, habida cuenta de que tiene significación constitucional, allí donde la norma que completa el tipo penal proviene de una instancia que carece de competencias penales<sup>98</sup>. En cambio si la autoridad que sanciona la prohibición o el mandato tiene competencia penal, las leyes penales no ofrecen dificultad<sup>99</sup>.

El problema se presenta cuando la norma remite a leyes, decretos o reglamentos<sup>100</sup>, y, además, en caso de aceptarse esta remisión, cuáles serán las condiciones que deban tener estas disposiciones que no poseen

<sup>94</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 152.

<sup>95</sup> MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz: Kommentar*, en especial el comentario al § 103, II, hecho por Eberhard Schmidt-Assmann, nm. 199, C. H. Beck Verlag, Munchen, 1994.

<sup>96</sup> STS, 20-9-90, citado por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 158.

<sup>97</sup> STC 125/90, cit. por BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general cit.*

<sup>98</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 101.

<sup>99</sup> BACIGALUPO, ob. cit., p. 159.

<sup>100</sup> De Luca (ob. cit., p. 83) cita el dictamen del procurador en la causa “SA Automotores Sena”, *Fallos*: 296:466. Allí se dijo que “si bien es principio recibido

la jerarquía de leyes. La cuestión es de importancia porque, como se ha hecho notar, no sólo abarca estos tipos penales sino, además, los delitos fiscales entre otros.

Parece cercana al respeto del principio de legalidad, la teoría de esencialidad sustentada por el Tribunal Constitucional alemán, que sostiene, palabras más o menos, que se debe exigir que el legislador se haya expedido sobre todas las cuestiones esenciales que afecten ámbitos normativos básicos especialmente en materia de derechos fundamentales<sup>101</sup>.

Como mínimo la doctrina requiere que en el campo de las leyes sancionadoras en blanco deba exigirse una cláusula llamada de remisión inversa, que también ha sido reclamada por el Tribunal Constitucional alemán. Ésta consistiría en que es suficiente una remisión aunque ella sea tácita o como producto de la apertura de la disposición sancionatoria. “En los preceptos en blanco se ha hecho depender su aplicación, por regla, de que el precepto complementador en la norma administrativa remita a su vez a la ley que establece la multa administrativa por su infracción (llamada cláusula de remisión inversa)”<sup>102</sup>.

Además el reglamento debe tener en el caso de que se lo acepte en un Estado Democrático y Social de Derecho, una precisa formulación y una igual y amplia publicidad, de modo que pueda ser entendido dentro del mandato normativo<sup>103</sup>.

para el mantenimiento e integridad de nuestro sistema de gobierno que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos, sí puede otorgarle autoridad a fin de arreglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. En tales supuestos, el Poder Ejecutivo no obtiene una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2°), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo (*Fallos*: 148:430; 199:483; 280:25)”.

<sup>101</sup> BACIGALUPO, *Principios...* cit., p. 103.

<sup>102</sup> BverfG en *NSZ*, 1990, p. 334, citado por BACIGALUPO, ob. cit., ps. 67/8.

<sup>103</sup> SCHMIDT-ASSMANN, ob. cit., nm. 211 y ss. Se puede analizar este problema en este autor de manera amplia, que no es del caso hacer en esta obra por los límites que por sí tiene. Se trata, como se puede ver, de un problema a estudiar dentro del principio de legalidad.

En principio habría duda sobre la posibilidad de la delegación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, habida cuenta de la exigencia de que quien debe dictar la ley penal es sólo el Congreso de la Nación, de manera que en este aspecto habría una delegación no permitida, ya que ni siquiera entra en los supuestos del artículo 76 que sólo habla de materias de administración o de emergencia pública, y con plazo fijado para el ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca<sup>104</sup>.

Malagarriga había advertido el problema: “Las penas, según la Constitución, sólo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevé el artículo, que no se refieren a ley alguna sino a medidas que pueden adoptar las autoridades competentes, es decir, no sólo el Poder Ejecutivo, sino las municipalidades, policiales y aun las técnicas, como el Consejo nacional de higiene o ciertos provinciales análogos”<sup>105</sup>.

Aguirre Obarrio afirma lo contrario. En primer lugar, estas leyes se justificarian debido a una especie de estado de necesidad legislativo, en sus palabras. Y en segundo lugar, se trata de una desobediencia que se agrava por las circunstancias y esto no admite el cuestionamiento de su constitucionalidad<sup>106</sup>. Ésta es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, con argumentaciones propias: “Tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo”<sup>107</sup>.

## II. Antecedentes

Como antecedentes se encuentran el proyecto de 1891 (arts. 243 y 222), que a su vez dio pie al Código de 1886, y el proyecto de 1906. La ley 11.309 agregó al artículo original un segundo párrafo

<sup>104</sup> MAURACH y ZIPF, ob. cit., § 8 IV B.

<sup>105</sup> MALAGARRIGA, *Derecho Penal*, t. III, citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 133.

<sup>106</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 133.

<sup>107</sup> *Fallos*: 246:345, citado por DE LUCA, ob. cit., p. 84.

que castigaba la introducción clandestina en el país de alcaloides o narcóticos, pero el decreto-ley 17.567 lo derogó<sup>108</sup>. Luego la ley 20.771 dejó las cosas tal como están hoy en día.

### III. Bien jurídico

Se trata de evitar la difusión de las infecciones internas y externas. Para ello, afirma Moreno, las autoridades sanitarias toman las medidas correspondientes. Quien viola esas medidas, concurre a la difusión de un peligro y debe ser castigado<sup>109</sup>.

En el fondo se trata de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial. Se mira a lo social y a la obligación que tienen los ciudadanos hacia el bien común.

Se protege la salud de las personas en general frente a las epidemias que las afecten, que pueden tener su origen en enfermedades de animales, plantas o de las propias personas. Como ejemplo, se pone el caso de la encefalitis, el muermo de los caballos, la fiebre hemorrágica o mal de los rastrojos y últimamente, en Europa, la llamada "enfermedad de la vaca loca"<sup>110</sup>.

### IV. Tipo objetivo

Se trata de una desobediencia, que en este caso se especializa en cuanto a las medidas impuestas para impedir la introducción o propagación de una epidemia<sup>111</sup>.

La acción típica es realizar un acto prohibido u omitir un acto mandado por la ley, tendientes a evitar una epidemia. Por epidemia debe entenderse la propagación de una enfermedad transmisible de una persona a otra o de los animales o vegetales a una persona, cualquiera sea su peligrosidad<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 152.

<sup>109</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 404/5.

<sup>110</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 152.

<sup>111</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 133; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 84.

<sup>112</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 153.

Como se trata de una ley penal en blanco, el problema está en quién dicta esas medidas. Núñez afirma que pueden ser las autoridades nacionales, provinciales o municipales; dictadas por el órgano legislativo o por las autoridades administrativas, vía reglamentos o decretos<sup>113</sup>.

Ya hemos hablado de este problema de las leyes penales en blanco y su discusión, tema que debemos postergar para el análisis de la parte general y de la ley penal como tal. Pero es claro que la cuestión no es sencilla, y debe ser analizada desde la perspectiva de si es necesaria la penalización de este tipo de conductas. La doctrina admite esta forma de legislar, sin embargo es prudente a la hora de su interpretación. Así, Núñez afirma que “a los efectos de la aplicación del artículo 205 los jueces pueden examinar la naturaleza y finalidad de las medidas, su respaldo normativo, su debida publicidad y la competencia de la autoridad que las ha dictado. Una disposición que no implique un mandato o una prohibición sanitaria determinada, o que no se funda en una ley, reglamento o decreto no afectado de nulidad, o que no ha sido legalmente publicado o emane de una autoridad incompetente, no obliga y, por lo tanto, su no acatamiento no es punible en los términos del artículo 205”<sup>114</sup>.

Como es obvio, no entran en el tipo penal los meros consejos, recomendaciones que se hagan por vía del Estado o de organizaciones encargadas de ello a los efectos de evitar la epidemia.

Se trata de acciones peligrosas concretas, de modo que probado que de ninguna manera la conducta afecta al bien jurídico, a nuestro juicio ésta sería atípica.

Núñez, por último, afirma que está al margen de la competencia judicial el examen del motivo, oportunidad o bondad de la medida, basado en la antigua doctrina alemana, con citas del antiguo y cambiado § 347. No es del todo cierta esta opinión, porque la racionalidad de la medida es siempre controlable, por lo menos en su afectación al bien jurídico protegido y al efecto del delito. Es a nuestro juicio una idea perimida, basada en el antiguo Derecho Administrativo, que de

<sup>113</sup> Idem nota anterior.

<sup>114</sup> Ibidem.

alguna forma tenía un sello autoritario y que dejaba a algunos actos del Poder Administrativo fuera del control judicial<sup>115</sup>.

## V. Tipo subjetivo

El delito es doloso y exige el conocimiento de la medida, de su obligatoriedad y la voluntad de incumplirla. Creus afirma que la duda equivale al conocimiento, lo que no siempre es cierto, ya que esto sería igual a la idea de presuponer la existencia del dolo, tema sobre el cual nos hemos extendido. La duda en el caso del error de prohibición juega en contra del autor, en cambio, la duda en el error de tipo lleva a la culpa. Por eso no está de más afirmar que el error, en este aspecto, cualquiera sea su entidad, elimina el dolo.

## VI. Consumación

El delito se consuma con la realización del acto prohibido o con la omisión del mandato. Se trata de un delito de peligrosidad en concreto. La doctrina, sin embargo, afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, de modo que no es necesario el resultado ni el peligro real y, menos aún, que alguien se contagie, con lo cual convierten la desobediencia en una cuestión vacía en el caso de que se pruebe la absoluta falta de peligro al bien jurídico.

## VII. Confluencia de tipos

Si la ley que se dicte por tipo de epidemias tiene una pena especial, es de aplicación la pena de la ley específica.

<sup>115</sup> Sobre esta cuestión Agustín Gordillo, entendiendo al Estado argentino como un Estado de Derecho, íntegramente sometido a la Constitución (*Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 71 y ss.). Sobre este punto hay toda una incongruencia en el dictado de esta materia en algunas de las cátedras de Derecho Administrativo, que enseñan los principios por Gordillo y luego el resto de la materia fundada en el antiguo Derecho Administrativo francés, o peor aún, en doctrinas basadas en la supremacía del poder administrativo, tal como se vio después de 1976. El lector sabrá entender esta afirmación.

## VIOLACIÓN DE LEYES DE POLICÍA ANIMAL

Artículo 206: “Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

”Si la violación a las reglas precedentes se cometiere realizando el faenamamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito la pena será de ocho meses a dos años de prisión.

”La pena será de uno a tres años cuando conociere el origen ilícito del animal. Si hiciere de ello una actividad habitual, se le aplicará además pena de inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena” (párrafos agregados por ley 25.528, B. O. del 9-1-2002).

### I. Antecedentes

Los antecedentes citados son el proyecto de 1906 (art. 223) y el Código del Uruguay (art. 271). La Exposición de Motivos del decreto-ley 17.567 traía además como antecedentes a la ley 3954 –según Núñez, de Policía Sanitaria de los Animales– y la ley 12.566 sobre obligatoriedad de lucha contra la garrapata.

Estos hechos, además, fueron previstos como delitos, ya que eran contravenciones, en el proyecto de 1891, y, como se dijo al principio, recién a partir del proyecto de 1906.

### II. Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la salud de los animales, aunque sin especificar cuáles, y de los vegetales en general, pero en relación a la salud pública, es decir en cuanto pueda tener una mala influencia sobre el equilibrio natural, para la preservación de la salud pública<sup>116</sup>. De modo que siempre se tiene en cuenta la salud pública, por lo que no se ha tomado la salud del animal como valor en sí, sino en relación con el hombre. Éste no es un tema menor, habida cuenta

<sup>116</sup> CREUS. ob. cit., p. 86; NÚÑEZ, ob. cit., p. 155.

de que hoy en día y en relación al medio ambiente hay tendencias doctrinarias que afirman esta posición<sup>116-1</sup>.

Como tal, se trata de contravenciones y, en este aspecto, no deberían estar reguladas en el Código Penal. Son avances de normas de Derecho Administrativo que se convierten en penales sin ninguna justificación.

### III. Tipo objetivo

Afirma Moreno que el objeto de la disposición es claro y no necesita mayores explicaciones. Así como se castiga a los que propagan enfermedades con relación a los individuos y a los que violan los reglamentos sanitarios por peligro de las infecciones humanas, se inculpa aquí el relativo a los animales, entre los que existen numerosas epidemias, y citaba como ejemplo la ley 3959 sobre defensa de los ganados, que obligaba al propietario de los animales enfermos a hacer la declaración a la autoridad administrativa correspondiente, y además a separar los animales sanos de los enfermos<sup>117</sup>.

La importancia para nuestro país de este tipo de normas y su penalización se debe a las enfermedades del ganado, como la aftosa, que impiden luego la exportación de carne al exterior. En Europa, el problema no es menor. También se podría analizar el problema de la "vacca loca" y el sacrificio de reses que hubo que hacer; en este caso la cuestión era más grave, ya que la enfermedad afectaba a los seres humanos.

Recuérdese que el decreto-ley 21.338 había tipificado este artículo de manera distinta, castigando al que violare las medidas impuestas por la ley o la autoridad para impedir la introducción o propagación de una epizootia o de plaga vegetal. Y por epizootia se entendía una epidemia de carácter animal.

Se trata, como se ve, de una ley penal en blanco, sobre lo cual rige lo que hemos dicho anteriormente.

Sobre qué son las medidas, y en nuestro caso las reglas, no hay

<sup>116-1</sup> Véase DONNA, Edgardo A., *Delito y medio ambiente*, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A., *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II, ps. 315 y ss.

<sup>117</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 405.

consenso, aunque Núñez, citando viejos fallos del Tribunal Imperial alemán, llega a la conclusión de que son mandatos o prohibiciones de carácter general o particular, tendientes a que no se produzca o se extienda la epidemia y que pueden ser dictadas aun por el Poder Legislativo<sup>118</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y el error, contrariamente a la opinión de Creus, elimina el dolo.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con la realización del acto prohibido o no abstención de la omisión debida.

#### **VI. La reforma de la ley 25.528**

La reforma de la ley 25.528 castiga la violación a las reglas precedentes cuando se cometieren realizando el faenamamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito.

Lo que se castiga ahora es una especie de concurso del delito de encubrimiento (art. 277) y del de la violación de las reglas de policía sanitaria animal.

El bien jurídico, pues, en este caso, sería doble, ya que es la administración de justicia detrás del bien jurídico salud pública.

### **JURISPRUDENCIA**

Corresponde casar el sobreseimiento dictado en virtud de considerarse atípicos el pretendido ingreso en una zona que ha sido declarada libre de aftosa de carne vacuna sin los más elementales cuidados en cuanto a su conservación.

CNCas.Pen., sala II, 24-6-98, "S., H. J. s/Rec. de casación", E. D. 182, 1396-42

<sup>118</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 153 y 155.

## Consumación y tentativa

La figura del artículo 206 del Código Penal que sanciona las infracciones que no respeten las medidas sanitarias de lucha contra las epizootias o plagas, viene a constituir aquel grupo de normas que en doctrina se conoce como ley penal en blanco, en que para la determinación del tipo influyen los reglamentos dictados por la autoridad de aplicación que han variado en el tiempo para adaptarlos a las circunstancias subyacentes.

CNCas.Pen., sala II, 24-6-98, "Sánchez, Hernán J. y otro", L. L. 1999-E-859

El hallazgo por parte de personas del Senasa de productos con rótulos que reflejan que el establecimiento inspeccionado ya lo ha sido con anterioridad pese a no contar con la habilitación correspondiente por haber sido retirada, permite encuadrar el caso en el artículo 206 del Código Penal, en función del numeral 27.1 del decreto 4238/68 (t. o. abril de 1996).

CNFed.CCorr., sala II, 25-3-99, "Inc. de apelac. de Sersale, L.", sum. Albremática AJ102355

## LA INHABILITACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Artículo 207: "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. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año".

La ley castiga con inhabilitación especial si el autor fuera funcionario público, o ejerciera alguna profesión o arte.

En cuanto al concepto de funcionario público, ya lo hemos desarrollado de manera amplia en el tomo III de esta obra, al que remitimos<sup>119</sup>. Se justifica, dentro de la lógica del Código, la inhabilitación

<sup>119</sup> DONNA, ob. cit., t. III, ps. 17 y ss., en especial, p. 20.

del funcionario público, habida cuenta de que tiene deberes que no se deben violar, en este caso dolosamente, de modo que a la pena se le debe agregar la ya mencionada.

En cuanto a la otra profesión o arte de que habla, se entiende que se trata, por lógica, de una profesión o arte que tenga que ver con los delitos en cuestión. No se entiende que sea otro tipo de profesión que no esté desvinculada, como ser la de pintor, por ejemplo.

### JURISPRUDENCIA

La accesoria de inhabilitación a que se refiere el artículo 207 del Código Penal sólo es aplicable a personas que ejercen alguna profesión o arte. Por lo tanto no corresponde aplicarla al encausado, que ha practicado el arte de curar sin título habilitante.

CNFed.CCcorr. de la Capital, 13-9-40, "B., M. y otro", J. A. 72-397

### EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA

#### I. Curanderismo

Artículo 208: "Será reprimido con prisión de quince días a un año:

"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".

##### 1. Antecedentes

Según Aguirre Obarrio, el inciso 1º tiene su antecedente en la ley 2829, que comenzó siendo de la Provincia de Buenos Aires y luego pasó a la Nación. Esta norma contemplaba una disposición por la cual quien ejercía algún ramo de la medicina sería llamado por el Departamento Nacional de Higiene y sería apercibido, la primera vez. La segunda vez era penado con multa de \$ 5.000, y de

\$ 10.000 y \$ 20.000, por cada una de las siguientes oportunidades. Si no se podía pagar se penalizaba con un mes de prisión por cada \$ 5.000<sup>120</sup>.

La Exposición de Motivos de 1906, que es el antecedente más próximo, decía: "El curanderismo en todas sus formas, es uno de los peores enemigos de la salud, a la vez que un medio inicuo de explotación; lo primero, porque cuando no precipita la muerte con procedimientos absurdos y antihigiénicos, deja avanzar las enfermedades mediante el empleo de medios completamente pueriles o inocuos; lo segundo, porque aprovecha del sufrimiento y del dolor para hacerse pagar generosamente su engaño y su mala fe. La Comisión piensa, pues, que es necesario una vez por todas acabar con este mal que, desgraciadamente, se extiende en todas partes gracias a la divulgación de ciertos medios que pueden dar resultado en manos de un hombre de ciencia, pero que son una desgraciada parodia en poder del charlatán..." Agregamos que hemos tenido en cuenta en proyecto que remitió el Poder Ejecutivo en 1904.

Además, afirmaba la Comisión que la disposición no se encontraba en el proyecto de 1891 y que era una innovación del proyecto de 1906<sup>121</sup>.

## 2. *Bien jurídico*

Se protege, en todos los incisos, la salud pública, el bienestar físico, psíquico y fisiológico de las personas, con la aclaración de que éstas son consideradas de una manera general e indeterminada, que se ven afectadas directamente en virtud del cuidado indebido efectuado por personas idóneas, que desvían el buen tratamiento que pueden realizar<sup>122</sup>. La lesión a persona determinada debe analizarse

<sup>120</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 136.

<sup>121</sup> Más ampliamente en MORENO, ob. cit., p. 408.

<sup>122</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 87; NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 157. Núñez afirma que en las tres formas que legisla la ley se protege la salud pública, a la que se pone en peligro por el daño que puede acarrear al bienestar físico de las personas en general, no sólo en razón de los perjuicios derivables para los pacientes de su atención por personas carentes de título habilitante para ejercer el arte de curar, sino también por el desvío de la asistencia médica competente.

a la luz de los delitos contra la vida, como serían el homicidio y las lesiones, ya sean dolosas o culposas<sup>123</sup>.

También debe quedar en claro que no se protege, en este caso, el gremio o la profesión médica como tal, que tiene regulación en las sanciones disciplinarias<sup>124</sup>.

Tampoco se protege el patrimonio de las personas, que se desplaza hacia los artículos 172 y 173 del Código Penal, en los supuestos en que la conducta prevista en el artículo 208 lleve a una estafa, lo que desemboca en el tema del concurso, que podrá ser tanto real como ideal, de los artículos 54 y 55 del Código Penal, respectivamente.

### 3. *Tipo objetivo*

Se trata de un delito de peligrosidad concreta, de manera que no se exige un estado de peligro para el bien jurídico ya que se castiga la conducta riesgosa como tal.

Si se tuviera que hacer una breve síntesis del tipo legal, sobresalen cuatro circunstancias a los efectos de analizar el delito:

- 1) La falta de autorización;
- 2) la prescripción o administración;
- 3) la exigencia de habitualidad, y
- 4) la no exigencia de que estas conductas sean por precio.

La norma se refiere no solamente al ejercicio de la medicina sino, en términos generales, al arte de curar. Esto significa, en palabras de Moreno, que rige para los médicos, cirujanos, parteras, dentistas, etcétera<sup>125</sup>.

#### a) *El problema de la autoría: la falta de título o autorización*

La ley trae como exigencia que el autor carezca de título o de autorización, o que exceda los límites de ella, para el ejercicio de un arte de curar a las personas. Por lo tanto, tres pueden ser las clases de autores que comprenden el tipo penal.

- 1) *Quienes carecen de título para el ejercicio del arte de curar.*

<sup>123</sup> DONNA, ob. cit., t. I, ps. 15 y ss.

<sup>124</sup> CREUS, ob. cit., p. 87.

<sup>125</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 409.

El título es la certificación de la capacitación profesional en un arte de curar a las personas. El título es reconocido por el Estado, aunque haya sido otorgado por una institución pública, privada o extranjera. Hace notar Núñez que la ley se refiere a la capacitación profesional y no a la matrícula, que regulan las leyes del ejercicio de la medicina. Por ende, quien ejerce la medicina y tiene título para hacerlo pero no está inscripto en la matrícula profesional exigida por las leyes, no será punible en virtud del artículo 208, sin perjuicio de las sanciones de tipo administrativo que prevea la propia ley que regula la matrícula<sup>126</sup>.

2) *Quienes carecen de autorización para ejercerlo*. La autorización es la facultad otorgada por las autoridades competentes nacionales o provinciales, para que una persona que carece de título profesional pueda ejercer el arte de curar a las personas. Estas autorizaciones tienen un límite temporal, material y territorialmente<sup>127</sup>. Aguirre Obarrío afirma que las autorizaciones se refieren a dos situaciones: unas tienen relación con el lugar, ya que ocurre que en ciertos puntos alejados del país no existen médicos diplomados y por ende se permite a ciertas personas que se ocupen de ciertos casos simples y de urgencias. Las otras autorizaciones se refieren a que, en determinadas circunstancias, se permite a ciertas personas, dada la situación existente —como ser el lugar en donde se encuentran, la lejanía de centros urbanos, las urgencias, problemas temporales de salud—, que realicen ciertas acciones referentes al arte de curar. Se trata, por ejemplo, de estudiantes avanzados en medicina que realizan ciertas actividades en los hospitales, controladas o supervisadas por médicos ya diplomados. La decisión, en estos casos, es tomada siempre por los médicos, como en qué casos pueden los estudiantes estar y en cuáles no. En otros supuestos, en los cuales deben actuar, por ejemplo debido a un parto donde no se encuentre nadie y no se alcance a llegar a un hospital, la conducta se encuadra en el estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, Cód. Pen.)<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 159; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 90; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 137.

<sup>127</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 159; CREUS, ob. cit., p. 90.

<sup>128</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit.

3) *Quienes tienen la autorización para ejercer el arte, pero exceden los límites permitidos.* Puede ocurrir este extremo cuando el autor ejerce el arte de curar cuando ha vencido la autorización o cuando estando autorizado para algunas actividades, realiza otras. Creus da una serie de ejemplos: el mecánico dentista que realiza extracciones de piezas dentales, la partera que administra remedios para enfermedades que no tienen que ver con el parto<sup>129</sup>.

#### b) *La prescripción o administración*

Las acciones que el artículo prevé como típicas son:

- a) Anunciar, que es el acto de publicitar o comunicar a una pluralidad de personas, con la posibilidad de que pueda convertirse en un hecho de conocimiento público. En síntesis, el que publica o proclama los medios para el tratamiento de las enfermedades. Pero, como bien lo ha dicho la doctrina, no se trata de hacer una propaganda de un determinado remedio o medicación, o un determinado procedimiento curativo, sino que lo que se anuncia es que el agente va a prescribir, administrar o aplicar un medicamento u otro medio que constituye un determinado tratamiento<sup>130</sup>.
- b) Prescribir. En este sentido, es ordenar o dar un medicamento. En palabras simples, es la acción de indicar que alguna persona ingiera una medicación, pero no como un consejo sino como una orden del que entiende en la materia, a los efectos de la cura o mejora de una enfermedad.
- c) Administrar. Es el acto de suministrar el medicamento.
- d) Aplicar. Es el empleo o utilización del medio sobre el paciente, haciéndoselo ingerir, o incorporándoselo al cuerpo de cualquier forma, como ser inyectables, apósitos, etcétera<sup>131</sup>.

#### c) *Objeto de las conductas*

Todas las conductas anteriores tienen como objeto a cualquier me-

<sup>129</sup> CREUS, ob. cit., p. 90; NÚÑEZ, ob. cit., p. 159.

<sup>130</sup> CREUS, ob. cit., p. 88; NÚÑEZ, ob. cit., p. 160.

<sup>131</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 160; CREUS, ob. cit., p. 88.

dio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, por absurdo e inocuo que sea. Lo esencial es que sea lo que sea lo que se administra, la acción del autor debe tender, acertadamente o no, a ser un tratamiento curativo. Esto surge de la intención del autor y no de la creencia de los destinatarios. Afirma Núñez que “la criminalidad del curanderismo consiste en que el agente observa una conducta susceptible de ser desviada de la asistencia médica correcta, no sólo en los crédulos, sino también en los incrédulos, sin fe o desilusionados de la medicina autorizada o interesados en evitarla”<sup>132</sup>.

Por eso los medicamentos, las aguas, la electricidad, el hipnotismo o cualquier medio tienen que tener el fin del agente de curar a la persona, y en esto reside el problema desde el punto de vista subjetivo. Los medios que indica la ley no tienen límites dejados a la imaginación de los autores que deciden ocupar el lugar de los médicos. Se pueden mencionar, como ejemplos, las cartas de cualquier tipo, como el tarot, los actos rituales, estampas y medallas de santos, cualquier infusión a la que se le dé un carácter curativo, por ejemplo del cáncer, y elija el lector el que le guste más. Ramos trae una serie de ejemplos sacados de la jurisprudencia de la época pero que demuestran que el tiempo, en este aspecto, no pasa, o que la ignorancia sigue igual o peor. La persona que curaba verdaderas enfermedades en un instituto de belleza, el optometrista que recetaba cristales para los ojos, el masajista que se inmiscuía en actividades propias del médico, un mecánico dentista que colocaba dentaduras, un médico que revolucionó Buenos Aires con sus curas tocando el nervio trigémino<sup>133</sup>. En cambio no hubo condena a quien practicó un análisis de orina, al masajista que realizaba tareas sin serlo, al que anunciaba y vendía un remedio<sup>134</sup>.

Aguirre Obarrio cita un fallo de la Cámara del Crimen<sup>135</sup>, en el cual se afirma que lo que se intenta proteger es la salud pública, la que se ataca no sólo cuando se causa perjuicio directo al paciente, sino cuando se lo causa indirectamente, al sustraerlo de la asistencia racional dada por las personas con título otorgado por el Estado.

<sup>132</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 99.

<sup>133</sup> RAMOS, ob. cit., p. 247.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 139. CCrim. Cap., t. I, 335.

d) *La habitualidad*

La ley exige, tal como se afirmó, que el autor anuncie, prescriba, administre o aplique habitualmente el tratamiento médico. La doctrina ha interpretado este requisito de dos formas diferentes: un primer sector piensa que se exige la reiteración de actos, pero que cada uno de ellos en sí no tipifica el delito, ya que uno de sus elementos es la habitualidad<sup>136</sup>. Por eso Ramos afirma que si a una persona se le prueba que ha suministrado o anunciado una vez un remedio, no hay ejercicio ilegal de la medicina<sup>137</sup>. Un segundo sector sostiene que se trata de una característica subjetiva del delito, “que reside en la actitud anímica del autor, sintomática del ejercicio del arte de curar por hábito y compatible con la comisión de un solo acto”<sup>138</sup>. La fundamentación que da Núñez es que el artículo 208 no pretende castigar al que eventualmente presta asistencia curativa a dos o más personas, ni siquiera a la patrona de estancia que practica una y otra vez curaciones en su ámbito de actuación. “La ley que reprime la actividad del curandero no puede ser interpretada en el sentido de que quiere prescindir de los casos en que, sea por las circunstancias, sea por los antecedentes, un solo acto resulta claramente sintomático de curanderismo. La causa a la que el precepto represivo atiende, no es a que el autor ya haya hecho correr riesgos a dos o más personas, sino el peligro abstracto emergente del oficio acusado por la situación del agente que ha cometido uno de los actos mediante los cuales la ley requiere que exteriorice su oficio. La pluralidad de actos de cura, juzgados o no, constituye un síntoma de habitualidad, pero no el único”<sup>139</sup>.

Creus distingue la habitualidad de la profesión, y si bien esta última se conforma con un solo acto, la habitualidad exige repetición de actos<sup>140</sup>.

Moreno termina el acápite 403 con la siguiente afirmación: “Como lo que se reprime es el ejercicio indebido de una profesión, se exige

<sup>136</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, p. 533; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, I3-A.

<sup>137</sup> RAMOS, ob. cit., t. 6, p. 246.

<sup>138</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 161.

<sup>139</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 162.

<sup>140</sup> CREUS, ob. cit., p. 89.

el requisito de la habitualidad. El que diera accidentalmente una receta o un consejo no incurriría en delito”<sup>141</sup>.

La cuestión, tal como está planteada, es a nuestro juicio, clara. La habitualidad requiere una repetición de conductas, que no se suplente con la intención del autor. Decíamos en referencia al delito de encubrimiento, citando al Tribunal Supremo español, que la habitualidad es “la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre. Habitualidad que debe ser fáctica, no presunta o jurídica, pues ésta lesionaría la presunción de inocencia”<sup>142</sup>. Y agregábamos, con términos que se pueden aplicar a este delito, “que la habitualidad debe estar desprovista de toda connotación con el Derecho Penal de autor, ya que se trata de la comisión reiterada de delitos de (receptación), en este caso de curanderismo con todos sus elementos”<sup>143</sup>.

Llama la atención que un autor como Núñez, que ha hecho valer la posición objetiva, insista en este artículo en una posición subjetiva, que tiene que ver con el dolo de la habitualidad, en el sentido de realizar los actos con cierta duración en el tiempo, ya que es un elemento del tipo. Pero no surge de la ley que la habitualidad sea subjetiva ni cosa que se le parezca.

### c) *La gratuidad*

La ley no exige que el autor cobre algún dinero o recompensa de ningún tipo. No es el patrimonio de las personas lo que está en juego, sino la salud pública. De manera que puede existir un concurso con la estafa u otras defraudaciones, así como con delitos contra la persona, en especial los delitos de homicidios o lesiones, dolosas o culposas. Se puede pensar en un caso en el cual una persona realiza alguna de las acciones antes dichas y lleva a que una persona muera, aun contra la voluntad del autor o agente, que intentaba su cura. Puede ser que ese caso entre en el tipo culposo y se descarte el dolo eventual, según las circunstancias. Pero si mantiene su actitud y vuelve a repetir la acción está claro que ésta será dolosa.

<sup>141</sup> MORENO, ob. cit., p. 409.

<sup>142</sup> STS, 20-3-91, cit. por DONNA, ob. cit., t. III, p. 517.

<sup>143</sup> DONNA, ob. cit., t. III, p. 517.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso. El autor debe conocer que carece de título o autorización válida y, además, tener la voluntad de hacer algunas de las acciones destinadas al tratamiento de las enfermedades. Lo cual implica a nuestro juicio que sólo sea posible el dolo directo. El error, vencible o no, elimina el dolo<sup>144</sup>.

El error sobre la autorización puede ser un error de prohibición, en donde la duda no elimina la culpabilidad, sino que hace evitable el error.

#### 5. *Consumación*

El delito se consume con la sola realización de las conductas antes enunciadas, aunque no haya un estado de peligro para el bien jurídico, esto es, un peligro concreto para alguna persona y, es más, aunque el tratamiento sea correcto. Se trata de un delito de peligrosidad, como hemos dicho, aunque la doctrina afirma que se trata de un delito de peligro abstracto<sup>145</sup>.

## II. **Charlatanismo**

Inciso 2º: “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”.

#### 1. *Antecedentes*

Son los mismos que los enumerados en el inciso 1º.

#### 2. *Bien jurídico*

Se trata, según Núñez, “de un abuso profesional peligroso para la salud pública, habida cuenta los daños que les pueda acarrear directamente a los pacientes o por el daño indirecto que signifique el desvío

<sup>144</sup> Sin muchas explicaciones, NÚÑEZ, ob. cit., p. 164; CREUS, ob. cit., p. 92.

<sup>145</sup> CREUS, ob. cit., p. 91; NÚÑEZ, ob. cit., p. 164, pero hablando de delito formal y cayendo en el error que ya hemos analizado de equiparar estas dos formas de delito.

de las personas en general de la asistencia médica arreglada a las reglas de la ética profesional”<sup>146</sup>. En igual sentido, Creus, cuando afirma que “se está frente a un abuso profesional que ataca la salud pública al desviar a los pacientes de tratamientos que pueden resultar más eficaces o que científicamente se consideran más apropiados para la curación”<sup>147</sup>.

El bien jurídico sigue siendo la salud pública, en el sentido de que el anunciar o prometer la curación de la forma en que ha tipificado, además de ser en principio falsa, lleva a que las personas opten por lo irracional en contra de lo científico, de manera que de esa forma se pone en riesgo la salud pública. Más en un país en donde la racionalidad todavía no llegó.

Bien dice Aguirre Obarrio que en el estado actual de la ciencia médica es absolutamente imposible determinar con exacta precisión cronológica cuándo una afección del cuerpo humano puede curarse. Por eso se dice que un facultativo que efectúa esas afirmaciones es un charlatán, y de ahí deriva el nombre del delito<sup>148</sup>, por lo que Ramos termina diciendo que se trata de un exceso en el ejercicio del arte de curar<sup>149</sup>.

### 3. *Tipo objetivo*

Las conductas típicas son las de anunciar o prometer. Anunciar es comunicar algo a una multiplicidad de personas, publicidad mediante, con la posibilidad que se convierta en público o, dicho de otra forma, anunciar es dar noticia<sup>150</sup>. Prometer, en el sentido de la ley, es presentar el resultado como algo seguro o con gran probabilidad de éxito, de manera pública o a una multiplicidad de personas con posibilidad de eventual trascendencia pública<sup>151</sup>, de modo que, como dice Núñez, prometer es asegurar<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 165.

<sup>147</sup> CREUS, ob. cit., p. 92.

<sup>148</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 141.

<sup>149</sup> RAMOS, ob. cit., t. 6, p. 248.

<sup>150</sup> CREUS, ob. cit., p. 92; NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 165.

<sup>151</sup> CREUS, ob. cit., p. 92.

<sup>152</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 165.

Ahora bien, el problema está en lo que se anuncia o promete, que en este caso es la curación de enfermedades, a las que se le pone un término fijo, o bien se afirma que hay medios secretos o infalibles.

Es importante darle un contenido a estas palabras, ya que si no se haría un tipo penal abierto y en consecuencia peligroso, especialmente cuando la ley habla de enfermedades a término. Según Fontán Balestra, esta conducta ya estaba prohibida en el artículo 20 del decreto-ley 17.132 de ejercicio de la medicina y actividades de colaboración, y sancionada con apercibimiento, multa e inhabilitación<sup>153</sup>.

Cuando la ley habla de término fijo, implica que el tiempo está determinado. Esto no quiere decir que el médico no pueda decir que se curará el enfermo en cierto tiempo. Lo que se castiga es que públicamente anuncie o prometa que cura ese tipo de enfermedad en un tiempo determinado, de una manera, por así decirlo, mágica, frente a la prudencia científica, con lo cual se afecta la salud pública en el sentido antes dicho.

Medios secretos son los que consisten en un procedimiento sobre cuya sustancia o forma el autor guarda reserva. Es decir, que se trata de anunciar o prometer una curación mediante un remedio o medio secreto u oculto. Todo lo contrario a lo que debe hacer un médico. Adviértase que, junto a la salud pública, detrás de este tipo delictivo se está violando la base del actuar médico, esto es, el consentimiento del paciente, y mal puede éste darlo si no se sabe cómo se cura, con lo cual, si hay daños que el paciente no ha previsto la acción se puede desplazar a los delitos contra la vida.

Tampoco importa que la acción sea eficaz o no, ni que sea gratuito o pago, porque el bien jurídico es la salud pública.

Ramos cuenta un caso en el cual un médico, mediante volantes, publicó que tenía un remedio que curaba la lepra o el cáncer a plazo fijo. El médico alegó que él trabajaba de manera gratuita. Pero observa bien Ramos que el Código no exige que se cobre sino que con título o autorización para el arte de curar, prometa o anuncie la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles.

<sup>153</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, 13-B.

Y agrega que esto es muy frecuente<sup>154</sup>, cuestión que podría volver a repetirse en la actualidad, habiendo pasado ya casi cincuenta años.

#### 4. *Autoría*

Se trata de un delito especial, ya que sólo pueden cometerlo los que tengan título válido o autorización para ejercer el arte de curar. Se admite la participación en cualquiera de sus formas<sup>155</sup>. Nos remitimos a lo dicho en el inciso 1°. Si no es así, podría entrar la conducta en el artículo 208.

#### 5. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso. Parte de la doctrina exige que exista malicia, ya que lo que se promete no debe ser real. Soler ha sostenido que el profesional que cree en lo que anuncia o promete puede ser un ignorante o un torpe, pero no es un charlatán<sup>156</sup>. Fontán Balestra afirma que atento a los sujetos activos del delito, el elemento subjetivo tiene un significado especial. El médico "que conforme a su ciencia y conciencia es sincero en el tratamiento, no parece que pueda ser incluido en la norma penal que nos ocupa". Y esto es así, porque, "cuando se trata de un profesional, el peligro es menor, y aun es posible que no lo haya. Por eso sólo son alcanzados los actos maliciosos, que han de ser inspirados en la mayoría de los casos con avidez de lucro que se persigue concretar logrando mayores clientes u honorarios superiores. De ahí que resulte en estos casos el concurso con estafa"<sup>157</sup>.

En contra, Núñez, que sostiene que no se exige malicia ya que basta con el anuncio o promesa<sup>158</sup>.

En este tipo de delitos, no hay duda de que el dolo es saber que

<sup>154</sup> RAMOS, ob. cit., p. 248. La sentencia se encuentra en *Gaceta del Foro*, t. 144, p. 143. La obra de Ramos es la recopilación de clases y fue editada en 1944.

<sup>155</sup> DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed. cit.

<sup>156</sup> CREUS, ob. cit., p. 94; SOLER, ob. cit., t. IV, § 129 XIV.

<sup>157</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 132, 13-B, con citas de González Roura y Soler.

<sup>158</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 165.

se anuncia o promete la curación de la manera que el Código lo establece, y no hay motivo alguno que surja de la norma, para exigir un dolo distinto del directo.

### 6. *Consumación*

Se consuma el delito cuando se anuncia o promete esta forma de curación de manera segura, aunque el tipo penal no requiere la habitualidad.

## III. El prestanombre o préstamo de nombre

Inciso 3º: “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”.

### 1. *Bien jurídico*

Se castiga a quien tiene título o autorización pero presta el nombre a otro que no lo tiene para que realice las acciones del inciso 1º de este artículo. Se trata, como bien lo ha dicho Aguirre Obarrio, de un caso de participación necesaria, que se incrimina especialmente<sup>159</sup>. Es otra forma de abuso de la confianza, ya que la colaboración del agente le permite actuar al autor principal.

### 2. *Tipo objetivo*

Se trata de prestar el nombre, a los efectos de que un tercero realice los actos del inciso 1º del artículo 208. Creus afirma que tiene que haber una suplantación de la personalidad del autorizado por el no autorizado. Éste debe actuar como si fuera la persona autorizada<sup>160</sup>. Por ende, si no se da este requisito de la suplantación no se dará el tipo penal. Por eso se afirma que el delito demanda la sustitución del individuo y de su calidad: el habilitar un consultorio a nombre del que tiene título o autorización y realizar actos como si fuera el médico.

<sup>159</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 141.

<sup>160</sup> CREUS, ob. cit., p. 94.

Pero hay acuerdo en que no se da el delito si el tercero le presta el consultorio y atiende el tercero como tal<sup>161</sup>. Lo que se castiga es la sustitución del verdadero profesional por un tercero que no lo es, con el consentimiento del primero. Se trata de un claro abuso de confianza que nos recuerda al artículo 172 del Código Penal, claro que la “defraudación”, por darle un nombre conocido aunque no técnico, es a la salud pública.

Debe pues, el que tiene título o autorización, haber dado el consentimiento para que el tercero, sin título ni autorización, realice los actos del inciso 1º del artículo 208.

Ramos cuenta un caso ocurrido en 1935, en que se resolvió que una dentista no cometía este delito, si bien tenía un consultorio con chapa en el frente, y, en su ausencia, el mecánico hacía trabajos de dentista. Se afirmó que el sexo distinto de ambos hacía imposible la tipificación del delito. En cambio, fue condenada otra persona que tenía en el frente dos chapas. Una decía: Fulano de Tal, que no era dentista, y la segunda, más abajo, decía: Mengano de Tal, Dentista. Éste último, imputado, dijo que esto no podía confundir a nadie. Sin embargo se lo condenó y bien, según la afirmación de Ramos<sup>162</sup>.

### 3. *Autoría*

Se trata de un delito especial, ya que debe ser autor alguien con título o autorización para el arte de curar a las personas<sup>163</sup>.

### 4. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso y de dolo directo, de manera que el autor debe conocer que el tercero carece del título y la autorización. Como se trata de una participación necesaria, con carácter autónomo, se debe dar el doble dolo, tanto del autor de este delito como del autor del delito previsto en el inciso 1º.

<sup>161</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 166; CREUS, ob. cit., p. 94.

<sup>162</sup> RAMOS, ob. cit., ps. 248/9.

<sup>163</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 166.

## 5. Consumación

El delito se consuma con el uso por el tercero del nombre ajeno para curar, que puede ser expreso o tácito. No es admisible la tentativa, según la doctrina mayoritaria<sup>164</sup>.

## JURISPRUDENCIA

### I. Tipo objetivo

1. Corresponde revocar el sobreseimiento definitivo del imputado en orden al delito de ejercicio ilegal de la medicina y disponer la continuación de la instrucción, si aquél admitió recetar lentes y anteojos ejerciendo una profesión inexistente en la Provincia de Santa Fe —en el caso, “óptometra”, que es una rama de especialización de la de óptico— pues la ley 2287 de sanidad prohíbe realizar tales prescripciones a toda persona que no esté comprendida en sus artículos 18 a 29.

2. A los fines del delito de ejercicio ilegal de la medicina no existe exceso en el límite de la autorización administrativa conferida para ejercer una profesión si la eventual superposición de incumbencias profesionales existente entre la que ejerce el encartado —en el caso “óptometra”— y otra legalmente habilitadas, no fue resuelta por las autoridades competentes, lo cual permite pronunciarse a favor de la administración de aquella incumbencia (del fallo de primera instancia).

CPen. de Rosario, sala III, 16-6-2000, “Annan, Héctor O.”, L. L. Litoral 2000-1282

### II. Tipo subjetivo

La voluntad en el obrar requerida por el artículo 208, inciso 1º del Código Penal en orden a la configuración del delito de ejercicio ilegal de la medicina, debe estar dirigida al conocimiento de la ilicitud de los medios comisivos (del fallo de primera instancia).

CPen. de Rosario, sala III, 16-6-2000, “Annan, Héctor O.”, L. L. Litoral 2000-1282

<sup>164</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 167; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 95.

### III. Consumación y tentativa

1. El tipo penal previsto por el artículo 208, inciso 1º del Código Penal —ejercicio ilegal de la medicina—, es una ley penal en blanco, pues para su aplicación es imperiosa la existencia previa de una reglamentación legal o administrativa que delimite los conceptos de “título”, “autorización” y por defecto “exceso” en los límites de la autorización administrativa para ejercer una profesión (del fallo de primera instancia).

2. La nulidad del título otorgado al encartado para ejercer una profesión —en el caso optómetra—, declarada por la autoridad competente en base a circunstancias ajenas a aquél, no permite rechazar el sobreseimiento definitivo en orden al delito de ejercicio ilegal de la medicina, pues la decisión de la administración es insusceptible de conculcar el derecho a ejercer una profesión liberal para la cual se cuenta con habilitación (del fallo de primera instancia).

CPen. de Rosario, sala III, 16-6-2000, “Annan, Héctor O.”, L. L. Litoral 2000-1282

### IV. Autoría y participación

Es pasible de configurar alguno de los tipos descriptivos por el Título VII, Capítulo IV del Código Penal, en las figuras dolosas o culposas, la conducta de quienes realizan el lavado y la reutilización de jeringas descartables, extendiéndose la responsabilidad a los médicos del sanatorio, pues su condición de profesionales en el arte de curar, sus específicos conocimientos y la experiencia adquirida a lo largo de su actividad los colocó en la obligación de actuar conforme a su posición de garantes, al haber tomado conocimiento de que esos materiales eran reutilizados en el centro asistencial, quedando también aprehendidos por este saber los profesionales médicos que permitieron o toleraron la entrega o distribución de los materiales descartables con destino a su reutilización.

CNFed.CCorr., sala VI, 24-8-95, “Vitaver, Daniel E.”, sum. Albremática A1102763

TÍTULO VIII  
**DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**



## DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO<sup>1</sup>

La cuestión sobre el contenido del orden público no es pacífica en la doctrina argentina y ha sido motivo de discrepancias doctrinales, esencialmente por la amplitud conceptual con la que se ha pretendido caracterizar al llamado “orden público”<sup>2</sup>.

Los antecedentes nacionales sobre el punto nos dicen que desde 1887 hasta 1922, que rigió el primer Código Penal, no hubo disposición alguna sobre este tipo de delitos. Recién con el proyecto de 1891 comenzaron las leyes a incorporar el título denominado *Delitos contra el orden público*. En éste se decía que no había en la ley “ninguna disposición encaminada a proteger el orden social contra las perturbaciones ocasionadas intencionalmente, cuando ellas no infieren alguna lesión inmediata a un derecho determinado”, por eso se incorporaba el título respectivo<sup>3</sup>.

Pero como lo ha expresado Ramos Mejía, y debido a un hecho en concreto, como pasó y pasará siempre en nuestro país, se decide incorporar este tipo de delitos a la legislación. En la noche del 26 de junio de 1910 ocurrió un atentado terrorista en el teatro Colón de Buenos Aires. Al día siguiente el tema fue abordado por la Cámara de Diputados de la Nación, y dio pie a que el 28 de junio se sancionara

<sup>1</sup> La rúbrica es de acuerdo a la ley 23.077.

<sup>2</sup> CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

<sup>3</sup> RAMOS MEJÍA, Enrique, *Los delitos contra la tranquilidad pública en la ley de reformas al Código Penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, La Ley, enero-marzo de 1968, ps. 38 y ss.

la Ley 7029 de Defensa Social, en la que se incorporaba a la legislación la apología del crimen, la fabricación, transporte y guarda de explosivos, la intimidación pública y cierto tipo de asociación ilícita.

Como siempre, la ley fue criticada y los tribunales fueron moderados en su aplicación, pero ya había ambiente para que en 1916 el diputado Moreno llevara las disposiciones al Código Penal<sup>4</sup>.

Luego el título debió sufrir las reformas de las leyes 13.945 de 1959 y 15.276 de 1960, que modificaron sustancialmente los textos del Código de 1921. Luego la ley 16.648 de 1964 introdujo nuevas modificaciones, entre ellas la del artículo 213 bis. Pero la cuestión no termina allí, sino que la ley debió padecer, como si no fuera poco, la reforma del decreto-ley 17.567, promulgado el 6 de diciembre de 1967 y luego la de la ley 20.509, cuando se vuelve al régimen constitucional; posteriormente otro decreto-ley, el 21.338, del gobierno militar, cambia este título, como no podía ser de otra forma, hasta que la ley 23.077 vuelve las cosas por lo menos al orden constitucional<sup>5</sup>.

Se puede afirmar que es una forma de legislar que demuestra lo que es la Argentina, una forma de legislar y un modelo de lo que no se debe hacer en esta materia, como en ninguna otra. Detrás de estas reformas, especialmente las militares, se encuentra la idea de que la ley penal arregla los problemas del ciudadano, sin entender que se trata de otra cuestión. Toda una concepción conservadora, en el peor sentido de la palabra, que buscó y busca el consenso mediante la violencia de la ley, esto es, imponer su idea. Luego, cuando nos oponemos, con fundamentos en los derechos básicos de la personas, nos responden como Dahm y Schaffstein –juristas de Hitler, como pocos, a los que sin duda debe sumarse Mezger<sup>6</sup>—. Decían los dos primeros sobre el Derecho Penal que intentamos armar, con dificultades: “El Derecho Penal moderno ha incurrido en el mismo fracaso, a causa de

<sup>4</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39.

<sup>5</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39, en adelante. Se puede analizar un cuadro comparativo de las leyes y los artículos.

<sup>6</sup> Véase el trabajo de MUÑOZ CONDE, Francisco, *La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre “Gemeinschaftsfremde” (1940-1944)*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-1, *Garantías constitucionales y nulidades procesales – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 665 y ss.

la condescendencia con el criminal, que el Derecho Penal clásico. La causa sería que la escuela sociológica, de la que ha salido todo ese movimiento, está en aparente contradicción solamente con la clásica, de la que es continuadora, habiendo crecido las dos bajo el signo de la filosofía iluminista y de los regímenes políticos que a su calor surgieron. En una palabra, bajo esas tentativas para conseguir una defensa social más eficaz contra los delincuentes peligrosos, no habría sino la máscara del individualismo tendiendo a una dulcificación de las sanciones en beneficio de los derechos del hombre delincuente<sup>7</sup>.

La expresión orden público, entiende Núñez<sup>8</sup>, es equívoca por la diversidad de acepciones que contiene. Así en materia civil se habla de leyes de orden público, para significar que sus disposiciones se encuentran por sobre los derechos de las personas (arts. 5º, 502 y 872, Cód. Civ.) y al margen de la voluntad de sus destinatarios (art. 21, Cód. Civ.) sin perjuicio de las garantías constitucionales. También se habla de orden público para establecer un límite a la aplicación de las leyes extranjeras (art. 14, Cód. Civ.), entre otras acepciones. Por eso, sigue diciendo Núñez, Molinario advirtió el problema y lo equívoco de la palabra<sup>9</sup>.

Volviendo a nuestro tema, el decreto-ley 17.567 modificó la rúbrica “de orden público”, por “tranquilidad pública”, expresión ésta que fue saludada como un acierto por la doctrina argentina. Así el citado Ramos Mejía afirmaba que: “Cierto es que la denominación *Delitos contra el orden público* ha sido tradicional en nuestro Derecho y aun en la legislación extranjera que sirvió de fuente a aquél, pero nunca pudo explicarse satisfactoriamente la razón del uso inveterado de tal epígrafe, y curiosamente, pese a mantenerse aquella designación, se solía hacer clara referencia al verdadero bien jurídico cuya tutela interesaba haciendo alusión a cosas más o menos concreta e inequívocas: al orden social se refirieron los autores el proyecto de 1891; ‘el orden y la organización social’ fueron invocados por el diputado Oliver en 1910.

<sup>7</sup> DAHM und SCHAFFSTEIN. *Liberalen oder autoritäres Strafrechts?*, cit. y analizado por ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, en *Obras completas* cit., t. II, ps. 43 y ss. (en prensa).

<sup>8</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 173 y 174.

<sup>9</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 174.

Y se expresaban así porque, fieles a su pensamiento, buscaban asegurar en la sociedad el orden y la tranquilidad indispensables para que cada uno pudiera desempeñarse y vivir sin sobresaltos, en un clima general de seguridad individual y de pacífica convivencia. Y ello era el bien digno de protección penal, que pudo ser llamado con acierto tranquilidad pública”<sup>10</sup>.

Se ha sostenido que la expresión “tranquilidad pública” está más desprovista del estado legal o normativo que era expuesto por el término orden público. La expresión que fue usada por la reforma del año 1967 quiere hacer notar la situación de sosiego espiritual del público o de las personas en general, por eso la naturaleza subjetiva que tiene este bien jurídico está de acuerdo con los hechos que la lesionan<sup>11</sup>.

Aguirre Obarrio sostiene que en la versión italiana se definió al orden público como “el buen ensamblamiento y regular funcionamiento del convivir civil”<sup>12</sup>. Pero agrega que esta idea que estaba en Zanardelli era objetiva, en contraposición a otros autores que buscaron un concepto subjetivo, en el sentido del estado de ánimo de la población.

Otro grupo de autores apelan a un concepto mixto, en el sentido de que la sociedad pueda estar tranquila, pero que realmente existen peligros que se desconocen. Molinario terminó definiéndolo como el derecho de una sociedad a vivir libre de injustos temores<sup>13</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que los delitos como los que se estudian en el presente título producen temores, y en este caso es lo más esencial del asunto, aunque citando a Feuerbach afirma que son delitos vagos, extravagantes o vacuos<sup>14</sup>.

Soler<sup>15</sup> sostiene que el concepto de “tranquilidad pública” viene a traer más precisión que el de “orden público”, dada la diversidad o pluralidad de sentidos que éste tiene, en especial cuando se refiere al

<sup>10</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 46.

<sup>11</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 174. En igual sentido Soler, cuando habla de “la quietud, del sosiego, para el desenvolvimiento de la vida civil” (t. IV, p. 591); LAJE ANAYA, ob. cit., p. 2.

<sup>12</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 176.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 177.

<sup>15</sup> Ob. cit., t. 4, § 130, p. 499 a 592.

orden jurídico en general y como conjunto de principios jurídico-políticos supremos. Es una forma de protección mediata de bienes jurídicos primarios pues es una de las condiciones favorables para la comisión de graves daños en el desorden y la perturbación social. Las figuras que trata este título (instigación pública, asociación ilícita, intimidación pública y apología del delito) tienen un aspecto de prevención de daños mayores. Tienden a la evitación de otros daños de manera mediata. Detrás de la instigación y de la asociación ilícita, afirma Soler, está la posibilidad de otra clase de delitos que se quiere evitar; detrás de la apología del crimen se percibe una forma indirecta de aconsejar el crimen; detrás de la intimidación están los daños derivados del desorden.

Está claro que con estos conceptos casi se está ante tipos penales que son actos preparatorios de otros delitos, por ello el castigo, dada la importancia que para el legislador tiene el bien jurídico.

Cornejo, por su parte<sup>16</sup>, afirma que es dable coincidir plenamente con la denominación propiciada por Carrara, Soler, Fontán Balestra o Núñez en cuanto sostuvieron que por la ambigüedad del término y las distintas significaciones jurídicas, resulta apropiado referirse a la tranquilidad pública como el bien jurídico lesionado.

Lo que se protege, en síntesis, a nuestro criterio, es la paz pública, en tanto sentimiento que tiene la generalidad de seguridad en el derecho y la fidelidad al orden normativo, en cuanto a la continuación y estado de la paz social<sup>17</sup>.

Los delitos en cuestión han sido en general considerados como delitos de puro peligro<sup>18</sup>. Sin embargo, Ramos Mejía ha sostenido la siguiente posición: "Pero más recientes reflexiones me han convencido del error de tal interpretación, pues si bien la vida, la integridad per-

<sup>16</sup> CORNEJO, ob. cit., p. 36.

<sup>17</sup> VON BUBNOFF, Eckhart, *StGB. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996, § 126, 2; JAKOBS, *ZStW*, 97 1985, 775.

<sup>18</sup> NÚÑEZ, ob. cit., 1959, t. I, p. 250; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* cit., t. III, p. 466; SOLER, ob. cit. (1963), t. II, p. 164; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. I, p. 468; BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

sonal, la libertad y la propiedad puestas en peligro, reciben de manera mediata una más eficaz protección con la incriminación de aquellas conductas, lo cierto es que la ley ha individualizado otro bien jurídico –la tranquilidad pública– merecedor también de por sí de adecuada y directa protección, ya que su integridad es condición decisiva para la convivencia social. Delito de puro peligro es, a guisa de ejemplo, el previsto en el artículo 299 del Código Penal, que reprime la fabricación, introducción al país o tenencia de materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificaciones, pues de ese hecho sólo deriva peligro para la fe pública, pero no daño efectivo para ella. De análoga naturaleza son también el abuso de armas (art. 104, párr. 1º), el abandono de personas (arts. 106 y 108), algunas hipótesis de delitos contra la salud pública”. Pero, agrega Ramos Mejía, “lo contrario sucede en los delitos que vengo considerando, ya que en ellos la tranquilidad pública no es ‘objeto de lesión potencial’, sino objeto de daño efectivo, y un posible riesgo sólo existe de modo mediato para otros bienes jurídicos; prevaleciendo aquél en razón de la configuración de las respectivas acciones y de su ubicación sistemática dentro del Código Penal, cabe considerar a tales hechos como delitos de daño, si no se quiere adoptar la calificación de delitos mixtos de daño y de peligro”<sup>19</sup>.

En la clasificación que hemos hecho nosotros, no se trataría de delitos de daño o de peligro a los bienes jurídicos en particular, como la vida, la salud, etcétera, sino, frente a éstos, de delitos de acciones peligrosas concretas. Pero frente al bien jurídico orden público, se trata de delitos de daño, ya que lo ponen en un estado de riesgo<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> RAMOS MEJÍA, *ob. cit.*, p. 47, con cita de Maurach y su clasificación de este tipo de delitos.

<sup>20</sup> Véase la introducción a los delitos contra la seguridad pública.

## CAPÍTULO I

### INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. La instigación del artículo 45 del Código Penal. IV. Tipo objetivo. V. Tipo subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VII. El tema del artículo 41 del Código Penal. Jurisprudencia.

Artículo 209: “El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41”.

#### **I. Antecedentes**

En el Capítulo I del Título VIII, en los delitos contra el orden público, más precisamente en el artículo 209, se regula del delito de instigación a cometer delitos, cuyo texto vigente se debe a la ley 20.642, artículo 1º, restablecido por la ley 23.077. Se trata del texto original que había sido reformado por los decretos-leyes 17.567 y 21.338.

Por ende, hay que ir a los textos en donde se analizaban los antecedentes de las normas.

El proyecto de 1891, en el artículo 251, castigaba al que públicamente instigare a otro a cometer un hecho punible. La pena se agravaba en los casos en que se produjere el hecho. La Exposición de Motivos, que es lo que interesa, afirmaba: “El primero de estos delitos es la instigación criminal que legislamos en el artículo 251. El que públicamente instiga a cometer un hecho punible, aunque no asuma el carácter de autor o cómplice de un delito tentado o consumado, comete un acto digno de represión, porque ocasiona un verdadero peligro para

la tranquilidad general, excitando las pasiones o tendencias criminales de un número indeterminado de personas, entre las cuales puede haber muchas a quienes la instigación mueva, tarde o temprano, a ejecutar el delito a que se refiere otro análogo. La libertad de palabra hablada o escrita no puede razonablemente extenderse hasta esos excesos. Como los principales códigos extranjeros, reprimimos, pues, la instigación, aunque no vaya seguida de un efecto inmediato, y declaramos para evitar dudas de interpretación, que, si produjera efecto, el instigador debe ser penado como autor del hecho ejecutado, porque es lo que corresponde con sujeción a los principios de la responsabilidad criminal”<sup>1</sup>.

El proyecto de 1906 repetía la disposición, variando la redacción pero manteniendo el concepto. Se reemplazó la expresión “hecho punible” por “cometer un delito”.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, de la Cámara de Diputados cambió el concepto de los anteriores proyectos, al exigir que la instigación se hiciera contra determinada persona y suprimió la agravante en caso de que se realizara el delito. Se afirmaba que: “La Comisión, concordante con las observaciones que se han hecho en la parte relativa a los delitos contra la libertad, entiende que la instigación, para ser castigada, debe hacerse en forma determinada contra una persona o una institución. Sería sumamente peligroso castigar, como lo hace el proyecto de 1906, a quien instigara en forma indeterminada, pues eso podría prestarse a numerosos abusos contra la libertad individual y contra la libertad de propaganda. Debe, además, tenerse en cuenta que esas instigaciones no dependen principalmente de la persona que habla o ejercita el derecho de difundir sus ideas, sino de las personas que la oyen, las cuales, por razones diversas o por encontrarse preparadas para el delito, pueden incurrir en las infracciones, aun cuando la propaganda no haya debido llevarlas a cometerlas.

”Por las mismas razones se ha suprimido el artículo 227 del proyecto.

”Debe tenerse, por lo demás, en cuenta, que todas estas cuestiones

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 422.

son más bien propias de la legislación de faltas, y que, a si a causa de esos excesos se produjeran desórdenes, sería a ese título que podrían ser aquéllos castigados”<sup>2</sup>.

Posteriormente, como bien se ha señalado, los decretos-leyes 17.567 y 21.338 modificaron el artículo 209; el último de ellos, había contemplado dos tipos penales: la instigación a cometer delitos determinados y la incitación a cometer delitos o a la violencia colectiva, y una agravante común a ambos, que era la instigación o la incitación a cometer delitos de carácter subversivo. El artículo 209, tal como se dijo, mantiene vigente el primer tipo penal, en cambio el segundo tipo penal ha pasado a ser, de alguna manera, el artículo 212 y se ha derogado la agravante<sup>3</sup>.

## II. Bien jurídico

Hay que tener en cuenta que este delito se inserta en el capítulo de los delitos contra el orden público o la llamada con más precisión tranquilidad pública. Sin embargo, dado que la ley ha mantenido el primero de los nombres, en adelante nos referiremos al llamado orden público.

Por público debe entenderse la comunidad social, el conjunto de personas indeterminadas. Y orden equivale, como decía Molinario, a paz pública, tranquilidad pública. Se trata de una situación de confianza en la que se puede vivir, dentro de una atmósfera de paz social. Se habla, en este sentido, de que el delito acá estudiado conlleva una alarma colectiva, y es en ese sentido que se afecta el orden público<sup>4</sup>.

## III. La instigación del artículo 45 del Código Penal

Decía Moreno, para empezar a precisar el tema, que “la persona que determina a otra a cometer un delito no es un instigador, sino un partícipe. Así lo dice el Código en la última parte del artículo 45, y

<sup>2</sup> Ídem nota anterior, ps. 422/3.

<sup>3</sup> Con claridad CREUS, ob. cit., t. 2, p. 102.

<sup>4</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 101; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 176/7.

así lo consagra uniformemente la doctrina. La instigación, de la que se habla en este delito, tiene, por consiguiente, fundamentales diferencias con la participación estudiada en la parte general. Esta última supone la existencia de un contrato ilícito, de un convenio entre partes que acuerdan en la realización del delito, mientras que en la instigación el acuerdo de voluntades no se presenta, concurriendo tan sólo una sugestión de carácter general hecha en relación a personas o instituciones determinadas. Instiga, en el sentido del artículo 211 del Código Penal, por consiguiente, un orador, que pronuncia un discurso en un lugar público e incita a los concurrentes a que maten a determinadas personas, a que roben a una institución, a que saqueen un comercio, a que incendien un local, a que rompan un camino de hierro, a que destruyan un puente, demuelan un edificio, envenen una fuente, etcétera<sup>5</sup>.

La inducción, en el sentido del artículo 45 del Código Penal, es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito<sup>6</sup>. Por eso es conteste la doctrina en afirmar que existe una dependencia global de la inducción al hecho principal, de manera tal que el inductor deberá responder por el hecho del autor que ha sido por él inducido.

En base a estas ideas se ha sostenido que el inductor es una especie de autor moral, ya que, como más modernamente lo ha puesto de relieve Schulz, el inductor es aquel que llega a tener el dominio del hecho —idea ésta que debe adoptarse con cuidado, ya que si no se lo convierte en autor— puesto que posee el dominio del plan<sup>7</sup>. Por eso Bloy<sup>8</sup> ha podido sostener que debido a que la idea criminal ha sido colocada, puesta, por el inductor, éste vendría a ser la causa moral del delito. Es que el instigador domina la fase de decisión del acto, como posteriormente el autor domina la fase de iniciación a la consumación del hecho<sup>9</sup>.

Esto es lo que lleva, y con cierta razón, a que desde la política criminal, que es base de la mayoría de las legislaciones, se afirme

<sup>5</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 420.

<sup>6</sup> DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit.; ver también la 2ª ed. ampliada cit., p. 123; MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., § 51, II, p. 436.

<sup>7</sup> SCHULZ, *Ratgeber*, 145, cit. por MAURACH y GÖSSEL, § 51, II, p. 436.

<sup>8</sup> JOERDEN, Jan, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

<sup>9</sup> BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, ps. 338/339.

que la pena del autor y del instigador es la misma, lo que no sucede siempre con el cómplice. Con razón ha sostenido Jakobs que el influjo psíquico constituye la inducción sólo si el autor adopta su decisión y persevera en ella, con dependencia de la voluntad del que influye<sup>10</sup>.

La ley define al inductor como aquel que ha determinado a otro directamente a cometer un hecho punible. Es quien crea en otro –el autor– la decisión del hecho punible (art. 45 *in fine* del Cód. Pen.).

El determinar presupone ejercer una influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona para que ésta oriente su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico. Por ello, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho<sup>11</sup>.

Pero esta determinación debe ser de tal manera que presuponga la concreción del hecho: es necesario que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico, pues la exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente. La exigencia de concreción del hecho es satisfecha cuando el inductor describe el delito a cometer en sus rasgos generales, porque aunque no es necesaria una descripción precisa, las instrucciones formuladas por el inductor deben dejar entrever una caracterización del hecho<sup>12</sup>.

En cuanto a los medios, debe ser considerado como idóneo cualquiera en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: convencimiento, ruego, la promesa de una recompensa, un consejo cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica de un bien jurídico<sup>13</sup>.

Tampoco hay problemas mayores en cuanto a los medios, ya que ella admite tanto la acción como la omisión, en la forma de “la no evitación de la adopción de la resolución por el autor por parte del

<sup>10</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 805.

<sup>11</sup> JAKOBS, *ob. cit.*, p. 805; DONNA, *ob. cit.*, 1ª ed., p. 76.

<sup>12</sup> DONNA, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>13</sup> MAURACH y GÖSSEL, *ob. cit.*, § 51, II, p. 439.

garante"<sup>14</sup>, más allá de que autores como Jescheck consideran que la instigación requiere siempre una conducta activa, no siendo en general admisible la instigación por omisión como forma de inducción<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista subjetivo la inducción es dolosa. Se habla en este punto del llamado doble dolo, en cuanto comprende la propia conducta del inductor y la conducta del inducido<sup>16</sup>.

El dolo del inductor debe abarcar, en primer lugar, el hecho principal, es decir, sus elementos objetivos y subjetivos. Se debe referir a los detalles relativos al lugar y tiempo de la ejecución sólo en la medida en que lo exija la concreción del hecho principal, de modo que si el autor incurre en error acerca de la ejecución del hecho principal, deben regir las reglas generales, esto es la exclusión del dolo, quedando el remanente de la culpa.

El dolo del inductor, y esto debe resaltarse, debe concretarse sobre un objeto personal de la acción de inducción, es decir, tener en vista a quien habrá de cometer el hecho. Toda inducción exige un destinatario, aunque no exista un conocimiento personal entre ambas personas. Siguiendo estas ideas habrá inducción cuando mediante una carta secreta un presidiario motive a su desconocido, vecino de celda, a intentar una huida violenta. En esto se distingue la inducción de la instigación a cometer delitos, en la cual la determinación a la comisión delictiva es pública y a persona indeterminada (art. 209, Cód. Pen.)<sup>17</sup>.

El dolo de inducción debe abarcar también lo doloso del hecho principal.

El inducido debe haber realizado el hecho de manera tal que la inducción haya tenido éxito. El autor principal debe haber entrado en la zona punible delimitada por el tipo<sup>18</sup>. La medida del ingreso del autor principal en la zona punible delimita y prejuzga, en virtud de la dependencia de la participación, también la responsabilidad del inductor. Plena responsabilidad del inductor ante la consumación del

<sup>14</sup> MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., § 51, II, p. 440.

<sup>15</sup> JESCHECK, ob. cit., p. 562.

<sup>16</sup> DONNA, ob. cit., 2ª ed., p. 129.

<sup>17</sup> DONNA, ob. cit., p. 78, con un error material de denominación del delito del art. 209. Ahora, correctamente, 2ª ed., p. 129.

<sup>18</sup> MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., § 51, III, p. 447.

hecho delictivo; responsabilidad atenuada en el caso de mera tentativa; impunidad del inductor cuando la tentativa de la conducta emprendida por el autor principal no es punible<sup>19</sup>.

Por eso son ciertas las palabras de Moreno cuando afirmaba, y volvemos con esto al artículo 209: "en estos casos concurre la instigación, se sugiere a los que escuchan, se les lanza al delito, pero no se conviene especialmente con nadie la comisión o la ejecución del mismo"<sup>20</sup>.

#### IV. Tipo objetivo

En principio la instigación del artículo 209 tiene algunas características de la instigación general antes explicada, aunque con las formas propias del tipo que ahora se analiza. Si bien no se exige una persona determinada, que era una característica esencial, sí se exige que el delito que se instiga sea serio, por lo cual, como bien se ha afirmado, se deja fuera del tipo penal el simple consejo, la mera propaganda ideológica, que también tiene sus consecuencias en el tipo subjetivo<sup>21</sup>.

Sin embargo, no es parte del tipo penal, como lo hace el artículo 45 del Código Penal, que el delito instigado se realice, similar a lo que sucede en el caso del suicidio que no se realiza, ni la fuga del menor, fuera del caso del artículo 148 del Código Penal<sup>22</sup>. Y en este punto, para poder salirse del esquema del artículo 45 del Código Penal el legislador no tiene otra alternativa que crear una norma específica, tal como lo hace el artículo 209<sup>23</sup>, si se exige, como lo hace la mayoría, que la participación siempre sea accesoria.

Por esta razón el tipo penal trae otro elemento básico que es la publicidad. La instigación es a cometer un delito determinado, pero no ya a una persona, sino que debe ser formulada de manera tal que sea apta para alcanzar a personas indeterminadas, o dicho en palabras de Creus, a la generalidad. La razón por la que se castiga esta forma de instigación es que la publicidad lleva a que, al ser pública, sea

<sup>19</sup> DONNA, ob. cit., ps. 84/5; 2ª ed., p. 128.

<sup>20</sup> MORENO, ob. cit., t. V, p. 420.

<sup>21</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 103.

<sup>22</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 179.

<sup>23</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 180.

bastante más probable que alguna persona de las que escucha la instigación pueda en algún momento actuar. Quien instiga a cometer un delito en público contra alguna persona o institución sabe que el mensaje puede ser o no tomado por alguien. Pero también sabe que en la indeterminación de las personas está el peligro, ya que el mensaje puede ser recibido por personas normales psíquicamente o por anormales o por enfermos. Adviértase lo que podría pasar con este tipo de mensaje en personas esquizofrénicas, paranoicas, y aun por los llamados neuróticos, que son en general mayoría, etcétera. Por eso la instigación a una persona, aunque sea pública, entra dentro del artículo 45 del Código Penal<sup>24</sup>.

El problema, pues, está en este elemento del tipo que es que se trate de una instigación pública. Aguirre Obarrio afirma que instigar significa incitar, buscar, mover a otros. Pero estos otros deben ser "un conjunto de personas indeterminadas, que puede llamarse el público, es decir, una parte de la sociedad o comunidad. Puede tratarse de lectores de una publicación, televidentes, radioescuchas e igualmente personas reunidas ex profeso o incidentalmente, como sería el caso de quienes están en una plaza o paseo"<sup>25</sup>.

El artículo 209 exige, además, la comisión de un delito determinado contra una persona o institución. Esto significa que sólo se comprende a los delitos y no a las contravenciones. Pero debe quedar claro que la instigación debe referirse a un hecho que es delito y no al nombre genérico de delito. Tal como dicen los autores, debe ser un hecho concreto, que encuadre en un delito determinado. En el ejemplo de Aguirre Obarrio: que maten a Juan Pérez, que violen a Juana Pérez, que desvalijen a una persona que está entre el público<sup>26</sup>.

En síntesis debe ser un hecho concreto, que abarque un determinado bien, que pertenezca a determinada persona, tanto individual, colectiva, o del propio Estado. Tampoco importa la calidad en que se actúe, ya sea autor o cómplice. Lo que es discutible es el caso de instigar a la instigación<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, § 71.

<sup>25</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 180.

<sup>26</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 181.

<sup>27</sup> Véase CREUS, ob. cit., ps. 104/5.

Cualquier delito es posible de instigar, salvo los culposos, debido a la estructura propia de ellos. No es posible instigar públicamente a violar el semáforo en rojo para matar gente de manera imprudente, ya que eso se convierte en delito doloso<sup>28</sup>. Entran, pues, los delitos de acción pública, comprensivos tanto de los propiamente públicos, que son los que se ejercitan de oficio (art. 71, Cód. Pen.), como los llamados delitos dependientes de instancia privada (arts. 71, inc. 1º, y 72) y las acciones privadas (arts. 71, inc. 2º, y 73, Cód. Pen.). Es irrelevante, en este sentido, que sean delitos de distinta competencia o jurisdicción<sup>29</sup>.

Todo esto lleva a que no sean típicas las conductas en donde se instigue a cometer delitos de manera indeterminada.

## V. Tipo subjetivo

Según Molinario y Aguirre Obarrio, el instigador debe tener, desde el punto de vista subjetivo, tres finalidades concatenadas: la primera, ser escuchado, esto es, que varias personas conozcan su idea; segundo, influir sobre la mente de los presentes, del público, lo que lleva a que la instigación deba ser razonablemente seria, y tercero, que alguien recoja la idea y que pase a la acción, todo lo cual lleva a que sólo sea admisible el dolo directo<sup>30</sup>.

La cuestión, presentada en estos términos, es sencilla, lo que busca el autor es que alguna de las personas que recibe el mensaje, cumpla con la idea criminal que él tiene. Se trata de una especie de autoría moral, en el sentido de que él quiere que se mate a alguien, se robe a una persona, se ataque a alguien por su raza, y para ello busca que su idea se haga carne en alguien, en un tercero, que es buscado en la indeterminación. Por eso se exige el dolo directo y se rechaza de manera enfática el eventual. Los ejemplos pueden ser sencillos: supóngase el caso de una persona que por radio incite públicamente a lesionar o a matar a un imputado por violación, que ese día es llevado a declarar ante el juez. Más allá de las críticas que puede tener este

<sup>28</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 103.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 181; en igual sentido CREUS, ob. cit., p. 106.

delito, en el fondo se comprende la cobarde incitación a delinquir contra una persona, para que otro haga el trabajo sucio que él no se anima a realizar.

## VI. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la sola instigación, sin necesidad de que se lleve a cabo por otra persona la acción u omisión proclamada. Por ende, el tipo penal en análisis se independiza del otro delito, que puede llevarse o no a cabo, y ése es el motivo por el cual tiene pena independiente. De igual forma, aunque nadie realice el delito, también será castigado. En otras palabras, el hecho de instigar, en el artículo 209, es independiente del delito realizado.

## VII. El tema del artículo 41 del Código Penal

La remisión al artículo 41 y a la gravedad del delito complica la cuestión, y sobre ello se han expresado distintas opiniones. Para un grupo de autores, si el hecho instigado se ha realizado, sitúa las cosas en el ámbito de la participación. Para otro grupo de autores se tratará de un concurso material con el artículo 209 y el delito instigado en grado de participación<sup>31</sup>.

La primera posición parte, según afirma Laje Anaya, de la siguiente idea: "es claro que si el hecho instigado se ejecuta, como producto de la instigación, el sujeto resulta partícipe de ese delito"<sup>32</sup>. El propio Laje Anaya sintetiza la cuestión afirmando que en caso de cometerse el delito, al tratarse de una forma de participación se operaría, por el camino del concurso aparente, una relación de subsidiariedad tácita, y el autor de este delito habría en realidad cometido otro como ins-

<sup>31</sup> Véase FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. V, § 133, II-2.

<sup>32</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, p. 598; Varela, al decir: "Más aún, que la penalidad del delito es aplicable siempre al instigador público según las normas del art. 45, no cabe la menor duda" (*Penalidad del instigador público en caso de ejecución del delito instigado*, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Penal*, Córdoba, 1973, N° 71, p. 33), ambos citados por LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. IV, p. 12.

tigador. De modo que habría que leer la norma, como si dijese que el delito no se hubiera cometido<sup>33</sup>.

Con esta interpretación de la ley se atacaba y desmontaba la idea del concurso real sostenida por Gómez, que de manera contraria afirmaba la idea de que se exigían dos hechos a los efectos del artículo 55 del Código Penal, pero que no es el caso del artículo 209<sup>34</sup>.

Varela intentó el camino del concurso ideal cuando afirmaba que el autor había cometido un solo hecho, con una doble calificación legal, esto es, cuando con una acción se realizan dos tipos penales, que es el supuesto del artículo 54 del Código Penal. Esta idea fue criticada por Laje Anaya, en el sentido de que para que se dé el extremo del artículo 54 del Código Penal, el hecho debe caer en dos calificaciones y que, en el caso del instigador público, sólo se da la posibilidad del artículo 209<sup>35</sup>.

La segunda posición, afirmada en su momento por Núñez, ha independizado ambos delitos, de modo que no hay participación posible del artículo 45, pero que en consecuencia la individualización a que se refiere la ley debe hacerse no sólo teniendo en cuenta el artículo 41 del Código Penal sino también el delito instigado<sup>36</sup>.

Como lo había sostenido Molinario, ésta parece ser la posición más correcta. Ya se ha visto la diferencia entre ambas instigaciones, de modo que en este dilema no se debe salir del artículo 209 como tal. Las referencias al otro delito y al artículo 41, no son otra cosa que elementos a tener en cuenta para el injusto y la culpabilidad del autor, que es cosa muy distinta. No hay pues participación en el tipo del artículo 209, ya que de lo contrario el propio legislador lo habría incorporado como tal, y, además, la estructura de ambos tipos penales es distinta.

<sup>33</sup> Con citas de SOLER, *ob. cit.*, t. IV, p. 599.

<sup>34</sup> Con citas de GÓMEZ, *Leyes penales anotadas*, t. III, p. 406; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, t. IV, p. 220.

<sup>35</sup> VARELA, citado por LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>36</sup> NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. VI, ps. 181 y ss.; CREUS, *ob. cit.*, p. 106; LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 13.

### JURISPRUDENCIA

El artículo 209 del Código Penal requiere para que la instigación sea punible que, además de pública, lo sea para cometer delito determinado y contra una persona o institución también determinada. No basta por cierto el empleo de expresiones tendientes a encender el odio o fomentar o fortalecer la hostilidad contra alguien, sino que es menester que objetivamente se incite a realizar una acción, un hecho material que constituya delito.

CNFed.CCorr., 18-10-40, "Rugeroni, Julio y otros", L. L. 20-514

No configura el delito de instigación a cometer delitos (art. 209, Cód. Pen.) asistir a una reunión gremial en la que se adoptó resolución alguna en orden al "plan de lucha" aprobado con anterioridad por la Confederación General del Trabajo, limitándose los asistentes a aquella reunión a escuchar el correspondiente informe del secretario general.

CNFed., Sala Criminal y Correccional, 2-8-66, D. J. L. L. VI-2-720, Nº 3

## CAPÍTULO II

### ASOCIACIÓN ILÍCITA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La participación y la asociación ilícita. III. Bien jurídico protegido. IV. Tipo objetivo. 1. La estructura objetiva de la asociación ilícita. 2. La intención o voluntad de intervención de los miembros y el propósito de delinquir. a) La intención o voluntad de formar parte de la asociación o banda. b) El propósito de delinquir. 3. Otras características del tipo. a) Delito permanente. b) Delito de peligro. V. Tipo subjetivo. VI. Autoría y participación. VII. Consumación. VIII. Tentativa. IX. La asociación ilícita y la comisión de otros delitos. X. Punibilidad. XI. Agravante de la punibilidad del último párrafo del artículo 210 del Código Penal. Jurisprudencia. *Agravante debido a que se pone en riesgo la Constitución Nacional*. I. Las acciones punibles. II. Carácter de las agravantes. III. Acción que contribuya a poner en riesgo la Constitución Nacional. IV. Condiciones de la agravante. Jurisprudencia.

El Capítulo II del Título VIII, específicamente en los artículos 210 y 210 bis, del Código Penal argentino, regula el delito de asociación ilícita y sus agravantes.

<sup>1</sup> Últimamente la Corte Suprema de Justicia ha dictado un fallo que ha tratado el tema de la asociación ilícita. No vamos a examinar si era posible que la Corte Suprema de Justicia interviniera en el análisis de un autor de procesamiento, ya que no hay sentencia definitiva, sino que el fallo importa por su estudio de la asociación ilícita. Se cita el fallo directamente, aunque se encuentra en L. L. del 28-11-2001, p. 11. Se publicaron tres artículos nuevos, por lo menos conocidos por nosotros: El primero es de COLAUTTI, Carlos, *Precisiones sobre el delito de asociación ilícita*, en la primera de las publicaciones; un segundo es de ZIFFER, Patricia, *Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita*, en L. L. del 24-12-2001, ps. 1 y ss. Y por último, el de VERA BARROS, Oscar Tomás, en el justo homenaje que la Universidad de Córdoba brindó a Claus Roxin, titulado: *Asociación ilícita. Algunas consideraciones*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 593.

Como se verá, el tipo penal de asociación ilícita es en sí mismo un delito problemático, más aún cuando se lo ha confundido, y no una vez, con la participación criminal y ha terminado siendo una especie de saco roto en donde han ido a parar casos que no superan la mera complicidad en uno o varios hechos. Por si fuera poco, se lo ha desvinculado de la llamada banda, aunque se ha tomado de ella el número mínimo de personas, tal como lo hemos demostrado al tratar los delitos contra la propiedad<sup>2</sup>.

Ya lo había advertido Juan P. Ramos, cuando refiriéndose a la asociación ilícita decía: “es un delito peligroso para ser manejado por intereses más o menos turbios por parte de la justicia. Desde hace un tiempo se ha abusado, en algunos casos, del delito del artículo 210 para agravar la situación de varias personas bajo la imputación de dos delitos en vez de uno. En ciertos hechos en los que varias personas habían intervenido, o podían haber intervenido, se buscaba la manera de perjudicarlas diciendo que habían cometido tal delito y al mismo tiempo formaban parte de una asociación para delinquir, para que los imputados no pudieran conseguir su libertad por excarcelación”<sup>3</sup>.

Artículo 210: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

”Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

## I. Antecedentes

El proyecto de 1891 regulaba, en el capítulo titulado *Asociación ilícita*, dos artículos: el 252 y el 253. El primero castigaba con penitenciaría de uno a cuatro años al que tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos, y el segundo con multa a la participación en cualquier asociación prohibida por la ley<sup>4</sup>. La Exposición de Motivos expresaba: “En los artículos 252 y 253, pre-

<sup>2</sup> DONNA, *ob. cit.*, t. II-B, ps. 173 y ss.

<sup>3</sup> RAMOS, *ob. cit.*, p. 6, ps. 255/6.

<sup>4</sup> MORENO, *ob. cit.*, t. VI, p. 6.

vemos las asociaciones ilícitas, comprendiendo en el primero las que tienen por objeto cometer delitos, y en el segundo, las prohibidas por la ley. Aquí también hemos procedido de acuerdo con los principios de la legislación comparada, que ponen un justo límite a la libertad de asociación. La Constitución Nacional sólo garante, en su artículo 14, la asociación que tengan fines útiles, calificativo que no conviene, por cierto, al propósito de violar las leyes, característico del delito que nosotros prevemos”<sup>5</sup>.

El proyecto de 1906 contenía dos artículos; el que nos interesa, el 228, castigaba a quien tomara parte en la asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que redacta el texto definitivo, afirmó: “La comisión conserva con el número 210, el artículo 228 del proyecto de 1906, adaptándolo a la penalidad general de su proyecto definitivo, que establece la pena alternativa. El artículo 229 del mismo ha sido suprimido por redundante”<sup>6</sup>.

Sin entrar en el tema que ya fue analizado, no hay duda de que, como afirma Creus, en este contexto<sup>7</sup> la expresión banda no pasa de ser un sinónimo de asociación ilícita, un modo diferente de denominar la misma realidad, que sobrevive en la ley desde los antiguos códigos donde aparecía como una especial forma de participación, carácter que hoy ha perdido<sup>8</sup>.

## II. La participación y la asociación ilícita

El Código Penal argentino regula la participación criminal en el Libro I, Título VII. El artículo 45 expresa: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la

<sup>5</sup> Citado por MORENO, ob. cit., p. 6.

<sup>6</sup> MORENO, ob. cit., p. 7.

<sup>7</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 107.

<sup>8</sup> Conf. DONNA, ob. cit., t. II-B, ps. 173 y ss.; CORNEJO, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público* cit., ps. 133 y ss., y plenarios de la CCCorr. de la Capital Federal, “Mouzo” y “Quiroz”.

pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Y el artículo 46 establece: "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad".

Ya Moreno explicaba la diferencia entre la asociación ilícita y la participación de la siguiente forma: "Si varias personas se convienen a efectos de llevar a cabo un delito determinado, o varios delitos también determinados, los miembros de esa asociación son partícipes en el delito a realizarse y quedan vinculados como autores o cómplices siendo pasibles de las penas que correspondan al hecho consumado o a la tentativa. Pero aquí no se trata del convenio para ejecutar uno o más delitos, sino de la asociación de individuos para cometer delitos en general, hecho que el Código castiga por la sola circunstancia de ser sujetos miembros de la tal asociación"<sup>9</sup>.

De modo que conviene, para empezar, explicar aunque sea brevemente qué es la participación. Ésta se caracteriza, en principio, de una manera negativa, ya que se trata de aquellas personas que tomando parte en el delito no tienen el dominio del hecho. Por lo tanto, la participación alcanza tanto a los cómplices como a los instigadores. Las acciones de los partícipes contribuyen a la realización del delito por el autor, pero, y acá está quizás lo más importante del tema, no son acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí la acción descrita en el tipo, sino que se montan sobre la acción típica del autor. En este sentido, prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo<sup>10</sup>.

Por ende, se puede afirmar que se comprende por participación la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro. Esta conceptualización excluye aquellas formas de colaboración que queden fuera de este círculo, lo que permite reconocer como formas de participación a la complicidad y a la inducción.

La participación es la colaboración en un hecho ajeno, por ende

<sup>9</sup> MORENO, ob. cit., p. 7.

<sup>10</sup> DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., cit., ps. 91 y ss.

es un concepto de relación no autónomo, con ayuda del cual es posible someter al efecto punitivo a aquellos intervinientes en un delito que carecen, como se dijo, del dominio del hecho<sup>11</sup>. En este sentido, la participación se caracteriza por una propia dirección de la voluntad y de conocimiento de quienes intervienen: el autor principal actúa dolosamente y, a su vez, el partícipe lo hace con voluntad de consumación del hecho punible ajeno, inspirando o apoyando al autor.

Esto fue definido por aquella conocida frase de Bockelmann: "La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriedad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente algo al cual se prestan"<sup>12</sup>.

La esencia de la participación, en la doctrina dominante, consiste en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco de si la causalidad deba ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros<sup>13</sup>. Jakobs afirma que hay que tener en cuenta que, en los delitos de la Parte Especial, la ley sólo describe la actividad del autor, por ende, la punibilidad del partícipe es una ampliación de la punibilidad. Si bien el hecho no le pertenece, el partícipe "tiene sólo una parte en el hecho, sólo que reducida cuantitativamente. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe...", de modo que "sin el hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes, pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza el comportamiento del partícipe"<sup>14</sup>.

Por ende, no es la prohibición de realizar el tipo lo que infringe

<sup>11</sup> DONNA, ob. cit., p. 92.

<sup>12</sup> BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 7.

<sup>13</sup> MAURACH y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. 2, § 50, III, p. 414.

<sup>14</sup> JAKOBS, ob. cit., p. 797.

el partícipe, sino la prohibición ampliada por medio de la regulación de las reglas de la participación. Por este motivo es posible la participación en los delitos especiales<sup>15</sup>.

En definitiva y con palabras de Jakobs, el injusto de la participación consiste en el ataque propio –pero no en el concepto de autor– a un bien por medio de la causación imputable en concepto de autor, o más exactamente: la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación<sup>16</sup>.

La esencia de la participación es, pues, a pesar de la repetición, que puede cansar pero es necesaria, que tiene carácter accesorio, porque presupone tomar parte en un hecho ajeno. Accesoriedad quiere decir dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor. La cuestión requiere ser analizada en dos sentidos diferentes. Desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal, por un lado, y, por el otro, desde la óptica de los elementos del hecho punible que se deben dar en el hecho principal<sup>17</sup>.

En relación a ello la dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal puede dar lugar a distintas posibilidades:

- a) La accesoriedad mínima: el hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado;
- b) la accesoriedad limitada: el hecho principal debe ser típico y antijurídico;
- c) accesoriedad extrema: el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable;
- d) la hiperaccesoriedad: cuando también las circunstancias personales agravantes y atenuantes del autor del hecho principal benefician o perjudican al partícipe.

En cuanto a la dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción, ella está impuesta por su propia naturaleza. Instigar es determinar a otro a que decida realizar un hecho antijurídico. Lo mismo ocurre con la complicidad, que sólo es posible

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> JAKOBS, *ob. cit.*, p. 798.

<sup>17</sup> El tema puede verse en DONNA, *ob. cit.*, 2ª ed., ps. 91 y ss.

en relación a un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible.

No sólo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. De esta forma el dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico. Por lo tanto el dolo se refiere a un tipo penal determinado<sup>18</sup>.

En la doctrina extranjera se admite, como dirección del dolo del partícipe, el dolo eventual, el que sólo se referirá a la determinación del otro y a su favorecimiento, ya que en aquellos tipos particulares que exigen una forma de dolo más estricta que el eventual, éste debe concurrir en el autor principal y ello debe ser conocido por el partícipe<sup>19</sup>. En el ejemplo traído por Maurach, si A induce a B a lesionar gravemente a C, y B tiene éxito en su labor, entonces A responderá por ello sólo si personalmente –aun con dolo eventual– ha querido que el autor principal no sólo haya aceptado llanamente ese resultado, sino que lo haya buscado con intención en forma directa y, además, si B efectivamente ha actuado con dicha intención. Distinto es el caso del cómplice que puede colaborar en el hecho típico de otro, que exige dolo directo, aun eventual. Piénsese en la complicidad en el delito de estafa. En otros términos, el cómplice debe actuar dolosamente y por ende la complicidad imprudente no debe tenerse en cuenta<sup>20</sup>. Ahora bien, en estos casos puede darse la autoría mediata, si existe dolo en el “hombre de atrás” y falta el dolo del sujeto que actúa directamente<sup>21</sup>. Entonces, la responsabilidad del partícipe se dará, únicamente, cuando el autor principal comete con dolo aquel hecho al cual ha sido motivado.

En consecuencia, existirá participación cuando el dolo del partícipe también apunta a la consumación típica del hecho principal. Sin embargo, no existe una participación punible cuando “el hombre de atrás” no quiere su consumación, es decir, cuando motiva o colabora sólo fácticamente en el hecho, con conciencia de que éste no llegará a su

<sup>18</sup> TRIEFFTERER, ob. cit., p. 411.

<sup>19</sup> MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. 2, § 50, III, p. 416.

<sup>20</sup> JESCHECHK, ob. cit., p. 633.

<sup>21</sup> Con mayor análisis, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, *Homicidio culposo*, ps. 101 y ss.

consumación. Lo expresado atañe a la problemática del llamado *agent provocateur*, cuya principal importancia se halla en el ámbito de la instigación y será entonces tratado allí.

### III. Bien jurídico protegido

El bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita es el orden público. Por eso se afirma que la asociación ilícita afecta la tranquilidad y paz social, no sólo porque la sociedad sabe de su existencia, lo que produce inquietud social, sino, además, por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido<sup>22</sup>.

En Alemania, con un texto similar<sup>23</sup>, se ha sostenido que se trata de los delitos de criminalidad organizada, y si se quiere en nuestra legislación darle un sentido a esta norma, habrá que entenderla desde ese punto de vista y dejar los demás casos, como corresponde, para que sean tratados por las reglas de la participación<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 106.

<sup>23</sup> El texto dice: § 129: "Quien funde una asociación ilícita cuyos fines o actividad se dirijan a cometer delitos, o quien participe en una asociación de este tipo como miembro, le dé publicidad o la apoye, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. II. No se aplicará el apartado I: 1. Cuando la asociación sea un partido político que no haya declarado inconstitucional el Tribunal Constitucional federal; 2. Cuando la comisión de delitos sólo tenga una finalidad o sea una actividad de importancia inferior, o 3. En la medida en que los fines o la actividad de la asociación incurran en delitos de los § 84 a 87.

"III. La tentativa de fundar una asociación indicada en el apartado I será punible.

"IV. Cuando el autor pertenezca a los líderes o a los miembros o, por otra parte, existe un caso especialmente grave, se condenará a pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.

"V. El tribunal podrá prescindir de castigo según los apartados I a III, en el caso de partícipes cuya culpabilidad sea leve y cuya colaboración sea de importancia inferior.

"VI. El tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (§ 49, apartado II) o prescindir de castigo según este precepto, cuando el autor:

"Se esfuerce voluntaria y sinceramente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de uno de los delitos que corresponda a sus fines;

"o voluntaria y puntualmente revele que todavía puedan ser evitados delitos cuya planificación él conozca. Cuando el autor alcance su objetivo de impedir la continuación de la asociación, o esto sea sin sus esfuerzos, no será castigado".

<sup>24</sup> VON BUBNOFF, *STGB, Leipziger Kommentar*, § 129, 1.

Si se parte de esta idea, que entendemos es la correcta, se podrá decir que el bien jurídico es la seguridad pública interna, así como el aspecto público de la paz<sup>25</sup> y el sentimiento de seguridad de la comunidad como tal<sup>26</sup>.

Se ha sostenido que la tranquilidad pública refleja en forma más acabada el aspecto de alarma colectiva, que es el fundamento de la punibilidad de la asociación ilícita<sup>27</sup>. Ziffer agrega que se trata de un delito de preparación porque reprime actos que normalmente, quedan impunes, ya que no hay, normalmente, comienzo de ejecución de un delito determinado (art. 42, Cód. Pen.). Y afirma, con cita de Stratenwerth, que la responsabilidad por acciones preparatorias sólo se puede sostener excepcionalmente, cuando se dirijan inequívocamente al delito cuya preparación constituyan y que la lucha eficaz contra esa forma de criminalidad requiera una intervención temprana<sup>28</sup>.

Desde esta perspectiva se entiende que se trata de delito de peligro —a otros bienes jurídicos— aunque Ramos Mejía afirme lo contrario en cuanto al bien jurídico en concreto<sup>29</sup>. Y acierta, porque con respecto al bien jurídico orden público, es obvio que se trata de una acción peligrosa, y en cierto sentido de peligro concreto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “el orden público es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, por lo que los delitos que la afectan producen alarma colectiva al enfrentarlos con hechos marginados de la regular convivencia que los puede afectar indiscriminadamente. En consecuencia, la criminalidad de éstos reside esencialmente, no en la lesión efectiva de cosas o personas sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública,

<sup>25</sup> LACKNER, número marginal 1; BGH, *NSz* 1995, 342.

<sup>26</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/LECKNER, número marginal 1.

<sup>27</sup> ZIFFER, ob. cit., p. 1.

<sup>28</sup> ZIFFER, ob. cit., p. 2. También Vera Barros se inclina por la idea de tranquilidad pública, que de acuerdo a lo que hemos visto era la idea de Soler (ob. cit., p. 594).

<sup>29</sup> RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 47.

produciendo alarma y temor por lo que puede suceder”<sup>30</sup>, con lo cual viene a coincidir con Ramos Mejía en cuanto a que no es un puro delito de peligro.

En cambio, confundiendo la cuestión, otros fallos han sostenido que: “El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, tiende a dar protección a la seguridad, la vida, la libertad y el patrimonio de los particulares, de tal manera que aquélla es el presupuesto necesario de los delitos que se van perpetrando en cumplimiento del criminal acuerdo, y éstos son consecuencia lógica”<sup>31</sup>.

#### IV. Tipo objetivo

El tipo penal exige, para la asociación ilícita, una serie de elementos que la caracterizan como tal y que marcan la diferencia con la mera participación.

A nuestro juicio son dos los requisitos, que a su vez contienen otro, sin los cuales no hay posibilidad del tipo penal. El primero es la existencia de una estructura objetiva de lo que se entiende por asociación ilícita. El segundo consiste en la acción de tomar parte en una banda o asociación. Dentro de este último se encuentra otro aspecto que la doctrina ha enumerado como tercer requisito, que sin embargo, y por lógica, se encuentra abarcado por aquél, que es el propósito de todos y cada uno de sus miembros para delinquir<sup>32</sup>.

Por ese motivo, hay que analizar cuál es la estructura objetiva de la asociación ilícita, para luego pasar a los restantes elementos.

##### 1. *La estructura objetiva de la asociación ilícita*

a) Uno de los requisitos es la organización, que debe tener carácter estable y ser duradera en el tiempo, de por lo menos tres personas, unidas en un orden, bajo la voluntad de los partícipes de cometer delitos en general, y la existencia de una relación de reciprocidad y uniformidad que es lo que hace al sentimiento de pertenencia de sus integrantes<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> CSJN, S.471.XXXVII, “Recurso de hecho”.

<sup>31</sup> CFed.CCorr., sala I, 22-10-87, “López Rega, José”.

<sup>32</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, III 2; SOLER, ob. cit., t. IV, § 130.

<sup>33</sup> VON BUBNOFF, ob. cit., § 129, 10. La Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por lo tanto debe tener una fuerte organización interna, que exige deberes de los integrantes hacia la asociación. Por ende, es desde la organización como tal que debe surgir la idea de realización de los delitos, y no como algo individual de cada uno de sus miembros<sup>34</sup>.

Esta idea de organización implica que cada partícipe debe tener un rol, una función, un papel dentro de la misma. Esto exige, por lógica, que deba haber una organización interna que lleve a una coordinación entre sus miembros, tanto en la asociación como tal como en la realización de los hechos delictivos. Por ende, este requisito de una firme o sólida organización no se alcanza cuando el hecho es realizado por tres personas como un hacer colectivo, sin una estructura de organización y de dirección, esto es, sin reglas de una comunidad, aunque exista un trabajo colectivo y contacto personal entre los partícipes<sup>35</sup>. Es mejor y más dogmáticamente aceptable tratar estos supuestos como casos de complicidad<sup>36</sup>.

Esta idea de organización es una característica que tiene su sustento en el propio texto de la ley, ya que el artículo 210 que comentamos prevé una agravante para los jefes u organizadores de la asociación.

ha hecho hincapié en este elemento al decir, en voto mayoritario, que "es necesario distinguir cuidadosamente la mencionada figura del acuerdo criminal, ya que aquella figura requiere un elemento de permanencia ausente en este último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos" (S.471.XXXVII, "Recurso de hecho: Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/Incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad", causa 798/95).

<sup>34</sup> La Cámara de Casación ha sostenido que "no se requiere ninguna forma especial de organización, aunque sí un mínimo de cohesión entre los integrantes de la banda, aun en el caso de que no exista trato personal entre los asociados [...] tampoco se requiere que el grupo se mantenga inmutable, ni que todos los autores hayan integrado simultáneamente a la asociación" (sala IV, "Diamante, Gustavo s/Rec. casación", reg. 3326).

<sup>35</sup> VON BUBNOFF, ob. cit., § 129, 10.

<sup>36</sup> Sin seguir esta idea de manera estricta, el propio Ramos afirma que en la asociación ilícita las personas "están organizadas para cometer los delitos que caigan. No es lo mismo que cuando se reúnen varias personas que resuelven cometer una estafa o una revolución, porque éstas se han asociado para cometer un delito determinado". Y afirma que a esta última puede llamársela asociación ilícita, pero no es la del art. 210 del Cód. Pen. (RAMOS, ob. cit., p. 256).

Con esta idea de lo que es la estructura objetiva de la asociación ilícita, se comprende la afirmación de la doctrina argentina en cuanto a que no se trata de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos<sup>37</sup>.

También tiene sentido la afirmación de que no se requiere que los asociados estén reunidos materialmente o que habiten en un mismo lugar, ni siquiera que se conozcan personalmente, porque lo que interesa es el acuerdo de voluntades con cierta permanencia<sup>38</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto, empiezan a tener coherencia las afirmaciones en cuanto a que los integrantes de la "asociación" deben realizar las acciones de manera organizada y permanente, ya que de no existir un nexo funcional que denote, en los actos que lleve a cabo la sociedad criminal, una estructura delictiva estable, no se estará ante una asociación ilícita, sino ante un mero acuerdo para cometer un hecho delictivo, previsto en el artículo 45 del Código Penal<sup>39</sup>. "Los acuerdos pueden ser alcanzados por emisarios o correspondencia"<sup>40</sup>.

Por eso, este tipo de organizaciones no requiere trato personal ni conocimiento entre alguna de sus partes, ni tampoco que todos sus integrantes se reúnan en algún sitio determinado. Piénsese en las distintas organizaciones mafiosas y se entenderá el concepto de asociación ilícita. Como ejemplo se suele citar a la mafia italiana, la Camorra, al Ku-Kux-Klan, etcétera<sup>41</sup>.

b) Número determinado de personas para integrarla.

La ley pone como requisito, a tres personas como mínimo como integrantes de la asociación, número éste más que significativo por sus consecuencias sobre el concepto de banda<sup>42</sup>. Tampoco se explica

<sup>37</sup> SOLER, *ob. cit.*, t. IV, § 130.

<sup>38</sup> FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 133, III 3, p. 470, quien se remite a Antonio García-Pablos de Molina; RAMOS, *ob. cit.*, p. 256.

<sup>39</sup> CORNEJO, *ob. cit.*, p. 55.

<sup>40</sup> Soler citado por CORNEJO, *ob. cit.*, p. 43.

<sup>41</sup> SOLER, *ob. cit.*, t. IV, § 130, ps. 603 y 604.

<sup>42</sup> Todavía no hemos logrado que alguien explique, entre los adherentes a la tesis de que banda y asociación ilícita son cosas distintas, de dónde sacan el número de

el motivo de haber puesto tres integrantes, a no ser por los antecedentes y en última instancia por la voluntad del legislador que ha creído que dicho número hace a las características antes enunciadas. De todas formas, el número de tres sirve para sacar a la asociación ilícita de la confusión con la participación, que la ha venido siguiendo de manera casi permanente, en la jurisprudencia argentina<sup>43</sup>. Además, el número mínimo de integrantes de la asociación sirve a los fines de lograr una mayor eficacia delictiva<sup>44</sup>. En síntesis, el artículo 210 requiere que la asociación esté integrada por un número mínimo de tres personas, de forma tal que si fuere inferior a aquél no podría constituir el tipo que la figura legal requiere<sup>45</sup>.

También se ha sostenido que el tomar parte consiste en hacerlo dentro de una institución que tiene permanencia en el tiempo. Ésta es característica del acuerdo de voluntades presente en la asociación, en contraposición a la transitoriedad que tiene la participación delictiva del artículo 45 del Código Penal<sup>46</sup>. No debe tratarse necesariamente de una permanencia absoluta, con plazos determinados, sino relativa, exigida por la pluralidad delictiva que es el objeto de la asociación<sup>47</sup>.

tres personas como mínimo para integrar la banda. Son esos misterios de la jurisprudencia nacional, que esconden una idea de política criminal que desconoce a la ley, ya que cuando el legislador quiso, en el decreto-ley 17.567/68, colocó como agravante del robo cometerlo con tres o más personas. Luego, cuando se derogó la agravante por ley 20.509 y luego por la ley 23.077, a la jurisprudencia le pareció muy benévola la situación y directamente hizo analogía, utilizando la banda como concepto distinto a la asociación ilícita (véase DONNA, ob. cit., t. II-B, ps. 173 y ss.).

<sup>43</sup> La confusión a veces no es ingenua y tiene que ver con el instituto de la excarcelación. Es más fácil negar la excarcelación al calificar la conducta como asociación ilícita (más aún si se sitúa a la persona como jefe), que si fueran meros partícipes de un hecho. Y otra vez se interpretan las cosas en contra del imputado. Son definiciones de política criminal, que no les corresponde a los jueces hacerla, ya que su función pasa por la interpretación y la custodia de las garantías de todas las personas.

<sup>44</sup> CORNEJO, ob. cit., ps. 53 y ss.

<sup>45</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133 III 4, p. 471.

<sup>46</sup> Así FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, III 3, p. 470, quien cita en el mismo sentido a Manzini, Maggiore y Soler. La Cámara de Casación ha sostenido que se exige una convergencia de voluntades hacia la permanencia de la asociación, pero que esta permanencia es relativa exigida por la pluralidad delictiva que es el objeto de aquélla y que podrá ser determinada según sea la tarea ilícita que se haya propuesto la asociación (sala I, "Lago, Juan s/Rec. casación", reg. 4043.1).

<sup>47</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 108.

Hay una serie de problemas que se han planteado con respecto a los integrantes de la asociación y las características mínimas que deben tener para ser considerados válidamente como miembros de ella. Los planteos que se han hecho van desde la pregunta de si es necesaria la imputabilidad de sus miembros, hasta la intervención que deben tener en la organización<sup>48</sup>. Cuestiones todas que deben ser contestadas desde la idea de la asociación como tal, por lo cual la respuesta no debe ser muy distinta de las soluciones que se darán en otros delitos.

Sostiene Soler<sup>49</sup> que la ley fija en tres el número de asociados, exigencia que debe cumplirse no solamente en sentido objetivo sino también subjetivo; el partícipe debe saber que forma parte de una asociación de tres personas por lo menos, y, agregamos, con las características antes indicadas, como se verá al tratar la imputación subjetiva.

Respecto de la discusión sobre la inimputabilidad de alguno de sus miembros, tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado opiniones distintas. Fontán Balestra, Manzini, Maggiore, Soler, Oderigo, y la primera jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital Federal, sostienen que es necesaria la imputabilidad penal para que una persona pueda ser integrante de una banda<sup>50</sup>. Su fundamento es que cualquier causal de incapacidad implica la carencia de voluntad de los sujetos. Argumenta esta posición que los sujetos deben ser capaces desde el punto de vista penal. No altera el número mínimo, constitutivo de la asociación ilícita, la circunstancia de que algún partícipe resultare impune en la comisión de alguno de los hechos planeados, por mediar causas personales de exclusión de pena, si el delito se consumase<sup>51</sup>. Pero ha sido Creus quien con más claridad ha entendido el problema, ya que la tipicidad no admite que el número mínimo de personas sea completado por quien carezca de capacidad de comprensión, pues en este caso el sujeto sería utilizado como instrumento por terceros<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Ver FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, III 4, p. 472.

<sup>49</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130.

<sup>50</sup> Extraído de FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, III 4, ps. 471/2. También confrontar SOLER, ob. cit., t. IV, § 133, p. 604.

<sup>51</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130, citando a Manzini, quien concretamente se refiere a "capaces de dolo".

<sup>52</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 110.

Éste es un tema en el cual la jurisprudencia no ha reparado, insistiendo en que no importa la calidad de las personas para tipificar el delito, rompiendo las reglas mínimas de cualquier delito.

Los argumentos que se han dado afirmando que podía un inimputable integrar la banda, se deben a un error conceptual en cuanto a la teoría del delito, por una parte, y por otra porque se entendía que banda era un mero grupo de tres personas, de manera que con eso alcanzaba para que tuviera un mayor poder intimidante<sup>53</sup>.

Pero lo que no se advirtió es que si una persona integra una asociación ilícita, ya esta integración es de por sí delictiva, y, además, que no puede reprocharse un delito a quien no comprenda la criminalidad del acto ni pueda dirigir sus acciones de acuerdo al artículo 34, inciso 1º del Código Penal<sup>54</sup>. En este punto el argumento de Creus es irrefutable. Quien es inimputable y forma parte de una asociación ilícita, es claro que se trata de alguien que es utilizado por un tercero, por lo que el tema está más cerca de la autoría mediata, por parte del sujeto de atrás, que de la participación en el delito de asociación ilícita, por parte del inimputable<sup>55</sup>.

En cuanto a la intervención necesaria de un miembro que ha fallecido, la cuestión carece de importancia hacia el pasado, en donde esta persona intervino, pero no lo será hacia el futuro, en tanto no se reúnan las tres personas mínimas.

La duda estará, en cuanto a la prescripción de la acción, también con respecto a un miembro. En este caso, tampoco interesa el problema, ya que el autor en su momento intervino y ayudó al número mínimo, además de tener la prescripción sólo efectos individuales<sup>56</sup>.

En otras palabras, el hecho de que no pueda dictarse condena

<sup>53</sup> Los argumentos están dados en el fallo de la CNCas.Pen., sala II, *in re* "Sánchez, Luis" (L. L. 1995-C-230 y ss., con nota de SCIMÉ, Salvador Francisco, *Asociación ilícita y banda*), en donde se insiste en el dato objetivo del número de partícipes y mayor fuerza intimidante, olvidando el aspecto subjetivo y la identidad entre banda y asociación ilícita.

<sup>54</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, § 80 y ss.

<sup>55</sup> En contra Núñez, con la idea de que es el peligro que implica el pacto en sí (NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 189).

<sup>56</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 110.

contra estas personas no impide que no pueda condenarse a los otros asociados que interrumpieron la prescripción<sup>57</sup>.

La cuestión cambia si uno de los integrantes es absuelto o sobreseído por el delito de asociación ilícita y ello lleva a que no se alcance el número mínimo exigido por el tipo penal. En este caso, no se dará el delito de asociación ilícita, por faltar uno de los requisitos del tipo objetivo.

Otro tema complejo es si es necesario que el mínimo de miembros esté simultáneamente en el proceso. Según la opinión dominante, no habría problemas en que uno de ellos se halle prófugo. Sin embargo la cuestión no es sencilla, ya que será un problema de prueba, pero deberá actuarse con cuidado a los efectos de no violar el principio de inocencia.

## 2. *La intención o voluntad de intervención de los miembros y el propósito de delinquir*

### a) *La intención o voluntad de formar parte de la asociación o banda*

Se requiere la voluntad de formar parte de la asociación ilícita, con cualquier actividad voluntaria, que puede ser material o intelectual pero que exige la coincidencia intencional, con los otros miembros, sobre los objetivos asociativos<sup>58</sup>.

Por ende, no integra la banda quien le presta ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella, como por ejemplo quien no sabe que integra la asociación ilícita, porque cree que es un club social, o el caso del encubridor, ya que rigen los principios generales según los cuales el encubrimiento es un delito independiente, basado en un hecho independiente<sup>59</sup>.

### b) *El propósito de delinquir*

El fin de la asociación ilícita –que dirige la unión de las personas– es el de cometer hechos penales o delitos, en la terminología de la ley. Pero hay que aclarar que no es necesario que el fin último de la asociación

<sup>57</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130.

<sup>58</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 109.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

sea el de cometer sólo delitos, sino que es suficiente que el fin delictivo sirva como medio para llegar a otra meta que la propia asociación tenga, y que los delitos necesarios tengan que ver necesariamente con ello.

De acuerdo con este concepto, la finalidad de cometer delitos es un elemento del tipo penal. Pero esta idea de cometer delitos no debe necesariamente concretarse en hechos delictivos en sí, sino que basta que la idea sea la de unirse para concretar esos fines delictivos, como ser un grupo anarquista que se asocie con el fin de iniciar una lucha armada en contra del orden existente, o un grupo neonazi que una a las personas para terminar con los inmigrantes en el país o atentar contra los bienes de personas judías<sup>60</sup>. Por lo cual poco importa si la actividad es pública o secreta, ya que esto no es relevante, aunque la mayoría de las veces se utilizará el medio de la clandestinidad, como por ejemplo un grupo terrorista.

Ahora bien, el fin delictivo, como bien se ha dicho, crea una especie de deber que tienen los miembros de la asociación que los obliga a actuar dentro de las funciones operativas que la asociación les da a cada uno<sup>61</sup>.

El problema de la indeterminación delictiva ha dividido a la doctrina argentina. Una parte de ella ha insistido en que los delitos deben ser indeterminados, con el afán de distinguir este delito de la mera participación criminal<sup>62</sup>. Esta idea, según Cornejo, es la primigenia, y así trae a colación la opinión de Gómez, quien afirmaba que "cuando la ley exige que la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, se refiere a delitos indeterminados, de cualquier naturaleza que sean"<sup>63</sup>. Y José Manuel Núñez afirmaba que lo que caracteriza a la asociación ilícita es la indeterminación de los delitos, ya que la determinación es lo esencial de la participación<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> VON BUBNOFF, ob. cit., § 129, VII, 1 a.

<sup>61</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kristel/Berlin, 1993, Band II, § 129, 9.

<sup>62</sup> Véase MORENO, antes citado. Fontán Balestra trae la opinión de González Roura y Oderigo, entre otros (FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133. RAMOS, ob. cit., p. 256).

<sup>63</sup> GÓMEZ, ob. cit., p. 280, citado por CORNEJO, ob. cit., p. 64.

<sup>64</sup> NÚÑEZ, José Manuel, *La asociación ilícita o banda en el Código Penal argentino*, en L. L. 68, oct.-dic. 1952.

Sin embargo, esta posición no se ha impuesto totalmente, y con ciertos fundamentos. Así, Creus<sup>65</sup> entiende que la indeterminación de delitos no es un requisito típico. Manifiesta que no se trata de que los miembros de la asociación no sepan qué delitos van a cometer, sino que lo indeterminado será la pluralidad de delitos a perpetrar, de modo que no se agote la acción en una conducta delictiva determinada.

Fontán Balestra se acerca a un concepto más dogmáticamente correcto, cuando afirma que "la nota más característica de la asociación ilícita está dada por el hecho de que el cumplimiento de un plan delictivo determinado, ejecución de un hecho concreto, no agota los fines de la asociación"<sup>66-67</sup>.

Aguirre Obarrio afirma con sensatez que la finalidad de cometer delitos no puede ser una idea abstracta, es decir, cualquier delito que se le ocurra a los asociados, como sería batirse a duelo, hurtar frutas, practicar curanderismo, etcétera<sup>68</sup>, ya que "nadie se asocia para eso, de la misma manera en que no se asocia para hacer algo", con lo cual la asociación tiene un horizonte de actuación. El motivo de la incriminación, dice el autor citado, no es que puedan cometer dos o tres delitos concretos, sino que la acción de esa sociedad pueda alcanzar a cualquiera. Eso es lo temido por la comunidad<sup>69</sup>.

Lo esencial, a nuestro juicio, no es la discusión de si los delitos deben ser indeterminados o no, porque se extrae el problema de su real dimensión. Si se piensa en una organización mafiosa, como extremo de una asociación delictiva, se podrá ver que los delitos pueden ser o no determinados, pero la cuestión no pasa por ese parámetro. Lo esencial es que los delitos entren dentro del fin, o como medios de otros fines de una organización, y no como una idea de cometer determinados actos delictivos, cuestión que será problema del artículo 45 del Código Penal. Si los delitos están dentro de la idea de la sociedad criminal como tal, poco importa su determinación o indeterminación<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 109.

<sup>66</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 133, III, 5.

<sup>67</sup> En esta idea SOLER, ob. cit., t. IV, § 130. CORNEJO, ob. cit., ps. 66 y ss.; NÚÑEZ, ob. cit., p. 187.

<sup>68</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 194.

<sup>69</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 195.

<sup>70</sup> La Casación Penal ha sostenido que "lo indeterminado no serán los delitos sino

Se debe entender delitos en el sentido del Código Penal. De modo que si la finalidad de la banda o asociación es cometer reiteradas contravenciones o ilícitos no penales (ej.: delitos puramente civiles), no recaería su objeto sobre delitos en sentido técnico y por tanto no existiría el tipo penal del artículo 210<sup>71</sup>. En este sentido, Soler afirma que la expresión “delitos” usada en plural se refiere a los casos en que el objeto de la asociación sea el de cometer, por lo menos, más de un delito. No basta el fin de cometer simples contravenciones, como el caso de una asociación organizada para boicotear una ordenanza de tránsito no cumpliéndola<sup>72</sup>.

Atendiendo a las incriminaciones de los artículos 218 y 233, quedan excluidas como asociaciones ilícitas las que se proponen la comisión de los delitos políticos: traición, rebelión y sedición, ya que éstos tienen un régimen propio, según la doctrina mayoritaria<sup>73</sup>.

La jurisprudencia sostuvo que “el delito de asociación ilícita constituye delito per se, con independencia de los delitos para cuya perpetración se habrían concertado los procesados”<sup>74</sup>.

“El delito de asociación ilícita se comete con independencia de la ejecución de uno o más hechos punibles determinados y demanda la unión voluntaria y con caracteres de permanencia relativa, esto es, suficiente para desarrollar su criminal propósito o sea el común de

la pluralidad de ilícitos a cometer” (CNCas.Pen., sala I, “Lago, Juan s/Rec. casación”, reg. 4043.1). También sala I, 23-3-2000, “Seccia, Antonio”, reg. 2832; la sala III afirmó: “La indeterminación de los delitos cuya comisión se propone la asociación, no se refiere a que los integrantes de ella no conozcan qué delitos van a cometer, sino que se trata de que tengan en sus miras una pluralidad de planes delictivos que no se agoten en una conducta delictiva determinada, con la concreción de uno o varios hechos” (“Soliz Medrano, Pedro s/Rec. casación”, reg. 142.97.3). La Corte Suprema de Justicia ha seguido el criterio de Soler, tal como lo ha hecho notar Colautti, con cita del *Tratado*, t. IV, p. 6. También coincide con un criterio amplio ZIFFER, ob. cit., p. 2.

<sup>71</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 108/109; CORNEJO, ob. cit., ps. 63 y ss. Ahora con énfasis la CSJN, en fallo acotado en nota 1, p. 279.

<sup>72</sup> SOLER, ob. cit., § 130. En igual sentido COLAUTTI, ob. cit., p. 6; CSJN, fallo antes citado; ZIFFER, ob. cit., p. 2.

<sup>73</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130, citando a Moreno.

<sup>74</sup> CCCorr. Capital, 5-5-37, L. L. 6-575.

delinquir, sin que obste para su existencia ni la condición de prófugos de alguno de los sindicados ni el sobreseimiento provisional recaído respecto de otros”<sup>75</sup>.

“No se ha de tener por acreditada la responsabilidad de los imputados en orden al delito de asociación ilícita, por cuanto no se ha probado la existencia del acuerdo previo para componer una comunidad estable destinada a cometer ilícitos determinados, que caracteriza a dicha figura, sino que se ha relacionado la actividad de ellos sólo con delitos individualizados en su materialidad”<sup>76</sup>.

“El artículo 210 del Código Penal requiere que exista una convergencia intencionada entre los diversos participantes de un hecho, enderezada a tomar parte asociativamente en una pluralidad de conductas delictuosas indeterminadas”<sup>77</sup>.

### 3. *Otras características del tipo*

#### a) *Delito permanente*

Se trata, según la doctrina, de un delito permanente<sup>78</sup>, que se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación, prolongándose esa consumación hasta el mismo momento de disolución de la asociación, sea por el arresto de sus integrantes, por la reducción de la cantidad de sus miembros a menos de tres, etcétera. Esta permanencia no se altera, quedando el delito único e idéntico, cuando una persona actúa simultánea y sucesivamente en varias asociaciones para delinquir. En igual sentido Núñez<sup>79</sup> afirma que es un delito permanente en tanto no se produzca el retiro individual de uno de sus miembros, por disolución del pacto, o la desaparición del número mínimo de sus integrantes.

<sup>75</sup> CCCorr. Capital, 2-4-39, L. L. 14-432.

<sup>76</sup> CFed.CCcorr., sala I, 15-7-88, “Testimonios de prisión preventiva de Lidia C. Benítez; Hugo Vallejo; José Fernández”, se citó: causa 19.828, 29-12-86, “Arce, Abelardo y otros s/Defraudación”, reg. 594, *Boletín Jurisprudencia*, 1988.

<sup>77</sup> CFed.CCcorr., sala II, 19-10-89, “Incidente de prisión preventiva apelada en causa 2355”, causa 6088, reg. 6717, *Boletín de Jurisprudencia*, 1989.

<sup>78</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133 III 3.

<sup>79</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 189.

b) *Delito de peligro*

Se trata de un delito de acción peligrosa, en cuanto a la generalidad de los bienes, pero de peligro concreto en cuanto al bien jurídico del orden público.

V. **Tipo subjetivo**

Se trata de un delito doloso. El autor debe conocer que participa en una asociación de las características antes indicadas y debe tener voluntad de pertenecer a ella, con todas las reglas y normas que la asociación o banda tiene como estructura interna. Se trata de algo similar a asociarse a un club, de manera que el sujeto acepta los términos de la ley que rige la institución, lo que incluye la finalidad delictiva, como es obvio. Por ende, después de lo dicho, se exige dolo directo<sup>80</sup>.

La Corte Suprema de Justicia exige el dolo específico, consistente en asociarse para cometer delitos. Se requeriría, dentro de este concepto de dolo –concepto confuso de dolo ya que todo dolo es específico, por lo que llama la atención que el supremo argentino mantenga tal categoría dogmática–, la existencia de un acuerdo de voluntades explícito o implícito, en el sentido antes mencionado<sup>81</sup>.

De ello se deduce que cualquier tipo de error sobre este elemento de la asociación elimina el dolo. Pero no se elimina el dolo si el error es sobre la distinta finalidad delictiva, en lugar de robos sólo estafas, o si cree que la sociedad no tiene jerarquías y las tiene, o sobre las modalidades de la banda o las calidades de los miembros.

Desde otra perspectiva, también se ha dicho que la participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse por él. Ese estado anímico es incompatible con el error o la ignorancia sobre el objeto esencial de la asociación, pero carece de efecto el error o la ignorancia respecto de las personas o condiciones de los asociados o sobre las modalidades particulares del plan acordado<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> En similares conceptos CREUS, ob. cit., p. 112; RUDOLPHI, ob. cit., § 129, 19; ZIFFER, ob. cit., p. 3.

<sup>81</sup> CSJN, fallo antes mencionado p. 1. Llama la atención el concepto arcaico de dolo que maneja el tribunal.

<sup>82</sup> NUÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 188 y 189.

## VI. Autoría y participación

Se ha planteado que es posible la instigación, la coautoría, dentro de la asociación ilícita. En este sentido, y al no haber una distinción como lo hace el Código Penal alemán, pareciera ser que toda colaboración tiene que tener este alcance, aunque no es impensable que pueda haber una complicidad primaria; sin embargo aunque alguna parte de la doctrina no acepta este extremo, de manera que sólo se admite la participación a título de coautor o instigador y que el único caso de complicidad, en el delito mismo de asociación ilícita, se daría cuando la ayuda se presta a la asociación misma, como por ejemplo, el caso del instructor que no es miembro de la asociación<sup>83</sup>.

## VII. Consumación

El delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación, y habida cuenta del carácter permanente de asociación, el delito existe hasta el momento en que el sujeto deja de pertenecer a la asociación, ya sea por su disolución, sea por el arresto de sus integrantes, por la reducción de la cantidad de sus miembros a menos de tres, etcétera. El fundamento de lo expresado está en la propia ley cuando dice: "por el solo hecho de ser miembro de la asociación". Pero debe tenerse en cuenta que esa permanencia rige independientemente para cada autor por separado<sup>84</sup>.

Cafferata Nores ha sostenido que "si se trata del mismo acuerdo criminal que se expresaba a lo largo del tiempo en diferentes hechos delictivos, el delito que se comete es el mismo, por lo que la garantía del *non bis in idem* rige en plenitud, aun cuando por razones de hecho (como es la privación transitoria de su libertad) sus integrantes hayan visto interrumpida la ejecución de su acuerdo criminal"<sup>85</sup>. Aunque, con razón, afirma que el delito concurre si ha recaído condena, debido a la interrupción jurisdiccional de la permanencia delictiva<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> CREUS, ob. cit., p. 109; VON BUBNOFF, ob. cit., § 129 XI.

<sup>84</sup> CREUS, ob. cit., p. 111; NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 189.

<sup>85</sup> CAFFERATA NORES, José, *Asociación ilícita y "non bis in idem"*, en L. L. 1999-B-300.

<sup>86</sup> CAFFERATA NORES, ob. cit., ps. 301/2. En igual sentido y lugar CFed. de San Martín, sala II, 10-3-98, fallo 98.514.

### VIII. Tentativa

La doctrina que sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto no admite la posibilidad de la tentativa<sup>87</sup>. Sin embargo, no se alcanza a ver la dificultad de tal extremo.

La Casación Penal ha sostenido que la asociación ilícita constituye un acto preparatorio destinado a cometer delitos y es uno de los delitos que en nuestra legislación se consuma con un acto de preparación y no de los de ejecución efectiva<sup>88</sup>.

### IX. La asociación ilícita y la comisión de otros delitos

Existen delitos que reprimen autónomamente asociaciones constituidas para cometer delitos, como la conspiración para la traición, la rebelión o la sedición. Ello son en verdad acuerdos para cometer un delito determinado, por lo que no se puede confundirlos con la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal<sup>89</sup>. Por eso afirma Núñez que este artículo no es aplicable a las asociaciones para cometer delitos reprimidos de manera especial, como sería la conspiración para cometer traición del artículo 218, ni tampoco la rebelión o sedición<sup>90</sup>.

En cambio, la cuestión varía con los delitos que cada persona cometa como miembro de la asociación ilícita, afirmando la doctrina que se dará un concurso real del artículo 55 del Código Penal, en esos casos.

Ziffer trae la opinión de Santillán cuando afirma que se trata de un concurso aparente, habida cuenta de la naturaleza preparatoria del delito de asociación ilícita. Por lo tanto, si se trata de un delito de preparación, la comisión de un delito específico debería absorber la punibilidad por asociarse. Luego, como se trata de un delito de peligro abstracto, sólo se aplicaría el 210 en caso de que no exista ejecución de otras conductas delictivas. La aplicación de ambos tipos penales llevaría a la doble imposición de pena por preparar el delito y por consumarlo<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> CREUS, ob. cit., p. 111; NÚÑEZ, ob. cit., p. 189.

<sup>88</sup> Sumario: sala I, "Navarro, Gerónimo s/Rec. casación", reg. 2117

<sup>89</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 112.

<sup>90</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 188.

<sup>91</sup> SANTILLÁN, Alejandra, *El delito de asociación ilícita y las estructuras de*

El problema se dará, a nuestro juicio, en los delitos como el robo en poblado y en banda (art. 167, inc. 2º, Cód. Pen.), y el robo en despoblado y en banda (art. 166, inc. 2º), en los cuales la concurrencia se hace difícil ya que se agravaría dos veces la conducta del autor, habida cuenta de que banda es lo mismo que asociación ilícita.

Esta idea de doble agravación, por ejemplo, se ha dado y es inconstitucional por ser una interpretación analógica, en referencia al artículo 41 bis, en donde se ha pretendido agravar el robo con armas, con la escala penal del nuevo artículo.

## X. Punibilidad

La pena se aplica a los integrantes de la banda, no en razón de los delitos que se propongan cometer —que mal podrían penalizarse si no han sido ejecutados<sup>92</sup>— sino en virtud de su asociación en una banda destinada a cometer delitos.

Por otra parte, si la banda o asociación efectivamente cometió delitos, las penas correspondientes a éstos concurrirán en forma material con la misma<sup>93</sup>. Pero sólo si el integrante de la banda tuvo intervención en ellos y de acuerdo al tipo de participación que hubiere tenido (arts. 45 y ss. del Cód. Pen.). De más está decir que no se puede presumir el dolo de participación de los demás integrantes que no han intervenido en el hecho delictivo distinto de la banda.

La asociación ilícita es un delito autónomo. En relación con esta última característica se señala que “el artículo cuando se refiere a banda, siempre está haciendo mención a la asociación ilícita, como delito autónomo que causa alarma colectiva, y por consiguiente afecta a la tranquilidad pública, pero nunca a la circunstancia agravante de los delitos de robo y daño, que justamente ha sido denominada de ese modo (banda) para evitar toda confusión con el delito de asociación ilícita”<sup>94</sup>.

*participación criminal*, ponencia inédita para el ingreso a la carrera docente de la UBA, Buenos Aires, 2001, p. 9, citado por ZIFFER, ob. cit., p. 3, quien le realiza la crítica en cuanto se niega el carácter autónomo del tipo del art. 210.

<sup>92</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, III, 3.

<sup>93</sup> En favor del concurso material, FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133.

<sup>94</sup> CORNEJO, ob. cit., p. 122.

## **XI. Agravante de la punibilidad del último párrafo del artículo 210 del Código Penal**

Mediante la ley 20.642, el legislador modificó el Código Penal incorporando la *agravante para los jefes u organizadores*. En el caso del organizador o jefe de la banda, la pena será en el mínimo de la escala, de cinco años, con lo cual se busca evitar la excarcelación de este agente. Para los simples miembros, la pena será de tres a diez años. Para los sujetos calificados en la última parte del artículo, el máximo de la pena será de cinco a diez años.

Por jefes se entiende a aquellas personas que mandan o dirigen en la práctica a toda la asociación o a una parte de los miembros. Son los que comandan la asociación cualquiera sea la jerarquía y el modo de su participación en el ejercicio del mando<sup>95</sup>. En este sentido cada asociación o banda tendrá su propia organización, y según ésta será la forma de mando y los distintos jefes. Por ejemplo, las organizaciones terroristas se componen de células, y cada una de ellas tiene un jefe.

Por organizadores debe entenderse a aquellos miembros de la asociación<sup>96</sup> que han actuado en su establecimiento y coordinación<sup>97</sup>. En este punto, quien organiza pero no toma parte será sólo un instigador, de acuerdo a las reglas de la participación, aquí sí vigentes, y al propio texto del artículo 210 del Código Penal<sup>98</sup>.

Para Ziffer no queda claro si el organizador debe continuar formando parte de la asociación o si esta calidad alcanza ya al fundador, y si en caso de salirse o quedar fuera de ella es posible el castigo como instigador. De todas formas, su opinión es que debe cumplir una función equivalente, por lo menos en su desvalor de acción, a la del jefe, ya que debe referirse a la regulación del funcionamiento mismo de la asociación<sup>99</sup>.

A los efectos de la agravante, el jefe tiene que mandar realmente, esto es, no alcanza que su cargo sea meramente formal, que sólo figure pero que no sea obedecido<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 190; CREUS, ob. cit., p. 113.

<sup>96</sup> CREUS, ob. cit., p. 113.

<sup>97</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 190.

<sup>98</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 113.

<sup>99</sup> ZIFFER, ob. cit., p. 3.

<sup>100</sup> CREUS, ob. cit., p. 113; CORNEJO, ob. cit., p. 71.

Sobre el tema la jurisprudencia ha sostenido que: "La calificación legal de un procesado como responsable en grado de jefe u organizador de una asociación ilícita prevista y reprimida en el artículo 210 del Código Penal en orden al elemento subjetivo de la figura, se rige por los principios generales de la culpabilidad, es decir que se satisface con el conocimiento por parte del sujeto activo de que se trata de una asociación de tres o más personas destinadas a cometer delitos y a tomar parte ella, cumpliendo funciones superiores, capitales, tanto desde el punto de vista ejecutivo como de planificación y preparación"<sup>101</sup>.

### JURISPRUDENCIA

Como se verá, no ha sido la idea del texto la que ha seguido la jurisprudencia, que no ha visto el problema de la doble agravante: "El delito de asociación ilícita previsto por el artículo 210 del Código Penal no es absorbido por el de robo en banda, descrito por el artículo 167, inciso 2º, sino que ambos delitos concurren, y que en tal caso por tratarse de un concurso real, es de aplicación la norma contenida en el artículo 55 del mismo Código"<sup>102</sup>.

Aunque en algún momento se afirmó la idea expresada en el texto: "Para la aplicación de los artículos 166, inciso 2º, y 184 del Código Penal y con respecto a la banda, se requiere la concurrencia en el hecho de los elementos constitutivos de la asociación ilícita o banda del artículo 210 del mismo Código"<sup>103</sup>.

Pero, más modernamente, se volvió a la distinción entre banda y asociación ilícita sin mucha fundamentación: "A los fines de la aplicación de las agravantes previstas en los artículos 166, inciso 2º; 167, inciso 2º, y 184, inciso 4º del Código Penal, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho –empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código– sin

<sup>101</sup> CFed.CCorr., sala II, 25-5-86, "Obregón Cano, Ricardo".

<sup>102</sup> CFed.CCorr., en pleno, 24-11-53, "Casanova, J.", J. A. 1954-II-62; L. L. 72-585.

<sup>103</sup> CFed.CCorr., en pleno, 28-7-44, "Mouzo, José", J. A. 1944-IV-432; L. L. 36-129.

necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado texto legal<sup>104-105</sup>.

Criterio éste que aceptó, lamentablemente, la Casación Penal, pese a ser el tribunal, después de la Corte Suprema de Justicia, que debe velar por las garantías básicas que surgen de una interpretación estricta o por lo menos no analógica de la ley: "Para la configuración de la agravante del robo cometido en banda se prevé la intervención de tres o más personas en su ejecución, utilizando el vocablo 'banda' para definir tal agravante, sin que dicha expresión suponga exigir que los individuos que la integran deban pertenecer a una asociación ilícita en los términos del artículo 210 del Código Penal.

"La intervención de varias personas en la comisión del delito asume por sí sola una particular gravedad por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico, justificando así la agravación del robo cometido en banda.

"No desaparece la agravante de banda para el robo por el hecho de que uno de los partícipes no sea responsable frente a la ley penal, por ser inimputable, en razón de ser menor de edad"<sup>106</sup>.

Sobre otros temas de la asociación ilícita se ha sostenido que "La vinculación comercial, la actividad específica de cada uno de los imputados para el logro del objetivo común y la nota de permanencia que se deriva de la indeterminación de circunstancias de modo, tiempo y lugar de la actividad propuesta, conllevan a la tipificación de sus conductas en la figura del artículo 210 del Código Penal, para la cual el encuadre (en el caso, apropiación indebida de combustible), mientras suponga el concierto de voluntades para la obtención de una ganancia ilícita"<sup>107</sup>. Y, además, "Asociarse denota un acuerdo de voluntades de modo permanente para conseguir un fin común. La estabilidad, es el elemento que permite diferenciar una asociación en el sentido que le asigna el artículo 210 del Código Penal de una simple participación

<sup>104</sup> CFed.CCorr., en pleno, 7-6-63, "Coronel, Rogelio", L. L. 111-270; J. A. 1963-V-569.

<sup>105</sup> CFed.CCorr., en pleno, 4-9-89, "Quiroz, Julio Alcibiades", L. L. 1989-E-16.

<sup>106</sup> CNCas.Pen., sala II, 28-3-94, "Sánchez, Luis A."

<sup>107</sup> CFed. de La Plata, Sala Penal II, 13-11-91, "Nano, Roberto y otros s/Inf. arts. 210, 162, 186, inc. 4º; 192, 174, inc. 5º; 292, Cód. Pen.", 12.054.I, libro 60, folio 17.

criminal ya que mientras el acuerdo en esta última concluye la comisión del ilícito, en la asociación perdura en el tiempo. No excede el marco de una puntual maniobra ilícita el mero acuerdo entre coprocesados si no existen constancias que permitan sostener la conformidad preestablecida para proyectar la voluntad delictiva en forma indeterminada”<sup>108</sup>.

Además, “se configura el delito de asociación ilícita si un número considerable de individuos se asocia, no ya para cometer este o aquel delito, sino ‘una serie de delitos’. La circunstancia de que las conductas desvaliosas resulten previamente determinadas no obsta a la asociación ilícita, ya que no existe motivación histórica o dogmática que obligue a interpretar el vocablo ‘delitos’ del artículo 210, como indeterminados. Ninguna distinción se efectúa para interpretar que el acuerdo para cometer delitos específicos esté fuera del alcance de la norma; sólo aparece como relevante que tal acuerdo exceda el marco de la participación criminal. La exigencia se cumple si los ilícitos resultan determinados en cuanto a su tipo, pero indeterminados en cuanto a su número y modalidad concreta”<sup>109</sup>.

## I. Bien jurídico protegido

Toda vez que el delito de asociación ilícita tiene por objeto la tutela del orden público –entendiéndose por tal la seguridad y confianza social– no afecta de modo real, especial, singular y directo a persona alguna en particular, presupuesto para la deducción válida de la pretensión punitiva.

C9ºCrim. de Córdoba, 14-9-98, “Agüero, Nicolás R. y otros”,  
L. L. 1999-B-796

## II. Tipo objetivo

I. Para la configuración de la asociación ilícita resulta imprescindible que la acción esté dirigida o haya estado dirigida cuando

<sup>108</sup> CFed.CCrr. de San Martín, Sec. Penal Nº 2, 16-11-90, “Franz, Arturo L. y otros s/Prisión preventiva”, reg. 349 (Int.), Herrera-Barral-Fosatti.

<sup>109</sup> Sala I, Sec. Penal Nº 1, 17-11-92, “Verde, Antonio s/Excarcelación”, reg. Nº 2826 (Int.), Lugones-Barral-Fosatti.

menos contra tres sujetos activos, con lo que cabe la posibilidad de su evasión o que se hubiera operado la prescripción en favor de uno de ellos.

2. No se da el elemento específico del número mínimo de partícipes exigidos por el artículo 210 del Código Penal para su tipificación, en virtud de que la acción penal, a través del acto de la indagatoria, sólo se dirigió contra dos de los imputados.

CNFed.CCarr., sala V, 11-8-99, "Vágala, Roberto A. y otro", L. L. 2000-B-181

Son aspectos accidentales del delito de asociación ilícita, el conocimiento personal de sus integrantes entre sí, la existencia de un lugar determinado para operar, el hecho de que sus integrantes sean a su vez autores o partícipes de los delitos inherentes al pacto y que tenga una organización jerárquica o con tareas explícitamente determinadas.

C9°Crim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L. L. 1999-B-796

1. Para establecer prima facie la posible comisión del delito de asociación ilícita es preciso establecer si más de dos personas convinieron o concertaron uno o varios planes de acción destinados a cometer delitos indeterminados.

2. El Código castiga la asociación de individuos para cometer delitos en general, por la sola circunstancia de ser los sujetos miembros de tal asociación, cuyo concepto caracterizador es el acuerdo de voluntades.

3. La indeterminación de hechos bien puede originarse en un único plan montado para ese fin y esos hechos pueden consistir en una misma modalidad delictiva.

CNFed.CCarr., sala VI, 18-11-99, "Cora, José L.", L. L. 2000-D-304

Se configura el delito de asociación ilícita cuando existe un acuerdo de voluntades entre el imputado y otros funcionarios públicos, surgiendo ello de la pluralidad de maniobras delictivas que se le achacan –falsedades documentales de convenios celebrados entre la Di-

recepción General de Fabricaciones Militares y el Ejército Argentino, malversación de caudales públicos (material bélico perteneciente al Ejército Argentino), contrabando-, las que se han extendido durante varios años, y la participación activa que se les probó a sus integrantes.

CNFed.CCorr., sala II, 4-4-2001, "Sarlunga, Luis E. y otros", L. L. 2001-E-681

### III. Tipo subjetivo

1. La figura de la asociación ilícita prevista en el artículo 210 del Código Penal exige la convergencia de voluntades hacia la permanencia de la asociación, la cual es exigida por la pluralidad delictiva que es el objeto de la asociación y que podrá estar determinada según sea la tarea ilícita que se haya propuesto ésta.

2. Además la actividad desplegada por cada uno de los integrantes, llevada a cabo de manera organizada, no equivale a decir que ese grupo de personas ya formen la asociación ilícita que prevé el artículo 210 del Código Penal, pues en la organización del artículo II, inciso c, de la ley 23.737, se interviene, mientras que en la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal se toma parte en ésta (Laje Anaya, *Narcotráfico y Derecho Penal argentino*, 1992, Lerner, p. 150), es decir que se es un miembro que coincide intencionalmente con los otros integrantes sobre los objetivos asociados.

CNCas.Pen., sala I, 23-3-2000, "Seccia, Luis E. y otros", L. L. 2001-B-377

El delito de asociación ilícita es imputable a título de dolo, pero no exige dolo específico sino sólo genérico y aun admite el eventual.

C9ºCrim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L. L. 1999-B-796

La preexistencia de una asociación ilícita no se puede deducir de la pluralidad de las personas intervinientes en cada caso, porque muchas de ellas pueden haber actuado como dependientes o empleados sin conocimiento del o de los planes delictivos y de que

estaban formando parte de una gran maquinación o maniobra tendiente a captar la voluntad de los damnificados.

CNFed.CCarr., sala VI, 18-11-99, "Cora, José L.", L. L. 2000-D-304

#### IV. Consumación y tentativa

El acuerdo para perpetrar delitos no es suficiente para configurar el tipo legislado en el artículo 210 del Código Penal. Todo análisis de un tipo penal debe comenzar por reconocer el bien jurídico tutelado, en el artículo 210, específicamente, el "orden público". De modo que cada vez que se pretenda configurado este tipo penal, deberá demostrarse de qué modo las acciones que se endilgan vulneran el bien jurídico tutelado.

CCrim. N° 1 de Trelew, 30-9-96, "Banco Provincia – Transportador de caudales", sum. Albremática BC101926

Resulta posible el concurso real entre la asociación ilícita del artículo 110 del Código Penal, y la organización para la comisión de los delitos reprimidos por la ley 23.737, máxime si se tiene en cuenta que la diferencia esencial entre ellos radica en el sentido de permanencia de los integrantes que conforman la asociación, requisito éste no exigido a los fines de la aplicación de la agravante contenida en el inciso c, del artículo 11 de la Ley de Estupefacientes.

CNCas.Pen., sala I, 23-3-2000, "Seccia, Luis e y otros", L. L. 2001-B-377

1. La asociación ilícita se verifica a partir de la resolución asociativa, adoptada por tres o más personas con criterio de estabilidad y permanencia en la organización, coincidiendo en otorgarle el destino de cometer delitos.
2. Para configurar la asociación ilícita basta la rudimental organización inherente al criminal convenio y al propósito común y la resolución de delinquir.
3. El delito de asociación ilícita es de pura conducta, esto es, un delito formal o de peligro abstracto, que se tipifica por la actividad preparatoria de conductas de reproche.
4. En la asociación ilícita la punibilidad del pacto no está en la

punibilidad de sus autores, sino en el peligro que en sí mismo implica. Nada obsta a que alguno de sus integrantes esté prófugo o que se pueda condenar a unos y absolver a otros por prescripción.

5. El delito de asociación ilícita se consume con el acuerdo o pacto delictuoso, pues con él se "toma parte" y el individuo se convierte en miembro de la asociación.

6. Cuando la asociación ilícita es de tres integrantes y uno de ellos es sobreesido por su participación en la banda, el delito desaparece para los restantes en razón de no alcanzar el mínimo plural que precisa la figura.

7. La prueba del delito de asociación ilícita depende del propio reconocimiento de los delincuentes, o bien, de presunciones graves que se deriven de la índole y del número de los delitos que, en cumplimiento del acuerdo criminal, lleven a cabo.

C9ºCrim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L. L. 1999-B-796

La prueba del acuerdo criminoso del artículo 210 del Código Penal se realiza a través del método inductivo, es decir, partiendo desde los casos delictivos realizados hacia atrás, donde se encuentra la faz ideológica de esos planes individualmente considerados.

No existe óbice alguno para encasillar en este delito los casos en que desde una misma cúpula se diseñen y dirijan distintos grupos encaminados a cometer delitos indeterminados, como si se tratase de "subasociaciones", de lo que se colige que no es necesario que los miembros que intervienen en algunos de estos delitos concretados lo hagan en todos los demás.

CNFed.CCorr., sala VI, 18-11-99, "Cora, José L.", L. L. 2000-D-304

La figura de la asociación ilícita constituye un delito autónomo, no exige para su perpetración la comisión efectiva por parte de los integrantes de la misma, de ilícito alguno, sino que se consume con el mero propósito de delinquir en forma indeterminada (del voto en disidencia del Dr. Black).

CSJN, 16-12-81, "Graiver, Isidoro M. y otros", E. D. 97-676

## V. Autoría y participación

1. Organizador no es el que hace las veces de promotor de la asociación ilícita; empero que en una época se hayan estrechado los vínculos personales es cosa bien diferente del tiempo en que las actividades del grupo se inician y si en el despliegue de esas conductas una persona tiene un papel preponderante en la conexión de la mayoría de esas tareas, le cabe sin dificultad la condición de organizador, asimilable a funciones gerenciales en la órbita empresarial, similares a las discutidas en autos.

2. Para determinar la relevancia del papel desempeñado por quien es acusado de pertenecer a una organización delictiva internacional, resulta significativo comprobar que, si se procediese a eliminar hipotéticamente los aportes que éste habría efectuado a la red en nuestro país, poco y nada subsistiría.

CNFed.CCcorr., sala I, 15-12-92, "Caserta, Mario J.", J. A. 1994-I-365

1. El autor del delito de asociación ilícita debe saber cuáles son los fines y debe querer tomar parte en la asociación, sea ingresando a ella una vez constituida, sea en carácter de socio fundador, lo que no necesariamente implica ser jefe u organizador en los términos del artículo 210, 2º supuesto, del Código Penal.

2. Por tratarse la asociación ilícita de un delito permanente, cuya vigencia temporal abarca el lapso de existencia de la asociación respecto de cada miembro en particular, la permanencia rige para cada autor separadamente por el tiempo que siga perteneciendo a la asociación, cesando la acción para cada uno en el momento en que se deja de ser miembro, aunque la asociación siga existiendo con otros componentes.

3. La calidad de cómplice del delito de asociación ilícita se produce por la simple pertenencia a la asociación, independientemente de la responsabilidad penal que corresponda por cada una de las acciones delictivas cumplidas como consecuencia de la asociación.

CºCrim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L. L. 1999-B-796

1. Los miembros de una asociación ilícita sólo pueden ser respon-

sabilizados como partícipes por el delito a realizarse si se convienen a efecto de llevar a cabo un ilícito determinado o varios también determinados.

2. Nada obsta a que una persona forme parte de una asociación ilícita y, sin embargo, no haya intervenido en ninguna de las estafas llevadas a cabo por esa asociación y, viceversa, cualquiera de ellas puede haber tenido injerencia en alguna maniobra estafatoria sin conocimiento de que formaba parte de una banda.

CNFed.CCcorr., sala VI, 18-11-99, "Cora, José L.", L. L. 2000-D-304

## VI. Condena

La imposibilidad de dictar condena contra uno de los integrantes de la asociación ilícita no impide la sanción de los restantes.

CNFed.CCcorr., sala V, 11-8-99, "Vágala, Roberto A. y otro", L. L. 2000-B-181

## VII. Concurso

El delito de asociación ilícita concurre materialmente con los hechos concretos que cometen los asociados y responden criminalmente sólo los que participan de su ejecución.

C9ºCrim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L. L. 1999-B-796

El delito de asociación ilícita es independiente de aquel o aquellos que la asociación concrete en el curso de su actividad delictiva; actividades éstas que pueden haber sido llevadas a cabo por no todos los integrantes de la banda, sino por alguno o algunos de sus miembros.

CNCCorr., sala VI, 18-11-99, "Cora, José L.", L. L. 2000-D-304

### **AGRAVANTE DEBIDO A QUE SE PONE EN RIESGO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Artículo 210 bis: "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a

veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- "a) Estar integrada por diez o más individuos;
- "b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- "c) Tener estructura celular;
- "d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- "e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- "f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- "g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- "h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos".

Las agravantes a la asociación ilícita fueron incluidas por la ley 23.077, al derogarse el decreto-ley 21.338, que volvió las cosas al texto original del Código, pero habida cuenta de los sucesos ocurridos en la Argentina, agregó el artículo con las agravantes en cuestión<sup>110</sup>.

## I. Las acciones punibles

La doctrina es conteste, de acuerdo a la ley, en que se castiga en la agravante a quienes tomen parte. Sin embargo, la norma agrega a los que cooperaren o ayudaren a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita. La doctrina ha interpretado que esto significa que esta ayuda o cooperación debe provenir de afuera de la asociación o banda, esto es, sin tomar parte de la banda, dado que si no la mención sería superflua. En este sentido, Creus afirma que se ha tomado en cuenta su idea de que es posible ser cómplice de la asociación sin tomar parte en ella, pero sólo para la formación o el mantenimiento, esto es, para ayudar a la organización o para hacerla subsistir<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> Para ver la evolución legislativa sobre el problema, se debe consultar AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 198/99.

<sup>111</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 114; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 200.

## II. Carácter de las agravantes

La agravante se caracteriza por tener una característica general que consiste en poner en peligro la Constitución Nacional. Pero a esta nota general se le agrega, como requisito, que se den dos de las ocho características que trae el artículo que se interpreta.

## III. Acción que contribuya a poner en riesgo la Constitución Nacional

La norma tiene relación, y en parte esto tiene cierta incongruencia, con el artículo 227 ter, en cuanto éste agrava el máximo de la pena de cualquier delito cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución, con lo cual la agravante no hubiera sido necesaria<sup>112</sup>.

En realidad el problema está en que el tipo penal tiene cierta analogía con el delito de rebelión del artículo 226, por lo que la dificultad estará en distinguir estos dos tipos penales y, en algunos de los casos, se deberá estudiar un posible concurso de leyes. Por eso, y con razón, Creus afirma que hay una contradicción entre lo que los legisladores quisieron decir y lo que realmente han dicho, lo que parece ser cosa normal en estos últimos tiempos en que las leyes se dictan no por su necesidad en relación a la República, sino por una creada artificialmente, cuyo origen es incierto.

Por estas dificultades, la doctrina afirma que la ley se refiere a la acción constitutiva del artículo 210 y no a las acciones de los delitos que se cometan en cumplimiento de los fines asociativos. La idea de una especie de punibilidad agravada en un cuádruple agravamiento típico puede haber sido correcta con otra redacción, como por ejemplo: "cuando las acciones de ellos contribuyan", pero esto no es posible, de acuerdo a Creus, porque la ley actual ha quitado la referencia a la efectiva contribución que traía el proyecto<sup>113</sup>.

Por lo tanto, la referencia al peligro está dada por la propia acción

<sup>112</sup> DE BENEDETTI, Isidoro y MICHELLI, Jorge, *Ley 23.077. Análisis de las reformas al Código Penal*, en *Doctrina Penal*, Año 7, N° 7, 1984, p. 764.

<sup>113</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 115.

constitutiva del delito de asociación ilícita<sup>114</sup>. Pero Aguirre Obarrio es de opinión de que el tipo tiene una condición negativa, esto es, que no tenga el propósito de levantarse en armas, ya que si así fuera se trataría del delito de conspiración que sólo castiga a sus promotores o directores, de acuerdo al artículo 233 del Código Penal<sup>115</sup>.

Es otra norma que suele sonar bien pero que viola, en un primer lugar, el principio de legalidad, porque otra vez se legisla en base a generalidades, esto es, no se describen conductas sino sólo conceptos, dejando en manos de los jueces el contenido de la norma, lo que significa ir, de alguna manera, en contra de la Constitución Nacional.

De todas formas, el contenido de la ley lleva a que el tipo penal tenga en cuenta no sólo las asociaciones ilícitas con fines políticos, sino que puede ser cualquier asociación con cualquier fin pero que contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, aunque éste no sea el fin básico de la asociación ilícita.

A nuestro juicio el peligro debe ser concreto, de manera que realmente se afecte la Constitución Nacional, o sea "el ordenamiento jurídico fundamental que organiza la nación, garantizando la preservación en plenitud de ciertos bienes jurídicos que dan tono a dicha organización, y el peligro deberá ceñirse sobre dicha plenitud marginándose de las regulaciones de aquel ordenamiento"<sup>116</sup>.

En cambio, Cornejo afirma que del artículo 210 bis surge inequívocamente que se trata de una asociación ilícita enteramente distinta del artículo 210. Por ende se trata de una asociación ilícita que debe tener un inexorable propósito político<sup>117</sup>. En el mismo sentido, Fontán Balestra afirma que "La formación del ente para delinquir tiene que haber sido inspirada por móviles que tiendan a subvertir el orden constitucional. Así los homicidios, robos, hurtos, delitos contra la seguridad pública y otros que pueden estar en la mira de los miembros no son sino los medios de una rebelión, sedición u otros semejantes para el futuro"<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> En igual sentido la CFed. de San Martín, caso "La Tablada", E. D. 138-98 (1990), citado por CORNEJO, ob. cit., p. 88. Véase el texto del fallo a partir de p. 477.

<sup>115</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 201.

<sup>116</sup> CREUS, ob. cit., p. 116.

<sup>117</sup> CORNEJO, ob. cit., p. 89.

<sup>118</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., citada por CORNEJO, ob. cit., p. 88.

#### IV. Condiciones de la agravante

##### 1. *Estar integrada por diez o más individuos*

Se trata del número de personas que componen la asociación, que pasa de tres a diez personas. La cuestión es clara, de modo que basta con la enumeración.

##### 2. *Poseer una organización militar o de tipo militar*

Según Núñez, comentando el decreto-ley 17.567, implica la estructura del grupo, armado o no, ordenado en milicia y mandos de tipo castrense, la utilización de uniformes, vestimentas especiales, insignias. Y agrega: "es un modo usado por las organizaciones nacionalistas para exudar su admiración a lo militar y a la sumisión disciplinaria que implica"<sup>119</sup>. Creus agrega que organización militar debe interpretarse como aquellas asociaciones que equivalen a las fuerzas armadas, de los cuerpos permanentes, de guardia nacional o de fuerzas asimiladas<sup>120</sup>.

##### 3. *La estructura celular*

Ya se ha hecho referencia a esta forma de actuar. Son distintos grupos que se forman separadamente, cuyos integrantes pueden o no conocer a los de los otros grupos, pero que en conjunto y bajo la dirección común contribuyen a los fines de la asociación<sup>121</sup>. Núñez afirma que esta característica le da una mayor peligrosidad, por la forma de operar y la dificultad para identificar a sus componentes<sup>122</sup>.

##### 4. *Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo*

Una asociación dispone de armas de guerra cuando las detenta o posee a los efectos de utilizarlas como medio para sus fines<sup>123</sup>. Las

<sup>119</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 191.

<sup>120</sup> CREUS, ob. cit., p. 117.

<sup>121</sup> En similar sentido, CREUS, ob. cit., p. 117.

<sup>122</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 192.

<sup>123</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 191.

armas de guerra son aquellas comprendidas en el artículo 189 bis y el decreto 496/99, a cuya explicación remitimos.

5. *Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país*

Las jurisdicciones políticas del país son las provincias, la Capital Federal, la Ciudad Autónoma y los territorios nacionales. Alcanza para la calificante que opere como mínimo en dos de ellas. Esto implica que esté constituida, que tenga su sede, aunque sea transitoria, en esos lugares<sup>124</sup>.

6. *Que esté compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad*

La ley es clara en cuanto a que estas personas deben tomar parte en la asociación o banda, y tiene sentido la agravante habida cuenta de que el fin de las personas que integran las fuerzas armadas es defender la Constitución y no ponerla en riesgo.

7. *Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior*

La conexión implica una relación y apoyo de las otras organizaciones, que conlleva cambio de información, apoyo económico, táctico, etcétera. Debe ser notoria, esto es, detectable, casi pública. Es poco entendible este requisito de la agravante, ya que este tipo de conexiones es normalmente secreto.

8. *Recibir apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos*

Abarca tanto la cooperación como que el funcionario tome parte en la asociación, pero sólo dirigiéndola. Como se verá, es deficiente la redacción, como la de todo el artículo, ya que si el funcionario sólo formara parte de la asociación no se agravaría el delito.

Los artículos 210 ter y 210 quáter fueron derogados por la ley 23.077.

<sup>124</sup> CREUS, ob. cit., p. 117.

JURISPRUDENCIA

**Tipo objetivo**

1. El tipo del artículo 210 bis del Código Penal no requiere en modo alguno que el ataque a la Constitución alcance su objetivo, pues si se llegara a su abolición mediante el uso de la fuerza por violencia suficiente se estaría frente a un hecho consumado que seguramente desembocaría en el cambio de la normativa del país, sino que sólo exige que la acción “contribuya” a poner en peligro su vigencia.

2. No es posible asimilar la “puesta en peligro” con la aniquilación del texto constitucional, que en definitiva importa la destrucción del sistema político que por él se rige. Para que se configure el primer supuesto basta con que un grupo de individuos, cualquiera sea su ubicación ideológica, decida abandonar los cauces legales para canalizar su protesta desde la particular óptica de sus intereses mediante el inevitable empleo de la violencia.

3. Si como en principio puede advertirse, un grupo de personas armadas, previamente asociadas, irrumpió en un cuartel del ejército y desplazó mediante el poder de sus armas a las autoridades de éste produciendo muertos y heridos ante el personal que cumplía allí sus funciones, no puede sino concluirse que prima facie se está ante el delito que sanciona el artículo 210 bis del Código Penal.

CFed. de San Martín, 22-3-89, “Hechos acaecidos en el RIM 3 La Tablada”, E. D. 133-171 (véase el texto a partir de p. 477)

## CAPÍTULO III

### INTIMIDACION PÚBLICA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. *La intimidación pública*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipo objetivo. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación. V. Tentativa. *El tipo agravado del artículo 211*. I. Tipo objetivo. II. Subsidiariedad del tipo penal del artículo 211. Jurisprudencia. *Incitación a la violencia colectiva*. I. Antecedentes. II. Tipo objetivo. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación. Jurisprudencia.

#### **I. Antecedentes**

En principio, el artículo 211 ha quedado redactado de acuerdo a las leyes 15.276, 20.642 y 23.077. En cambio, el artículo 212, que también integra el presente capítulo, tiene su contenido con base en las leyes 20.642 y 23.077.

El antecedente de este tipo penal es el proyecto de 1891, ya que el Código de 1886 no se había ocupado de este tema, de acuerdo a la investigación de Moreno<sup>1</sup>.

De modo que cuando empezaron a sucederse hechos que el legislador creyó conveniente llevar a delitos, habida cuenta del bien jurídico protegido, los autores del proyecto antes mencionado incluyeron en el artículo 256, en el capítulo de cuerpos armados e intimidación pública, con pena de penitenciaría de un mes a un año, el siguiente texto: “el que para infundir un temor público suscitare tumultos o desórdenes, hiciere señales o diere gritos de alarma, o hiciere estallar materias explosivas, o amenazare con un desastre de peligro común”.

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, p. 9.

En la Exposición de Motivos se afirmaba: “Pero no solamente puede turbarse la tranquilidad de una población. Puede llegarse al mismo resultado por medio de gritos de alarma o señales falsas, como dice el código holandés o por medio de estallidos de materias explosivas, o de la amenaza de un desastre de peligro común, como dice el italiano”<sup>2</sup>.

La ley 4189, en el artículo 30, inciso 4º, castigó en un texto de similar tenor las acciones antes descriptas.

El proyecto de 1906 mantuvo el sistema anterior y en el artículo 230 reprimió con prisión de un mes a dos años conductas similares a las vistas, aunque la diferencia estaba en la pena. Por último, Moreno reprodujo el artículo 230 del proyecto de 1906<sup>3</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que la ley 20.642, de 1974, aumentó draconianamente las penas, y sustituyó la agravación incluyendo a los explosivos en el texto. En consecuencia, “si los explosivos pueden causar la muerte o lesiones, están contemplados como delitos contra la seguridad pública. Si no es así (porque se trata de estruendo) la pena de tres a diez años de prisión es inexplicable”<sup>4</sup>. Este error había sido visto por los autores del decreto-ley 17.567, que habían corregido “hiciera estallar bombas o materias explosivas”, por “provocare estruendo”, y está claro que esta idea era la correcta y tenía como fin evitar la confusión habida cuenta de los distintos bienes jurídicos en cuestión. Por un lado, la tranquilidad pública que es afectada por este tipo de intimidación, y por el otro la seguridad común, comprometida por la explosión<sup>5</sup>.

## II. Bien jurídico

El Capítulo III se distingue de los anteriores antes vistos dentro del Título VIII, en cuanto a que aquí se castigan conductas que por su propia naturaleza son directamente idóneas para quebrar el bien jurídico tutelado. En cambio, en los tipos previstos por los artículos 210

<sup>2</sup> Citada por MORENO, ob. cit., p. 10.

<sup>3</sup> MORENO, ob. cit., p. 11.

<sup>4</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 203.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 193. La cuestión es más que clara, pero vaya uno a hacerle entender estas cosas a los que hacen las leyes.

y 210 bis las conductas prohibidas provocaban un peligro para la tranquilidad pública, no de manera directa sino por el conocimiento de su existencia, la sociedad civil en su conjunto y en cuanto al peligro que implicaban respecto de la comisión de otros delitos, de acuerdo a lo expresado por la doctrina mayoritaria<sup>6</sup>. De este modo se ha incluido este delito como de peligro, y la idea de su punición es la de prevenir o evitar otras consecuencias mayores, esto es, los daños concretos a otros bienes jurídicos. Pero esta idea, que es la que funda el artículo 211, debe ser analizada desde otra perspectiva. Conviene citar entonces a Soler, que como teórico tenía las ideas claras, en este sentido, cuando afirmaba que “éste es uno de los puntos en los que ha incidido con insistencia la corriente reformista que se inicia durante la dictadura, con el decreto 536 de 1945, continuada luego en esta materia con la ley 13.945, sobre armas y explosivos. La ley 15.276, no se sustrae a esa desfavorable influencia”<sup>7</sup>. Y se podría seguir con la idea de que cuando se comienza con este criterio legislativo, en contra de las garantías civiles, usando al Derecho Penal como un instrumento de control de las personas, la cuestión no tiene límites. Basta hoy en día con escuchar y leer algunas opiniones sobre este punto para darse cuenta de que esta mentalidad no ha cambiado, sino que se hace aparecer como un “demagógico reclamo de la gente”. Como creemos que esta idea se impondrá poco podemos hacer más que elaborar proyectos de otro tono, pero los salvadores de la patria de seguro no estarán de acuerdo, añorando otros tiempos mejores, como los que comenzaron en 1976. Pero debe saberse que la cuestión no es ingenua. Basta con la lectura de la fundamentación del llamado “Proyecto de los enemigos o extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*) de 1944, en Alemania, elaborado por el régimen de Hitler, para saber en dónde está el fundamento de todas estas ideas que circulan en la actualidad en contra del Derecho Penal liberal, pero entendida la palabra liberal en el verdadero sentido y no sólo en el sentido económico combinado con autoritarismo político<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> CREUS, ob. cit., t. II, 1658.

<sup>7</sup> Citado por LAJE ANAYA, ob. cit., t. IV, p. 40 (la cita en realidad es de Núñez, tal como se hace notar en el texto).

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, *La otra cara de Edmund Mezger...* cit., ps. 677 y ss.

Este capítulo se compone de dos artículos. El primero de ellos, el 211, contiene en su párrafo 1º la figura simple de la intimidación pública, y en su párrafo 2º, la figura agravada. El segundo artículo de este capítulo contempla la incitación a la violencia colectiva.

### LA INTIMIDACIÓN PÚBLICA

Artículo 211, párrafo 1º: “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos”.

#### I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el orden público, entendido éste como la tranquilidad y confianza social, en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil<sup>9</sup>. Afirmar Ramos que hay ciertos momentos en que se puede provocar una catástrofe con una simple señal, en ciertos estados nerviosos de espíritu de una muchedumbre, que está en la tensión del acontecimiento que va a sobrevenir. Lo que el Código quiere prever, afirma Ramos, es muy sencillo. No es lo mismo que se asuste a varias personas, individualmente, que asustarlas colectivamente<sup>10</sup>. Y narra el caso del “Bazar de Caridad” en París, en donde se produjo un incendio cerca de la puerta y del cual todos pudieron haber salido ilesos, pero murieron cerca de doscientas personas, ya que todas trataban de escapar y, de esa forma, los unos pisaban a los otros, en pánico colectivo. En nuestro país, se recuerda el caso de la puerta 12 en el estadio de fútbol de River Plate.

Para González Roura la represión tiene por objeto prevenir atentados serios y graves como los que se producen por medios aptos para causar estragos, reprimiendo la ley claros actos preparatorios<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CFed.CCorr., sala I, 10-11-87, “Verbitsky, Horacio”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1987, N° 3, p. 18.

<sup>10</sup> RAMOS, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>11</sup> Citado por FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 133, IV 3.

Bien se ha dicho que lo que importa no es la naturaleza misma de los medios empleados, sino su aptitud y el modo en que son usados por el agente, apropiado para suscitar un tumulto, un desorden. El efecto natural del hecho o de la manera de actuar lleva a la reacción del público, que teme un desastre. Pero, si el hecho ejecutado por el agente comporta un efectivo peligro para la seguridad pública, ya no estará comprendido en este artículo, que tiene en vista la intimidación pública, sino que constituirá tentativa o consumación, según el caso, de otro delito más grave<sup>12</sup>.

Sostiene Núñez que la naturaleza subjetiva del bien jurídico ofendido por los delitos contra la tranquilidad pública, se condice con la estructura de los hechos que lo lesionan. “La instigación a cometer delitos, la asociación ilícita, la intimidación pública y la apología del crimen, son hechos cuya criminalidad reside esencialmente, no en la lesión efectiva de situaciones materiales, cosas o personas, sino en la repercusión que los hechos tienen en el espíritu público, produciendo alarma y temor”<sup>13</sup>. Sostiene el autor que la idea central es que el bien jurídico tutelado es la tranquilidad como instrumento de seguridad.

Analizada la cuestión desde esta perspectiva, las conductas enumeradas en la ley no exigen desde el aspecto típico un resultado típico, ni menos aún una lesión concreta, sino que se trata, siempre de acuerdo con la doctrina mayoritaria, de un delito de peligro potencial o abstracto, pero de carácter general, referido a la paz social.

Es un delito de acción peligrosa por cuanto no hay ningún bien jurídico en estado de peligro, ni menos aún se exige la producción de un resultado. Pero desde la perspectiva del bien jurídico orden público, es obvio que debe la acción del autor tener alguna relevancia, lo que hace a la idoneidad de las acciones típicas. Como veremos más adelante, si el autor da voces de alarma, hace señales de advertencia o amenaza con la producción de un delito de peligro común, más allá de que no se provoquen los resultados de tumultos o desórdenes, con esas acciones de advertencia ya el orden público corrió peligro.

<sup>12</sup> Majno, comentando al Código Penal italiano, citado por Moreno como antecedente del Código Penal, citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 1.

<sup>13</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 174.

## II. Tipo objetivo

El tipo penal del artículo 211 es uno de las más abiertos y genéricos del Código Penal, y más aún si se lo compara con otros códigos similares, lo que debe alertar al intérprete, que debe buscar los límites dentro de las posibilidades del texto.

Toda la doctrina nacional, basada sin duda en Moreno, ha sostenido que se trata de un tipo penal que está dominado por el elemento subjetivo<sup>14</sup> y que por ende esa finalidad, que es distinta del dolo, ya que se trata de un elemento subjetivo del tipo, es la que le da una especial coloración<sup>15</sup>. Moreno, en ese sentido, afirmaba que el elemento moral se encuentra perfilado en el propósito del agente, quien debe proponerse infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes. Si el delincuente tuviera otro objeto, como matar, lesionar, robar, cometería otros tipos de delitos, que no son los que estamos estudiando.

Por ende, por un lado, la acción del autor debe ser pública, y por otro, no debe referirse a determinada persona o cosa, ya que el fin es suscitar el temor, la alarma pública<sup>16</sup>.

Bien vista la cuestión se trata de una amenaza realizada por el autor, por la cual se puede cometer un concreto e inminente delito. El autor debe, con esta amenaza, anunciar que el delito se puede llevar a cabo bajo su influencia<sup>17</sup>.

El tipo penal, en síntesis, tiene dos elementos: el primero es la finalidad del autor de infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, y el segundo consiste en una larga enumeración de medios, que se verán a continuación<sup>18</sup>.

Las acciones materiales que el artículo enuncia son:

1. Hacer señales, esto es alertar por medio de gestos o elementos que transmitan alerta: sirenas, alarmas, campanas, etcétera.
2. Dar voces de alarma, que implica comunicarse verbalmente, en forma directa o a través de medios de comunicación oral – megáfonos,

<sup>14</sup> La expresión es difícil de entender; como si el homicidio lo no estuviera.

<sup>15</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 610.

<sup>16</sup> Véase MORENO, ob. cit., ps. 12/13.

<sup>17</sup> VON BUBNOFF, ob. cit., § 126 III, 1.

<sup>18</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130, ps. 610 y 611.

altoparlantes, radio, etcétera-, advirtiendo la cercanía de un mal o peligro. Éstas tienen que ser lo suficientemente expresivas como para hacer creer que hay peligro o para anunciarlo<sup>19</sup>.

Sobre el punto Núñez señala que hacer señales significa realizar, personalmente o por medio de aparatos o cosas, actos materiales de advertencia o de aviso de algún riesgo común inexistente<sup>20</sup>.

3. Amenazar con la comisión de un delito de peligro común. Se refiere a cualquier delito que pueda afectar a un número indeterminado de personas, teniendo el anunciante intervención directa en él o determinando a otro a cometerlo. El autor no debe ser ajeno a la producción de este delito, siendo éste dependiente en alguna medida de su voluntad<sup>21</sup>. Fontán Balestra<sup>22</sup> afirma que el autor debe amenazar con cometer o hacer cometer por otros un delito de peligro común, cualquiera sea el medio de que para ello se valga, sea éste grave o no, mientras la población pueda tenerlo por tal. Es un delito, por lo que se excluyen las contravenciones y las faltas y más aún los hechos totalmente atípicos.

Se trata de una amenaza que tiene relación con el sentimiento de seguridad o la paz pública<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3; CREUS, ob. cit., ps. 120/1.

<sup>20</sup> Ob. cit., t. VI, p. 195.

<sup>21</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 120 y ss.

<sup>22</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3.

<sup>23</sup> Con el siguiente texto en Alemania: I. Quien amenace en un modo apropiado para perturbar el orden público con: 1. Uno de los casos señalados en el § 125 a, frase segunda, número 1 a 4, de alteración del orden público, 2. Una muerte, homicidio o genocidio, § 211, 212 ó 220, 3. Una lesión corporal del § 225 o un envenenamiento, § 229, 4. Un delito contra la libertad personal en los casos de los § 234, 234a, 239a ó 239b, 5. Un robo o extorsión, § 249 a 251 ó 255, 6. Un crimen de peligrosidad general en los casos de los § 306 a 308, 310b, apartados I a III; del 311, apartados I a III; del 311a, apartados I a III; del 312; 313, apartado I; del 315, apartado III; del 315b, apartado III; del 316, apartado I; del 316c, apartado I ó II; del 319, ó 7. Una falta de peligrosidad general de los casos de los § 311a, apartado IV; del 311d, apartado I; del 316b, apartado I; del 317, apartado I o del 318, apartado I, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. II. Igualmente será castigado quien se proponga, en un modo apropiado para perturbar el orden público, engañando por error vencible, la realización de uno de los hechos ilegales nombrados en el apartado I.

4. Emplear otros medios normalmente idóneos para infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes. De esta redacción, la doctrina ha derivado el carácter meramente ejemplificativo de las acciones previstas. Sería ejemplo de estos medios, estruendos, proyecciones de sombras que puedan despertar temor, en el sentido de la paz social. Fontán Balestra señala el caso de quien propala por radiofonía o televisión, voces de alarma o señales de la misma clase, o vierte amenazas de comisión de delitos de peligro común o coloca carteles u otro tipo de anuncio de desastre, como podría ser el de que se ha minado una plaza o un dique<sup>24</sup>. Núñez por su parte habla de una promoción al amotinamiento, la confusión o el alboroto de multitudes (tumultos) o la producción de actos de trastorno del sosiego material del público (desórdenes), como corridas, alborotos, fugas en masa<sup>25</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que todas estas acciones típicas deben tener la finalidad, esto es haberse hecho "para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes..." Fontán Balestra<sup>26</sup> distingue las acciones de hacer señales o dar voces de alarma, que tienden a suscitar tumultos o desórdenes, de las acciones de amenaza de comisión de un delito de peligro común, que tienden a provocar el temor público.

Las acciones descriptas son medios para lograr la finalidad perseguida por el autor, motivo por el cual las acciones deben ser idóneas para estos fines. Son idóneas, en el sentido de la ley, aquellas acciones que, usadas de acuerdo a su naturaleza peligrosa, o por el modo de utilización del elemento, más la trascendencia pública de la acción, sean capaces de infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes<sup>27</sup>.

Como la idea central es la violación de la paz social, de acuerdo al propósito del autor, que de esa manera busca infundir un temor al

Ver los autores antes citados, más SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 126, I; MEZGER, *Studienbuch*, p. 241; KOHLRAUSCH-LANGE, *Das Strafgesetzbuch*, 43ª ed., § 126 II, p. 343; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3.

<sup>24</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3.

<sup>25</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 194.

<sup>26</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3.

<sup>27</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 121.

público o de suscitar tumultos o desórdenes, es obvio que los actos deben tener eficacia, en relación al bien jurídico protegido, que debe ser juzgada de acuerdo al temor que se pretende provocar<sup>28</sup>.

5. La publicidad. La amenaza, así entendida, debe tener algún resultado, pero en el sentido de que debe ser una molestia a la paz pública, con lo cual la publicidad es un elemento del tipo, sin perjuicio de que la amenaza caiga sólo sobre alguna persona<sup>29</sup>. Por eso acierta la doctrina argentina cuando afirma que la publicidad o al menos algún tipo de publicidad es también requerida para completar la idoneidad. No es indispensable que las acciones tengan lugar ante una multitud reunida. El tipo de acto realizado en una concentración de carácter público, como por ejemplo un acontecimiento deportivo, es suficientemente apto, como a diario lo enseña la experiencia, no sólo para turbar la tranquilidad pública sino para causar delitos más graves. Así también, cuando en un cine, o en un estadio de fútbol se dan voces de alarma<sup>30</sup>.

Destaca Soler que algunos autores ponen el acento en la idoneidad del medio para causar daños, mientras que otros atienden a la idoneidad para causar alarma, pero que estas cuestiones ceden frente al texto legal que no requiere, como único medio, el uso de explosivos o de amenazas<sup>31</sup>.

Si las acciones fueren realizadas sin la finalidad requerida por la ley, o bien, con fines diferentes a ella, es obvio que la conducta no sería típica, por lo menos del artículo 211. Por ejemplo, las acciones destinadas a influir en el ánimo de una o más personas determinadas –y no sobre “el público” en general– aunque utilice los medios enunciados y se dé trascendencia pública a la amenaza (ej.: amenazar públicamente con un delito de peligro común a un funcionario para que actúe o deje de actuar funcionalmente, no constituirá intimidación pú-

<sup>28</sup> Ésta es la idea también de Gómez, tomada luego por Núñez (ob. cit., t. VI, p. 195).

<sup>29</sup> VON BUBNOFF, § 126 III 10.

<sup>30</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 6.

<sup>31</sup> SOLER, ob. cit., t. IV, § 130 XIV, en donde cita a Impallomeni y a Majno sobre el caso de quien arrojó contra las paredes del Quirinal un frasquito con una mecha encendida.

blica, aunque sí podría ser un atentado)<sup>32</sup>. Del mismo modo, prescindiendo de idoneidad, las acciones descriptas carecerían de significado penal<sup>33</sup>.

Sostiene Núñez que el autor debe actuar con el fin de infundir un temor público. Esto debe causar en el ánimo público el recelo de un mal de alcance general. Si el medio alarmante va dirigido al público pero sólo contiene una amenaza para individuos determinados, se podrá hablar de un temor del público de un mal para particulares, pero no de un temor del público de padecerlo, que es lo que la ley tiene en miras<sup>34</sup>.

Infundir un temor público es crear temor en un número indeterminado de personas, por la inminencia de un mal o el riesgo de ser lesionado por la concreción de algún peligro. El peligro o el mal pueden ser determinados (amenaza de un delito determinado de peligro común) o indeterminado (señales, voces de alarma)<sup>35</sup>.

La expresión suscitar tumultos exige que se descifre qué es el tumulto. Por tal se entiende el aglomeramiento desordenado de personas, sea por desconcierto, temor, o propósitos de ejercer violencia (ej.: avalancha en un estadio de fútbol o en un recital). En otras palabras es el movimiento de una multitud desconcertada o atemorizada, acompañada, en no pocas ocasiones, de desórdenes o de violencia.

Por desorden debe entenderse la alteración del orden o la tranquilidad pública<sup>36</sup>. También se puede afirmar que suscitar desórdenes es una ruptura en el armónico funcionamiento y orden normal de la sociedad.

Según Carrara ofenden la tranquilidad pública aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de personas, alguna concitación de emociones de dolor o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos<sup>37</sup>.

La jurisprudencia ha mantenido un criterio más o menos acorde

<sup>32</sup> CREUS, ob. cit., t. 2.

<sup>33</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3, p. 484.

<sup>34</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 194.

<sup>35</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 121/122.

<sup>36</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 3, con citas de Maggiore y de Millán, obs. cit. ya citadas independientemente.

<sup>37</sup> CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* cit., vol. 6, t. 8, § 3014, p. 115.

con los vistos. Así ha dicho que “Encuadra en el artículo 211 del Código Penal, la conducta de los procesados consistente en arrojar desde un tren en marcha en momentos en que trasponía la intersección de la Avenida Juan B. Justo y Santa Fe un artefacto explosivo cuya consecuencia fue la consiguiente alteración de la tranquilidad pública”<sup>38</sup>.

Por ejemplo, sobre hechos atípicos se afirmó que “no configura el artículo 211 el anuncio formulado telefónicamente acerca de la colocación de una bomba en un colegio nacional si, más allá de que el accionar de autos hubiera provocado el cierre del establecimiento, no se advierte que los imputados hayan tenido la intención de alterar la tranquilidad pública, sino más bien, liberar a sus amigos de las pruebas que debían realizar, por lo que mal puede enrostrárseles la comisión de la acción típica, aun cuando sus conductas puedan aparecer como altamente reprobables”<sup>39</sup>. Además, “La conducta criminosa prevista en el artículo 211 del Código Penal, exige para su configuración un dolo directo o específico. Si el fin perseguido con la remisión de un anónimo fue la suspensión de clases y en ningún momento se pretendió provocar los efectos tipificados por el artículo 211 del Código de fondo, deviene atípica la conducta”<sup>40</sup>. Pero, “No obra con ese designio el personal de una editorial que, con el fin de llamar la atención pública sobre su problema, toca reiteradamente la sirena”<sup>41</sup>.

### III. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que por su estructura sólo admite el dolo directo<sup>42</sup>. El autor debe tener conciencia de que el hecho es apto para turbar la tranquilidad pública o puede ser tenido por tal por las personas hasta quienes llega<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> CNFed., 10-11-69, “Álvarez Natale, Julio G. y otros”, c. 5290, J. P. B. A. N° 21.

<sup>39</sup> CFed. de Bahía Blanca, 15-4-86, “Elorga, L.”, c. 49.892, J. P. B. A., t. 62. Año XVII.

<sup>40</sup> Sec. Penal, 2-6-88, “Casas, Claudio R. y otros s/Inf. art. 211 del Código Penal”, reg. 71 (Def.).

<sup>41</sup> Primera Inst. Crim. y Corr. de Capital, 28-1-63, L. L. 110-256, cit. por NÚÑEZ. *Tratado...* cit., t. VI, p. 194.

<sup>42</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 123.

<sup>43</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133 IV 5-4.

Se exige un elemento subjetivo del tipo que es la finalidad, que no necesita cumplirse, lo que lleva a confusión a algunos autores que exigen lo que se dio en llamar dolo específico, alegando que hay una condición del tipo delictivo a la par del uso de los medios materiales que menciona.

De todas formas, y vale la pena decirlo, en este tipo de delitos rigen todos los extremos vistos en la teoría del delito, de modo que no se debe presumir el dolo, ni tampoco debe aceptarse este tipo de delitos, de por sí confusos, como campo dejado a la buena de Dios, con el fin de salvar el Estado o la tranquilidad pública. Es más, es en estos momentos cuando se necesitan jueces que hagan respetar al Estado de Derecho y no que jueguen al fortalecimiento del poder administrador. Quizás sea este punto lo que ha dejado a este grupo de delitos sin demasiada bibliografía y un poco fuera de la ciencia penal. Así le ha ido a la Argentina, como se verá en otros hechos típicos que terminaron con la legalidad, en manos de los aparentes salvadores de la patria, que no siempre fueron militares<sup>44</sup>.

#### IV. Consumación

El delito se consuma cuando el autor realiza las acciones típicas, utilizando o valiéndose de medios idóneos, con el fin de obtener los resultados descriptos en la ley (obtener tumultos, desórdenes...) y más allá de que no se logre concretar la finalidad del autor (ej.: que finalmente no se logre tumulto o desorden en la sociedad)<sup>45</sup>, ya que como se dijo es un delito de acción peligrosa.

Sostiene Núñez que la intimidación es un delito formal, que se consuma al hacerse las señales, darse los gritos, causarse el estruendo o proferirse la amenaza. No es necesario, por consiguiente, que el público se atemorice o que se produzca el tumulto o el desorden. El logro de esos resultados no lleva a la exclusión ni al agravamiento del tipo del artículo 211<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Sobre el dolo véase NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 194.

<sup>45</sup> En el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 6.

<sup>46</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 197.

## V. Tentativa

Creus<sup>47</sup> manifiesta que todos los casos imaginables de tentativa no pasan de ser actos preparatorios de estos delitos, por lo cual quedan impunes, de donde la tentativa no es posible. En igual sentido Fontán Balestra, al afirmar que es difícil imaginar la tentativa<sup>48</sup>.

Millán, en cambio, afirma que el delito tentado es posible, y da un ejemplo: el que coloca un petardo que no estalla, queriendo provocar un estruendo sin lograrlo.

Nos parece que este último ejemplo es tan claro, que habla por sí de la imposibilidad de la tentativa. Se trata de un acto preparatorio.

### EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 211

Artículo 211, párrafo 2º: “Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de 3 a 10 años”.

Este tipo penal también constituye un delito de acción peligrosa, que se agrava por la utilización de medios altamente dañosos, que de por sí son capaces de poner en un riesgo a un bien jurídico.

## I. Tipo objetivo

Se trata de una agravante debido a los medios más gravosos empleados por el autor. Sin embargo, se puede afirmar que la ley 20.642, que tomó esta agravante de la ley 15.276, como hemos visto, tipificó fuera de toda lógica como agravante a los explosivos, trayendo un elemento de los delitos contra la seguridad común. El decreto-ley 17.567 había tipificado otras agravantes, que se referían a las lesiones y a la muerte de una persona. Estas incongruencias suceden porque si ya había duda en cómo se aplica la ley, en este ámbito el problema está en estas reformas parciales, que pierden de vista el conjunto de bienes jurídicos.

<sup>47</sup> Ob. cit., t. II, § 1663.

<sup>48</sup> Ob. cit., t. VI, § 133, IV 3, p. 486.

Por explosivo se entiende a toda materia que en determinadas circunstancias puede dar origen a una liberación súbita y violenta de energía por transformaciones químicas (pólvora, dinamita, etc.)<sup>49</sup>. Por eso la doctrina intentó poner un límite a este tipo penal, afirmando que deben tratarse de explosivos de menor poder, capaces de causar sólo alarma<sup>50</sup>.

De acuerdo a la redacción de la ley, por explosivos no sólo se debe entender a los materiales de guerra, sino que, además, comprende otros tipos de artefactos, como ser una bomba de tipo casero<sup>51</sup>.

Los agresivos químicos son sustancias o productos de esta naturaleza que utilizados indebidamente son capaces de provocar daño o lesión en las personas o cosas (ácidos, sustancias inflamables, contaminantes, tóxicos, etc.)<sup>52</sup>.

Las materias afines, tanto de los explosivos como de los agresivos químicos, determinan, en parte, una enumeración meramente ejemplificativa de la norma. Se comprende, bajo esta expresión, a todas aquellas sustancias que, sin revestir las dos calidades específicas antes enunciadas, son idóneas para provocar el mismo efecto dañoso. Creus<sup>53</sup> cita como ejemplos al salitre como agresivo vegetal; las explosiones por compresión de vapor, etcétera.

## II. Subsidiariedad del tipo penal del artículo 211

La intimidación pública tiene carácter subsidiario respecto de los delitos contra la seguridad común. Así está expresado en el mismo artículo, cuando dice: "...siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública..." Esta subsidiariedad está dada, justamente, porque los medios que la ley enumera son los medios característicos que prevé para los delitos contra la seguridad pública.

<sup>49</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 123/4.

<sup>50</sup> Manigot, citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 6.

<sup>51</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VI, § 133, IV 6.

<sup>52</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 124.

<sup>53</sup> Ídem nota anterior.

---

**JURISPRUDENCIA**
**Tipo objetivo**

Si la actividad desplegada por parte de un grupo de activistas gremiales, que en calurosa manifestación se hizo presente frente al edificio de la legislatura –en oportunidad de tratarse en la Cámara de Diputados la Ley de Emergencia provincial–, consistió en cánticos anunciando violencia e insultos proferidos en contra de miembros de la misma y del gobierno provincial infundiendo un temor generalizado tanto en los propios manifestantes como en los ocasionales espectadores del suceso, deben responder por el delito de intimidación pública (Cód. Pen., art. 211).

CPen. de Córdoba, 22-12-89, “Ases, Ramón Rodolfo y otros”, sum. SAJ R0005298

**INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA**

Artículo 212: “Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas e instituciones, por la sola incitación”.

**I. Antecedentes**

No hay que remontarse muy lejos para llegar a la norma actual. La ley 16.648, de 1964, había ya regulado una parte de los hechos ahora previstos en su artículo 213 bis, inciso 3º: “Los que incitaren a la violencia, por la sola incitación, o realizaren actos de violencia sea individualmente o integrando organizaciones, contra cualquier raza o grupo de personas de otra religión, origen étnico o color”.

Luego en 1968, se amplió la norma, y se la incluyó como artículo 209: “El que públicamente incitare a cometer delitos, o a la violencia colectiva contra grupos determinados de personas o instituciones, será reprimido, por la sola incitación, con prisión de seis meses a cuatro años”. La norma reaparece como artículo 212, con base en las leyes 20.642 y 23.077.

El cambio viene dado, según Aguirre Obarrio, por la omisión a la referencia a una incitación, sin individualización de la víctima<sup>54</sup>. Además, la ley ha confundido la incitación con la instigación, más allá de la opinión de que serán muy pocos los casos de incitación a la violencia que no contengan, además, la incitación a cometer delitos, con lo cual la crítica estaría, en parte, salvada<sup>55</sup>.

Los fundamentos de la ley 16.648 colocaban como antecedente, según Ure, al artículo 9º, inciso 2º de la Declaración de las Naciones Unidas, con el agregado de la discriminación religiosa, y al decreto-ley 788/63<sup>56</sup>.

La Exposición de Motivos de la ley decía: "El segundo párrafo consagra la incitación a cometer delitos, pero sin determinar concretamente la víctima, como sucede cuando se incita a matar en general, a incendiar, a destruir, etcétera. En la misma situación colocamos la incitación a la violencia colectiva, tanto contra grupos de personas (casos de raza, religión, profesión, nacionalidad, etc.) como contra instituciones"<sup>57</sup>.

Los antecedentes de la norma se encuentran en el proyecto de Tejedor, en el proyecto de 1906, en el artículo 277 y en el proyecto de 1937, artículo 298, inciso 2º.

## II. Tipo objetivo

El hecho consiste en instigar públicamente a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación. Ure afirmaba, con un texto más completo, pero en este punto similar, que el incitar significa instigar, determinar a otro, pero con la finalidad de la ley, con la característica de que no es necesario que se lleven a cabo los actos incitados<sup>58</sup>. Casi en iguales términos afirmaba Fontán Balestra que la incitación equivalía a la instigación, siguiendo en esto a Mezger<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 125.

<sup>56</sup> Véase la publicación de las clases explicativas de la ley 16.648 de Ernesto Ure, entonces titular de la cátedra de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho de la UBA, con quien colaboró como auxiliar docente José María Orgeira, en el pequeño libro: *La nueva reforma penal. Ley 16.648*, Lerner, Buenos Aires, 1965, p. 23.

<sup>57</sup> Citado por FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, t. VI, § 133, II 3.

<sup>58</sup> URE, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>59</sup> FONTÁN BALESTRA, *idem nota* 57.

Si ésta es la interpretación, se hace problemática la diferenciación con el artículo 209 del Código Penal ya antes visto, con lo cual, y más allá de cualquier análisis crítico sobre este capítulo, quedarían dos tipos penales que dicen la misma cosa. Hay que hacer, sin duda, un esfuerzo para diferenciar ambos tipos penales. Téngase en cuenta que la idea de Ure de que la diferencia estaba en un mayor grado de individualización de la víctima y la falta de publicidad, no es posible, habida cuenta de que son tipos penales distintos los que se comentan y, además, en ambos se exige a publicidad<sup>60</sup>.

Se puede analizar el texto a los efectos de buscar una solución desde un mero análisis gramatical, y allí se observa que el legislador ha empleado dos palabras distintas: instigar e incitar, con lo cual se puede deducir que se trata de acciones distintas. Siguiendo esta vía de interpretación, incitar es estimular para que se haga algo, pudiendo ser entendido como acuciar o impeler, que son palabras que tienen una idea de mayor acción material que la que encierra la palabra instigar, que es más de tipo psicológico. Por eso Millán<sup>61</sup> distinguía la instigación de la incitación por el carácter de la relación que se establece entre los sujetos, predominantemente psicológica, en una, y predominantemente material, en la otra.

Esta posición fue criticada por otros autores que buscaron la diferencia en la manera directa o indirecta de la acción de instigar, como es el caso de Núñez<sup>62</sup>, posición ésta que sigue Creus, quien distingue la cuestión en base a la estimulación mediante métodos directos e indirectos respectivamente<sup>63</sup>.

Baste sólo esta enumeración de posiciones para que el lector aprecie la confusión que existe entre estos dos tipos delictivos, cuyas penas no son iguales, de modo que la elección de uno u otro tipo legal no es cuestión meramente académica.

La cuestión, a nuestro juicio, no pasa por diferenciar la instigación de la incitación, sino por el objeto de la incitación. Aun suponiendo que ambos términos sean sinónimos, en el artículo 209 se instiga en

<sup>60</sup> URE, ob. cit., p. 24.

<sup>61</sup> MILLÁN, ob. cit., p. 283.

<sup>62</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 183, nota 45.

<sup>63</sup> CREUS, ob. cit., p. 125.

contra de una persona determinada o de una institución determinada, a cometer un delito determinado. En cambio, en el tipo del artículo 212 se incita, y no hay duda de que esta incitación puede tener sentido psicológico, a realizar actos de violencia –esto es fuerza física– colectiva en contra de un grupo de personas o de instituciones. La diferencia está en el objeto, en el sentido de que en el artículo 209 está más especializado y, además, que en éste se instiga a cometer un delito, lo que no sucede en el artículo 212.

La incitación debe ser, de acuerdo al texto legal, a la violencia colectiva, en el sentido del empleo de la fuerza física por un grupo indeterminado de personas. En palabras de Creus, se trata de una incitación a la violencia grupal<sup>64</sup>. Era más coherente la ley 16.648 porque también daba una calificación a este grupo de personas. Debía ser un ataque por la raza, religión, origen étnico o color del grupo.

La norma tiene una gran amplitud, pero adviértase que cuando se incite a cometer delitos en concreto, el tipo en cuestión será el del artículo 209 y no el del 212, ya que la ley habla de violencia y no de delitos. Un ejemplo sería que fuera una incitación a actos de violencia que fueran catalogados como contravenciones o faltas. El exceso del autor debe ser analizado de acuerdo a las reglas generales.

La incitación debe ser pública, esto es que sea captada por un grupo indeterminado de personas, aunque no se haya logrado ese conocimiento en concreto<sup>65</sup>.

La instigación hecha a un grupo determinado de personas quedará, si se dan los requisitos, dentro de la instigación del artículo 45 del Código Penal.

Esta violencia colectiva debe estar dirigida, tal como lo expresa el artículo, a grupos de personas o instituciones. Los grupos de personas pueden ser identificados en razón de diversas características, por ejemplo: asociaciones de profesionales, colegios públicos, asociaciones o grupos religiosos, grupos raciales, étnicos, deportistas, educativos, universitarios, etcétera<sup>66</sup>, o como decía la ley 16.648, por la raza, religión,

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 126; NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. VI, p. 183.

<sup>66</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 126.

color de las personas que integran el grupo atacado, aunque entrarían en este caso las disposiciones de la ley antidiscriminatoria (art. 2º, ley 23.592).

Dentro de las instituciones<sup>67</sup>, cabría agregar a las fundaciones, organizaciones estatales, organizaciones privadas como clubes, etcétera.

La jurisprudencia ha sostenido que “No cabe atribuir la categoría de incitación a la violencia colectiva a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento expresada en un medio de comunicación pues las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en el artículo 212 del Código Penal. Las garantías constitucionales a la libre expresión y la prensa libre no permiten al Estado prohibir o prescindir la advocación del uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando tal prédica esté dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y sea suficiente para probablemente incitar o producir una acción. La mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aun la necesidad moral del recurso a la fuerza y a la violencia, no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción. No concurriendo un peligro claro y presente de producción de violencia colectiva, las manifestaciones del imputado proclives al uso de la violencia no constituyen el delito de incitación a la violencia del artículo 212 del Código Penal”<sup>68</sup>.

### III. Tipo subjetivo

La doctrina es unánime en cuanto a que sólo es posible el dolo directo, habida cuenta de la exigencia de un elemento subjetivo del tipo, en cuanto a que la violencia debe dirigirse en contra de personas o instituciones<sup>69</sup>.

La jurisprudencia ha dicho sobre el dolo exigido que “Aun cuando

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-94. “Ortiz, Sergio”, L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 20-9-95.

<sup>69</sup> MAURACH y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general* cit., § 22 III, A; DONNA, *ob. cit.*, t. II, p. 103; URE, *ob. cit.*, p. 24.

el procesado con su conducta haya objetivamente reunido los extremos del artículo 212 del Código Penal, la absolución debe imponerse, porque de los elementos de prueba colectados en la causa, el dolo no aparece como lo requiere la figura en análisis”<sup>70</sup>.

#### **IV. Consumación**

Se trata de un tipo penal de los que hemos llamado de acción peligrosa concreta, por cuanto la ley reprime “la sola incitación” y no requiere resultado alguno. El delito se consuma con la mera realización de la conducta típica de incitación, realizada de modo tal que pueda tener trascendencia a terceros indeterminados, esto es, con la incitación pública. Es independiente de todo resultado y no es posible la tentativa<sup>71</sup>.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **I. Tipo objetivo**

1. No cabe atribuir la categoría de incitación a la violencia colectiva a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento expresada en un medio de comunicación pues las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en el artículo 212 del Código Penal.
2. No concurriendo un peligro claro y presente de producción de violencia colectiva, las manifestaciones del imputado proclives al uso de la violencia no constituyen el delito de incitación del artículo 212 del Código Penal.
3. No cualquier afirmación, al margen de su contenido, ha de hallar cabida en la descripción del artículo 212 del Código Penal; debe

<sup>70</sup> CFed.CCorr., sala 1, 27-10-87, “Triviño, Julio”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1987, Nº 3, p. 34.

<sup>71</sup> URE, ob. cit., p. 25.

por lo tanto empujarse a actuar y, como el Código lo exige, debe hacérselo respecto de grupos de personas o instituciones.

4. No puede considerarse incitación a aquello que bien puede calificarse de un vaticinio, profecía, afirmación o aun una justificación cuando éstas carecen de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas, aspecto que se ve reafirmado por la indeterminación grupal o institucional que se observa, esto a diferencia de lo que prevé expresamente el artículo 212, determinación por otra parte necesaria a fin de no salir del marco interpretativo apuntado.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-94, "Ortiz, Sergio", L. L. 1995-D-524

## **II. Consumación y tentativa**

La mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aun la necesidad moral del recurso a la fuerza y a la violencia, no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-94, "Ortiz, Sergio", L. L. 1995-D-524



## CAPÍTULO IV

### APOLOGÍA DEL CRIMEN

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia.

Artículo 213: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

#### **I. Antecedentes**

La apología del delito no se encontraba reprimida en el Código de 1886, ni tampoco en los proyectos de 1891 y de 1906. Recién en la ley 7029, en su artículo 12, se incriminó esta conducta<sup>1</sup>.

Moreno lo incluyó en el proyecto de 1916, en la Cámara de Diputados, con el siguiente texto: “Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley castiga como delito”. Y decía en los fundamentos: “El artículo 12 de la ley número 7029, de acuerdo con la última parte del artículo 6º, de la ley italiana número 314, de julio de 1894, castiga con pena de prisión, desde uno hasta tres años, al que hiciere públicamente la apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley prevé como delito. Incrimina, así, el elogio verificado respecto al acto delictuoso.

”El proyecto de 1906, en el Título VIII, destinado a reprimir los

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, p. 19.

delitos contra el orden público, no contiene esa previsión, de manera que debe agregarse, como lo hago en el artículo 9° de mi proyecto. La penalidad de la ley número 7029, es elevada y conviene reducir al *minimum*, dando márgenes amplios para que no pueda castigarse con más pena, como podría ocurrir, al que elogia el delito, que a quien lo cometió”<sup>2</sup>.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria dio al artículo la redacción que hoy tiene, y dijo en la Exposición de Motivos:

“También mantiene la Comisión el artículo 230, 2° bis, del proyecto del diputado Moreno, habiendo mejorado su redacción a los efectos de precisar el concepto de manera más acertada”<sup>3</sup>.

El texto actual se debe a la ley 23.077, que volvió al original, aun en las penas y derogando las agravantes que el decreto-ley 21.338 había previsto.

## II. Bien jurídico

Hay que observar que la rúbrica del capítulo no coincide con lo que el texto dice, ya que éste se refiere a delito y no a crímenes, clasificación que nuestro texto legal no trae. Pero queda claro que no entran en el ámbito del tipo las contravenciones<sup>4</sup>.

El bien jurídico es la tranquilidad pública, de acuerdo con lo afirmado por Creus, dado que el enaltecimiento de un delito o de un condenado es un hecho que se opone a la normalidad de las relaciones sociales<sup>5</sup>.

Para Núñez, con base en Herrera, la apología del delito es una instigación indirecta a cometer el delito que lesiona la tranquilidad pública —en la estructura del decreto-ley 17.567—, por el temor que despierta como fuente de la criminalidad el elogio público, el enaltecimiento de los hechos delictuosos o de la persona que cometió el hecho.

La doctrina, buscando una justificación al delito, ha sostenido que se trata de una instigación indirecta, basada en el artículo 414, § 3

<sup>2</sup> MORENO, *ob. cit.*, t. VI, p. 20.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. III, p. 187.

<sup>5</sup> CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 127.

del Código Penal italiano, y la doctrina sustentada por la propia Casación italiana. De manera que se ha exigido para que la acción sea típica que ésta integre una especie de comportamiento que debe ser concretamente idóneo para provocar la comisión de delitos por otras personas. Si bien esta idea no surge directamente del texto, no hay duda de que es la única forma de darle sentido al artículo, de manera que la apología debe tener la posibilidad de suscitar imitaciones para que el bien jurídico se vea amenazado<sup>6</sup>.

Decimos que esta posición es cierta si es que se quiere limitar este tipo delictivo, ya que se está muy cerca del cercenamiento de la libertad de expresión y por qué no de la investigación histórica, si se lo interpreta como un mero delito de opinión, de modo que debe tener una entidad tal que sea una instigación indirecta y que por ese motivo ponga en riesgo al bien jurídico tutelado, esto es, al orden público. Núñez, por su parte, afirma que no se incriminan las opiniones, juicios o teorías sobre la dañosidad o beneficiosidad de las incriminaciones hechas por la ley, ya que son expresiones lícitas de las propias ideas. Lo que está en juego, afirmaba el profesor de Córdoba, es presentar como laudable o meritorio el delito cometido o al condenado por un delito, en razón de su participación en él. Lo que se alaba o se presenta como digna de premio es la criminalidad del acto o de la persona. Luego, concluye, no es apología del delito el que defiende la falta de responsabilidad del condenado o el que alaba su personalidad, por razones distintas al delito<sup>7</sup>.

De nuevo advertimos que no es éste un campo fuera del Derecho Penal, de modo que sólo se castigan conductas que cercenen la libertad de otros y que, además, deben interpretarse de acuerdo a los principios constitucionales.

Adviértase que las citas de los autores es sobre un trabajo de Herrera sobre el anarquismo y defensa social, y el delito tiene que ver, además, con la época en que se dictó, sumado a las agravantes que tuvo la norma en la época del proceso militar de 1976. Por eso es bueno

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 200. La cita trae al libro de HERRERA, Julio, *Anarquismo y defensa social*, que en parte pone en crisis al artículo, interpretado en forma amplia.

reproducir la nota de Núñez sobre el punto: “Criticando el artículo 20 de la ley 7029, que castiga al que incite a cometer un delito previsto por la ley, decía Julio Herrera, autor tan alejado del extremismo como lo demuestra el libro en que lo dijo: Cualquier palabra imprudente, lanzada en un momento de expansión entre amigos, podrá ser tomada como una incitación al delito. Una opinión política un tanto extrema, dará en la cárcel con el político imprudente, acusado de incitar a la sedición. Un juicio laudatorio sobre una de nuestras revoluciones o de sus autores, podrá ser tomado como incitación a la apología. No sólo la opinión anarquista, son todas las opiniones que podrán caer bajo la acción de los tribunales, desapareciendo en absoluto la libertad de pensar. ¿Que nuestros jueces no llegarán jamás a esos extremos? Pensamos lo mismo; pero no es una buena ley la que deja semejante puerta abierta a todos los abusos (*Anarquismo y defensa social*, p. 220)”. Y agrega Núñez, “Pero ¿qué dicen los precedentes acerca de si los jueces también usaron esa puerta?”<sup>8</sup>

Por eso, lo mejor que puede pasar es que este delito sea suprimido en una reforma futura, ya que se presta a que se sancionen ideas y opiniones.

### III. Tipo objetivo

La ley estructura como conducta típica la de hacer públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por un delito.

Se trata de una apología, entendida esta palabra como alabanza, ponderación, exaltación de algo, presentándolo como meritorio y digno de defensa y aceptación por todos. Bien dice Aguirre Obarrio que la apología no comprende la defensa, en cuanto esto implica la demostración de que una persona no cometió el hecho, o éste estaba justificado o era inculpable, etcétera. Se da por descontado todo lo que tenga que ver con la defensa en juicio, que queda fuera de la tipicidad del presente delito<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 199, nota 110.

<sup>9</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 187; CREUS, ob. cit., t. II, p. 127.

El objeto de la apología debe ser un delito o un condenado por un delito, entendido esto como un hecho cometido y tipificado por la ley, que haya ocurrido históricamente.

El primer punto que se puede discutir es si la palabra delito es entendida como algo ya realizado en la historia, o si puede ser típica la conducta de alabanza de un delito en abstracto, tal como lo sostuvieron en su momento Moreno, Díaz y Malagarriga<sup>10</sup>. Esta posición ya fue criticada con razón por Núñez, a lo que Aguirre Obarrío le agrega que de ser así se impediría la evolución del Derecho, sus reformas, y trae a colación las opiniones de Manzini y sus ideas sobre el duelo<sup>11</sup>.

El segundo argumento en contra de la tesis del delito abstracto está dado por Creus, en cuanto el delito en cuestión se trata de una instigación indirecta, y en relación al artículo 209 no podría ser esta norma más grave cuando exalta un delito por el delito mismo. Y además, si se hace alabanza de un delito en abstracto, no se trata de una apología de un delito, sino una censura sobre la ley que pune el delito alabado, y el Derecho Penal no castiga opiniones<sup>12</sup>.

Por ende lleva razón Núñez cuando afirma que hacer apología de un delito es presentar como laudable, meritorio, el delito cometido o al condenado por un delito en razón de su participación en él. Se alaba como digna de premio la criminalidad del acto o de la persona.

<sup>10</sup> MALAGARRIGA, ob. cit., t. III, ps. 82 y ss. Núñez cita un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital: "Para la existencia de la infracción prevista en el art. 213 del Código Penal, no es necesario que el encomio o la alabanza se relacione con un delito judicialmente declarado ni aun con un crimen realizado" (*Fallos*, t. I, p. 68).

<sup>11</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 189; CREUS, ob. cit., p. 128. De más está decir que si ésa fuera la justa interpretación de la ley ya debería haber sido declarada inconstitucional, o los fiscales de la Nación haber iniciado causa contra todo doctrinario de Derecho que normalmente suele hacer críticas a la manera de legislar en nuestro país. Obsérvese qué forma sutil de implantar la dictadura de las ideas, si ni siquiera se permite la crítica de los delitos en abstracto. Pero no se crea que no hay mentes en la Argentina que verían con cierta felicidad tal cuestión.

<sup>12</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 128.

En consecuencia, no comete apología el que defiende la falta de responsabilidad del condenado ni el que alaba su personalidad por otros motivos que no sea la acción típica<sup>13</sup>.

Queda fuera del tipo la alabanza de una contravención, de un suicidio, porque no son delitos como tales ni tampoco ideas ni filosofías, aunque sean subversivas para un determinado orden jurídico vigente en el país.

Por condenado se entiende a la persona que ha cometido un hecho típico y tiene sentencia firme, ya sea como autor, instigador o cómplice, por lo cual no es delito la alabanza de un procesado, puesto que tiene en su favor la presunción de inocencia<sup>14</sup>.

La apología debe ser pública, atento al bien jurídico protegido. Esto implica que por cualquier medio pueda llegar a un grupo indeterminado de personas.

#### **IV. Tipo subjetivo**

Se trata de un delito doloso, y el error elimina el dolo. La doctrina sostiene que el delito es compatible con el dolo eventual, ya que el fin del autor puede ser otro y eventualmente contener la alabanza del delito o de su autor.

#### **V. Consumación**

Se consuma el delito con la sola realización pública de la alabanza, sin perjuicio de que haya llegado o no a terceras personas.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **I. Bien jurídico protegido**

1. Aun cuando el contenido de una solicitada destinada a ser publicada en los periódicos sea constitutiva del delito de apología del crimen, debe consentirse la consumación permitiendo la publicación

<sup>13</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 200.

<sup>14</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, ps. 200/201; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 129.

en aras de un interés superior jerárquicamente más valioso, que impone el respeto al carácter absoluto del derecho de expresar ideas por la prensa sin censura previa.

2. Si bien se advierte en la figura del delito de apología del crimen una forma de instigación indirecta, lo que justificaría la prohibición por el peligro en la reedición de los delitos exaltados, no parece estar ausente del objeto tutelado por la norma, el evitar el menoscabo de los efectos que produce en el seno social de la sentencia condenatoria del delito.

3. La imposición de una pena por el Estado acarrea un efecto preventivo general, reforzando en la sociedad la vigencia de los valores tutelados en la norma que describe el tipo. Por el contrario, la alabanza pública del condenado lesiona esa confianza y pone en peligro la finalidad misma de la pena estatal.

CNFed.CCorr., sala I, 10-11-87, "Verbitsky, Horacio", L. L. 1988-C-246

## II. Consumación y tentativa

Atento a que el acto revolucionario que determinó la toma del poder por la Junta Militar en marzo de 1976 no constituye rebelión en el sentido del Código Penal, corresponde desestimar la denuncia efectuada contra personas que, por artículos periodísticos, son acusadas por el denunciante como incurso en el delito de apología del crimen.

JInstr. N° 23 de la Capital Federal, 12-4-84, "V., C. E. y otros", E. D. 108-528

1. La entrega del material para su publicación constituye el comienzo de la ejecución del delito de apología del crimen del artículo 213 del Código Penal.

2. Para la consumación del delito previsto por el artículo 213 del Código Penal se requiere que la apología sea hecha públicamente. En el caso, la difusión del contenido de la solicitada en nada altera lo expuesto, ya que no obedeció a la acción de los presuntos responsables, conforme al modo en que se había

decidido publicarla, pues en definitiva la difusión se produjo como consecuencia del proceso.

CNFed.CCorr., sala I, 10-11-87, "Verbitsky, Horacio", L. L. 1988-C-246

Si una publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (del voto de la mayoría).

CSJN, 20-8-98, "Locche, Nicolino", Micro Juris, sum. 1776

## CAPÍTULO V

### OTROS ATENTADOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO\*

#### (Incitación a combatir las ideas)

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. Subsidiariedad. VII. Agravante por ley 23.592 contra la discriminación. Jurisprudencia.

Artículo 213 bis: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años, el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este Código, tuvieren por objeto principal o accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación”.

#### I. Antecedentes

La redacción del delito, tal como hoy está vigente, proviene de la ley 20.642, que no fue modificada por el decreto-ley 21.338. El mensaje con que se acompañó el proyecto de reforma de la ley 23.077 afirmaba: “el ámbito de prohibición que estructuran los tipos penales propuestos, se complementa con el artículo 213 bis del Código Penal, según la redacción de la ley 16.648, pues esa norma sanciona conductas que sin llegar a poner en peligro la estabilidad constitucional, traduce graves formas de intolerancia ideológica, racial o religiosa, incompatibles con la república democrática que pretendemos”<sup>1</sup>.

\* Rúbrica según leyes 16.648 y 20.509.

<sup>1</sup> Citado por CREUS, ob. cit., p. 131.

Según Creus, el artículo había recobrado vigencia por imperio del decreto-ley 20.509/73, luego la perdió el 6 de febrero de 1974, con la ley 20.642, y más tarde la retomó por ley 23.077<sup>2</sup>.

La norma de la ley 16.648 traía el artículo 213 bis, que en su inciso 1º castigaba con prisión de uno a tres años a los que “participaren en agrupaciones permanentes o eventuales que, sin estar comprendidas en el artículo 210 tuvieren por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación”.

La norma tenía como base un dictamen del profesor Núñez, por el cual se comprendía a las agrupaciones patoterias, como las tacuaras y similares. Y agrega Ramos Mejía que “la previsión legal no carecía de fundamentos, pues la ciudad de Córdoba venía siendo teatro de la acción de peligrosas patotas y se veía actuar frecuentemente en Buenos Aires a grupos que, usando de una u otra manera el nombre de tacuara o respondiendo a malsanas motivaciones políticas de opuesto signo extremista, se proponían recurrir a la violencia indiscriminadamente en procura de sus objetivos”<sup>3</sup>.

Soler, en cambio, fue crítico con la norma al afirmar que “este artículo es muy delicado y tiene el peligro de llevar las cosas más allá de lo debido en una legislación permanente. Técnicamente, a mi juicio, es grave. Dice que se va a penar a los que pertenezcan a una asociación que no esté contemplada en el artículo 210, no obstante el hecho de que la asociación tendrá por objeto cometer violencias contra las personas. Ésa es sin duda una asociación ilícita”<sup>4</sup>.

Adviértase la variación de las penas entre esta ley, de un mes a tres años de prisión, y la actual de tres a ocho años de reclusión o prisión, y los motivos por los cuales se tipificaron como tal.

## II. Bien jurídico

Es el orden o la tranquilidad pública, que se considera lesionada

<sup>2</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 131.

<sup>3</sup> RAMOS MEJÍA, *Los delitos contra la tranquilidad pública...* cit., ps. 49/50.

<sup>4</sup> Soler, citado por LAJE ANAYA, ob. cit., t. IV, ps. 68/69.

con el fin y por el modus operandi del grupo o la asociación<sup>5</sup>. Núñez afirmaba que “en cualquier tipo de sociedad, la violencia individual o de grupo debe ser reprimida, más si se usa para servir ideologías sectarias”<sup>6</sup>.

La idea está dada por el mensaje con el que se envió al Congreso la ley: “también son perturbadores de la tranquilidad pública las agrupaciones permanentes o que actúan en forma eventual y que tienen por finalidad el despliegue de violencias contra las personas o las cosas que no llegan a estructurar delitos definidos por la legislación penal en los términos exigidos por el artículo 210, y que deben ser castigados no por sus acciones concretas sino por su objetivo violento. El nuevo artículo 213 bis, inciso 1º, comprende como actividad punible antes en los actos de ejecución delictiva, la participación en agrupaciones permanentes o eventuales con objetivos de violencia, incluso si esas violencias no llegaron a tipificar delitos particulares”<sup>7</sup>.

La idea de lo que es el artículo es completada por Ure cuando afirma que con esta figura se incrimina una conducta que es preparatoria de otras acciones. Tiene semejanza con el artículo 210 del Código Penal, con el cual se relaciona en subsidiariedad, aunque difiere de la asociación ilícita porque ya no se trata de delitos indeterminados, sino que en éste los autores cometen el delito cuando la agrupación se propone ejecutar actos de violencia contra cualquier grupo racial o de distinta religión, origen étnico o color<sup>8</sup>.

### III. Tipo objetivo

El delito es más amplio que su antecedente de la ley 16.648, ya que ha previsto dos acciones: la de organizar y la de tomar parte. Creus afirma que el organizar está incluido dentro de la organización, de manera que el artículo 213 bis no exige que el organizador sea miembro de la asociación. El argumento de Creus es que, por el con-

<sup>5</sup> LAJE ANAYA, ob. cit., p. 69.

<sup>6</sup> NÚÑEZ, Tomo Actualización, citado por LAJE ANAYA, ob. cit., p. 69.

<sup>7</sup> Citado textualmente de LAJE ANAYA, ob. cit., p. 68.

<sup>8</sup> URE, ob. cit., p. 18.

trario, la previsión autónoma de la conducta evita que la interpretación excluya de la punibilidad al organizador por el hecho de no ser miembro de la organización<sup>9</sup>.

Participar significa lo mismo que en la asociación ilícita, esto es, tomar parte en la organización, en este caso en la agrupación, que aquí tiene el significado de una reunión de varios con un fin determinado<sup>10</sup>.

La agrupación debe tener un fin consistente en imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor. Como se verá este fin es un elemento subjetivo del tipo<sup>11</sup>. Cuando la ley habla de idea, se entiende a todo concepto, opinión o un juicio sobre alguna cosa, de manera que debe tomarse en sentido amplio, ya que puede tratarse de política, religión, arte, etcétera<sup>12</sup>.

Pero no basta con esto, sino que se exige que esa idea se imponga o se combatan las de otros, por la fuerza o el temor.

Combatir, según Ure, quiere decir pelear, contradecir, como serían los grupos de choque, colocación de bombas de estruendo, etcétera. Esto tiene que ver con la idea de fuerza. Acá se entiende por fuerza, un medio de vencer mediante el despliegue de energía física, que puede utilizarse sobre personas o sobre cosas<sup>13</sup>.

El temor significa miedo, esto es, peligro de daño a futuro. Como bien se ha dicho, ese estado de ánimo es consecuencia de los actos proyectados o ya realizados, que debe ser en la generalidad, atento al bien jurídico protegido.

El elemento negativo exigido por la ley es que la organización no debe haberse formado con el fin de cometer delitos, ya que de lo contrario estaríamos frente al artículo 210 del Código Penal.

Debe tener por lo menos tres miembros, y su carácter puede ser permanente o transitorio.

<sup>9</sup> CREUS, *ob. cit.*, p. 132.

<sup>10</sup> URE, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> URE, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>13</sup> *Ibidem.*

#### IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso, con un elemento subjetivo del injusto. El tipo es incompatible con el dolo eventual<sup>14</sup>, y el error excluye el dolo.

#### V. Consumación

El delito se consuma con la sola intervención, esto es, hacerse miembro de la asociación u organizarla.

La tentativa no es punible, salvo en el caso de la organización, en cuyo caso puede quedar en tentativa.

#### VI. Subsidiariedad

La propia ley expresa que este tipo es subsidiario de la asociación ilícita. De manera que si la agrupación tiene por fin la comisión de delitos, la acción se desplaza a dicho tipo penal<sup>15</sup>.

#### VII. Agravante por ley 23.592 contra la discriminación

Debe tenerse presente, además, la ley 23.592 que agrava las penas, elevándolas en un tercio del mínimo y en un medio del máximo, como antes se dijo, en su artículo 2º, cuando el delito 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.

También deberá tenerse presente la primera parte del artículo 3º de la citada ley que afirma que: "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".

Una sola reflexión sobre el tema: en el primer caso, habrá que tener cuidado en no calificar dos veces la misma conducta, y en el segundo, deberán tenerse en cuenta las reglas del concurso de leyes.

<sup>14</sup> Otra posición: LAJE ANAYA, ob. cit., p. 71.

<sup>15</sup> CREUS, ob. cit., p. 133.

**JURISPRUDENCIA**

**Tipo objetivo**

El pertenecer a una agrupación política y/o sindical que confronta en forma virulenta con la política gubernamental —en especial la económica—, el participar en marchas de apoyo de los reclamos del sector pasivo, el acompañar a trabajadores cesanteados en huelgas de hambre y solidarizarse con actos de organismos defensores de los derechos humanos, no implica organizarse en los términos del artículo 213 de Código Penal, para imponer las ideas por la fuerza o el temor, o combatir por igual medio las ajenas.

CNFed.CCorr., sala II, 14-1-93, "Vera, Mario E. y otros", J. A. 1994-1-479

TÍTULO IX

**DELITOS CONTRA LA  
SEGURIDAD DE LA NACIÓN**



## **DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN**

El Título IX del Código Penal trata los delitos contra la seguridad de la Nación, que comprenden en el Capítulo I al delito de traición, tanto en su forma simple como en la agravada, la conspiración para la traición, la traición contra los aliados y por extranjeros residentes. En el Capítulo II se castigan los actos hostiles, la violación de los tratados, la tregua y el armisticio, y de inmunidades a autoridades extranjeras, los casos de espionaje y la infidelidad en las funciones diplomáticas, tomando en general los nombres de los delitos tal como los autores lo han hecho hasta el momento<sup>1</sup>.

Lo que se protege en general, y le da sustento a todo el título, es la incolumidad material o política o de las relaciones exteriores del Estado. El ataque contra la Nación, afirma Núñez, “implica atentar contra la seguridad exterior del Estado, pues de manera inmediata o mediata, ese ataque es una fuente de daños para su personalidad o integridad o para la paz de su situación internacional”<sup>2</sup>.

Se trata de acciones que comportan, en el fondo, una vulneración de deberes existentes en relación al Estado. Son deberes de fidelidad que se infringen mediante conductas lesivas para el Estado, en beneficio de potencias extranjeras<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. III, p. 209.

<sup>2</sup> NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. VI, p. 205.

<sup>3</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *De los delitos de traición*, en RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, Jorge, *Comentarios al Código Penal* cit., ps. 1398/99.

Desde una perspectiva política, se trata de uno de los delitos más graves que puede cometer una persona, ya que como se ha dicho, y en este momento no podemos hacer la cita, se puede en el mundo vivir sin padre, sin hogar, pero jamás sin patria. Recuerde la institución del destierro en la antigüedad y se entenderá lo que significa la traición. Por eso, *Las Partidas* afirmaban que “traición es la más vil cosa, la peor que puede caer en corazón de ome”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> TEJEDOR, Carlos. *Curso de Derecho Criminal. Primera parte*, 2ª ed., Librería Joly, Buenos Aires, 1871, nm. 181, citado por NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 206.

## CAPÍTULO I

### TRAICIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. Problemas de coincidencia entre el texto legal y la Constitución Nacional. 2. Autores. 3. Presupuestos del delito. 4. Acciones típicas. a) Tomar las armas contra la Nación. b) Unirse al enemigo de la Nación, prestándole ayuda y socorro. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Tipos agravados*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. 1. Presupuestos. 2. Sometimiento de la Nación. 3. Menoscabo de la integridad e independencia. 4. Promoción de guerra contra la Nación (inc. 2º). III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Culpabilidad. VI. Consumación. *Conspiración para la traición*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Excusa absolutoria*. Fundamentos del artículo. *Actos de traición en contra de una potencia aliada*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Los extranjeros y el delito de traición*. I. Antecedentes. II. Ampliación de la autoría. III. Exclusiones.

Artículo 119 de la Constitución Nacional: “La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

Artículo 214 del Código Penal: “Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este Código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro”.

## I. Antecedentes

Se ha dicho que el primer precedente conocido en la historia de la humanidad se remonta al *crimina maiestatis*, que era el exponente de la simbología Estado-Monarca, a través del concepto de soberanía llamada *maiestas*. Pero este concepto, para su comprensión, tiene que ser dividido en las dos atribuciones que lo conforman, la *potestas* y la *dignitas*, esto es, el imperio y el honor, que eran las características esenciales de un sistema en el que cualquier infracción se consideraba como delito de lesa majestad<sup>1</sup>. El nombre viene de la *Lex julia de lesa maiestatis*, de la época de Julio César, de manera que quedaron dos campos: el de la *perduellio*, para actos a favor del enemigo, y el de lesa majestad para actos contra el soberano<sup>2</sup>.

El delito previsto por la *Lex julia* es utilizado por la monarquía como su principal instrumento político, pues se reconduce a él la infracción de todos los valores fundamentales del sistema al máximo de gravedad, dado que es la violación al poder del imperio del monarca. En la Edad Media y en la monarquía absoluta tuvo esta idea su máxima expresión ya que no sólo se castigaban las acciones contra la persona del monarca, que se confundía con el Estado, sino también las acciones en contra de las órdenes de los funcionarios, terminando con toda acción que fuera o se creyese que iba en contra del poder absoluto<sup>3</sup>.

El concepto de lesa majestad culminó, según la doctrina, con la introducción de valores como la paz y tranquilidad pública, que no son otra cosa que la multiplicación de los intereses a favor del Estado-Monarca<sup>4</sup>. Siempre, claro está, confundiendo el concepto de que la traición era no sólo un delito al Estado sino también a la persona del monarca, concepto éste que todavía tiene sus influencias en la estructuración de este tipo de delitos<sup>5</sup>.

Con las ideas del Iluminismo se imponen propuestas llamadas al-

<sup>1</sup> PORTILLO CONTRERAS, Guillermo, *De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional*, en COBO DEL ROSAL, *Curso de Derecho Penal español* cit., t. II, p. 915.

<sup>2</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 212.

<sup>3</sup> PORTILLO CONTRERAS, ob. cit., p. 915.

<sup>4</sup> PORTILLO CONTRERAS, ob. cit., p. 916.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 206.

ternativas, que dan base al movimiento propuesto por el Código de Napoleón de 1810, que delimita en cierta forma el delito de lesa majestad, quitándole parte de su contenido. Más allá de esta idea, no hay que olvidar, como bien lo vio Hegel, que la Revolución Francesa y el movimiento del Código de Napoleón llevó a una racionalización de las cosas, de modo que termina allí la idea feudal y además se siembra el germen de todo posible cambio<sup>6</sup>.

El texto norteamericano pasa a la Constitución con sus cambios, y como consecuencia se dicta la ley 49 de 1863. Posteriormente los proyectos de 1906 y de 1917, y aun el de Coll-Gómez, modifican el texto constitucional y su claro "sólo" (*only*, en el texto norteamericano) por otros supuestos, que luego serán analizados.

El proyecto de 1960 y el decreto-ley 17.567 terminaron adecuando el texto del Código a la Constitución.

Sin embargo, el texto actual es el original, restablecido sucesivamente por las leyes 16.648, 20.509 y 23.077.

## II. Bien jurídico

Moreno afirmaba que para que se pudiera tipificar el delito de traición era necesario que el acusado fuera argentino o persona que deba obediencia a la Nación, por razón de su empleo o función pública, ya que "la traición es un delito que se comete contra la patria, de manera que el agente debe levantarse contra un vínculo jurídico existente con relación al país atacado". "El extranjero, afirma, puede tener el deber de tomar las armas contra nuestro país o de unirse a nuestros enemigos. El nacional de otro pueblo que se arma contra el nuestro, no es un traidor, sino un combatiente, lo mismo que el argentino armado

<sup>6</sup> Núñez afirma que es recién en el siglo XVIII cuando termina la confusión a la que hacíamos referencia, y es entonces cuando surge el texto de la Constitución norteamericana, que en parte pasa a la Constitución Argentina. El art. III, sección III, § 1º y 2º, dice: La traición contra los Estados Unidos consistirá únicamente en tomar las armas contra ellos, unirse a sus enemigos prestandole ayuda y socorro. Ninguna persona será convicta de traición sino en base del testimonio de dos testigos con respecto al mismo hecho notorio, o de su confesión en sesión pública del tribunal (NÚÑEZ, ob. cit., p. 207).

contra otro Estado en cumplimiento de decisiones del gobierno del país, realiza un acto más que lícito, obligatorio, y no podría ser considerado como traidor en el Estado enemigo”<sup>7</sup>. Con lo cual ya está definiendo al delito de traición como un delito de deber del ciudadano.

Sin embargo, Núñez ha sostenido que el texto de la Constitución Nacional no le ha dado a la traición el mismo significado que la Constitución norteamericana, texto en el cual se comprende un delito de naturaleza política interna, que es la conspiración para llevar, por la fuerza, un cambio en las leyes o en el gobierno. La Constitución ha conferido a la traición, de manera exclusiva, el significado de un atentado contra la seguridad exterior de la Nación. Los hechos que la constituyen implican un aporte al poder bélico del enemigo en contra de la situación bélica del país<sup>8</sup>.

Para Creus, lo que se protege es la incolumidad de la Nación dentro de las relaciones que se mantienen con otros Estados soberanos, en el sentido de que se procura evitar daños en su integridad territorial y soberanía<sup>9</sup>.

### III. Tipo objetivo

#### 1. *Problemas de coincidencia entre el texto legal y la Constitución Nacional*

Existe un serio problema al darse una discordancia entre el artículo 214 del Código Penal y el artículo 119 de la Constitución Nacional, tal como se ha visto cuando los hemos transcripto. El Congreso de la Nación, dado el texto de la Constitución, tenía un margen muy estrecho, que consistía en las facultades para la fijación de la pena, pero de ninguna manera podía modificar el texto. La expresión constitucional heredada “sólo” (*only*) no deja lugar a dudas, de modo tal que el comentario se hará solamente respecto al texto constitucional, y es de esperar que los jueces sigan el mismo ejemplo<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. VI, p. 51.

<sup>8</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 212.

<sup>9</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 135.

<sup>10</sup> CREUS, ob. cit., p. 136; SOLER, ob. cit., § 132, II. Afirma Soler que la diferencia es notoria, ya que en el texto constitucional hay dos hipótesis, y en cambio el Código

## 2. Autores

Como bien hemos venido afirmando y lo ha resaltado Moreno, y luego el resto de la doctrina, éste es un delito del llamado súbdito, y, podríamos agregar, de deber del ciudadano<sup>11</sup>. Se trata de un delito que tiene como trasfondo la idea de una entrega, de una deslealtad, de un quebrantamiento de fe y de confianza, por eso Núñez afirma que el sujeto activo sólo puede ser aquella persona que tiene un vínculo con la Nación, y que exige por ello un deber de fidelidad y lealtad hacia ella. Y esta condición sólo la tiene el ciudadano y no los extranjeros<sup>12</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que el texto nada dice de quién puede ser autor, aunque la limitación surge de los conceptos antes dichos, en cuanto se trata de un quebrantamiento de la fidelidad con respecto a la Nación. Por tanto, traidor sólo puede ser un argentino, tanto nativo como por opción o naturalizado<sup>13</sup>.

La calidad de argentino debe estar en el momento del hecho y no cuando se dé el resultado delictivo. El argentino que ha perdido la nacionalidad ya no está sometido al deber de fidelidad, y por ende no puede ser sujeto del delito de traición.

Se trata de un delito especial propio, pero cuyas características hacen que la exigencia también se extienda a los partícipes, esto es, a los instigadores y a los partícipes<sup>14</sup>.

Ésta fue la tesis de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Félix Egusquiza", anterior al Código Penal<sup>15</sup>. En base a ese fallo la Comisión del Senado optó por la tesis restrictiva<sup>16</sup>.

prevé tres. La cuestión no es menor. El Código afirma en esos tres supuestos: 1º) Tomar las armas; 2º) unirse a sus enemigos; 3º) prestarle cualquier ayuda o socorro, y la Constitución: 1º) Tomar las armas; 2º) unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro. Soler termina diciendo que debe rechazarse por inconstitucional todo lo que en el artículo resultare ser la creación de una figura distinta y no la simple especificación de formas comprendidas, en realidad, dentro de la fórmula constitucional.

<sup>11</sup> SOLER, ob. cit., § 132, II; CREUS, ob. cit., p. 138; NÚÑEZ, ob. cit., p. 212.

<sup>12</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 213; Creus sostiene que sólo puede ser el ciudadano argentino (p. 139).

<sup>13</sup> Núñez cita a la ley 346, arts. 1º a 4º (ob. cit., p. 213).

<sup>14</sup> En igual sentido, CREUS, ob. cit., ps. 138/9; NÚÑEZ, ob. cit., p. 214.

<sup>15</sup> Fallos, t. IV, p. 75, citado por URE, ob. cit., p. 29. Ure afirma que el proceso se basó en la ley 49 del 14 de septiembre de 1863.

<sup>16</sup> URE, ob. cit., p. 29.

### 3. *Presupuestos del delito*

Se requiere como presupuesto básico que el Estado argentino haya entrado en guerra internacional, es decir, contra otro Estado enemigo, aunque las acciones bélicas estén circunscriptas a una parte del territorio nacional. Por eso la doctrina exige la declaración formal de la guerra, según disposiciones constitucionales y de Derecho Internacional o la iniciación de las hostilidades que implican ya una guerra, aunque sin declaración formal. Núñez diferencia entre estado de guerra, que comienza en el momento de la declaración y subsiste mientras no se haya formalizado la paz, y el llamado tiempo de guerra, que comienza con la declaración de la guerra o cuando ésta exista de hecho, o cuando se dicta el decreto de movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena el cese de las hostilidades (art. 882 del Cód. de Justicia Militar)<sup>17</sup>.

### 4. *Acciones típicas*

#### a) *Tomar las armas contra la Nación*

La fórmula de la Constitución norteamericana que normalmente se cita para explicar el tipo de traición es: "*leving war against the United States*", que tiene ascendencia antigua y se puede ver ya en el Digesto: "Delito contra la Majestad es el que se comete contra el Pueblo Romano o contra la seguridad de él" (Digesto, Lib. 48, Tít. 4, § 1). El Código de España expresa en el artículo 583: "El español que tome armas contra la Patria bajo banderas enemigas". El de Francia: "como todo francés que toma las armas contra la Francia" (art. 75 del antiguo Código).

En cambio otros códigos modernos cambian el lenguaje, como el Código de Alemania (§ 81): "Quien procurare, con violencia o con amenazas de violencia, 1. el perjuicio de la estabilidad de la República Federal de Alemania, o 2. cambiar el orden constitucional fundado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania"<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 216; CREUS, ob. cit., p. 136; SOLER, ob. cit., § 132, II.

<sup>18</sup> El texto anterior expresamente hablaba del alemán que toma las armas contra el Estado alemán o sus aliados.

Qué es tomar las armas, es en principio una cuestión sencilla, ya que existiendo la guerra, en el sentido antes enunciado, tomar las armas es combatir en las filas del ejército enemigo en contra de nuestro país, como aquel que, teniendo obligación de combatir a favor de la Nación, lo hace en su contra. Luego, no alcanza para tipificar este primer inciso el haber prestado servicio en el ejército enemigo si no se han tomado las armas, como ser en intendencia, justicia, sanidad o religión<sup>19</sup>.

b) *Unirse al enemigo de la Nación, prestándole ayuda y socorro*

Más compleja es la interpretación de la expresión “unirse al enemigo”. La ayuda y socorro debe entenderse en el sentido de cooperación al esfuerzo guerrero del enemigo<sup>20</sup>. Se trata de todo tipo de ayuda a lo militar, ya sea directa como indirectamente. Como por ejemplo, ayuda financiera, comercial, ruptura del bloqueo comercial. Pero debe quedar claro que no son típicas las ayudas sanitarias, religiosas o médicas, aun al ejército enemigo<sup>21</sup>, aunque Creus opina que si esos servicios están encuadrados en sus fuerzas armadas o como adjuntas de ellas, como ser el capellán castrense o médico militar, sí encajan en el concepto típico<sup>22</sup>.

En España, en cuanto a la pregunta de si tomar las armas comprende los servicios civiles, se ha sostenido por parte de Blecua Fraga que la solución se encuentra en el término “bandera”, que hace referencia a una integración en cuadros de las fuerzas combatientes, siempre bajo el mando militar. De modo que los servicios civiles no tipifican directamente el delito de traición<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 217. Creus agrega que si toma las armas el que, sin estar armado, contribuye a acciones bélicas, como ser la planificación (ob. cit., p. 137). Soler habla de que basta haber estado enrolado bajo bandera en un cuerpo que estuviera destinado a combatir (§ 132, II).

<sup>20</sup> SOLER, ob. cit. § 132, III, con citas de autores alemanes que definen la cuestión como una mejora del enemigo.

<sup>21</sup> SOLER, ob. cit., § 132, III.

<sup>22</sup> CREUS, ob. cit., p. 138; Núñez, de igual manera y de manera amplia (ob. cit., p. 219).

<sup>23</sup> Citado por PORTILLO CONTRERAS, ob. cit., p. 921.

#### IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que es compatible con el dolo eventual, ya que el fin directo del autor puede consistir en ganar dinero con la guerra y por eso la ayuda y socorro al enemigo. Pero debe saber que la Nación está en guerra exterior<sup>24</sup>.

#### V. Consumación

El delito se consuma por la realización de cualquiera de las acciones previstas si existe la guerra externa. Es admisible la tentativa<sup>25</sup>.

### TIPOS AGRAVADOS

Artículo 215: "Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

"1. Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

"2. Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República".

#### I. Antecedentes

También hay que tomar al Código de Italia (art. 104), al Alemán (art. 81) y en el orden nacional al artículo 25, inciso 1º del proyecto de 1891, que consideró el artículo como una agravante de los artículos 109 de la Constitución Nacional y 214 del Código Penal. Además, al artículo 215, inciso 1º del proyecto de 1906.

<sup>24</sup> De acuerdo, SOLER, ob. cit., § 132, III; CREUS, ob. cit., p. 139; NÚÑEZ, ob. cit., p. 220.

<sup>25</sup> Sobre el punto parece no haber discusión, sólo que se insiste en hablar de delitos formales. NÚÑEZ, ob. cit., p. 220; CREUS, ob. cit., p. 138.

## II. Bien jurídico

No parece que existan cambios sobre el bien jurídico, tal como se ha explicado, en el delito de traición en su forma básica.

## III. Tipo objetivo

### 1. *Presupuestos*

Es obvio que al ser una agravante del artículo 214, esto es, la traición, se requiere que se den los elementos del tipo penal básico. Por ende la conducta debe darse en tiempo de guerra, y el sujeto tiene que haber tomado las armas o haberse unido a los enemigos, con el alcance antes dado<sup>26</sup>.

La agravación tiene su base en el fin del autor, que incorpora, en este caso, un elemento subjetivo del tipo como finalidad distinta del dolo, que consiste en someter a la Nación o inducir a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la Nación argentina.

### 2. *Sometimiento de la Nación*

El autor del delito, en este primer inciso, debe tener la intención —en tiempo de guerra, y cuando toma las armas, en contra de la Nación o se una a sus enemigos— de que la Nación sea sometida total o parcialmente al dominio de una potencia extranjera o al menoscabo de su independencia o de su integridad. Bien es sabido que lo que caracteriza a un Estado es su soberanía respecto de otros Estados. En la definición que expresa: “El Estado es una realidad social y política; en sentido político es el conjunto de hombres que componen un pueblo, cuando tienen asiento territorial y soberanía o independencia”<sup>27</sup>, se está diciendo que entre los caracteres esenciales figura la nota de so-

<sup>26</sup> CREUS, ob. cit., p. 140; NÚÑEZ, ob. cit., p. 221. En general la posición es aceptada por toda la doctrina. El decreto-ley 17.567 había dejado más claro el carácter no autónomo del tipo penal, ya que afirmaba “cuando en el hecho previsto en el artículo anterior mediare alguna de las siguientes circunstancias”.

<sup>27</sup> GORDILLO, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 61. Véase además SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I, ps. 285 y ss., y sobre el tema en especial, t. II, ps. 651 y ss.

beranía e independencia con respecto a otros Estados. Con lo cual la acción prevista en la ley tiende justamente a eliminar esta característica del Estado, y de allí su gravedad.

Por someter se entiende, pues, que el agente intenta que la Nación desaparezca como ente autónomo y soberano de la comunidad internacional, anexando el territorio y población a otros Estados, ya sea en su totalidad o en parte<sup>28</sup>.

### 3. *Menoscabo de la integridad e independencia*

Como se dijo, se intenta darle el mando político a otro Estado o que se desmembre de la Nación parte de su territorio o población o que se disminuyan las posibilidades de uso y goce de parte del territorio o riquezas del Estado<sup>29</sup>.

### 4. *Promoción de guerra contra la Nación (inc. 2º)*

Más allá de los problemas que trae este inciso, se puede decir que induce quien lleva al Estado extranjero a hacer la guerra contra la Nación. Y decide el que en la duda lleva a provocar a otro Estado para que se pronuncie por la guerra<sup>30</sup>.

El problema que han planteado Fontán Balestra y Gómez consiste en que este hecho se presenta con pocas o lejanas posibilidades, ya que si el país está en guerra, de acuerdo al artículo 214, no tiene sentido que se induzca o decida a hacer algo que ya se ha hecho, de manera que desde esta perspectiva la calificante sería imposible<sup>31</sup>. Laje Anaya ha contestado a esta opinión diciendo que el planteo es cierto, en cuanto debe haber un estado de guerra o un tiempo de guerra. Pero de ahí no se sigue que la agravante sea imposible, ya que es traidor quien induzca o decida la guerra pero en el sentido de que el Estado extranjero prolongue la guerra, no la termine, extienda el conflicto, de manera que ahora tenga la Nación varios enemigos<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> CREUS, ob. cit., ps. 140/41; MOLINARJO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 217.

<sup>29</sup> CREUS, ob. cit., p. 141.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, § 135, 3.

<sup>32</sup> LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial cit.*, t. VI, ps. 91/92.

Quizás la solución la haya dado Aguirre Obarrio al decir que “en el último caso, como la traición simple ya reclama beligerancia, consideramos que se trata de inducir a una potencia a entrar en esa guerra. Verdaderamente es difícil que una persona, salvo algún caso muy especial, pueda obtener tamaño resultado”<sup>33</sup>.

De todas maneras, lo que se castiga es la instigación que ha llevado a que otro Estado entre en una guerra, para ser coherente con el tipo básico, y no la instigación misma, de manera que si la entrada en la guerra o su extensión o la entrada de otro Estado a la guerra se debe a otros motivos distintos que los de la instigación del agente, la conducta escapa al tipo penal en cuestión<sup>34</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y con los elementos subjetivos del tipo, que le dan una finalidad especial a la traición, por eso solo se admite el dolo directo, y es difícil en estos casos hablar de error de tipo.

#### **V. Culpabilidad**

Podrá darse algún supuesto de error de prohibición, en caso de que se castigue la ayuda civil, habida cuenta de que el autor puede creer que en esos casos es permitida o lícita la actuación. La cuestión se pone sólo como ejemplo, porque este delito, al igual que otros, debe ser analizado bajo el prisma de la dogmática y deben probarse todos los extremos. Lo contrario sería volver a la Edad Media, lo que no es posible, aunque muchos lo pretendan.

#### **VI. Consumación**

El delito se consuma con los actos de traición con la finalidad antes dicha, siempre, claro está, que se den los presupuestos del tipo penal.

<sup>33</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 217.

<sup>34</sup> CREUS, ob. cit., p. 142, pero entendiendo el tipo penal de otra forma, esto es, que el agente hace entrar en guerra a otro Estado, pero entonces se escapa al supuesto del tipo penal básico que por mandato constitucional rige los tipos agravados.

Para Núñez el delito admite la tentativa, como ser la búsqueda fallida de personas para reclutar para el ejército enemigo<sup>35</sup>.

## CONSPIRACIÓN PARA LA TRAICIÓN

Artículo 216: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución”.

### I. Antecedentes

Ya la ley 49 castigaba la conspiración para la traición si aquella fuere descubierta antes de darse el principio de ejecución.

Los proyectos de 1891 y 1906 incorporan la idea cambiando la redacción, y de esta forma pasa al Código actual, que es el texto vigente luego de una serie de reformas.

En la Exposición de Motivos de la ley de 1863, citada por el proyecto de 1891, se decía sobre el punto en estudio: “Se castiga aquí la mera conspiración, de manera que las reglas generales que rigen para la tentativa, se alteran. La tentativa, en este caso, constituiría un delito determinado que la ley incrimina con reclusión o prisión de uno a ocho años. El carácter del delito, el peligro que representa y los derechos contra los cuales atenta, justifican la disposición y la modificación de las reglas comunes. Se trata de un atentado excepcional y caben, por eso, las medidas de ese carácter”<sup>36</sup>.

El texto actual es el original, después de las leyes 16.648, 20.509 y 23.077.

### II. Bien jurídico

Se trata de la protección del bien jurídico antes especificado en

<sup>35</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 220.

<sup>36</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 56/7.

el delito de traición y valen las palabras de la Exposición de Motivos de la ley 49. Como se verá, se castigan actos preparatorios, habida cuenta del valor del bien jurídico protegido.

### III. Tipo objetivo

Se trata, como se ha sostenido, de una conducta preparatoria, es decir es uno de los casos en que en el *iter criminis* el legislador opta, por razones de política criminal y teniendo o debiendo tener en cuenta el bien jurídico, por adelantar la punibilidad, de manera que se castigan más que actos externos, pensamientos, o conductas muy cercanas a las ideas. Cualquier observador, respetuoso de los derechos individuales y de las garantías mínimas del ciudadano, debería estar en alerta frente a estos tipos penales. Quienes no piensen así verán esta forma de legislar como una manera correcta de hacer las cosas; claro que deberán hacer “como si el artículo 19 de la Constitución Nacional no existiera”, o que a ellos nunca les va a tocar.

a) La conspiración es un concierto de personas, dos o más según la ley, para cometer un delito determinado. El número, como se sabe, viene de la ley 49, que fue abandonada por los proyectos de 1951 y de 1960, el decreto-ley 17.567 y el 21.338. Se trata de formar parte de la conspiración, de manera que se alcanza el tipo con el *complot* como tal. Conspirar, en este aspecto, es unirse con otros para hacer algo. Se trata en términos más claros de un contrato, de un acuerdo de voluntades para realizar las acciones de traición. Pero lo cierto es que ese contrato, ese acuerdo, ya debe haberse dado, luego, no son punibles las acciones preparatorias a la conspiración<sup>37</sup>.

b) La conspiración debe haber sido descubierta antes de la ejecución de los distintos tipos de traición. Está de acuerdo la doctrina en afirmar que debe ser descubierta, esto es, no deben haberse entregado los conspiradores, luego del acuerdo de voluntades pero antes de que comiencen los actos de ejecución, lo que fija de manera estricta el lapso de tiempo que debe tener el delito<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> En este punto hay acuerdo, véanse SOLER, ob. cit., t. V; NUÑEZ, ob. cit., t. VI; CREUS, ob. cit., t. 2 y LAJE ANAYA, ob. cit., t. IV.

<sup>38</sup> CREUS, ob. cit., p. 143; NUÑEZ, ob. cit., p. 225. Téngase en cuenta que

De acuerdo a lo dicho sobre la traición los autores sólo pueden ser argentinos, con las características enunciadas en ese delito. Y el razonamiento es de pura lógica, ya que si se está castigando un acto preparatorio de la traición, y ésta sólo admite autores especiales, sería absurdo que se aceptara, en este caso, que pueden ser autores los extranjeros. Se trata de un delito especial, de modo que no se justifica la excepción<sup>39</sup>. Tampoco los extranjeros pueden integrar el número mínimo exigido por la ley, porque sería desvirtuar el tipo penal.

#### IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso y los autores deben unirse para realizar el delito de traición. Con este elemento, más los elementos subjetivos del tipo, se entiende que el único dolo posible sea el directo<sup>40</sup>. El error elimina el tipo, por ejemplo si la persona no sabe cuál es el fin de la reunión de personas. La cuestión parece obvia, pero rige el principio de que el dolo se prueba, que no debe ser ajeno a este delito.

#### V. Consumación

El delito se consuma con el acuerdo de voluntades, pero antes de llegar a la parte ejecutiva. No es admisible la tentativa, ya que se estaría frente a otro delito, esto es, la traición.

### EXCUSA ABSOLUTORIA

Artículo 217: “Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”.

Núñez comenta la reforma de los gobiernos militares y no el texto actual, habida cuenta de que no hay edición nueva del *Tratado*, sino puras reediciones.

<sup>39</sup> En contra CREUS, ob. cit., p. 144. SOLER, ob. cit., t. V, § 132, VII. No muy claro, Laje Anaya, aunque parece coincidir con nuestra idea.

<sup>40</sup> Hay acuerdo en la doctrina sobre este punto. Véanse los autores antes mencionados.

## Fundamentos del artículo

La norma tiene su antecedente en la ley 49, que luego pasa al proyecto de 1891 y de 1906, respectivamente.

Dice Moreno que, al considerarse la tentativa, se establece que queda exento de pena el que desistiere de su propósito antes de su ejecución. Pero no se trata de un mero desistimiento, sino que debe efectuar actos positivos, que consisten en la revelación de la conspiración antes de que la autoridad haya iniciado el procedimiento de averiguación de los hechos<sup>41</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que de acuerdo con el texto parecería que se comprende a los conspiradores, pero no a los planes, de modo que para que funcione la excusa absolutoria el sujeto debe revelar a la autoridad los planes de la conspiración<sup>42</sup>.

El decreto-ley 17.567 hablaba con más propiedad del desistimiento. Pero en la redacción actual no se trata de un desistimiento de la acción que no ha empezado, sino de una excusa absolutoria, que requiere que se revelen los hechos de conspiración.

Ahora bien, la pregunta es qué pasa con el artículo 43, en el sentido de que el autor desista de seguir interviniendo pero no denuncie. Núñez afirma que esta disposición deja afuera al artículo 43 del Código Penal, por especialidad. Soler, en cambio, afirma que es de aplicación dicho artículo 43, y Creus es de la opinión de que en la conspiración para la traición no funciona el desistimiento del citado artículo ni el abandono voluntario de la tentativa inacabada, ni tampoco la llamada frustración delictiva, vía arrepentimiento<sup>43</sup>.

La discusión, de acuerdo al texto de la ley, no tiene mucho sentido. El delito se consuma con el acuerdo, de manera que no hay posibilidad de aplicación del artículo 43 del Código Penal<sup>44</sup>. Se trata de una excusa absolutoria, por un delito ya consumado.

<sup>41</sup> MORENO, ob. cit., p. 57.

<sup>42</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 218.

<sup>43</sup> CREUS, ob. cit., p. 147.

<sup>44</sup> Véase DONNA, *La tentativa...* cit.

## ACTOS DE TRAICIÓN EN CONTRA DE UNA POTENCIA ALIADA

Artículo 218: “Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común”.

### I. Antecedentes

El origen de la norma se encuentra en el proyecto de 1906, que modifica la ley de 1863, sin perjuicio de que existía una norma similar en el proyecto de 1891, aunque sólo consideraba como nacionales a los ejércitos extranjeros de las potencias aliadas.

### II. Bien jurídico

Decía la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 que se trata de un principio inconcuso en la materia de la traición. Hablamos de la idea básica de que los ejércitos aliados son en realidad fuerzas de las que la Nación se vale para hacer la guerra contra sus enemigos<sup>45</sup>. Y éste es el bien jurídico, de manera que no hay otra cosa que decir sobre el punto.

### III. Tipo objetivo

La ley, según parte de la doctrina, no se aparta de la Constitución, habida cuenta de que si bien esta idea no está en su letra, sí lo está en su espíritu. Así lo decía la Exposición de Motivos del proyecto de 1891: “No está todo esto en la letra de la ley de 1863, como se halla en casi todos los códigos extranjeros, pero lo está en su espíritu, pues las fuerzas aliadas son, en realidad, fuerzas de que la Nación se vale para hacer la guerra contra sus enemigos”<sup>46</sup>.

Núñez, en la misma idea, afirma que no se vulnera la Constitución Nacional, puesto que el artículo no dice que los actos de ayuda o socorro, ni el hecho de tomar las armas contra la Nación, deben ser

<sup>45</sup> MORENO, ob. cit., p. 58.

<sup>46</sup> LAJE ANAYA, ob. cit., p. 93.

mediante actos dirigidos directamente contra ella. La equiparación se refiere a las penas y a las exigencias de los tipos delictivos de los artículos 214 y 215, los cuales deben concurrir íntegramente cuando el sujeto pasivo sea una potencia aliada<sup>47</sup>.

El presupuesto del tipo penal es que la Argentina se encuentre en guerra en contra de otro país, y que actúe como aliada de otro Estado. En ese contexto, se deben dar los hechos de traición antes explicados.

En otros términos, se trata de tomar las armas o unirse al enemigo del Estado aliado para brindarle ayuda o socorro. Este tema tiene importancia, porque deben ser estos actos realizados en la esfera bélica de la potencia aliada, si no entrarían en el artículo 214.

Autor sigue siendo un argentino, ya que se aplican los argumentos dados para el delito de traición y, de alguna manera, se trata de formas delictivas alrededor de ese delito<sup>48</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y desde el punto de vista del conocimiento, el autor debe saber que se está en guerra y que el Estado en cuestión es aliado de la Nación Argentina. Esta idea es básica, porque en caso de error se elimina el dolo, que sólo puede ser directo.

#### **V. Consumación**

Se siguen las mismas reglas antes mencionadas para la traición.

#### **LOS EXTRANJEROS Y EL DELITO DE TRAICIÓN**

Artículo 218, párrafos 2º y 3º: "Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto.

"En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44".

<sup>47</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 223.

<sup>48</sup> LAJE ANAYA, ob. cit., p. 94.

## I. Antecedentes

La norma amplía la tipicidad de los extranjeros residentes en el territorio argentino, que ya había sido prevista en el proyecto de 1937 (art. 277); el de Peco (art. 290) y el de 1960 (art. 275), y establecida por la ley 16.648.

La ley 23.077 restableció estos dos párrafos que habían sido en su momento incorporados por la ley 16.648.

## II. Ampliación de la autoría

La norma amplía la tipicidad, como autores, a los extranjeros, ya que, como habíamos afirmado en el delito de traición, sólo comprendía a los argentinos. Pues bien, con este artículo pueden ser autores o partícipes los extranjeros, claro que con la limitación establecida en la propia ley, ya que deben ser los residentes en el territorio argentino. Se entiende por tales a las personas que no son argentinas por nacimiento, opción o naturalización, y se encuentran radicadas permanente o temporalmente en el territorio<sup>49</sup>.

La residencia del extranjero puede ser permanente o transitoria, y aun sin haber observado las formalidades de entrada y permanencia dispuesta por la ley y los reglamentos pertinentes. Por eso afirma Creus que la irregularidad de la residencia no elimina el carácter de los efectos típicos<sup>50</sup>. Núñez afirma que a los efectos del delito de traición –y por ende sometido al deber de fidelidad– está incluido el extranjero que se arraiga en el territorio, ya sea por su trabajo o permanencia, aunque haya entrado sin las formalidades de la ley (ley 16.478)<sup>51</sup>.

Por ende, debe quedar claro que los extranjeros no residentes en el territorio de la Nación no pueden ser autores del delito, porque la ley expresamente emplea la palabra residencia, y si están fuera del territorio, no hay residencia, que juega como elemento normativo del tipo.

<sup>49</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 214; Creus afirma que se trata de las personas que residiendo en el territorio de la Nación no tengan la calidad de ciudadanos (ob. cit., p. 148).

<sup>50</sup> CREUS, ob. cit., p. 149.

<sup>51</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 214.

### III. Exclusiones

Se excluye como autores, aunque se encuentren en el territorio de la Nación, debido a los tratados internacionales y por Derecho de Gentes, a los funcionarios diplomáticos extranjeros y a los extranjeros nacionales de un país con el cual la Nación se encuentra en conflicto bélico. Según Núñez, la ley exime de obligación de adquirir la calidad de residentes de derecho, permanentes o temporarios, a los funcionarios diplomáticos extranjeros, a los funcionarios consulares extranjeros y a los de organismos internacionales que estén acreditados en el país y en tanto se encuentren en funciones.

Ure afirma que la práctica internacional reconoce el derecho a la extraterritorialidad a los diplomáticos extranjeros (embajadores, nuncios, internuncios, cónsules, vicecónsules, etc.), lo que implica la imposibilidad de juzgarlos por la comisión de delitos, salvo que renuncien a ese derecho o cesen en la función (Tratado de Montevideo, art. 7º)<sup>52</sup>.

Tampoco se incluye a las personas que se encuentren de tránsito en la Argentina y a los extranjeros con visas diplomáticas, ya sean oficiales o de cortesía (ley 16.478).

No se excluye de la norma a los residentes extranjeros refugiados<sup>53</sup>.

La ley exige que los extranjeros residan en el territorio argentino, de modo que ése es el límite que tiene la norma. En este punto es importante determinar cuándo se pierde la residencia, de manera que puede ser que el extranjero se encuentre fuera del país y sea responsable del delito en cuestión, ya que la residencia no se pierde por estar fuera del territorio nacional salvo que el alejamiento sea por períodos largos, de acuerdo a lo dispuesto por la ley<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> URE, ob. cit., p. 30.

<sup>53</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 215.

<sup>54</sup> CREUS, ob. cit., p. 149; NÚÑEZ, ob. cit., p. 215; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 216.



## CAPÍTULO II

### DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACIÓN

SUMARIO: *Actos hostiles*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia. *Violación de tratados, neguas, armisticios y salvoconductos*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Violación de inmunidades*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Revelación de secretos políticos y militares. La ley 13.985 de 1950*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. El Código Penal. a) Revelación de secretos. b) La obtención de la revelación del secreto. 2. La ley 13.985. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Ultraje a la bandera, el escudo o el himno nacional*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. VI. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia. *Tipo culposo*. I. Aspectos generales del tipo penal. II. La pena. *La llamada intrusión o espionaje*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. La pena. VII. Exención de pena. VIII. Sabotaje. *Infidelidad diplomática*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. Jurisprudencia.

Este capítulo regula los actos que atentan contra la tranquilidad y el decoro de las relaciones internacionales de la Nación. Como afirma Moreno, se trata de una serie de hechos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, y aun la seguridad misma<sup>1</sup>.

Algunas de estas acciones se encontraban en la ley de 1863, y luego en los proyectos de 1891 y de 1906, de donde pasaron al Código vigente, que en principio es el que rige, según las leyes 16.648, 20.509 y 23.077, pero debe tenerse en cuenta la ley 13.985 de 1950, que

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., p. 61.

como se verá está vigente y reforma el Código. Sin embargo, hemos preferido explicar los artículos del Código Penal, aunque hayan sido derogados, porque la base de la explicación está en ellos, y la citada ley sólo modifica la pena o agrega lugares o acciones.

Es éste uno de esos capítulos que deberían ser revisados, ya que son delitos que se basan en las relaciones entre naciones de por lo menos el siglo XVIII, momento en el cual existía el llamado Estado-Nación. La agrupación de Estados en bloques, como la Unión Europea y el Mercosur, los organismos internacionales, los organismos de justicia de ese tipo, la casi imposibilidad de guerras entre naciones, salvo una vuelta del hombre a formas más primitivas, las nuevas comunicaciones, rápidas y eficientes, como la vía por satélites e Internet, entre otros, exigen que el legislador analice este capítulo nuevamente y vea qué es necesario castigar con pena y qué no. Ya el proyecto de 1960 estaba, cuando se puso en vigencia vía decreto-ley 17.567 del gobierno de Onganía en 1968, fuera de época. Puede imaginarse el estudioso de Derecho lo que puede ser un Código de 1921, con antecedentes del siglo XVII.

## ACTOS HOSTILES

Artículo 219: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el Gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o altere las relaciones amistosas del Gobierno argentino con un gobierno extranjero.

"Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión".

### I. Antecedentes

Ya se ha hecho mención, en párrafos anteriores, sobre este punto y los antecedentes en general del capítulo.

## II. Bien jurídico

Tal como se ha dicho en el análisis general del bien jurídico, lo que se protege es la paz exterior de la Nación, al tiempo que también están en juego los bienes de los habitantes, en un sentido general, así como el decoro de las relaciones internacionales que tiene el Estado nacional con terceros Estados.

## III. Tipo objetivo

Para que se entienda la norma, hemos de acudir a un caso narrado por Moreno, el único en la jurisprudencia, tomado a su vez de Jofré. Fue en la causa seguida contra Enrique Sivori y Esteban Balmareche, por el enganche de hombres al servicio de los revolucionarios de la Banda Oriental, en la cual la justicia federal declaró, según Moreno, que el levantamiento de tropas en el territorio argentino sin el permiso del gobierno es una violación de una de las más importantes prerrogativas de la soberanía nacional, y además es un delito previsto por el artículo 7º de la ley del 14 de septiembre de 1863<sup>2</sup>.

La esencia del tipo objetivo es la realización de actos hostiles materiales, que den motivos, que causen, esto es, que posibiliten, la declaración de guerra en contra del Estado argentino, y que no sean aprobados por el gobierno nacional.

A nuestro juicio, todo el artículo juega alrededor de la expresión "actos materiales hostiles". Se entiende por tales, los actos de enemigo, propios de la guerra, que realizan los particulares en contra de un país extranjero o de sus habitantes, con lo cual se descartan los delitos comunes realizados en contra de un ciudadano extranjero. La doctrina da como ejemplo el alistamiento o la convocatoria a las armas, enganches forzados de nacionales extranjeros, invasiones, bloqueos, depredaciones<sup>3</sup>. En síntesis, y como bien lo afirma Moreno, son actos de enemistad en contra de un Estado determinado, en el sentido de actos de guerra<sup>4</sup>.

Para que el acto hostil sea punible se requiere que no esté aprobado

<sup>2</sup> MORENO, ob. cit., p. 63.

<sup>3</sup> MORENO, ob. cit., p. 64; NÚÑEZ, ob. cit., p. 231.

<sup>4</sup> MORENO, ob. cit., p. 63.

por el gobierno nacional. Éste sólo puede aprobar el acto mediante los órganos competentes, que son, en principio, el Poder Ejecutivo Nacional (art. 86, incs. 12, 14 y 15) y el Congreso de la Nación (art. 75, incs. 25, 26). Esta aprobación debe ser expresa o tácita, pero siempre como acto de gobierno. Como se trata de un elemento normativo del tipo, la aprobación debe existir, de manera que la mera aceptación mediante otros actos no excluye la tipicidad.

La aprobación debe ser antes de la realización del acto hostil, por lo que si es a posteriori, no se excluye la tipicidad, ya que el acto estaría consumado.

La ley es clara, en el sentido de que no alcanza el acto hostil no aprobado por el gobierno, sino que se exigen tres consecuencias propias que son:

- a) El peligro de una declaración de guerra contra la Nación;
- b) que se exponga a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes;
- c) que altere las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero.

a) El peligro de una declaración de guerra contra la Nación es un peligro concreto que surge del propio acto hostil, de manera que si el peligro de la guerra es por otro motivo, la acción es atípica. Debe existir, en el sentido antes expuesto, un estado de peligro concreto al bien jurídico, esto es, para la paz y la seguridad de la Nación. En este punto, y aplicando las reglas de la imputación objetiva, la guerra debe ser un riesgo cierto debido a la acción del autor del acto hostil material y no aprobado por el gobierno nacional<sup>5</sup>.

b) La exposición de los habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes también debe ser un peligro concreto, de manera que rigen para el caso las mismas apreciaciones antes dichas sobre el peligro de guerra. Por vejaciones deben entenderse los malos tratos, persecuciones, en fin, algún tipo de violencia moral o material, por parte del gobierno extranjero o por particulares. Las represalias son las acciones que se realizan a causa de los actos hostiles, como una forma de retribución de los mismos.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 233; MORENO, ob. cit., p. 63.

Tanto las represalias como las vejaciones deben caer sobre los habitantes, como personas, o sobre sus bienes. El peligro debe ser un estado en el cual se encuentren las personas o los bienes. Pero como bien lo ha dicho Núñez, ese peligro de agresiones o daños debe ser tomando en cuenta a las personas como ciudadanos de un Estado, de modo que las agresiones sean en contra del país, y no contra ellos como individuos.

c) La alteración de las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero implica como presupuesto que antes del acto hostil esas relaciones amistosas, culturales, económicas o militares, realmente existan, y que la acción del autor las ponga en crisis. Basta ello, esto es, que se pongan en duda, habida cuenta del acto hostil y como consecuencia directa de él, para que se tipifique el delito, ya que no es requisito del tipo que se rompan esas relaciones.

En el caso de que se concreten hostilidades o la guerra, la pena aumenta considerablemente, ya que es llevada de tres a quince años de prisión o reclusión. Pero, insistimos, ese resultado debe ser como consecuencia de que se ha concretado el riesgo ilícito, antes creado por el acto hostil material, en ese resultado. Si las hostilidades o la guerra se deben a otro riesgo, no se puede imputar al autor.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso y es posible el dolo eventual, que en cierta forma será el dolo básico del tipo, ya que normalmente las acciones tendrán otro fin que el de la guerra. Pero debe conocer el autor que se actúa sin autorización del gobierno nacional y la naturaleza propia del acto.

Juegan, en este punto, la teoría de los errores en cuanto al dolo y en cuanto a la culpabilidad, de manera que si el error es de tipo, hará desaparecer al dolo, ya sea vencible o invencible.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma cuando el acto hostil produce el peligro antes enunciado. Antes de ello sólo se puede hablar de tentativa, que es obvio que se admite, atento a la naturaleza del delito.

## VIOACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS Y SALVOCONDUCTOS

Artículo 220: "Se impondrá prisión de seis meses a dos años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes de mar o tierra o los salvoconductos debidamente expedidos".

### I. Antecedentes

La norma tiene como antecedentes la ley de 1863, de donde pasó al proyecto de 1891 y al de 1906, y de allí al Código de 1921, que es el texto vigente en base a las leyes 16.648, 20.509 y 23.077.

### II. Bien jurídico

Las violaciones que se han previsto en el artículo llevan a que exista un peligro grande de represalias o de reanudación de acciones bélicas, lo que lleva ínsito un peligro de guerra o de acciones que pueden afectar a los habitantes, ya que se trata de actos similares a los hostiles. Esta situación había sido vista por el decreto-ley 17.567, que había equiparado la pena a la del artículo anterior.

### III. Tipo objetivo

Como bien lo ha hecho notar la doctrina, se exigen dos presupuestos:

- a) Que exista un estado de guerra recién concluido por un tratado o un armisticio; o
- b) un estado de guerra y una tregua o un salvoconducto<sup>6</sup>.

La ley ha previsto cuatro casos:

- a) La violación de los tratados concluidos con potencias extranjeras;
- b) la violación de las treguas o armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga;

<sup>6</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 223.

c) la violación de treguas y armisticios acordados entre las fuerzas beligerantes de mar y tierra;

d) la violación de los salvoconductos debidamente expedidos.

a) La violación de los tratados, afirma Moreno, implica una violación de la Constitución Nacional, especialmente en su artículo 31. Tal como se ha hecho notar, sólo se incluyen los que tengan que ver con la paz y la amistad de la República. La cuestión es sencilla. Si bien Moreno no lo aclara, se trata de convenios que tienen que ver con la paz y seguridad de la Nación, ya que el artículo está incluido en el capítulo que se refiere a esos bienes jurídicos. Por lo tanto, la norma debe verse en su conjunto, y con los presupuestos antes mencionados.

b) La violación de las treguas o armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga. Por tregua y armisticio debe entenderse suspensiones convencionales de las operaciones de guerra. La primera es una suspensión debida a un motivo circunstancial, como el festejo de alguna fecha, por ejemplo, Navidad, o por servicios a los heridos que deben realizar instituciones específicas para ello, como la Cruz Roja. En cambio el armisticio tiende a una suspensión de las hostilidades con el fin de dar término a la guerra.

En ambos casos, la violación consiste en el quebrantamiento de las cláusulas establecidas para el cese de las hostilidades y aunque no se llegue, debido a estos actos, a reanudarlas<sup>7</sup>.

c) La violación de treguas y armisticios acordados entre las fuerzas beligerantes de mar y tierra. Este caso es lo mismo que el anterior, y sólo se debe decir que hay en la ley una omisión que se debe a la antigüedad del Código y a las sucesivas reformas, que no vieron que se ha creado la fuerza aérea y que ésta puede concertar algunas de las medidas antes vistas. Sin embargo, de acuerdo al texto este tipo de violación queda excluida por la ley, por lo que será atípico.

d) La violación de los salvoconductos debidamente expedidos. Los salvoconductos son los documentos de autorización de tránsito por las zonas de guerra. En este caso, los sujetos activos serán normalmente los militares, aunque no se excluye a los civiles.

<sup>7</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 236; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 224; CREUS, ob. cit., t. 2, p. 157.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y los motivos del acto deberán analizarse en la antijuridicidad y en la culpabilidad respectivamente.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con la violación de algunas de las circunstancias antes enunciadas y aunque no se produzca ningún resultado. Se admite la tentativa.

### **VIOLACIÓN DE INMUNIDADES**

Artículo 221: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera".

#### **I. Antecedentes**

La norma tiene sus antecedentes en la ley de 1863 y el proyecto de 1891, en el artículo 264, texto que toma luego el Código de 1921 y que es el vigente debido a las leyes 16.648, 20.509 y 23.077.

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 decía: "Se ha previsto la violación de las inmunidades de los jefes de Estado extranjeros, llenándose, así, una deficiencia notable de nuestra legislación"<sup>8</sup>.

#### **II. Bien jurídico**

Hay que ubicar el precepto en el capítulo del bien jurídico protegido y dejar en claro, como decía Moreno, que el artículo no se refiere a los jefes de Estado de las provincias, ni tampoco al presidente de la República, sino a los jefes de Estado extranjeros o a sus representantes<sup>9</sup>. Lo que está en juego, en este caso, es el cuidado de las relaciones amistosas con países extranjeros, que se ponen en riesgo con el ataque al jefe de Estado extranjero o a sus representantes.

<sup>8</sup> MORENO, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

### III. Tipo objetivo

También en este delito existe un presupuesto: que las personas que son sujetos pasivos del delito, se encuentren en el país.

Sujeto pasivo sólo puede ser el jefe de Estado extranjero o el representante de una potencia extranjera. Afirma Núñez que existe Estado cuando se trata de una comunidad cuyos individuos viven en un territorio organizado bajo un gobierno independiente y efectivo, y el jefe de Estado lo representa de la manera como está regulado por su orden interno<sup>10</sup>.

La acción punible, en contra de esas personas, es la violación de sus inmunidades. La inmunidad es una consecuencia de la extraterritorialidad. Implica, según Núñez, la ficción por la cual este tipo de individuos, que tienen un rol específico dentro del orden jurídico, serán tratados como si ellos no estuvieran en el territorio del Estado, cuyo poder coercitivo queda severamente restringido. Este privilegio de exención está regulado por los tratados, el Derecho Internacional Público y las normas internas de un país. La extraterritorialidad del jefe de Estado y de los miembros de representaciones diplomáticas es originaria. En cambio la de sus familiares, que también existe, es derivado de los primeros<sup>11</sup>.

En los términos de la ley, viola las inmunidades el que las desconoce, pero siempre en un sentido funcional. Pero no tipifica el delito quien de manera particular lo estafa o le roba, ya que no se violan las inmunidades sino que se lo ataca como sujeto físico. Pero es necesario que la violación sea en el territorio de la República, ya que, como se dijo, es en este ámbito en donde se dan y tienen sentido las inmunidades. La protección al jefe de Estado se mantiene aunque esté de incógnito, pero no así en el caso de los representantes, que deben estar en misión oficial reconocida.

Sujeto activo sólo puede ser aquel que pueda violar las inmunidades, de modo que un simple particular no puede ser autor. Por eso se ha dicho que sólo incurre en violación de inmunidades la persona dotada de autoridad pública que desconoce alguno de los aspectos de la exención de jurisdicción contenida en la inmunidad. Los particulares

<sup>10</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 237.

<sup>11</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 239; CREUS, ob. cit., p. 158.

sólo podrán ser autores en cuanto las violaciones se traducen en atentados que afectan la preservación personal, material o funcional de la inmunidad, es decir en el aspecto del rol de la persona atacada<sup>12</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, pero requiere que el agente conozca que se trata de un jefe de Estado extranjero o de un representante y que tienen inmunidades. La doctrina admite el dolo eventual, aunque confundiendo el problema de las finalidades<sup>13</sup>.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con los actos violatorios de las inmunidades, aunque no llegue a influir realmente en la persona, como por ejemplo ordenar la detención del jefe de Estado pero que ella no se llegue a consumir.

Es posible la tentativa, en el caso de que un policía intente detener al jefe de Estado pero no lo consiga por razones ajenas a él.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **Tipo objetivo**

Es claro que el texto del artículo 219 del Código Penal se refiere a aquellos actos hostiles que se desarrollan fuera del marco legal de la conducción estatal de hostilidades contra terceros Estados.

CNFed.CCorr., sala I, 24-6-99, "Garzón, B.", sum. Albremática AJ102406

No encuadra en el artículo 219 del Código Penal, por no ser acto hostil, una publicación injuriosa contra un miembro de una casa soberana.

CCCorr. de la Capital Federal, 2-3-26, J. A. 19-540

<sup>12</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 240/1; CREUS, ob. cit., p. 159.

<sup>13</sup> CREUS, ob. cit., p. 161; NÚÑEZ, ob. cit., p. 242.

**REVELACIÓN DE SECRETOS POLÍTICOS  
Y MILITARES. LA LEY 13.985 DE 1950**

Artículo 222, párrafo 1º: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación.

”En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto”.

**I. Antecedentes**

El proyecto de 1891 traía en el artículo 265 una norma similar a la que luego fue ley, tanto en el Código como en leyes especiales. En la Exposición de Motivos se limitaba a decir que se había previsto un delito que comprometía la seguridad de la República, y que no se encontraba contenido en la ya conocida ley de 1863<sup>14</sup>.

Además, los autores que han tratado este delito han agregado que hay que analizar no sólo el artículo 222, sino también la ley 13.985 de 1950. Ésta tiene 17 artículos, de los cuales cuatro están derogados (arts. 8º, 9º, 11 y 15). Se trata de la ley de seguridad de la Nación, conocida como Ley de Espionaje y Sabotaje.

La historia es la siguiente: el artículo 51 del decreto-ley 788/63 derogó la ley en cuestión. Luego el artículo 2º de la ley 16.648 (B. O. del 18-11-64) la hizo revivir, salvo por las derogaciones que efectuó la propia norma (arts. 8º, 9º, 11 y 12, incs. a, b, c, y arts. 15 y 17, segunda parte). Luego el artículo 7º del decreto-ley 17.567 (B. O. del 12-1-68) la derogó. Pero la derogación de este decreto por el artículo 2º de la ley 20.509 (B. O. del 28-5-73) le devolvió la vigencia, abrogada luego por el artículo 5º del decreto-ley 21.338 (B. O. del 1-7-76), que a su vez fue derogado por los artículos 1º y 2º de la ley 23.077 (B. O. del 27-8-84).

**II. Bien jurídico**

Tanto en el Código Penal como en la ley 13.985 el bien jurídico

<sup>14</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, p. 69.

protegido es la paz y la dignidad de la Nación, ya que comprometen su seguridad exterior<sup>15</sup>. Sin embargo, Oderigo, Moreno y González Roura afirman que el bien jurídico es la seguridad de la Nación. “El delito, dice Moreno, compromete la seguridad y no la paz o la dignidad de la Nación, a pesar del epígrafe del capítulo”<sup>16</sup>. Y esta idea parece ser la adecuada, ya que se trata de secretos que hacen a la seguridad propiamente dicha, por lo menos en un primer plano. La paz se vería perjudicada en un segundo plano, o como otro bien jurídico no principal. Y esto tiene algún sentido dado que, como afirma Moreno, el delito que se estudia se considera una traición. “El espionaje, afirma Moreno, puede tener una considerable importancia, sobre todo entre los países que se miran con hostilidad, que se mantienen bajo el régimen de la paz armada y que se acechan para sacarse ventajas preparando la guerra fría”<sup>17</sup>. A tal punto esto es cierto, que la ley 13.985, en su artículo 1º, afirma, de manera inconstitucional, teniendo en cuenta el artículo 119 de la Carta Magna, que “Las acciones u omisiones previstas en la presente ley que constituyan ayuda y socorro a los enemigos de la Nación, serán calificadas de traición cuando hubieran sido cometidas por argentinos o por cualquier persona que deba obediencia a la nación por razón de su empleo o función pública”.

### III. Tipo objetivo

Vamos a analizar, siguiendo la metodología que ha propuesto Aguirre Obarrio, la tipicidad de la primera parte del artículo 222 del Código Penal y luego la ampliación que la ley 13.985, en la parte vigente y en relación con este tema, trae.

#### 1. *El Código Penal*

##### a) *Revelación de secretos*

La base de esta primera parte del artículo 222 es la revelación de un secreto. El secreto, afirma Moreno, es un hecho, una noticia, un acontecimiento, una obra, una invención, un procedimiento, un plan,

<sup>15</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 248.

<sup>16</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, p. 69.

<sup>17</sup> Ídem.

un aparato, una máquina, etcétera, que se mantiene en reserva, por entenderse que ello afecta a los intereses nacionales<sup>18</sup>.

Se trata de secretos oficiales del Estado, que tienen una naturaleza política y que tienden a preservar la seguridad de los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación<sup>19</sup>.

Por secreto político se entiende aquel que tiene que ver con la conducción de la cosa pública, con la dirección de los asuntos del Estado, pero siempre concernientes a su seguridad. Por secreto militar se entiende a "toda noticia, informe, material, proyecto, obra, hecho, asunto, que en interés de la seguridad nacional y de sus medios de defensa, deba ser conocida solamente por personas autorizadas y mantenido fuera del conocimiento de cualquier otra"<sup>20</sup>.

Ahora bien, el secreto político o militar tiene que tener relación con la seguridad, con los medios de defensa o con las relaciones externas de la Nación. De manera que a aquellas características se les debe agregar que debe afectar intereses vitales, fundamentales de la Nación, que hacen a la seguridad del Estado como ente independiente y soberano.

En cuanto a los secretos que hacen a las relaciones exteriores, tienen que verse a la luz del Estado soberano y su correspondencia con otros Estados extranjeros o entidades de carácter internacional, como pueden ser las Naciones Unidas u organismos de ese tipo.

La acción consiste en revelar el secreto, esto es, descubrirlo, decirlo, manifestarlo a las personas que no deben entrar en su conocimiento. La ley no hace distinción de personas ni de formas, de manera que cualquiera que deba guardar el secreto y lo da a otro, por cualquier modo, es autor del hecho. La forma es indistinta, ya que puede ser directamente a un tercero o a través de un medio de prensa o haciendo que caiga en manos de terceros. No se requiere que sea sólo un acto de espionaje, por lo menos en el Código Penal.

Autor sólo puede ser aquel que está obligado a guardar el secreto

<sup>18</sup> Remitimos, para una mayor información, al t. II-A de esta obra, ps. 341 y ss.

<sup>19</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 250; MORENO, ob. cit., t. VI, p. 70; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 227.

<sup>20</sup> Núñez, citando al decreto 9390/63, art. 1º (ob. cit., p. 250).

o cualquier otra persona que haya entrado en su conocimiento y mientras el dato que conozca sea un secreto, y siempre que sepa que lo que ha conocido es un secreto.

b) *La obtención de la revelación del secreto*

El artículo 222 castiga a quien obtenga la revelación del secreto. Afirma Moreno que “no creo que el hecho de recibir una confidencia convierta a quien ha sido objeto de la misma en un delincuente. Lo que incrimina la ley en este caso es el espionaje, castigando no sólo al que reveló el secreto, sino al que obtiene la revelación que se ha procurado”<sup>21</sup>.

Se trata, pues, del delito de espionaje, por lo cual hay que tener en cuenta que el espía actúa sobre los funcionarios públicos y militares con el fin de conseguir datos secretos y valiéndose de cualquier medio, aun de la culpa de quien está obligado a guardar el secreto.

Núñez, cuando cometa el artículo 223 regulado por el decreto-ley 17.567, hoy derogado, afirmaba que el espionaje, normado en el artículo 222 que comentamos, era en cierta forma pasivo, es decir, buscando la revelación del tercero, que no comprendía la obtención por cualquier medio, por ejemplo el apoderamiento de los papeles mediante el hurto<sup>22</sup>.

Para que quede clara la diferencia, en el artículo 222 sólo es punible quien logra que el que tiene que guardar el secreto se lo revele, pero no lo es quien lo consigue de otra manera.

2. *La ley 13.985*

Esta ley en el artículo 2º castiga con el llamado espionaje (prisión de uno a diez años) una serie de acciones: procurar, revelar, remitir o aprovechar noticias, documentos, informaciones u objetos de orden político, social, militar o económico que deban permanecer secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación.

Y en el artículo 3º agrava la prisión de dos a quince años si el autor se sirve de su empleo, función, estado o misión, elevando la

<sup>21</sup> MORENO, ob. cit., p. 70.

<sup>22</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 257.

pena de ocho a veinticinco años o prisión perpetua si el agente actuara al servicio o en beneficio de una potencia extranjera.

La ampliación del artículo 222 es en cuanto al espionaje, como ya se hizo referencia, puesto que castiga no sólo a quien se aprovecha de la revelación sino a quien busca activamente esa información.

Además, amplía la esfera del secreto, ya que agrega el orden social y el económico, lo que se entiende al tener en cuenta la época en que se dictó la ley.

En ambas normas el delito se puede cometer tanto en tiempo de paz como de guerra, pero en este último caso podrá el delito ser el de traición a la patria<sup>23</sup>.

#### IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso en ambos textos legales, de manera que sobre el punto no hay problemas. Se admite el dolo eventual, pero en el caso del espionaje activo es claro que el autor normalmente actuará con dolo directo.

El error o la ignorancia, es decir que no sabe que lo que se tiene en manos es secreto, elimina el dolo.

Si el autor creía que no era prohibido revelar el secreto, no habrá culpabilidad, por el error de prohibición, si era inevitable, de lo contrario rigen las reglas de error evitable<sup>24</sup>.

#### V. Consumación

El delito se consuma con la revelación, siendo un delito de peligrosidad concreta.

Admite la tentativa, pero el artículo 12 de la ley 13.985 afirma que “incurrirá en las mismas penas establecidas para los autores de los delitos previstos en esta ley [...] e) el autor de tentativa, cuando haya sido cometida con el fin de espionaje o sabotaje”.

<sup>23</sup> En igual sentido la doctrina nacional: Soler, Núñez, González Roura, entre otros; sólo que Núñez agrega que en tiempo de guerra será la justicia militar la que puede resultar competente (ob. cit., p. 249, nota 180).

<sup>24</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2.

## ULTRAJE A LA BANDERA, EL ESCUDO O EL HIMNO NACIONAL

Artículo 222, párrafo 2º: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina”.

### I. Antecedentes

Los antecedentes que se citan son los siguientes: el decreto-ley 536/45, los proyectos nacionales de 1937, 1941 y 1960, y los Códigos de Justicia Militar (art. 758), y de Justicia Policial.

### II. Bien jurídico

No entendemos, desde el punto de vista de un Derecho Penal liberal que sólo protege bienes jurídicos en relación al individuo, como bien lo ha hecho notar Hassemmer, que el legislador haya creado este tipo penal, ni tampoco desde el punto de vista de la política criminal.

Como si fuera poco, no se comprende el lugar sistemático que se le ha dado en el Código Penal, especialmente en este capítulo, y menos todavía, como última parte del artículo 222, que se refiere a la revelación de secretos.

La primera aseveración se funda en que no creemos que los símbolos patrios deban ser protegidos penalmente. Se trata de símbolos que merecen respeto, pero que no necesitan este tipo de protección, ya que no está claro qué bien jurídico se protege y para qué, además de haber sido usado por los gobiernos militares de turno como arma de represión, sin mucho cuidado.

En cuanto al bien jurídico protegido, Peco afirmaba que se hiera la significación simbólica; que al lesionarla se lesiona la dignidad de la Nación. “El prestigio del Estado se parifica con el prestigio de la bandera, y el que ofende la bandera ofende al Estado en una de las altas exteriorizaciones de su personalidad”<sup>25</sup>. Ure afirmaba que la ubicación sistemática es desafortunada, ya que no se advierte en qué medida se afecta el bien jurídico del Capítulo II, más bien debería

<sup>25</sup> En igual sentido, NÚÑEZ, ob. cit., p. 253.

pasar al título de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (proyecto de 1960) o de los delitos contra la personalidad interna del Estado (proyecto de 1941)<sup>26</sup>.

### III. Tipo objetivo

La acción que prevé la ley es ultrajar públicamente a la Bandera, el Escudo o el Himno Nacional, o los emblemas de una provincia argentina. La llave del problema está en el término ultrajar. Para Ure significa agraviar, menospreciar, vilipendiar, ofender gravemente. De manera que entran como ultraje, cualquier acto público que implique una ofensa a la bandera o al escudo, como ser quemarlos, romperlos<sup>27</sup>. Y acá está el problema, porque aparece como un tipo penal abierto y puede tomar en cuenta acciones que son de protesta contra la persona del representante del gobierno y que sea usado, por parte de éste, como medio de represión de las ideas. Por ejemplo, en un acto público, el abucheo al presidente cuando se canta el himno nacional.

Los objetos materiales, tal como se dijo, son la bandera celeste y blanca, consagrada como tal el 20 de julio de 1861; según Ure, para terminar cualquier polémica, por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional se estableció cuáles serían los colores; cuándo va incluido el sol, cuándo no, especialmente para los particulares; el escudo, que es la reproducción del sello que usó la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, el 12 de marzo de 1813; el himno, que es la canción patria, con letra de Vicente López y Planes y música de Blas Parera, y, por último, los emblemas de las provincias, que son los escudos que cada una de ellas, de acuerdo al sistema federal, han establecido como propios. No son abarcados por la norma los escudos municipales.

El ultraje debe ser público, en el sentido de que el lugar sea público y pueda ser visto por un número indeterminado de personas.

<sup>26</sup> Véase NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 260.

<sup>27</sup> URE, *Once nuevos delitos*, 1968, p. 114, cit. por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, § 136, 5.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso y exige que el autor tenga la intención del ultraje, por lo cual no es típica la acción cuando se hace por otros motivos, como ser una nueva interpretación del himno, una nueva forma de pintar la bandera, que busca una nueva expresión artística. Por ende sólo se admite el dolo directo.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con la acción de ultrajar, sin exigir otro resultado. Si además se daña la bandera, por ejemplo, habrá concurso ideal con el delito de daño.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **I. Bien jurídico protegido**

Los símbolos nacionales constituyen un bien de importancia suficiente para merecer protección penal, porque resumen las vivencias, emociones e identidades que conforman el sentimiento de patria, que se confunde con la síntesis total de las valoraciones adquiridas por los ciudadanos a lo largo de cuanto llevan vivido, confluyen en él lo que desde el nacimiento se heredó de los antepasados, lo que se recibió a partir de entonces en la familia, el modo en que se lo desarrolló al convivir —en determinada época y en una misma geografía— con el resto de los compatriotas y, por fin, las aspiraciones comunes a un futuro aún mejor.

CNFed.CCorr., sala II, 30-4-87, “Frávega, Luis M. y otra”, L. L. 1987-D-480

#### **II. Tipo objetivo**

1. El tipo penal de ultraje (art. 222 del Cód. Pen.) requiere para configurarse un plus sobre el mero menosprecio, que supone la realización de una conducta que mediante positivos y ostensibles actos de injuria ofendan la dignidad de los símbolos allí protegidos.

2. A los efectos de la aplicación del artículo 222 in fine del Código Penal, cabe considerar que menospreciar significa tener menos aprecio que el debido; ultrajar, en cambio, humillar de obra o de palabra, de donde resulta muy difícil imaginar que pueda ultrajarse de modo omisivo, aunque quepa así expresar menosprecio.

3. Menospreciar y ultrajar tienen, en orden a la acción reclamada por el tipo penal del art. 222 in fine del Código Penal, el mismo significado (del voto en disidencia del Dr. Valerga Aráoz).

CNFed.CCarr., sala II, 30-4-87, "Frávega, Luis M. y otra", L. L. 1987-D-480

### III. Consumación y tentativa

1. Ponerse de pie cuando se escuche el Himno Nacional es una saludable costumbre cívica, que constituye la posición natural para entonarlo; omitir adoptarla no es una actitud trivial y merece por ello un fuerte reproche desde el punto de vista de la moral cívica, mas no se adecua al tipo penal de ultraje a ese símbolo previsto por el artículo 222 del Código Penal.

2. Configura comisión por omisión u omisión impropia del delito previsto por el artículo 222, in fine del Código Penal, la conducta de quienes no se pusieron de pie en un cine colmado de público cuando la función se interrumpió advirtiéndose que por ser fecha patria se entonarían las estrofas del Himno Nacional (del voto en disidencia del Dr. Valerga Aráoz).

CNFed.CCarr., sala II, 30-4-87, "Frávega, Luis M. y otra", L. L. 1987-D-480

No es posible afirmar en forma responsable que la posesión de claves criptográficas de comunicaciones y hacerlas conocer o entregarlas a personas que se atribuyen el carácter de integrantes de un servicio de inteligencia extranjero no constituye revelación de secretos militares.

CFed. de La Plata, Sala Penal, 26-6-86, "Lusarreta, José L. y otros", L. L. 1986-D-529

#### **IV. Autoría y participación**

No es responsable afirmar que no se ha confiado explícitamente el secreto cuando se busca una información que debe permanecer en secreto. De lo contrario se llegaría a sostener que sólo puede cometer el delito previsto por el artículo 222 del Código Penal quien está formalmente en posesión del secreto y no aquel otro que sin estarlo se lo procura por medios subrepticios para entregarlo a terceros.

CFed. de La Plata, Sala Penal, 26-6-86, "Lusarreta, José L. y otros", L. L. 1986-D-529

#### **TIPO CULPOSO**

Artículo 223: "Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio".

Artículo 10 de la ley 13.985: "Será reprimido con prisión de un mes a cinco años o con multa de cien a diez mil pesos el que por imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos permitiese o facilitase la comisión de cualquiera de los actos previstos por la ley".

#### **I. Aspectos generales del tipo penal**

La ley se refiere al tipo culposo, empleando y bien sólo las dos formas posibles de la culpa, esto es, la imprudencia o la negligencia, dejando de lado las dos formas restantes empleadas en los otros artículos en que se ha regulado el tema. Aunque esto fue subsanado por la ley 13.985, que es la vigente, en lo demás se siguen los mismos lineamientos.

La imprudencia y la negligencia juegan de la siguiente forma. El autor, que se encuentra en posesión de un secreto, del cual ya hemos hecho mención, lo da a conocer, violando sus deberes de cuidado. De modo que entre la violación del deber de cuidado y el conocimiento

por los terceros debe haber una relación causal directa. Como por ejemplo, dejar los papeles sobre un escritorio de la casa y que su cónyuge los lea y los comente en público.

El delito se consuma cuando el tercero conoce el secreto<sup>28</sup>.

## II. La pena

La pena es el problema de este artículo, que no fue tocado por la ley 25.189 que aumentó las penas de los delitos culposos, de modo que rige la de la ley 13.985, aunque la pena de multa casi no exista.

### LA LLAMADA INTRUSIÓN O ESPIONAJE

Artículo 224: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantara planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público”.

Artículo 4° de la ley 13.985: “Será reprimido con prisión de uno a ocho años el que con cualquier ardid o engaño o mediante efracción o escalamiento se introdujere en una obra cualquiera de defensa, puesto, servicio, depósito, almacén, construcción de defensa nacional, o en todo otro establecimiento militar; o en un barco, aeronave, vehículo, servicio o establecimiento industrial organizado o empleado por la autoridad competente en el interés de la defensa nacional”.

Artículo 5° de la ley 13.985: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años el que careciendo de permiso de autoridad competente, tomare fotografías, ejecutare dibujos, operaciones topográficas, geológicas o reproducciones por cualquier medio o método, de zonas, obras o materiales situados dentro de un radio prohibido por la autoridad en razón de la defensa nacional.

”En igual pena incurrirá el que copiare, imitare, vendiere, distribuyere, publicare o retuviere dichas reproducciones”.

<sup>28</sup> MORENO, ob. cit., p. 72.

## I. Antecedentes

El artículo no se encontraba en la ley de 1863, de allí que la Comisión de reformas de 1891 extrajera el precepto de los Códigos de Italia y de Holanda. Posteriormente es tomado por el proyecto de 1906 y de allí pasa al Código de 1921.

Luego de las sucesivas reformas, el texto vigente se debe a las leyes 16.648, 20.509 y 23.077, con la aclaración de la vigencia de algunos artículos de la ley 13.985.

## II. Bien jurídico

Se trata, en la sistemática del Código Penal, del delito de espionaje, y está claro que lo que se protege es la seguridad exterior de la República como tal<sup>29</sup>.

## III. Tipo objetivo

### 1. *El espionaje en el Código Penal*

La norma prevé dos casos:

a) Cuando se levantan indebidamente planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u obras militares.

En estos casos la acción es levantar planos sin autorización. El motivo es que los Estados depositan su seguridad en estos lugares que son militares, y donde suele haber secretos que no deben divulgarse.

El error del Código Penal, seguido luego por la ley 13.985, es que hace una enumeración de los lugares, y, como bien se sabe, siempre se olvida alguno de importancia. Con ironía, Aguirre Obarrio afirma que no están en la ley, tal como decíamos al principio del capítulo, algunos objetos de cierta importancia en el siglo XXI, como satélites, aviones, proyectiles, reproducciones fotográficas, moldes, grabaciones. Y tampoco –agrega– hay referencias a armas, fórmulas matemáticas, físicas, químicas, invenciones, sistemas de comunicaciones, y podría seguirse con esta enumeración que demuestra que este artículo debería

<sup>29</sup> AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 231.

ser diferente. Cualquier espía de la guerra fría podría ser un buen asesor de los medios utilizados, por ejemplo en Berlín, antes de la caída del muro<sup>30</sup>.

b) Cuando el agente se introdujere en forma clandestina o engañosamente en esos lugares, si su acceso estuviese prohibido al público<sup>31</sup>.

Si en la primera parte se trataba de levantar planos, acá el agente se introduce en esos lugares, de manera clandestina o engañosa, siempre que exista la prohibición de entrar.

Ahora bien, otra vez Aguirre Obarrio anota que si el autor se introduce al Ministerio de Defensa, la acción es impune<sup>32</sup>.

## 2. *El espionaje en la ley 13.985*

La ley amplía los lugares, insistiendo en su enumeración, ahora sí agregando medios –fotos, dibujos, operaciones topográficas, geológicas, reproducciones por cualquier medio o método– y más genéricamente a las zonas, obras, materiales, dentro del radio prohibido por la autoridad en razón de la defensa nacional.

También se castigan la copia, imitación, venta, distribución, publicación y retención de dichas reproducciones.

## IV. Tipo subjetivo

Son delitos dolosos, en los cuales rigen las reglas generales. Se admite el dolo eventual.

Pueden existir problemas en cuanto a la prohibición, pero se desplazan hacia la culpabilidad en virtud del error de prohibición.

## V. Consumación

El delito se consuma con la acción de levantar planos o copiarlos de cualquier forma y con entrar a esos lugares. Se trata de un delito de acción peligrosa concreta.

<sup>30</sup> URE, ob. cit., p. 31.

<sup>31</sup> Ídem nota anterior, p. 32.

<sup>32</sup> Ibidem.

## **VI. La pena**

Hay que tener en cuenta las penas de la ley 13.985: el ya citado artículo 12, que equipara la pena del delito consumado a la tentativa; el 13, que impone pena de inhabilitación especial absoluta, por el doble de tiempo de la condena. La inhabilitación absoluta contendrá la de dirigir o presidir una empresa, sociedad o asociación. Si el delito se comete al servicio o beneficio de una potencia extranjera, la inhabilitación será absoluta y perpetua. Si el condenado fuere extranjero o argentino naturalizado, cumplida la pena se procederá a su expulsión de la República, previo retiro de la ciudadanía.

## **VII. Exención de pena**

La ley ha previsto la exención de pena (art. 14) en caso de que la persona que hubiere cometido los delitos de la ley los denunciare a la autoridad civil o militar antes de su consumación. Pero también, y en esto se diferencia del Código, cuando después de consumado el delito lo denuncie a las autoridades antes mencionadas y procure el arresto de los coautores o cómplices.

## **VIII. Sabotaje**

Al solo efecto informativo, la ley 13.985 ha tipificado el delito de sabotaje en su artículo 7º, que reza: "Será reprimido con prisión de uno a veinticinco años el que por cualquier medio desorganizare, destruyere, deteriorare o inutilizare, en todo o en parte, temporal o definitivamente, documentos, objetos, materiales, instalaciones, servicios o industrias de cualquier naturaleza, con el propósito de perturbar, retardar o impedir el desarrollo militar, económico, financiero, social, científico o industrial de la Nación.

"Cuando los actos fueran realizados al servicio o en beneficio de una potencia extranjera, se podrá imponer al culpable prisión perpetua".

La ley, que prevé penas severas y absurdas, tiene un elemento subjetivo del tipo que habla a las claras de la imposibilidad de que se aplique el presente tipo delictivo, y casi aparece con contornos paranoicos, en el sentido de que castiga a la persona que realice las

acciones antes descriptas, con un fin: perturbar, retardar, impedir el desarrollo militar, económico, financiero, social, científico o industrial de la Nación.

Es obvio que las leyes argentinas necesitan una reforma.

### INFIDELIDAD DIPLOMÁTICA

Artículo 225: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el Gobierno argentino de una negociación con un Estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones”.

#### I. Antecedentes

El antecedente es, como lo ha sido en este capítulo, el proyecto de 1891 y, posteriormente, el de 1906, que había tenido en cuenta a los Códigos holandés, alemán, italiano y español.

Disculpe el lector, pero nuestra memoria nos lleva a un hecho sucedido en la época anterior a la constitucional, cuando para concluir la guerra con Brasil, se le encarga a García que negocie en nombre de las Provincias Unidas, y culmine en los papeles lo que el ejército a la orden de Alvear había realizado en el campo de batalla, es decir, ganado la guerra. Este personaje negocia, y a raíz de lo que firma se termina firmando, luego, la independencia de la Banda Oriental como mal menor<sup>32-1</sup>.

#### II. Bien jurídico

El bien jurídico es la paz y la dignidad de la Nación, debido al apartamiento de las instrucciones por parte del encargado de los negocios<sup>33</sup>. También en este sentido está en juego la seguridad de la República.

<sup>32-1</sup> Véase MAYER, Jorge M., *Alberdi y su tiempo*, 2ª ed., Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie II, *Obras*, N° 13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, ps. 75/76.

<sup>33</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 271.

### III. Tipo objetivo

Se trata de un delito especial propio, en el sentido de que el autor debe tener dos condiciones: debe estar encargado por el gobierno argentino para negociar y, además, se le debe haber dado instrucciones para hacerlo, de las cuales no se puede apartar. Como requisito del tipo, ese apartamiento debe haber causado un perjuicio para la Nación, por eso vale el ejemplo de la guerra con Brasil, puesto que se perdió, desde el punto de vista de la integridad del Estado, parte del territorio.

Al ser un delito especial propio, sólo puede ser autor la persona encargada, todos los demás serán, en su caso, cómplices. Considerando nuestro concepto de funcionario público, no hay duda de que se trata de un funcionario en el sentido del artículo 77 del Código Penal.

Todo este aparato conceptual hace que Aguirre Obarrio, partiendo de las modernas comunicaciones y dado que las negociaciones terminan siendo dirigidas por el presidente de la Nación, culmine afirmando que se trata de un delito de imposible cumplimiento<sup>34</sup>.

El encargo puede ser general o específico, pero para que se dé el tipo penal debe tener instrucciones y apartarse de ellas. Las instrucciones deben haber sido dadas por el gobierno nacional, no admitiéndose las dadas por una provincia.

Se debe tratar de un asunto del Estado nacional, en el sentido de que debe ser una cuestión pública. Entendemos que el perjuicio debe ser para la paz o la seguridad de la Nación, aunque no sea el caso, en principio, referido a esos temas. Debe ser concreto y, además, causado por el apartamiento de las instrucciones.

La negociación debe ser con un Estado extranjero, de manera que no se dará el tipo penal cuando sea con organismos internacionales<sup>35</sup>.

### IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso y sólo se admite el dolo directo, ya que el autor debe saber que se aparta de las instrucciones y, de igual manera, actúa.

<sup>34</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 232.

<sup>35</sup> Véase el caso que trae AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 232, nota 20.

## V. Consumación

El delito se consuma con la producción del perjuicio, de manera que es posible la tentativa hasta que se dé el perjuicio exigido por el tipo penal.

### JURISPRUDENCIA

#### Tipo objetivo y subjetivo

1. El delito del artículo 225 del Código Penal, llamado en doctrina de infidelidad diplomática, requiere para su configuración la concurrencia, entre otros, de dos elementos esenciales: que el representante argentino sea parte de las instrucciones recibidas y que al mismo tiempo se haya conducido de modo perjudicial a los intereses de la Nación.
2. El solo perjuicio a los intereses de la Nación habiéndose cumplido con las instrucciones recibidas, o la inobservancia de éstas sin que medie perjuicio efectivo, no constituyen el delito del artículo 225 del Código Penal.

CFed. de La Capital, 24-12-47, L. L. 49-218



## TÍTULO X

### **DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**



## **DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**

SUMARIO: I. Antecedentes. 1. El Proyecto Tejedor. 2. El Proyecto Villegas, Ugarriza y García. 3. El Código de 1886. 4. La ley 49. 5. El proyecto de 1891. 6. El proyecto de 1906. 7. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. El Código de 1921. 8. La ley 23.077. II. El delito político. 1. Análisis general. 2. Concepto de delito político. a) El criterio objetivo. b) El criterio subjetivo. c) La teoría mixta. d) La teoría de Jiménez de Asúa.

### **I. Antecedentes**

El Título X del Código, que ahora se comienza a estudiar, contiene tres capítulos, que si bien han sido reformados por la ley 23.077 de 1983, en esencia mantienen el orden que se le dio originalmente en la ley: rebelión, sedición y disposiciones comunes a los precedentes capítulos. La idea esencial, que está vigente, fue dada por Rodolfo Moreno cuando afirmaba: “desde el momento que los Estados se encuentran organizados con leyes que fijan los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, y que tienen a su frente autoridades encargadas de hacerlas cumplir, la violencia ejercitada para cambiar el sistema institucional o desalojar a las personas de las posiciones que ocupan, tiene que ser reprimida. En general, y salvo los casos de excepción, las mayorías imponen su voluntad sin la precisión del movimiento armado, de manera que la acción violenta hace suponer una maniobra de una minoría, salvo los casos en que los derechos fundamentales se encontraren conculcados”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 75/76.

### 1. *El Proyecto Tejedor*

Tejedor había legislado los delitos de rebelión, sedición, motín y asonada, más las disposiciones comunes en el título que legisla sobre crímenes y delitos contra la seguridad interior y el orden público. Cuando hablaba sobre rebelión decía, siguiendo en este punto la idea objetiva del delito político: “No puede admitirse que los atentados contra las personas o las propiedades se castiguen con penas menos rigurosas porque se cometan con un fin político [...] Si el delito político refleja una inmoralidad especial es sólo mientras permanece puro, por decirlo así, de toda mezcla con los delitos comunes”.

### 2. *El Proyecto Villegas, Ugarriza y García*

Este proyecto también regulaba en el título a la rebelión, la sedición, el motín y la asonada.

### 3. *El Código de 1886*

Este Código siguió al Proyecto Tejedor y en el artículo 226 tipificó los delitos de rebelión y sedición en el título contra la seguridad interior y el orden público. La idea era que el sujeto debía actuar para alterar o destruir la Constitución, deponer al gobernador u otros poderes públicos, arrancar a los poderes públicos constituidos alguna medida o concesión, impedir la reunión de las Cámaras Legislativas o disolverlas o impedir que funcionen libremente, reformar las instituciones vigentes por medios violentos y sustraer a la obediencia del gobierno algún departamento o partido de una provincia.

El artículo 227 regulaba la sedición, que era tipificada como el acto de aquellas personas que sin desconocer el gobierno constituido se alzaren públicamente para deponer algunos de los empleados públicos de una provincia, impedir que tomen posiciones del destino los legítimamente nombrados o elegidos, impedir la promulgación o ejecución de las leyes o la celebración de elecciones provinciales, impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones o hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales, y, por último, allanar los lugares de prisión o atacar a los que conducen los presos de un lugar a otro, sea para salvar a los presos o para maltratarlos.

El artículo 228 regulaba las reuniones tumultuosas para exigir con violencia, gritos, insultos o amenazas la deposición de algún funcionario público, o los que se unieran en número que no baje de cuatro para causar alboroto en el pueblo, con fines ilícitos, entre otras conductas.

#### 4. *La ley 49*

Esta ley regulaba los delitos de rebelión o de sedición pero ejercitados contra la autoridad nacional, motivo por el cual Moreno afirmaba que los proyectos anteriores sólo se referían al gobierno con jurisdicción local.

#### 5. *El proyecto de 1891*

Desde el momento en que se trató de lograr la unificación de la materia penal, dice Moreno, fue necesario que estos delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional se legisasen en un solo cuerpo y se castigase en general a los que atentasen, no sólo contra el gobierno federal, sino contra los gobiernos de provincia, y eso intentó hacer el proyecto de 1891 bajo el rubro *Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional*, teniendo en cuenta seriamente ahora el sistema federal argentino.

#### 6. *El proyecto de 1906*

Fue reproducido por el Código vigente, con las modificaciones de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

#### 7. *La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. El Código de 1921*

Las modificaciones que la Comisión hizo al proyecto de 1906 en los artículos 243 y 244 son sustancialmente que unificó ambos artículos y agregó la frase “cambiar la Constitución” después “gobierno nacional”, y eliminó la expresión “Constitución Nacional” de lo que era el artículo 244.

La Exposición de Motivos dice en una parte: “Las penas que se establecen en el proyecto de 1906 son demasiado graves para estos delitos, que han sido llamados *los delitos de los derrotados* pues si

la rebelión o la sedición triunfan, los individuos que hubieran sido condenados, en caso de no haber tenido éxito, son promovidos a los cargos gubernativos". Por eso decía: "Basta para estos casos una pena de prisión por tiempo corto y bastante flexible, de acuerdo con los criterios generales que han sido repetidamente enunciados"<sup>2</sup>.

## 8. *La ley 23.077*

Es la norma vigente y fue dictada después del regreso a la democracia, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el día 23 de agosto de 1984.

## II. El delito político

### 1. *Análisis general*

Como ha hecho notar Aguirre Obarrio, el tema de estos delitos se mezcla con el llamado delito político, y sus alcances, discutido desde que este concepto ingresó en el Derecho. Basta con poner el ejemplo de este autor: "Lo cierto, es cómo termina una batalla. Si Bruto I gana, Bruto II es sedicioso y condenado, si Bruto II gana, es héroe, el salvador, el gobernante legítimo, y Bruto I el usurpador, el delincuente. Pero con el tiempo, no faltarán flores en la tumba del perdedor, flores de admiración, de gratitud, del recuerdo"<sup>3</sup>. Núñez, al comentar las disposiciones de este título, afirma la naturaleza política de los delitos en estudio "...porque atacan a la Nación como personalidad política, lesionando las bases fundamentales de su organización gubernamental, en su existencia, integridad, formación u orden..."<sup>4</sup> Pero Soler, siguiendo a Florian, entiende que no debe confundirse el ataque contra el órgano (en contra de los gobernantes) y el que se dirige

<sup>2</sup> MORENO, ob. cit., p. 86. Todos los antecedentes de este título se pueden ver con mayor amplitud en la obra de MORENO, ob. cit., t. VI, p. 75.

<sup>3</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 236.

<sup>4</sup> NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª reimp., Marcos Lerner, Córdoba, 1992, t. V, vol. 1, p. 288, con cita de Roque Sáenz Peña, *Actas de las sesiones del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo*, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1894, p. 180; CSJN, 24-8-66, L. L. 124-263.

contra la Constitución misma, quedando reservada para la primera hipótesis la conceptualización como delito político<sup>5</sup>, aunque reconoce que el límite resulta difuso<sup>6</sup>.

La denominación delito político se atribuye a Filangieri, aunque fue usada por primera vez por Plutt en el año 1729, y utilizada normalmente con un criterio objetivo en el sentido de que eran atentados contra la constitución del Estado y la soberanía. Mas modernamente y en palabras de Jiménez de Asúa tiene prioridad la noción subjetiva, debido a principios revolucionarios que se instalan en Francia y Bélgica en el siglo XIX<sup>7</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que los delitos políticos que se conocían hace veinticinco siglos eran de tres tipos: la lucha por el poder, un cambio forzado dentro del pequeño círculo gubernamental y el asesinato del jefe de Estado que es llamado corrientemente magnicidio<sup>8</sup>.

Más modernamente se ha buscado limitar el concepto de delito político con el fin de evitar darle ese nombre a hechos que sólo buscaban, entre las intenciones de los autores, el odio, el fanatismo, la ambición de riquezas, etcétera. Sólo basta nombrar todas las muertes ocurridas en el siglo XX, y los atentados a la Embajada de Israel y a la AMIA para darse cuenta del problema.

## 2. Concepto de delito político

Para conceptualizar al delito político se han dado distintos criterios de los cuales Ruiz Funes había distinguido entre un criterio objetivo y subjetivo, al que luego habrá que agregar un criterio mixto y el que más tarde incorpora Jiménez de Asúa<sup>9</sup>.

### a) El criterio objetivo

La fórmula objetiva sostiene que el delito político sólo puede determinarse atendiendo al derecho que se viola; es decir al bien o interés

<sup>5</sup> SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, ps. 75/78.

<sup>6</sup> SOLER, *Derecho...* cit. *Parte general*, 5ª ed. act., 1987, t. I, ps. 306/310.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, N° 1017.

<sup>8</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 237.

<sup>9</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 238.

jurídico lesionado o expuesto a un peligro. De esta forma, se declara delito político cuando se ataca al organismo político del Estado o a los derechos políticos de los ciudadanos, que es la manera en que lo define el Código Penal de Italia de 1930<sup>10</sup>. En Argentina, quien tomó esta posición, siguiendo a Chaveau, fue Carlos Tejedor.

El criterio objetivo parte de la ley para saber cuál es el delito político, como ser el bien jurídico afectado, que se refiere a las formas de gobierno o a las personas que detentan el poder. En este caso, serán delitos políticos la rebelión, la sedición, el motín y la asonada, en las legislaciones que la han tipificado<sup>11</sup>.

#### b) *El criterio subjetivo*

Con el inicio de las ideas liberales, favorables a la benignidad de las infracciones políticas, comenzó a prevalecer el criterio subjetivo en el que predominaba la convicción del autor<sup>12</sup>. Entre los defensores de esta posición se encuentra Ferri, Majno, Radbruch y en Argentina, Eusebio Gómez, quien afirmaba: "cualquiera de los actos previstos por la ley penal, puede tener, pues, el carácter de delito político si lo determina, exclusivamente, un motivo político"<sup>13</sup>.

El criterio subjetivo parte de la idea de que cualquier delito puede ser político, ya que todo depende de la intencionalidad del autor. De manera que puede ser considerado delito político hasta el homicidio, si fue con ese fin. En esta posición se incluye a Rivarola y Moreno<sup>14</sup>.

#### c) *La teoría mixta*

El criterio mixto sostiene que los delitos deben ser políticos desde un punto de vista objetivo y ampliar los casos, por conexión subjetiva, a los delitos subjetivamente enlazados a una rebelión, sedición o los que tienen que ver con éstos<sup>15</sup>. Ha sido Florian, según unánime opinión,

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. III, N° 1018.

<sup>11</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 239.

<sup>12</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., N° 1019.

<sup>13</sup> GÓMEZ, Eusebio, *Delincuencia político-social*, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., N° 1019.

<sup>14</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 240.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

quien mejor ha expresado la teoría mixta, en el sentido de conjugar el bien jurídico por una parte y el móvil político de la gente, por la otra; decía: “nosotros doctrinariamente creemos que para obtener la noción de delito político, deben asociarse los criterios del bien o interés jurídico y del fin político. El criterio deducido de la cualidad del bien que el delito político ofende, es criterio primario, puesto que penetra íntimamente en la esencia jurídica del delito. Por otra parte, el delito consiste siempre en un hecho que toca determinadas condiciones de vida y de existencia, de aquí, pues, que sea preliminar la necesidad de establecer cuáles son las condiciones de existencia lesionada por tal hecho, para determinar la importancia relativa de las condiciones mismas, y por ende la índole social del hecho. El objeto es aquí, en realidad, el derecho del Estado, ora respecto a la esencia, ora respecto a la forma. Pero el criterio del derecho lesionado no basta: el delito debe ser político objetiva y subjetivamente: si se prescinde del fin, se podrá tener un delito político solamente objetivo. Cuando se considera el delito político en el significado histórico originario de delito que, en gracia la nobleza del impulso, puede encontrar la simpatía y la benevolencia de los pueblos, es cierto que el fin político ha de considerarse elemento esencial de sanación, precisamente para que de los dichos tradicionales beneficios queden excluidos los delincuentes contra el Estado que obedecieron a distintos impulsos”<sup>16</sup>. Quienes han seguido esta posición son Manzini, Antolisei, Ranieri, Cuello Calón y, en Argentina, González Roura y Sebastián Soler.

#### d) *La teoría de Jiménez de Asúa*

Para Jiménez de Asúa hay que partir del móvil que guía al agente y del fin que el autor del hecho se propone para determinar qué es el delito político. Pero con ello no alcanza, sino que hay que construir una doctrina del delito político contra el Estado sobre el presupuesto del Estado democrático. A esta idea Jiménez de Asúa le agrega lo que él llama “el delito evolutivo”, en el sentido de que son pasos hacia adelante en el camino de la perfección, y lo explica: si un hombre

<sup>16</sup> FLORIAN, Eugenio, *Parte general de Derecho Penal*, t. I, p. 425, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., N° 1020.

quiere transformar una monarquía absoluta en una república democrática o si desea que la vida económica emprenda rumbos más favorables a los auténticos productores, ejecuta un delito político-social. Pero si sus propósitos se dirigen en pleno siglo XX, a mudar en una dictadura de tipo medieval el gobierno republicano de un país, o se quiere retroceder a los tiempos en que el capital explotaba sin piedad a los obreros, los actos que con esos fines se cometan, jamás deben recibir el privilegiado trato de un delito político. Y concluía: "El delito evolutivo es, en suma, el que se perpetra con fines altruistas y con ánimo de apresurar, de un modo más o menos utópico el progreso político y social"<sup>17</sup>.

En esta posición se puede incluir a Núñez, cuando afirma que los delitos políticos son delitos contra la cosa pública, pero no todos los delitos contra la cosa pública son delitos políticos. Tampoco incluye Núñez a los delitos por causas políticas. De manera que la Constitución no concede la garantía de que no se puede imponer la pena de muerte por causas políticas al delito de traición a la patria, basado en los artículos 103 y 29 de la Constitución Nacional. En esta idea, la Constitución concede la garantía únicamente en resguardo de la soberanía del pueblo. Y para fundar su posición, se remite a la época de Rosas en la cual la norma tenía en cuenta a aquellos que, ejerciendo la soberanía del pueblo en una medida vedada por la Constitución, se levantaran en rebelión o sedición contra ella o las autoridades constituidas<sup>18</sup>. Y decimos que es éste un concepto mixto porque termina afirmando que el concepto de causa política no se da en forma correcta, diciendo que se define más por la materialidad del hecho que por la intención del autor. Y concluye: "la causa política se determina, a la par que por la naturaleza del bien jurídico violado por el delito, de manera principal por la naturaleza del derecho que ejerce el agente al delinquir y por el modo de ejercerlo"<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., N° 1023.

<sup>18</sup> Núñez, con citas de GONZÁLEZ, ob. cit., t. VI, p. 289.

<sup>19</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 289.

# CAPÍTULO I

## ATENTADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Análisis general. Los problemas de la reforma. II. Ordenamiento de las materias. *La rebelión o alzamiento en armas*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. El alzamiento en armas. 2. Los fines del alzamiento en armas. a) Cambiar la Constitución. b) Deponer a alguno de los poderes públicos del gobierno nacional. c) Arrancarle alguna medida o concesión. d) Impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales. e) Impedir, aunque sea temporariamente, la formación o renovación de los poderes nacionales en los términos y formas legales. IV. Tipo subjetivo. V. Problemas de antijuridicidad. La justificación. Error. VI. Consumación. VII. Tentativa. *Tipos agravados*. I. Agravantes por las finalidades. II. Agravantes por la calidad de autor. Jurisprudencia. *Amenaza de rebelión*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. *Concesión de poderes tiránicos*. I. Antecedentes. 1. El proyecto de 1891. 2. Breve análisis de los antecedentes de la Constitución. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. El problema de la Constitución y el texto legal. 2. Las acciones típicas. 3. Objeto. 4. Sujeto pasivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. La pena. Jurisprudencia. *Consentimiento del estado de rebelión*. Análisis general de la norma. *Colaboración en el estado de rebelión*. Análisis general de la norma. *Agravante*. I. Análisis de la agravante. II. La prescripción. *Delito contra el patronato*. I. Antecedentes y análisis de la norma. II. Derogación. Jurisprudencia in extenso (art. 226).

### I. Análisis general. Los problemas de la reforma

Con la vuelta a la democracia, luego de la dictadura comenzada

<sup>1</sup> Rúbrica según art. 5º, ley 23.077, "...la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país..." (del mensaje del PEN acompañando el proyecto de Ley de Defensa de la Democracia, del 13 de diciembre de 1983).

en marzo de 1976, se dictó, tal como se dijo, la ley 23.077, que modificó el acápite del Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal, intentando adecuarlo a las nuevas circunstancias, después de haberse vivido, sin duda, los peores tiempos institucionales de la República, y, aunque sea simbólicamente, poner algún límite hacia el futuro, especialmente en la colaboración de civiles en eventuales y futuros rompimientos del orden constitucional<sup>2</sup>. La ley, dentro de este esquema y de manera transitoria, derogó la pena de muerte, rebajó los montos punitivos, derogó otros decretos-leyes, y en el tema que nos ocupa reformó el Título X del Libro II.

El título agrupa a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. El bien jurídico en este aspecto había llegado a nuestro Código después de un largo proceso, que encuentra su punto de partida en el Derecho Romano aunque, como afirma De Benedetti, se habían confundido, durante siglos, los ataques contra los poderes públicos y el orden constitucional con las acciones que tendían directamente a la destrucción del Estado, de manera que el título, con el nombre de *Traición* cubrió todo este tipo de conductas<sup>3</sup>. Como se sabe fue Feuerbach quien le dio forma a estos delitos que tienden a vulnerar el orden constitucional y a los poderes públicos<sup>4</sup>.

Con la reforma de la ley 23.077, la expresión “rebelión” ha sido suprimida utilizándose una nueva terminología que implica, en principio, darle una mayor amplitud al bien jurídico tutelado, tratando de receptor los cambios producidos en la sociedad con el advenimiento de la democracia a partir de fines de 1983<sup>5</sup>. Sin embargo, debe ad-

<sup>2</sup> En este aspecto y como guía es interesante el trabajo, ya citado, de DE BENEDETTI y MICHELLI, *Ley 23.077. Análisis de las reformas al Código Penal*, p. 733.

<sup>3</sup> DE BENEDETTI, *ob. cit.*, p. 753 (se cita sólo a De Benedetti, porque así se aclara en el trabajo, sobre este título del Código. Véase p. 733, nota de la redacción).

<sup>4</sup> Véase FEUERBACH, Anselm V., *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Himmayer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, ps. 139 y ss.

<sup>5</sup> El debate no resultó pacífico. En la Cámara de Senadores se propició el reemplazo por la expresión “Atentados contra la vida democrática” para evitar duplicar la referencia al orden constitucional contenida en el Título X. Sin embargo, la Cámara de Diputados insistió en la sanción originaria dado que al entender del diputado Lorenzo Cortese “se comprende en su totalidad el bien jurídico protegido”.

vertirse que este título, además del Capítulo I, contiene otros dos que llevan por acápites los de *Sedición* y *Disposiciones comunes a los capítulos precedentes*, que se mantienen de acuerdo a los lineamientos originales del Código Penal.

Se ha criticado este Capítulo I haciendo notar que el acápite “atentados al orden constitucional” es redundante, ya que va de suyo que ése es el carácter común a todos los delitos incluidos, no sólo en el capítulo sino en todo el título, por lo que es metodológicamente incorrecto su uso parcializado. Volvamos a De Benedetti, que lo explica bien: “Se produce así, una reiteración innecesaria y técnicamente defectuosa, tal como si en el Título VI, cuya denominación señala que agrupa a los *Delitos contra la propiedad*, se sustituyera el acápite *Hurto* que luce en el Capítulo I, para reemplazarlo por la expresión *Atentados contra la propiedad*, como si el robo y la extorsión, etcétera, que son contemplados en los sucesivos capítulos del Título VI, no importaran asimismo atentados contra la propiedad”<sup>6</sup>. Además, la incongruencia es más grave, y tanto es así que lleva a De Benedetti a decir que “en cuanto a la inclusión de ‘y a la vida democrática’, su ubicación en el acápite del Capítulo I, hace suponer que sólo los delitos incluidos en él, tienen tal significación jurídica, de la cual quedarían excluidos aquellos contenidos en el Capítulo II, que conservan la denominación de *Sedición*”<sup>7</sup>. La cuestión no es menor, ya que el artículo 230, inciso 1º, que integra uno de los capítulos que no tienen esta denominación, es una copia del artículo 22 de la Constitución Nacional y tipifica conductas que son incompatibles con la democracia. De manera que si se siguiera la idea de la reforma, quedarían esos delitos sin bien jurídico, y huérfanos de sustento, en ese sentido. Por lo cual el intérprete debe recurrir, de igual modo, al acápite general del título.

Tampoco queda claro el artículo 229, que también es un ataque a la democracia de acuerdo a lo prescripto en los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 106 de la Constitución Nacional<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 754.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ídem*, p. 755.

## II. Ordenamiento de las materias

Creus hace notar que el reemplazo del término rebelión es acertado, ya que expresaba una conducta que tenía una connotación heroica y romántica. Pero, pese a lo afirmado por el mensaje del Poder Ejecutivo, y más allá de la denominación, se trata del delito de rebelión, en la idea de alzamiento en armas<sup>9</sup>.

El capítulo ha quedado ahora de la siguiente forma:

- 1) El artículo 226 prevé la llamada rebelión, o alzamiento en armas, con las distintas agravantes;
- 2) la amenaza de rebelión, el artículo 226 bis;
- 3) el artículo 227 tipifica la llamada concesión de poderes tiránicos;
- 4) el artículo 227 bis legisla el consentimiento del estado de rebelión;
- 5) el artículo 227 ter, las agravantes genéricas;
- 6) la violación del patronato, en el artículo 228.

### LA REBELIÓN O ALZAMIENTO EN ARMAS

Artículo 226, párrafo 1º: “Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales”.

#### I. Antecedentes

El proyecto de 1891 contenía sobre el tema dos disposiciones: los artículos 269 y 270. La Exposición de Motivos decía: “El artículo 1º del título que explicamos está destinado a la rebelión. El artículo 269 del proyecto comprende los tres últimos casos del artículo 14 de la ley penal de 1863, pero la redacción ha sido alterada con el objeto

<sup>9</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 174.

de que la disposición quede más clara y menos casuística. Con el primer caso de dicho artículo 14, hemos formulado el artículo 270, en el que se reprime cualquier acto tendiente a alterar la Constitución Nacional por medios ilícitos. La ley actual sólo reprime esa clase de actos cuando ellos asumen el carácter de alzamiento público en abierta hostilidad contra el gobierno pero no hay razón atendible para dejar impunes los demás medios ilícitos de que pudiera echarse mano con el fin de alterar las instituciones fundamentales, como lo sería, la convocación de una convención revisora decretada por un número de miembros del Congreso inferior a los dos tercios requeridos por la Constitución”<sup>10</sup>.

Como ya se comentó, la norma tiene su redacción actual basada en el artículo 6º de la ley 23.077.

## II. Bien jurídico protegido

Coincidiendo con el acápite del Capítulo I, la doctrina entiende que los bienes y valores objeto de tutela por la norma en análisis<sup>11</sup> resultan ser “el orden constitucional” y “la vida democrática”.

### 1. Orden constitucional

Por orden constitucional se entiende el funcionamiento armonioso de los órganos establecidos por la Constitución “como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento”<sup>12</sup>. Se trata de la organización política de la República, ya que se lesiona la estabilidad, total o parcial, de la Constitución Nacional, la seguridad de las autoridades nacionales y el libre ejercicio de las facultades constitucionales<sup>13</sup>.

Soler ha sostenido que la figura de la rebelión y de la sedición, trazadas desde el punto de vista de quien detentaba el poder y no desde la Constitución, deben ser reestructuradas en base a la Norma Fundamental, desde la perspectiva histórica actual y no desde las re-

<sup>10</sup> MORENO, ob. cit., p. 90.

<sup>11</sup> Sobre la noción de bien jurídico, su concepto y evolución, DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., ps. 47-64.

<sup>12</sup> SOLER, ob. cit., t. V, § 134 I.

<sup>13</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 287.

voluciones románticas del siglo pasado. Deben tenerse en cuenta ahora los llamados golpes de Estado, el pronunciamiento militar y la usurpación por fraude electoral<sup>14</sup>. Por eso es inteligente la apreciación de Soler en cuanto se confunden en el Código el ataque contra el órgano y el ataque contra la Constitución. Es que es distinto el objeto de los ataques: “Pero una cosa es destituir al que se juzga un mal presidente y otra muy distinta arrasar con las instituciones”<sup>15</sup>.

## 2. *La democracia*

En principio, y sin perjuicio de que entendemos que en una obra como ésta es difícil analizar el concepto de democracia, se puede afirmar que ésta es el gobierno del pueblo, en el sentido de que abarca a todas las personas, pero que se determina esencialmente en la práctica, en la manera en que puede manifestar su voluntad<sup>16</sup>.

Por eso se puede afirmar que un gobierno es democrático cuando no solamente existe el sufragio universal –lo mínimo que se puede exigir– sino además de ello un conjunto de instituciones, como la decisión por voto mayoritario, y, como lo afirmaba Bentham “responsabilidad de los gobernantes, o el derecho que un sujeto tiene que se establezcan públicamente y se formulen las razones de todo acto de poder que sobre él se ejerza [...] la libertad de prensa; o la seguridad con la que todo hombre [...] puede hacer conocer sus agravios [...] la libertad de asociarse públicamente; o la seguridad con la que los descontentos puedan comunicar sus sentimientos, acordar sus planes y practicar toda forma de oposición, salvo la revuelta efectiva”<sup>17</sup>. A ello se suma el respeto por la dignidad humana y la idea de que no será usada como medio, del cual surge la idea de cada hombre, un voto. En el fondo la democracia es una forma de hacer frente a la necesidad

<sup>14</sup> SOLER, ob. cit., § 134, I.

<sup>15</sup> SOLER, ob. cit., § 134, I.

<sup>16</sup> BENN, S. I. y PETERS, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de Roberto Vernengo. Eudeba, Buenos Aires, 1984, p. 389. En este texto se analiza el problema de la democracia, sus críticas y su justificación. La democracia es un gobierno mediante la discusión. Todos los procedimientos suponen una toma y daca de críticas y justificaciones, realizada dentro de criterios morales (ob. cit., ps. 408/9).

<sup>17</sup> BENTHAM, A., *Fragment on government*, ps. 94/5, citado por BENN y PETERS, ob. cit., p. 412.

de una autoridad, sin someterse a cualquier abuso de ella. La autoridad existe, pero no es el guardián de la conciencia humana. Esto implica la idea básica del derecho al voto para remover al gobernante<sup>18</sup>.

El contenido de la democracia es que el poder del Estado debe articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan atribuirse a él<sup>19</sup>. Esta idea de la soberanía del pueblo se apoya, como se ha dicho, en dos ideas: que el poder que ejerce el dominio político no es algo dado o que debe suponerse, sino que necesita ser deducido mediante una justificación (legitimación). Y que esta legitimación sólo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a éste. “La ordenación de la vida en común de un pueblo tiene que poder retrotraerse al reconocimiento de aquellos que viven bajo ella, tiene que ser expresión de la libertad y la autodeterminación del pueblo”<sup>20</sup>.

La preeminencia dada a estos valores ha sido definitivamente consagrada por la reciente reforma constitucional, que ha incorporado como *Nuevos derechos y garantías*, entre otros, el de resistencia a los actos de fuerza que impliquen un quebrantamiento del “orden institucional y el sistema democrático” (arts. 36 y 37), reconociendo estos principios, que por otra parte ya estaban en la Constitución de 1853.

Estas ideas han tenido su reflejo en la jurisprudencia, especialmente de la Corte Suprema de Justicia. Se dijo que “Luego de más de medio siglo de avatares, la sociedad argentina está terminantemente convencida de que la intangibilidad del orden constitucional legado por el pasado y sostenido por el sentimiento popular, constituye un bien inapreciable de cuya integridad depende la garantía de la vida, libertad, honor y patrimonio de cada uno de los habitantes del país, como en el caso quedó palpablemente demostrado por la actitud asumida por la ciudadanía, reunida en la Plaza de Mayo y en otras plazas mayores de la República”<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 47.

<sup>20</sup> BÖCKENFÖRDE, ob. cit., p. 48.

<sup>21</sup> CSJN, *in re* “Recondo, Ricardo Gustavo s/Denuncia infracción art. 226 del Código Penal”, disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué, *Fallos*: 310:2755.

### III. Tipo objetivo

La ley 23.077 mantuvo la estructura básica del delito de rebelión, modificando únicamente el vocablo “temporalmente” por “temporariamente”, y aumentando la pena de cinco a quince años de prisión.

#### 1. *El alzamiento en armas*

La acción típica, y en esto existe uniformidad en la doctrina, la constituye el alzamiento en armas –que viene del proyecto de Tejedor, en el Código de 1887, que a su vez tenía su fuente en el Código español de 1848–, y éste es también el problema del tipo penal en cuestión<sup>22</sup>. Tejedor se refería a la idea “de alzarse públicamente” y la ley 49 acuñó la fórmula “alzarse en armas en abierta hostilidad”. Fueron los proyectos de 1891 y 1906 los que traen la fórmula del Código, que en el fondo coinciden con el autor español Pacheco<sup>23</sup>.

Hay una cierta unanimidad en cuanto al significado de la expresión “alzamiento en armas”. Así Moreno entendía que el alzarse en armas debía tener un propósito político, afirmando que, en el fondo, la rebelión no es otra cosa que una revolución con finalidades determinadas<sup>24</sup>. Creus ha dicho que alzarse en armas exige la actividad grupal más o menos organizada que utiliza la fuerza en hostilidad contra los poderes públicos nacionales. La exigencia típica consiste en una sublevación, un levantamiento violento, hostil, que se traduce en la violencia, debido a la tenencia o el uso de las armas, ya que mientras esto no ocurra sólo se estará en la etapa de la conspiración<sup>25</sup>. Se han dado, además, conceptos análogos al alzamiento en armas, como el tumulto público (González Roura), de individuos sublevados, contra la autoridad y fuerzas del gobierno nacional, para lograr una de las finalidades políticas enumeradas en el propio artículo, y que además debe tener un número de personas y armas propias o impropias que usan, portan o tienen a su inmediata disposición, con

<sup>22</sup> SOLER, ob. cit.; NÚÑEZ, ob. cit.; CREUS, ob. cit.; AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., entre otros.

<sup>23</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 263.

<sup>24</sup> MORENO, ob. cit., t. VI, p. 88.

<sup>25</sup> Conf. CREUS, ob. cit., t. 2, p. 175.

un poder suficiente para que dichas fuerzas tengan alguna posibilidad de éxito<sup>26</sup>. Soler entendió por alzamiento en armas a la manifestación externa que debe ser colectiva, pública, más o menos tumultuosa, con ciertos rudimentos de organización, impuesta por los fines que se tienen y armada<sup>27</sup>. Aguirre Obarrio afirma que alzarse en armas no es lo mismo que tomarlas, ya que para alzarse en armas hay que haberlas tomado antes. Pero una vez tomadas, el hecho consiste en un levantamiento, de modo que implica alboroto popular, revuelta o sublevación, que exige un grupo determinado de personas, que no se trata de tres, ni de cinco, ni diez<sup>28</sup>. Para llegar a esta idea se basa en Pacheco y en el Código de España de 1850, que hablaba de “alzarse públicamente en abierta hostilidad” y que este autor explicaba no como un simple tumulto sino como un movimiento organizado, con jefes responsables y que apelen a las armas para sostener sus proyecciones. Es, pues, esencial, que existan armas, pudiendo tratarse de armas propias o impropias<sup>29</sup>.

En síntesis, alzarse, como dice el Diccionario de la Lengua Española, es “levantarse faltando a la obediencia debida”, pero con el agregado de que debe ser con armas y de manera pública, con un número bastante de personas y de una manera organizada, con los fines enumerados en la ley.

La jurisprudencia ha sostenido que “El elemento objetivo del delito de rebelión está constituido por el alzamiento en armas, esto es, un levantamiento grupal más o menos tumultuoso y relativamente organizado, en el que sus miembros disponen de armamento, aunque no

<sup>26</sup> La idea es de Núñez, con apoyo en los autores citados, además de Díaz y Pacheco (t. VI, p. 296).

<sup>27</sup> SOLER, ob. cit., t. V, § 134, IV.

<sup>28</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 263.

<sup>29</sup> Por su parte, el Código Penal español (ley 10/1995 de 23 de noviembre), al receptar el delito de rebelión, lo describe en términos genéricos, como un alzamiento violento y público para obtener los fines que allí se enuncian, que pueden sintetizarse como el atentado contra la Constitución como superestructura del Estado (art. 472). El tipo básico no contempla el uso o empleo de armas de fuego, que sí es incluido como elemento normativo del tipo agravado por el artículo siguiente (art. 473, 1. *id.*). Véase a SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 858; POLAÍNO NAVARRETE, ob. cit., t. II, p. 563; MUÑOZ CONDE, ob. cit.

llegue a ser utilizado”<sup>30</sup>. Y, además, que “...el delito de rebelión es especial porque se caracteriza por un alzamiento armado –faz objetiva– y por un especial elemento subjetivo, que es el fin por el cual se toman las armas. Por esto es que el único elemento para tener principio de ejecución es el objetivo, y éste consiste en comenzar a tomar las armas”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido estos criterios: “A fin de acreditar la existencia del delito debe en primer término definirse aquello a lo que la ley llama alzarse en armas. Dicha alocución, que proviene del Derecho español, ha sido entendida como el movimiento más o menos organizado de personas que disponen de armas...”<sup>31</sup> Y sobre las armas expresamente ha dicho que: “El uso de las armas que requiere el alzamiento no es el empleo efectivo de ellas sino simplemente su ostentación...”<sup>32</sup>

Otros tribunales han afirmado que “...el delito de rebelión implica, necesariamente, la tenencia de armamento, situación que caracteriza el alzamiento. Es imprescindible aclarar entonces, que las armas, municiones y materiales explosivos, con que los imputados efectuaron el copamiento de la aeroestación, fueron tomados en su mayor parte de la sala de armas existente en el lugar y justamente esa acción fue el comienzo de ejecución de la rebelión, por lo que no existió una tenencia previa y distinta a la acción de rebelarse por parte de los acusados”<sup>33</sup>. “Los hechos del 24 de marzo de 1976 que culminaron con el derrocamiento del gobierno constitucional, cuya publicidad y notoriedad no pueden discutirse, cumplen prima facie con los requisitos del tipo descrito en el artículo 226 del Código Penal (delito de rebelión)...”<sup>34</sup> “...de

<sup>30</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, *in re* “C., O. H. s/Infracción arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2 p. 82.

<sup>31</sup> CSJN, *in re* “Recondo, Ricardo Gustavo s/Denuncia infracción art. 226 del Cód. Penal”, Compet. 322 XXI, E. D. 127-337.

<sup>32</sup> CSJN, 17-3-92, *in re* “A., J. C. y otros s/Inf. art. 80 del Cód. Pen.”, causa 231.

<sup>33</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, “C., O. H. s/Infracción arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 16.

<sup>34</sup> CNFed.CCorr., sala I, 2-4-84, “Pagani, Jorge Luis”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1984, N° 1, p. 188.

los artículos 21 y 22 de la Constitución Nacional resulta que la decisión de armarse al margen de los organismos de la Nación es una actitud que en definitiva contraría uno de los principios esenciales sentados en el artículo 1º de la Ley Fundamental...”<sup>35</sup>

## 2. *Los fines del alzamiento en armas*

Los fines que debe tener el alzamiento en armas, y que deben estar presentes en el momento del alzamiento, son:

- a) Cambiar la Constitución;
- b) deponer a alguno de los poderes públicos del gobierno nacional;
- c) arrancarle alguna medida o concesión;
- d) impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales, y
- e) impedir, aunque sea temporariamente, la formación o renovación en los términos y formas legales.

La redacción impuesta por el legislador al contemplar la finalidad específica es distinta a la adoptada por el Código Penal español, en el artículo 472 citado<sup>36</sup>.

### a) *Cambiar la Constitución*

La ley se refiere a la Constitución de la Nación y puede importar tanto la sustitución total como la alteración parcial de la Carta Fundamental<sup>37</sup>. El alzamiento en armas que persiga como finalidad el cambio o alteración de una Constitución provincial que se vería atrapado por el tipo del artículo 229 del Código Penal, es la sedición.

<sup>35</sup> CSJN, 17-3-92, “A., J. C. y otros s/Rebelión”, causa 231/89, disidencia del Dr. Carlos S. Fayt.

<sup>36</sup> Derrocar al gobierno o quebrar el orden institucional que resulta ser el fin específico puede conseguirse a través de los medios que se enuncian en el artículo 472 del Código Penal español: “derogar, suspender o modificar la constitución, destituir o despojar de las prerrogativas al rey o al regente, impedir la libre celebración de elecciones, disolver las Cortes del Congreso, declarar la independencia de una parte del territorio, sustituir al gobierno de la Nación y sustraer a las Fuerzas Armadas de la obediencia del gobierno”.

<sup>37</sup> Conf. SOLER, ob. cit., t. V, p. 82; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 297; CREUS, ob. cit. *Parte especial*, t. 2, p. 176.

El tipo se ve satisfecho, según parte de la doctrina, aunque el cambio sea indirecto, en el sentido de que el alzamiento lleve a que se pongan en marcha los propios mecanismos constitucionales previstos<sup>38</sup>. Núñez parte de la idea de que la ley no habla de destruir la Constitución, de acuerdo a algunos precedentes, ya que la Constitución no se destruye como a las cosas materiales, sino que se la muda, se la cambia en todo o en parte. De ese modo, la presión mediante el alzamiento en armas, para el cambio de la Norma Fundamental, entra en el artículo 226<sup>39</sup>.

b) *Deponer a alguno de los poderes públicos del gobierno nacional*

Tal como lo decía Soler, en esta parte se nota la confusión, que ya hemos mencionado, entre la persona y la función, ya que la finalidad está dirigida a despojar del cargo a las personas que ejercen la representación del poder en la órbita federal y no a cambiar la Constitución, que ya está prevista en el acápite a). El ataque es contra la estabilidad de las personas que desempeñan los poderes públicos, en concreto, las personas físicas: el presidente de la Nación, como representante del Poder Ejecutivo; los miembros del Congreso de la Nación, como representantes del Poder Legislativo, y la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores, ya sean federales o nacionales, según la organización, como representantes del Poder Judicial<sup>40</sup>.

Nuevo problema se presenta frente a la reforma constitucional de 1994, al introducir al Ministerio Público nacional en la Sección Cuarta del Título Primero (*Gobierno Federal*), como un poder independiente, de modo que podría sostenerse que el alzamiento en armas en contra de alguna de las personas del Ministerio Público con el fin de cambiarlo, encuadra en el delito de rebelión.

Como la ley habla de órganos de poder que son una consecuencia de la Constitución, no es delito de rebelión cuando el alzamiento es para derrocar los poderes de facto, aunque la "gente" lo apoye, ya que sería ampliar el tipo penal de manera analógica<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> CREUS, ob. cit., p. 176.

<sup>39</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 297/8.

<sup>40</sup> Soler sólo habla de la Corte Suprema de Justicia (ob. cit., § 134, V).

<sup>41</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 299; SOLER, ob. cit., § 134, V.

Por deponer se entiende la privación del cargo, que en los órganos colectivos puede ser parcial o total.

c) *Arrancarle alguna medida o concesión*

Implica la pretensión de obtener una disposición o resolución o cuando menos el otorgamiento de una cosa por parte de cualquiera de los poderes públicos nacionales. El alzamiento armado, en este caso, debe perseguir un hacer positivo, un obrar de manera activa, no quedando aquí atrapadas aquellas finalidades que busquen un omitir o un dejar de hacer, previstas en el siguiente párrafo de la norma en análisis. Resulta indiferente que la medida o concesión que se pretenda alcanzar sea legítima o ilegítima, lícita o ilícita, pues lo que se pune es el medio utilizado, es decir, el alzamiento en armas para obtenerla, con independencia de consideraciones valorativas de la finalidad que se persigue<sup>42</sup>.

d) *Impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales*

Se trata del alzamiento en armas con el fin de estorbar o imposibilitar materialmente que las personas que ocupan los cargos antes mencionados cumplan con las funciones judiciales, legislativas o ejecutivas que de acuerdo a la Constitución le correspondan. No se trata de suprimir las facultades, porque ello estaría contemplado en el cambio constitucional; tampoco se contempla que el alzamiento busque limitar o impedir que se ejerza el cargo de manera abusiva, ya que el pueblo conserva el derecho de resistencia<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 299; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 264; Creus (ob. cit., p. 177) habla de una forma de delitos contra la administración pública, que queda ahora en este título.

<sup>43</sup> CREUS, ob. cit., p. 177; NÚÑEZ, ob. cit., p. 300, con cita de GÓMEZ, t. V. La cuestión es en casos extremos, habida cuenta de que el pueblo no gobierna directamente, y que, además, en una república los órganos de contralor deben funcionar adecuadamente.

e) *Impedir, aunque sea temporariamente, la formación o renovación de los poderes nacionales en los términos y formas legales*

La acción del alzamiento en armas tiene por fin impedir la elección, la no asunción al poder, por parte de quien legítimamente debe desempeñarlo o que continúe en su cargo el funcionario quien ha terminado su mandato. Asimismo contempla el supuesto de oposición a la realización de los procedimientos constitucionales previstos para la formación o renovación de los poderes del Estado federal<sup>44</sup>.

La jurisprudencia, en general, ha dicho "Existe concurso aparente de leyes entre el delito de rebelión y el delito militar de motín no obstante la coincidencia objetiva de los tipos, toda vez que alzarse en armas (art. 226 del Cód. Pen.) equivale a cometer vías de hecho contra el superior (art. 683 del Cód. Justicia Militar), en la terminología del ordenamiento castrense, coincidiendo asimismo en cuanto a la pluralidad de militares intervinientes. Frente a ello es indudable que la distinción debe efectuarse a partir del tipo subjetivo de las figuras en cuestión, habida cuenta de que coinciden los hechos constitutivos del principio de ejecución de los dos delitos. Sólo este análisis es el que nos permite realizar la subsunción adecuada que no es otra que la de rebelión en razón de que la actividad grupal y organizada de los alzados en armas estuvo imbuida desde el inicio de las finalidades típicas exigidas por el especial elemento subjetivo de la rebelión, que prima facie consistió en impedir al Poder Ejecutivo, aunque fuera temporalmente, el libre ejercicio de su facultad constitucional"<sup>45</sup>.

"Lo que caracteriza a este delito (rebelión) es el especial elemento subjetivo del tipo, o sea, el propósito que conduce a alzarse en armas. Dicho elemento tiene un especial contenido constituido por una marcada dirección intencional que tiende al logro de alguno de los propósitos específicamente configurados en la letra de la ley. Se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización

<sup>44</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 300; CREUS, ob. cit., p. 177; SOLER, ob. cit., § 134, V.

<sup>45</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 22-3-88, "Incidente de incompetencia de C., O. y otros s/Infracción art. 142 del Cód. Pen.", causa 20.526, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 1, p. 12.

del tipo, es decir, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación e impulso...”<sup>46</sup>

“Cabe dejar de lado la calificación de rebelión, artículo 226 del Código Penal, si no surgen elementos que permitan afirmar que el procesado pretendió arrancar una medida o concesión a alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, sino que buscó, principalmente, llamar la atención de sus superiores orgánicos acerca del malestar existente en la fuerza Ejército a raíz de los problemas de carácter institucional producida por las consecuencias de la lucha antisubversiva...”<sup>47</sup>

“Reclamar una ‘solución política’ de cualquier naturaleza, implica el pretender obtener una medida o concesión del poder político: el gobierno nacional (art. 226 del Cód. Pen.)

”Para valorar la existencia o no del dolo específico (adviértase la terminología empleada por el Tribunal Supremo) que requiere el delito del artículo 226 del Código Penal, es imprescindible sopesar la factibilidad de hecho que el objetivo de modificar el contenido de la Constitución Nacional pudiera haber tenido en el ánimo de los atacantes...”<sup>48</sup>

“Corresponde declarar competente a la justicia federal, toda vez que en el hecho de autos el objeto de la acción fue el atentado contra el sistema constitucional, no el quebrantamiento de la disciplina. Pero es del caso señalar, que aun cuando se admitiera, por vía de hipótesis, una posible violación a la disciplina, que guardaría con el hecho sólo una relación mediata, de todos modos esa infracción no modifica el carácter del delito principal”<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, “C., O. H. s/Infracción arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 83.

<sup>47</sup> CSJN, 17-12-87, “Recondo, Ricardo Gustavo s/Denuncia infr. art. 226 del Código Penal”, *Fallos*: 310:2755, Comp. 322, Lib. XXI.

<sup>48</sup> CSJN, 17-3-92, “A., J. C. y otros s/Arts. 80, incs. 2°, 6° y 7°, etc. del Código Penal, ley 23.077”, causa 231.

<sup>49</sup> CNFed.CCorr., sala I, 22-3-98, “Incidente de incompetencia de C., O. y otros s/Inf. art. 142 del Cód. Pen.”, causa 20.526, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 1, p. 8.

#### IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, que además tiene un elemento subjetivo del tipo. El dolo, como es claro, sólo puede ser directo, por ende el error que lleva a la atipicidad es con respecto al dolo<sup>50</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo, llevan a que se trate de un delito de tendencia o motivación<sup>51</sup>, ya que su característica especial es, como se dijo, el elemento subjetivo del tipo, o sea, el propósito que conduce a alzarse en armas. Este elemento tiene un particular contenido, constituido por una dirección intencional que pretende alcanzar alguno de los propósitos específicamente contemplados en la letra de la ley. Cualquiera de estos propósitos perseguidos por el autor está más allá de la realización del tipo. Se requiere que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación e impulso. Con lo cual, la esencia de este delito está en el elemento subjetivo, lo que lleva a que el alzamiento en armas sólo tenga relevancia si existe esa intención del autor. El alzamiento en armas sólo es relevante típicamente, si se une a las finalidades antes dichas, por lo que por sí solo no tipifica el artículo 226.

#### V. Problemas de antijuridicidad. La justificación. Error

La jurisprudencia ha sostenido que “la orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que haya ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen, pues él no debe obediencia a sus superiores sino en la esfera de las facultades que éstos tienen, principio que no puede ofrecer dudas sino en los casos oscuros en que no es fácil discernir si el acto que se manda ejecutar está o no prohibido por la ley, o si se halla o no dentro de las facultades del que lo ordena. En autos no se aceptó tal eximente

<sup>50</sup> CREUS, ob. cit., p. 178.

<sup>51</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., ps. 87/9. Los elementos subjetivos del tipo fueron descubiertos por Fischer en 1911, y más tarde analizados por Hegler, Mayer y Mezger. Puede verse un interesante análisis de este punto en la obra de POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Corrientes, 2000.

porque una rebelión evidentemente es un crimen y ninguno de los que la ejecutaron puede llamarse inocente”<sup>52</sup>.

Y, además que “en situaciones como las que se pretende esclarecer, el sujeto cree estar obedeciendo una orden legítima, desde que parece razonable concebir a la obediencia como un error de prohibición insalvable sobre los presupuestos objetivos del deber de obediencia...”<sup>53</sup>

## VI. Consumación

Se trata de un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa ya que se perfecciona con el mero alzamiento en armas. El logro de las finalidades antes explicadas es indiferente. El triunfo de la rebelión carece de efectos jurídicos, ya que si los jueces y fiscales que deberían haber intervenido no lo hacen, cometiendo ellos mismos nuevos tipos delictivos, no borran ni justifican los delitos ya cometidos.

Por ende la impunidad no se logra sólo por la amnistía, ya que, según algunos autores, se puede invocar el estado de necesidad para salvar a la República en los casos en que el Poder Público altere la soberanía del pueblo y ataque los derechos humanos y garantías básicas elementales<sup>54</sup>. Se trata de un tema que no debe ser tratado en esta obra, debido a su alcance, pero que se rige por las reglas generales de la justificación.

La jurisprudencia sostuvo que “En este delito la ley se empeña en alcanzar el hecho en sus etapas preparatorias y de tentativa, ya que en muchos casos la consumación puede representar la destrucción de la ley misma. Este problema es resuelto en nuestra legislación exigiendo el alzamiento en armas como manifestación externa por la cual a un tiempo se comienza y se consuma la rebelión, no requiriendo la ley más que el alzamiento en armas, sin atender a que se consiga o no

<sup>52</sup> CNFed.CCarr., sala I, “C., O. H. s/Inf. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 59.

<sup>53</sup> CNFed.CCarr., sala I, 12-12-88, “Estrella, Luis Fernando y otros s/Rebelión”, causa 20.874, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 3, p. 46.

<sup>54</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 300; CREUS, ob. cit., ps. 177/8.

el resultado propuesto, se trata de un delito formal que excluye la tentativa<sup>55</sup>. “El delito de rebelión es especial porque se caracteriza por un alzamiento armado –faz objetiva– y por un especial elemento subjetivo, que es el fin por el cual se toman las armas. Por esto es que el único elemento de tener principio de ejecución es el objetivo, y éste consiste en comenzar a tomar las armas”<sup>56</sup>.

“El ilícito ha quedado consumado con el alzamiento en armas para impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de las facultades constitucionales”<sup>57</sup>. “El alzamiento en armas como actitud de levantamiento público, de resistencia y ataque organizado con finalidad concreta de enfrentamiento al poder constituido a los efectos de su derrocamiento, configura la rebelión aunque no se logre el propósito, bastando el móvil determinado por la ley...”<sup>58</sup>

## VII. Tentativa

Afirma Creus que en su estructura lógica el delito admite tentativa, pero habida cuenta de que existe la conspiración, ésta abarca la tentativa de rebelión<sup>59</sup>. La jurisprudencia ha seguido con esta idea, tal como se podrá ver: “En este delito la ley se empeña en alcanzar el hecho en sus etapas preparatorias y de tentativa, ya que en muchos casos la consumación puede representar la destrucción de la ley misma. Este problema es resuelto en nuestra legislación exigiendo el alzamiento en armas como manifestación externa por la cual a un tiempo se comienza y se consuma la rebelión. No requiriendo la ley más que el alzamiento en armas, sin atender a que se consiga o no el resultado propuesto; se trata de un delito formal que excluye la tentativa”<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> CNFed.CCarr., sala I, “C., O. H. s/Inf. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 83.

<sup>56</sup> CNFed.CCarr., sala I, “C., O. H.” cit.

<sup>57</sup> Ídem anterior, p. 81.

<sup>58</sup> CFed. de Tucumán, 29-11-67, “Méndez, Federico E. y otros”, L. L. 130-320, J. A. 968-III-519.

<sup>59</sup> CREUS, ob. cit., p. 178.

<sup>60</sup> CNFed.CCarr., sala I, “C., O. H. s/Inf. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 83.

## TIPOS AGRAVADOS

Artículo 226, párrafos 2º y 3º: “Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión.

”Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio”.

### I. Agravantes por las finalidades

a) La primera forma de esta agravante se da cuando la rebelión sea hecha con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno. Es una forma específica de cambiar la Constitución, ya que se busca, vía alzamiento de armas, producir un cambio permanente en el sistema democrático. La redacción llevó a que De Benedetti se preguntara qué significa sustitución del sistema democrático, en el sentido de cambiarlo por otro, incompatible con ese sistema político, o realizar una modificación que, sin suprimir la naturaleza democrática, adopte una organización distinta a la de la Constitución vigente. De Benedetti afirma que se trata, dentro del elemento subjetivo exigido, de la primera hipótesis, esto es, suprimir lisa y llanamente la forma democrática de gobierno reemplazándola por otra no democrática, ya que el segundo de los supuestos entra en el primer caso<sup>61</sup>.

b) La segunda forma comprende varios casos: la supresión del sistema federal, esto es eliminar el sistema de las provincias como entes anteriores a la Nación y por ende instaurar un sistema unitario de gobierno. Además, eliminar la división de poderes en el sentido de dar una preeminencia a alguno de ellos sobre los otros, que siempre, en la Argentina, ha significado darle mayor fuerza al Poder Ejecutivo,

<sup>61</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., ps. 756/7; CREUS, ob. cit., p. 180, pero con referencias a la diferencia entre la subversión y el terrorismo.

eliminando al Congreso de la Nación como poder de control, y colocando a la justicia como un mero aparato de control del poder administrativo. Sin embargo, hay que aclarar que esta idea de modificación es permanente<sup>62</sup>.

c) Una tercera forma es la abrogación de los derechos fundamentales de la persona humana. Afirma De Benedetti que se crea un tipo penal abierto, cuyo contenido habrá que buscarlo en la Constitución y en los pactos de derechos humanos incorporados a ella. Pero antes de esta incorporación general, había que tener en cuenta los artículos 1º a 33 de la Constitución Nacional y la ley 23.057 por la cual se había ratificado el Pacto de San José de Costa Rica. En este sentido, este último pacto de derechos humanos tiene una certeza y riqueza que sirve para interpretar el tipo penal<sup>63</sup>.

d) En cuanto a la supresión o el menoscabo, aunque sea temporalmente, de la independencia de la Nación, la doctrina ha sostenido que tiene el significado de poner en manos de otras potencias o de terceros, que no son los representantes de los órganos de gobierno del Estado, las decisiones políticas sobre planificación económica del país, de modo total o en determinadas áreas<sup>64</sup>.

De Benedetti afirma que en este caso se deja de lado la idea de permanencia. Pero la crítica que se hace a este tipo penal es que tiene contornos difusos y vagos, que lo tornan peligroso para los derechos básicos que se intenta proteger. No hace falta ser adivino para ver que esta forma de redactar una ley penal es más obra de sentimientos que de racionalidad. Además, es difícil afirmar hasta qué punto la independencia de un país en esta materia existe de manera plena, teniendo en cuenta la globalización<sup>65</sup>.

## II. Agravantes por la calidad de autor

En cuanto a la autoría, la ley, en el tipo básico, no pone restricción alguna, de manera que cualquier persona puede ser autora de este

<sup>62</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 757; CREUS, ob. cit., p. 180.

<sup>63</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., ps. 757/8.

<sup>64</sup> CREUS, ob. cit., p. 181.

<sup>65</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 758.

delito, especialmente en el tipo básico. Sin embargo hay que hacer una aclaración: el tipo básico que hemos explicado, esto es, el primer párrafo del artículo 226, requiere para su comisión el concurso de varias personas, pluralidad de agentes o reunión de personas en forma medianamente organizada.

El último párrafo de la norma citada contempla un supuesto de delito especial en sentido amplio<sup>66</sup>, que agrava el tipo penal, dado que si el autor resultara poseer estado militar, empleo o asimilación como tal, el mínimo de las penas establecidas para aquél se incrementará en un tercio.

El sentido de esta agravante tiene como fundamento la calidad del agente, "...dado que estos sujetos son los que tienen más facilidad para llevar adelante el delito, debido esencialmente a que cuentan con las armas con las cuales alzarse en armas"<sup>67</sup>.

Se entiende a las personas que incluyen los artículos 872 y 873 del Código de Justicia Militar, esto es a "todas las personas que, de acuerdo con las leyes orgánicas del ejército, la marina y la aeronáutica, tienen estado o empleo militar" (art. 872, párr. 4º). Además, tienen estado militar quienes formen los cuadros permanentes de las fuerzas armadas de la nación, incluso en situación de retiro, además, de las personas que, conforme a las mismas leyes, forman parte de las reservas de las fuerzas armadas, mientras se hallen prestando el servicio (párr. 2º). Tienen además, asimilación militar los componentes de la Gendarmería Nacional, así como otros cuerpos militarizados, que por sus leyes orgánicas o estatutos, se hallen sometidos a la jurisdicción militar (párr. 3º). Otros cuerpos militarizados son la Prefectura Marítima y la Policía Aeronáutica<sup>68</sup>.

Creus afirma que, con la expresión empleo militar, en los casos en que se produzca en circunstancias de guerra o de peligro inminente de ella y teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la razón de ser la mayor protección por esta figura agravada, se han intentado comprender a aquellos empleados que poseen empleos militares específicos, que los colocan en situación de constituirse en factores de

<sup>66</sup> DONNA, ob. cit., t. 2, p. 86.

<sup>67</sup> Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, 30-5-84, opinión del senador Fernando de la Rúa, ps. 495 y 496.

<sup>68</sup> CREUS, ob. cit., p. 181.

mayor peligro para el bien jurídico, aunque no se esté en una situación de guerra<sup>69</sup>, aun cuando para ello deba extenderse la categoría más allá de lo dispuesto por el Código de Justicia Militar<sup>70</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que “nuestras viejas leyes hubieran dicho, simplemente, empleo militar. Según la terminología actual, el estado militar corresponde a quienes, cualquiera sea su jerarquía, integran los cuadros permanentes, aunque estén retirados, y los convocados, así provengan de la reserva. El empleo militar se refiere también al personal civil de las fuerzas armadas y el personal civil movilizado. La asimilación se refiere a la gendarmería, prefectura, los liceos y la policía”<sup>71</sup>.

En síntesis, las categorías previstas en la disposición penal, a saber: estado militar, empleo militar o asimilación militar, se encuentran definidas en el Código de Justicia Militar (arts. 872 y 873), y pareciera que éste es un elemento normativo del tipo al que debe circunscribirse y limitarse la interpretación, de manera de hacerla compatible con el principio de legalidad.

La jurisprudencia ha sostenido sobre este punto que “En el delito de rebelión la participación criminal se manifiesta como un supuesto de coautoría o autoría conjunta necesaria, toda vez que entre los encausados existe un condominio del hecho, esto es, alzarse en armas para impedir a los poderes nacionales, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales”<sup>72</sup>. “De un alzamiento en contra de las autoridades civiles elegidas por la Constitución Nacional, surgen dos delitos, el de indisciplina a un superior, en este caso, el comandante de las Fuerzas Armadas y presidente de la Nación

<sup>69</sup> Creus (ob. cit., t. 2, ps. 181/182) considera sumamente restrictivo el concepto que da el Cód. de Justicia Militar acerca del empleo militar y explica que adoptando esta interpretación no se caería en analogía.

<sup>70</sup> El art. 873, inc. 2º, del Cód. de Justicia Militar dispone: “serán considerados como militares [...] durante el estado de guerra, o el de su peligro inminente, los ciudadanos, empleados y obreros de las reparticiones militares y de aquellas dependencias oficiales o privadas que el Poder Ejecutivo haya militarizado, para la mayor eficacia de los servicios”.

<sup>71</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 265; en la nota 22 hace una crítica a la reacción del artículo.

<sup>72</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, *in re* “C., O. H. s/Infracción arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”, causa 20.874, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 21.

(delito militar); el otro, el delito de rebelión, previsto en el Código Penal en forma agravada por la intervención de militares en su ejecución. De acuerdo con lo dicho la calidad de militar se encuentra en ambas figuras, por lo que torna inaplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el delito militar desplaza al común por aplicación del principio de especialidad. Ambos tipos se encuentran en una relación concursal aparente, que debe decidirse en favor del delito más severamente penado, con lo cual de la comparación entre ambos tipos penales (arts. 226 y 265 del Cód. Pen., y 642 y 645 del Cód. de Justicia Militar) resulta que el común es el delito más grave –rebelión– y excluye por lo tanto al militar<sup>73</sup>. “No procede imponer la agravante dispuesta en el tercer párrafo del artículo 226 del Código Penal al personal perteneciente al Servicio de Inteligencia de Fuerza Aérea, toda vez que los nombrados no poseen estado militar, estando reservada la adjetivación de asimilación militar para las fuerzas de seguridad militarizadas: Prefectura, Gendarmería, etcétera”<sup>74</sup>.

## JURISPRUDENCIA

### I. Tipo objetivo

1. La locución “alzarse en armas” del artículo 226 del Código Penal ha sido entendido como el movimiento más o menos organizado de personas que disponen de armas, acción que supone actividad conjunta dirigida a lograr alguno de los fines enumerados como típicos en esa disposición legal.
2. El alzamiento propio de la rebelión no tiene que estar representado por un tumulto público, tiene que ser público en el sentido de actividad masiva de un grupo y con idoneidad, por el número que forma aquél o por las armas de que se dispone, para oponerse a la fuerza del gobierno en hostilidad abierta.
3. El modo violento de irrupción en el regimiento, la forma del

<sup>73</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 19-12-84, *in re* “Videla, Jorge R. s/Excepción de incompetencia”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1984, N° 3, p. 591.

<sup>74</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, *in re* “C., O. H. s/Infracción arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Penal”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 86.

movimiento insurreccional, la disposición de los miembros del grupo atacante, la calidad y cantidad del armamento utilizado, permiten colegir que en principio se hallarían acreditados los presupuestos fácticos previstos en el artículo 226 del Código Penal.

CFed. de San Martín, 22-3-89, "Hechos acaecidos en el RJM 3 La Tablada", E. D. 133-171

## II. Consumación y tentativa

El gobierno revolucionario triunfante en marzo de 1976, por los fines que lo inspiraron, se apoyó en el asentimiento –al menos tácito– de la mayoría del pueblo argentino. Con independencia de su desarrollo ulterior o sea del concepto que luego merecieran sus actos de gobierno, no puede negarse que esa voluntad ab initio existió, aunque sea en apariencia, y ello dio sustento y justificación jurídica a ese acto, que así escapa al ámbito del Derecho Penal como posible objeto de reproche. A la luz de los principios analizados resulta obvio que el acto revolucionario que determinó la toma del poder por la Junta Militar en marzo de 1976 no constituye rebelión en el sentido del Código Penal.

JInst. Nº 23 de la Capital Federal, 12-4-84, "V., C. E. y otros", E. D. 108-528

## III. Concurso de leyes

1. Corresponde resolver por medio del principio de consunción el "concurso aparente de leyes" que se presenta al relacionarse entre sí los tipos penales de rebelión y motín con pretensión, ambos, de ser aplicados a un mismo caso concreto.

2. De acuerdo a lo establecido por el artículo 226 del Código Penal, "alzarse en armas" equivale a "cometer vías de hecho contra el superior" (art. 683, Cód. de Justicia Militar), en la terminología del ordenamiento castrense, coincidiendo asimismo en cuanto a la pluralidad de militares intervinientes. Ahora bien, los distintos bienes jurídicos protegidos por el motín –disciplina militar– y por la rebelión –los poderes públicos y el orden constitucional– no excluyen sin más la existencia del concurso de leyes por cuanto dicha circunstancia resulta indiferente. De tal modo, la consunción asume

así una bidimensional función protectora de la disciplina militar y de los poderes públicos y el orden constitucional.

3. La ley 23.077, que reprime a los atentados al orden constitucional y a la vida democrática, ha priorizado el valor jurídico que tutela —el amparo de la democracia por medio de la defensa de sus instituciones— por sobre el orden castrense y la disciplina militar. En el caso de autos, cabe concluir que por tratarse de una única acción que se subsume en disposiciones que se relacionan en concurso aparente, el delito de rebelión consume al de motín ya que, en definitiva, el atentado contra el orden constitucional comporta la más grave de las indisciplinas toda vez que no sólo produce un agravio al régimen castrense, sino, fundamentalmente, a la comunidad entera.

4. A excepción de la agravante contenida en el párrafo 3º del artículo 226, según ley 23.077, no existe en el cuerpo normativo analizado distinción alguna en orden al o a los sujetos activos de las conductas incriminadas, razón por la cual no cabe efectuar diferencia por la calidad o condición profesional de las personas, situación que permite determinar que sus prescripciones, tanto las sustanciales como las de forma, son aplicables en idéntico grado y medida tanto a ciudadanos civiles como a aquellos que posean estado militar, por cuanto el deber de respeto a las instituciones republicanas, como a su forma de gobierno, es exigible a todos por igual.

5. La rebelión definida en el artículo 226 del Código Penal (versión ley 23.077) y la prevista en el artículo 642 del Código de Justicia Militar se encuentran vinculadas entre sí por lo que se conoce como concurso aparente de leyes. Y en tal sentido, debe repararse en que no siempre que exista rebelión habrá de existir el motín y a la inversa es posible enfrentarse a un motín sin que el mismo pueda concluirse en rebelión (del voto en disidencia del Dr. Archimbal).

6. Si eventualmente la justicia federal entendiéndose en el concurso ideal existente entre rebelión y motín e hipotéticamente llegase a entender que no se cometió el delito de rebelión, se encontraría impedida de sancionar el delito de motín por ser éste ajeno a su jurisdicción, y, a su vez, la justicia militar no podría hacerlo, porque la decisión del Tribunal Federal habría recaído sobre un mismo hecho ya analizado —*non bis in idem*— con lo que se consagraría la impunidad, ya que las decisiones judiciales se refieren a hechos y no a calificaciones. Por el contrario, la justicia militar, única

competente para juzgar el motín, puede, en virtud de la norma contenida en el artículo 870 del Código de Justicia Militar, analizar la totalidad del concurso (arts. 683, Cód. de Justicia Militar y 226, Cód. Pen.), lo que impediría llegar a una solución liberatoria impediendo de una sanción por el encuadre subsistente respecto del único hecho (del voto en disidencia del Dr. Archimbal).

CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

#### **IV. Competencia. Incompetencia del fuero militar ante cualquier falta de disciplina cometida en el transcurso de una rebelión**

Pretender afirmar que cualquier falta a la disciplina cometida en el transcurso de una rebelión por personal militar provoca desplazamiento de la jurisdicción del ámbito federal al tribunal administrativo de sus propios pares en razón de imprevisiones de la ley 23.077, implicaría una abierta oposición a los principios de interpretación de las leyes sentadas por el alto tribunal al afirmar que ellas deben entenderse siempre en forma tal que el propósito que las inspira se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, indagándose el verdadero alcance de la norma mediante un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador.

CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

#### **V. Concurso de delitos**

##### **1. *El delito de rebelión y el delito militar de motín***

1. Existe concurso aparente de leyes entre el delito de rebelión y el delito militar de motín no obstante la coincidencia objetiva de los tipos, toda vez que alzarse en armas (art. 226 del Cód. Pen.) equivale a cometer vías de hecho contra el superior (art. 683 del Cód. Justicia Militar), en la terminología del ordenamiento castrense, coincidiendo asimismo en cuanto a la pluralidad de militares intervinientes. Frente a ello es indudable que la distinción debe efectuarse a partir del tipo subjetivo de las figuras en cuestión, habida cuenta de que coinciden los hechos constitutivos del principio

de ejecución de los dos delitos. Sólo este análisis es el que nos permite realizar la subsunción adecuada que no es otra que la de rebelión, en razón de que la actividad grupal y organizada de los alzados en armas estuvo imbuida desde el inicio de las finalidades típicas exigidas por el especial elemento subjetivo de la rebelión, que prima facie consistió en impedir al Poder Ejecutivo, aunque fuera temporalmente, el libre ejercicio de su facultad constitucional.

2. Por tratarse de una única acción que se subsume en disposiciones que se relacionan en concurso aparente, el delito de rebelión consuma el de motín ya que en definitiva, el atentado contra el orden constitucional comporta la más grave de las indisciplinas toda vez que no sólo produce un agravio al régimen castrense, sino, fundamentalmente, a la comunidad entera.

3. El concurso aparente de leyes se da entre los tipos penales que serían aplicables en la especie porque existe una relación de consumación que justamente consiste en la circunstancia de que el ilícito y la culpabilidad de uno están incluida y consumada en el otro. Esto ocurre así, porque uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplimiento de la función punitiva no sólo por cuenta propia sino por cuenta de otro tipo. De tal modo la consumación asume así una bidimensional función protectora de la disciplina militar y de los poderes públicos y el orden constitucional.

CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## 2. *Concurrencia real entre el delito de rebelión y el entorpecimiento del tráfico aéreo*

Concorre materialmente el delito de rebelión con el de entorpecimiento del tráfico aéreo, toda vez que este último no se ha producido como consecuencia necesaria e ineludible del delito de rebelión, ni constituyó un acto imprescindible para consumarlo, sino que, por el contrario, se trató de un hecho independiente que, por lo tanto, obedeció a una mera y distinta resolución criminal de los acusados, inspirada en la consecución de diferentes propósitos delictuosos.

CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### 3. *Concurso aparente. Consunción del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra en la figura de rebelión*

La simple tenencia de armas y materiales explosivos concurre en forma aparente por consunción con la figura de rebelión. Este tipo de concurso se da cuando la realización de un tipo –generalmente más grave– incluye la realización de otro –menos grave–. Se fundamenta tal aserto en la circunstancia de que el delito de rebelión implica, necesariamente, la tenencia de armamento, situación que caracteriza el alzamiento. Es imprescindible aclarar entonces que las armas, municiones y materiales explosivos, con que los imputados efectuaron el copiamiento de la aeroestación, fueron tomados en su mayor parte de la sala de armas existente en el lugar, y justamente esa acción fue el comienzo de ejecución de la rebelión, por lo que no existió una tenencia previa y distinta a la acción de rebelarse por parte de los acusados.

CNFed.CCCorr., sala I, 8-7-88, “C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”

## VI. **Diferencias con el delito de motín militar**

El motín es determinado únicamente por actos del servicio militar y es una forma grave de insubordinación, porque es colectiva, concertada y armada, y como tal, supone en alto grado la perversión del sentimiento militar, base esencial de disciplina y le acarrea a ésta peligros tan graves e inmediatos que se hace necesario, para evitar los efectos del contagio, castigar pronto y en forma dura, mientras que la rebelión sea el alzamiento armado con fines que se relacionan tan sólo con las instituciones o con la marcha del gobierno, no supone el mismo grado de perversión del sentimiento militar, porque no es hija de la repulsión o de la resistencia a los actos de servicio, sino de una perturbación momentánea producida por un ambiente que actúa sobre todos los espíritus, lo mismo del militar que del particular.

CNFed.CCCorr., sala I, 8-7-88, “C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.”

## VII. **Obediencia debida. Naturaleza de la orden**

La orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente su-

bordinado que haya ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen, pues él no debe obediencia a sus superiores sino en la esfera de las facultades que éstos tienen, principio que no puede ofrecer dudas sino en los casos oscuros en que no es fácil discernir si el acto que se manda ejecutar está o no prohibido por la ley, o si se halla o no dentro de las facultades del que lo ordena. En autos no se aceptó tal eximente porque una rebelión evidentemente es un crimen y ninguno de los que la ejecutaron puede llamarse inocente.

CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### **VIII. Coautoría o autoría conjunta**

En el delito de rebelión la participación criminal se manifiesta como un supuesto de autoría conjunta necesaria o coautoría, toda vez que entre los encartados existe un codominio del hecho, esto es, alzarse en armas, para impedir a los poderes nacionales, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales.

CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### **IX. Configuración del tipo**

Las intimaciones previstas en el artículo 231 del Código Penal, ninguna influencia ejercen sobre la existencia del delito de rebelión, ilícito que ha quedado consumado con el alzamiento en armas para impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de las facultades constitucionales, circunstancia que surge de modo evidente del texto de la ley que comienza afirmando: "Luego que se manifiesta la rebelión..."

CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## X. Elemento objetivo del tipo

1. El elemento objetivo del delito de rebelión está constituido por el alzamiento en armas, esto es, un levantamiento grupal, más o menos tumultuoso y relativamente organizado, en el que sus miembros disponen de armamento, aunque no llegue a ser utilizado.

2. Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva la conducta del grupo de militares que se alza en armas para impedir que la Fuerza Aérea reprima a los rebeldes del ejército conforme a lo dispuesto por el PEN, en uso de sus facultades constitucionales, se subsume en el delito militar de motín previsto por el artículo 683, del Código de Justicia Militar, y en el delito común de rebelión reprimido por el artículo 226 del Código Penal, con la agravante del artículo 235, párrafo 3°.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. /Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## XI. Principio de ejecución

El delito de rebelión es especial porque se caracteriza por un alzamiento armado —faz objetiva— y por un especial elemento subjetivo, que es el fin por el cual se toman las armas. Por esto es que el único elemento de tener principio de ejecución es el objetivo, y éste consiste en comenzar a tomar a las armas.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## XII. Importancia del elemento subjetivo

Lo que caracteriza a este delito es el especial elemento subjetivo del tipo, o sea, el propósito que conduce a alzarse en armas. Dicho elemento tiene un especial contenido constituido por una marcada dirección intencional que tiende al logro de alguno de los propósitos específicamente configurados en la letra de la ley. Se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo, es decir, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, motivación e impulso.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### **XIII. Exclusión de la tentativa**

En este delito la ley se empeña en alcanzar el hecho en sus etapas preparatorias y de tentativa, ya que en muchos casos la consumación puede representar la destrucción de la ley misma. Este problema es resuelto en nuestra legislación exigiendo el alzamiento en armas como manifestación externa por la cual a un tiempo se comienza y se consuma la rebelión. No requiriendo la ley más que el alzamiento en armas, sin atender a que se consiga o no el resultado propuesto, se trata de un delito formal que excluye la tentativa.

CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### **XIV. Inaplicabilidad**

No puede prosperar el pedido de la defensa respecto del beneficio que otorga el artículo 232 del Código de fondo a quienes cometieron el delito de rebelión y desistieron de continuar en dicha actitud, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, toda vez que los imputados realizaron dichos delitos, lo cual impide que su conducta encuadre en la norma descripta.

CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

### **XV. Intimaciones**

1. Las intimaciones previstas en el artículo 231 del Código Penal no tienen una forma especial de practicarse, como otrora se manifestaban con procedimientos sacramentales expresamente incorporados a los textos legales, que resultarían hoy obsoletos. El legislador ha eliminado del Código Penal la previsión de un método específico y determinado de antemano para todos los supuestos, a efectos de concertar las intimaciones, dejando un cierto grado de elasticidad a la autoridad interviniente, para que, antes de proceder a hacer uso de la fuerza, pueda seleccionar el que considere más adecuado e idóneo, evaluando para ello las características propias y especiales que cada caso pueda presentar.

2. Las intimaciones previstas en el artículo 231 del Código Penal

constituyen una suerte de puente de plata tendiente a que los sublevados se disuelvan o retiren. La ley no ha querido proceder por medios enérgicos para desbaratar una rebelión o sedición sin emplear antes las medidas suaves, los medios de comunicación, que pueden hacer inútiles aquellos otros.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## **XVI. Agravante. Imprudencia. Personal del Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea**

1. No procede imponer la agravante dispuesta en el tercer párrafo del artículo 226 del Código Penal al personal perteneciente al Servicio de Inteligencia de Fuerza Aérea, toda vez que los nombrados no poseen estado militar, estando reservada la adjetivación de asimilación militar para las fuerzas de seguridad militarizadas: Prefectura, Gendarmería, etcétera.

2. El juego armónico de los artículos 231 y 232 del Código Penal, beneficia a quienes no resulten promotores o directores del delito de rebelión, no porque exista un desistimiento a consumar, sino porque lo que se busca es la evitación de un mal mayor por un medio menos gravoso.

CNFed.CCarr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen."

## **AMENAZA DE REBELIÓN**

Artículo 226 bis: "El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años".

### **I. Antecedentes**

La ley 23.077 incluyó por su artículo 7º el 226 bis, como tipos penales similares a los artículos 211 y 212 del Código Penal, antes vistos.

## II. Bien jurídico protegido

Se protege el orden constitucional y la vida democrática, de acuerdo al nombre del título del delito y a la explicación antes dada.

## III. Tipo objetivo

Tal como se dijo, se ha tipificado una conducta similar a los artículos 211 y 212 del Código Penal, que se diferencian sólo en el aspecto subjetivo, con una disminución de pena que es ilógica frente al bien jurídico protegido.

La conducta es la de “amenazar con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226”. Esto significa que es la voluntad del autor realizar o concurrir a realizar el delito de rebelión, en cualquiera de sus formas<sup>75</sup>.

La amenaza debe ser pública, de modo que alcance un número indeterminado de personas, aunque la difusión, por otras razones, no se haya podido concretar. La expresión amenazar públicamente es inequívoca y concreta. De Benedetti afirma que la palabra “idóneamente” creará dudas y discrepancias en su interpretación, tanto doctrinal como jurisprudencial<sup>76</sup>. Para ello se cita al diccionario de la Real Academia Española; idóneo significa: “que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa”. El autor antes citado afirmaba que, en este sentido, se ha utilizado en la tentativa en cuanto a que los actos, *ex ante*, sean suficientemente idóneos para llegar a la consumación. El problema consiste en que la expresión no es feliz frente a la precisión que debe tener la descripción de un tipo antijurídico. La propuesta de De Benedetti es entenderla como si fuera la tentativa<sup>77</sup>. Creus, en similar idea, exige que la amenaza sea idónea, en el sentido de la posibilidad real, *ex ante*, de realizar el hecho pro-

<sup>75</sup> CREUS, ob. cit., p. 183.

<sup>76</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 759.

<sup>77</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., ps. 759/0; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 266, en donde afirma que la experiencia muestra que tales cosas no se anuncian hasta que se llevan a cabo.

metido, de modo que no debe analizarse el tema desde la posición en que se haría con las amenazas de los artículos 149 y 149 bis<sup>78</sup>.

En este aspecto debe diferenciarse del artículo 3° de la ley 13.569, que sólo exigía la mera difusión. En este sentido afirmaba el senador Martiarena que la expresión amenaza es vaga y que, desde otra perspectiva, era ingenuo pensar que alguien iba a amenazar con un alzamiento de armas<sup>79</sup>.

La jurisprudencia ha dicho que “si mediante una publicación se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o a la sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa”<sup>80</sup>. Y, además: “En nuestra Constitución no ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o a la sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa. Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso”<sup>81</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

El delito es doloso, y exige dolo directo. La norma contiene un elemento subjetivo del tipo, en el sentido de que la amenaza se debe hacer afirmando que se va a realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 226, es decir, sustancialmente el sujeto debe advertir que se levantará en armas con los fines dados por la norma en cuestión.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma en el momento en que las amenazas se ex-

<sup>78</sup> CREUS, ob. cit., p. 183.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> CSJN, 7-4-92, “Abad, Manuel Eduardo y otros s/Calumnias e injurias”, causa 18.880, A. 163, Lib. XXIII.

<sup>81</sup> CSJN, 12-3-87, “Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros”, causa 752.XIX, disidencia del Dr. Carlos Fayt, *Fallos*: 310:508.

presen públicamente, de manera que como se trata, según la doctrina, de un delito de peligro abstracto, no sería posible la tentativa. Para nosotros es un delito de acción peligrosa concreta, en relación al bien jurídico protegido.

### CONCESIÓN DE PODERES TIRÁNICOS

Artículo 227: “Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las Legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (art. 29 de la Constitución Nacional)”.

#### I. Antecedentes

La norma es una consecuencia de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que expresamente afirma: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor, o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Afirma Núñez que la norma no tiene antecedentes en la legislación extranjera, debido a que se basa en hechos que pasaron en la historia política argentina<sup>82</sup>.

Afirma Moreno que no obstante la necesidad de la previsión habida cuenta de lo establecido en el precepto constitucional, que es un orden, ni el Código vigente en la época ni la ley federal de 1863 contenían disposición alguna.

<sup>82</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 302.

### 1. *El proyecto de 1891*

Éste fue el proyecto que introdujo el artículo al Código Penal y en la Exposición de Motivos se decía: “Es también un atentado directo contra la Constitución Nacional y, por consiguiente, importa el delito de rebelión, el hecho de los miembros del Congreso que concedieren al presidente de la República y de los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias o les otorgaren sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o alguna persona. El artículo 29 de la Constitución hace extensiva para este caso la pena del delito de traición y así lo consigna el artículo 271 del proyecto”<sup>83</sup>.

### 2. *Breve análisis de los antecedentes de la Constitución*

El artículo 29 llega a la Constitución argentina habida cuenta de que durante su gobierno, Juan Manuel de Rosas acudía a la Sala de Representantes de Buenos Aires infundiéndoles temor sobre los peligros que amenazaban la existencia política y la libertad civil y, bajo esa presión, solicitaba las facultades extraordinarias que ejercía según su ciencia y conciencia, mientras, como dice De Vedia, la Sala de Representantes se ocupaba de asuntos inocuos. Ésta es la idea de Núñez cuando afirma que el artículo 29 de la Constitución Nacional es una reacción contra los poderes tiránicos otorgados por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires al gobernador Rosas, por las leyes del 6 de diciembre de 1829, 7 de marzo de 1835 y 20 de septiembre de 1851<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> MORENO, ob. cit., ps. 91/92.

<sup>84</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 305. Es interesante citar la ley del 7 de marzo, pues allí se decía: “Art. 1º Queda nombrado Gobernador y Capitán General de la Provincia, por el término de ley, el Brigadier General don Juan Manuel de Rosas. Art. 2º Se deposita la suma del poder público de esta Provincia en la persona del Brigadier General don Juan Manuel de Rosas, sin más restricciones que las siguientes: 1º Que deberá conservar, defender y proteger la Religión Católica Apostólica Romana del Estado. 2º Que deberá sostener y defender la Causa Nacional de la Federación que han proclamado todos los pueblos de la República; y observar y cumplir fielmente el artículo adicional sancionado por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en sesión de 8 de junio de 1833, que es del tenor siguiente: ‘La Provincia de Buenos

Para aquellos que justifican estas atrocidades de la tiranía, vale la pena hacer una comparación de los años en que esto ocurría en Argentina y lo que pasaba en otros pueblos, en donde ya había llegado la revolución francesa, el liberalismo se extendía, pese a las resistencias del viejo régimen, y la lucha por la revolución racional ganaba partidarios. Acá, mientras tanto, se seguía en el medioevo<sup>85</sup>.

Siguiendo con esta idea, decía De Vedia que de esta forma se quería tranquilizar al país con una condena explícita de aquel sistema de gobierno para poner una barrera contra los desbordes de la fuerza y un medio de encauzar la actividad nacional, y agregaba el autor: "Ésta es la única explicación y defensa de esta cláusula famosa, que no resiste a la crítica"<sup>86</sup>.

Y no resiste el menor análisis, ya que el Congreso no tiene otros poderes que los enumerados en la Constitución y sólo puede ejercer las facultades que le han sido dadas. Sin embargo se quiso dar mayor fuerza a la forma negativa del artículo, hiriendo de nulidad los actos prohibidos y castigando a los autores bajo la responsabilidad de los traidores a la patria. Sin embargo, afirma Núñez que como el Derecho Penal es el último resorte para el cumplimiento de determinadas obligaciones legales, el artículo se justifica y es necesario como norma política superior tendiente a asegurar represivamente la limitación de las facultades de los Poderes Ejecutivos de la Nación y de las provincias,

Aires no se reunirá en Congreso con las demás provincias que componen la República Argentina, sino bajo la forma federal". 3º Que guardará y hará cumplir todos los tratados, convenios y estipulaciones que esté obligada a observar esta Provincia del modo que corresponda. Art. 3º El ejercicio de este poder extraordinario durará todo el tiempo que la honorable Sala juzgue necesaria la salud pública" (NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 305, nota 73). Toda una expresión de nuestro país, de sus antecedentes, y de lo que ha ocurrido desde siempre y que parece que no tiene arreglo. Adviértase que los golpes militares han sido lo mismo y a veces con consentimiento de gran parte de la llamada "gente". Quizás se entienda aquella expresión de una profesora de la Universidad de Buenos Aires, citando a Hegel, de que el espíritu parece no posarse sobre la Argentina.

<sup>85</sup> Véase ESTRADA, *Curso*, t. II, p. 31; NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 307; SOLER, ob. cit., t. IV, 134, V.

<sup>86</sup> DE VEDIA, Agustín, *La Constitución Argentina*, p. 128, citada por MORENO, ob. cit., p. 92.

como garantía esencial de la división de las facultades de gobierno y, de este modo, del impedimento de la dictadura y de la tiranía<sup>87</sup>.

El mismo De Vedia afirma que en el Congreso de 1853 se intentó eliminar el artículo, pero defendido por Gorostiaga y Zapata, quedó subsistente. Esta norma, afirma la doctrina, es solamente una declaración, ya que la traición consiste únicamente en tomar las armas contra la Nación, o unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro<sup>88</sup>.

Siguiendo a la Constitución, afirma Moreno, el Código Penal declara que los autores del delito tendrán la pena de los traidores. "Dicha pena es una amenaza pues los agentes del delito tienen que ser los que están ejerciendo o compartiendo la autoridad reprobada, que se mantiene fuera de las leyes, pero que impone su dominio de hecho. No habría, por consiguiente, quien aplicara los castigos, salvo la circunstancia de que cambiara el sistema, y para eso sería seguramente necesario el movimiento armado"<sup>89</sup>.

Núñez termina afirmando que "nuestro desenvolvimiento político ha demostrado que no sólo puede repetirse el hecho previsto por el artículo 29, sino que las facultades extraordinarias también pueden tener como otorgante al poder militar"<sup>90</sup>.

## II. Bien jurídico protegido

Se trata de un acto de traición a la patria, de acuerdo con Núñez, y sujeta a los autores a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. Sin embargo, el Código Penal no considera el hecho como una traición sino como una rebelión<sup>91</sup>.

La discusión puede zanjarse afirmando que se trata de una rebelión pero cometida mediante una traición a las instituciones, como lo decía la Corte Suprema de la Nación<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 308.

<sup>88</sup> DE VEDIA, ob. cit., citado por MORENO, ob. cit., p. 95. Véase ampliamente MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 249 y ss.

<sup>89</sup> MORENO, ob. cit., p. 93.

<sup>90</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 308. Ver la nota 83 de esa página y la cita que hace sobre el trabajo de Soler en J. A. del 30-3-68 sobre el tema.

<sup>91</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 309.

<sup>92</sup> CSJN, 10-12-41, *Fallos*: 191:388.

Núñez afirma que es una traición por dos razones:

- a) La propia Constitución no sólo remite a la pena, sino también a la responsabilidad de los infames traidores a la patria.
- b) Se trata, además, de una traición interna cuyo objeto de ataque es el orden constitucional, “subvertido por el abuso infidente del mandato recibido del Pueblo, cometido en perjuicio de la vida, el honor o la fortuna de sus componentes”<sup>93</sup>.

Dogmáticamente, se trata de proteger la vida, el honor y la fortuna de los argentinos. De modo que esos bienes deben haber corrido cierto peligro, futuro, en palabras de Aguirre Obarrio. Pero debe tenerse en cuenta que esos bienes son de la comunidad y no de una persona en particular. Esto es, los argentinos.

Además, se viola la división de poderes y la protección individual de las personas, dejando todo en manos de una persona<sup>94</sup>.

### III. Tipo objetivo

#### 1. *El problema de la Constitución y el texto legal*

Existe una diferencia entre el tipo legal y el texto de la Constitución. Ésta agrega en el párrafo 2º: “Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que la formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. De modo que, como lo expresa Creus, se punen, además de la concesión, las acciones de formular, consentir y firmar actos de tal naturaleza<sup>95</sup>. Creus afirma que, debido a que el Código Penal no puede innovar las acciones punibles, deben considerarse como tales a las enumeradas en el artículo 29 de la Constitución Nacional<sup>96</sup>. Núñez, por su parte, afirma que el artículo 227 debió repetir textualmente el artículo 29 de la Constitución Nacional, ya que éste es una garantía para los habitantes de la Nación que no puede ser alterada por el legislador. Las diferencias que encuentra Núñez son más amplias. En primer lugar, en cuanto a los sujetos, ya que el artículo 227 considera

<sup>93</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 309.

<sup>94</sup> Véase MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 259.

<sup>95</sup> CREUS, ob. cit., t. 2, p. 184.

<sup>96</sup> CREUS, ob. cit., p. 184.

como tales a los miembros del Congreso o de las Legislaturas Provinciales, y, además, el artículo 29 castiga las acciones de formular, consentir o firmar la concesión de los poderes tiránicos. También hay diferencia en cuanto a la pena: el Código sólo establece la pena privativa de libertad, en cambio la Constitución agrega la nota de infamia. La síntesis de Núñez es la siguiente: “La consecuencia de la diferencia de textos es que el legal debe complementarse, en razón de su subordinación al constitucional, con los agregados que el artículo 29 le hace al tipo delictivo y a la pena del artículo 227”<sup>97</sup>, y tiene razón, claro que el Congreso de la Nación todavía no captó el problema.

## 2. *Las acciones típicas*

Las acciones típicas son las de conceder, formular, consentir o firmar.

Concede el que otorga poderes extraordinarios, es decir, el legislador que vota afirmativamente. Es darle esos poderes al Ejecutivo mediante la sanción de una ley<sup>98</sup>. El delito es formal, ya que no exige una efectiva lesión al orden constitucional, desde que subsiste la posibilidad del veto. La aprobación de sólo una de las Cámaras es sólo una formulación<sup>99</sup>.

Formular es cuando los legisladores presentan, sostienen o apoyan el proyecto.

La firma comprende la de los presidentes de las Cámaras en las leyes o la de los despachos de comisión y proyectos.

El consentir lleva a que la doctrina se divida en la interpretación. Los constitucionalistas afirman que el artículo se refiere exclusivamente a los legisladores, porque su actitud es deplorable (Bidart Campos). Ramos, Molinario y Fontán Balestra siguen esta posición, ya que ningún funcionario menor puede ser alcanzado por la norma. Eusebio Gómez incluyó al destinatario, al igual que Soler. Creus incluye al Ejecutivo que no veta, y a los jueces que no declaran la inconstitucionalidad. Núñez y Laje Anaya incluyen a todos los que intervienen en el trámite<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 310. Sin definirse explícitamente SOLER, ob. cit., § 134, V; muy claramente AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 253 y ss.

<sup>98</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 311; CREUS, ob. cit., p. 184; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 254.

<sup>99</sup> NÚÑEZ, ob. cit.

<sup>100</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 255.

A nuestro juicio, sólo son autores los legisladores, y los secretarios que dan fe pública, porque ellos pueden oponerse, habida cuenta de la ilicitud, de modo que son partícipes del hecho. El presidente es el que consiente, al igual que los jueces que no dictan la inconstitucionalidad y nulidad de los actos, quienes podrán ser partícipes pero nunca autores.

### 3. Objeto

Las facultades extraordinarias son aquellas que no corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo, ya sean de otro poder, como el Judicial, como del propio poder administrador. En otras palabras, significa suprimir la división de poderes, concentrando en el poder administrador todas las funciones del Estado. También implica dar facultades que no existen, como ser la ocupación de la propiedad privada. Pero la idea esencial es que esas delegaciones son irrazonables, porque otorgan una supremacía por la cual la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de ese poder, o más aún, de la persona que conforma el poder<sup>101</sup>. Lo que busca la Constitución es garantizar los derechos fundamentales que se enumeran, en contra de los ataques del Poder Ejecutivo, que es posibilitado por la traición del Poder Legislativo al pueblo<sup>102</sup>.

Núñez afirma que el otorgamiento consiste en establecer la sumisión o la supremacía mediante ley formal. Las sumisiones representan la subordinación o sometimiento al Poder Ejecutivo de la existencia, estructura, integración o garantía correspondiente a uno u otro poder. Las supremacías son superioridades jerárquicas funcionales; son la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo o Judicial, en lo que respecta a materias que le incumben constitucionalmente<sup>103</sup>.

### 4. Sujeto pasivo

Núñez ha sostenido que la protección sólo se refiere a los argentinos, tanto nativos como naturalizados o por adopción, pero no a todos los habitantes, ya que sería ampliar de manera ilegal el texto del tipo penal.

<sup>101</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 255; NÚÑEZ, ob. cit., p. 314.

<sup>102</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 314.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

#### IV. Tipo subjetivo

El delito es doloso y sólo se admite el dolo directo. Aguirre Obarrio afirma que eso es así en todas las acciones, mas no en cuanto a la vida, honor y fortunas que quedan a merced de nadie, ya que si el legislador duda y actúa, implica que no le interesa esa protección<sup>104</sup>.

#### V. Consumación

El delito se consuma con la concesión de los poderes extraordinarios o con la inactividad de quien pudiendo impedirlo no lo hace, pero la concesión debe seguir los trámites de la ley. La tentativa es posible.

#### VI. La pena

Es de infames traidores a la patria, pero dicha sanción no se encuentra en el Código, de manera que sólo queda la pena privativa de libertad<sup>105</sup>, aunque Núñez afirma la nota de infamia<sup>106</sup>. El problema está en la remisión del artículo 227, esto es, a qué pena. El texto es expreso en cuanto a la remisión al artículo 215. Gómez, sin embargo, remite a la traición simple<sup>107</sup>.

### JURISPRUDENCIA

El delito de traición a la patria no sólo puede cometerse mediante la aprobación de una ley única, sino también a través de varios actos que, sin presentar características de exclusividad, lleguen al mismo fin de tiranizar a la República, ya sea otorgando facultades extraordinarias o la suma del poder público, como concediendo sumisiones o supremacías por las cuales la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de persona alguna.

CFed.CCcorr. de la Capital, 12-3-57, L. L. 87-61

<sup>104</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 257.

<sup>105</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 257/8.

<sup>106</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 320.

<sup>107</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 320; GÓMEZ, ob. cit., t. V, ps. 429/30.

El delito de traición a la patria, conforme a los artículos 29 de la Constitución Nacional y 227 del Código Penal, supone la concentración en el gobernante, dispuesta explícita e implícitamente por los legisladores, de poderes o atribuciones de tal manera que la vida, el honor, o la fortuna de los habitantes quede a merced de aquél sin recurso alguno; por ello, no se configura cuando se conserva aunque sea en mínima parte la estructura constitucional.

C3°CCorr. de La Plata, 14-5-57, J. A. 1957-II-374

### CONSENTIMIENTO DEL ESTADO DE REBELIÓN

Artículo 227 bis, párrafo 1º: “Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes”.

#### **Análisis general de la norma**

Todo el artículo 227 bis tiene un carácter de prevención general, habida cuenta de que, en la historia de la Argentina, los golpes de Estado sólo fueron posibles por la participación de los civiles en estos actos contrarios al orden jurídico. La crítica que se hace es que el nuevo gobierno de facto de seguro derogará esta norma, de modo que cuando vuelva el orden constitucional se aplicaría la ley más benigna, y, por ende, no será posible el castigo. Sin embargo, el razonamiento peca de falta de juridicidad, ya que la nueva ley dictada por el Poder Ejecutivo de facto no es tal de acuerdo a lo previsto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, ya que sólo el Congreso de la Nación puede dictar leyes penales. De manera que, vuelto el orden constitucional, entendemos que deberán los colaboradores ser enjuiciados de acuerdo a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, no debiendo jurídicamente los imputados ampararse en decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo, aunque se llame a eso, impropriamente, leyes.

Afirma De Benedetti que la ubicación de la norma es errada, que debió estar en el artículo 226 quáter, ya que todos los casos se refieren al artículo 226 y no al 227. Y, además, desde el aspecto de la política criminal, hubiera sido importante que se incluyeran los casos del artículo 227, con la idea de mayor protección de la vida constitucional argentina<sup>108</sup>. Con esta redacción, afirma De Benedetti, reducido el ámbito al artículo 226, además de alterarse el orden metodológico se excluyen las acciones de quienes, después del acto de rebelión del artículo 29 de la Constitución Nacional, colaboran con el poder despótico nacido de esa acción típica<sup>109</sup>.

En cuanto al delito en sí, se trata de un hecho típico que tiene relación con el artículo 226, pero se lo ha independizado como delito autónomo. Por lo tanto, no se trata de una participación en la rebelión, ni tampoco de encubrimiento, sino que es el consentimiento en la permanencia en los efectos de la rebelión, sin perjuicio de que se pueda dar ese tipo de conductas, en cuanto a los artículos 226 y 227<sup>110</sup>.

Este consentimiento se reduce a tres aspectos:

- a) Consentir, continuando en las funciones que el agente desempeñaba al producirse la rebelión;
- b) consentir cumpliendo sus funciones propias de miembro de cualquiera de los tres poderes, ya sea asumiendo el cargo o reasumiendo aquel en el cual había cesado;
- c) consentir, haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes hayan usurpado los poderes del Estado debido a la rebelión<sup>111</sup>.

Sólo pueden ser autores los miembros de los tres poderes de la Nación o de las provincias: el presidente, no así el vicepresidente, que no compone el Poder Ejecutivo; los gobernadores, y los vicegobernadores cuando éstos integren el Poder Ejecutivo; los legisladores nacionales y provinciales, y los jueces cualquiera sea su competencia<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> DE BENEDETTI, *ob. cit.*, p. 731.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> DE BENEDETTI, *ob. cit.*, p. 731; CREUS, *ob. cit.*, p. 188.

<sup>111</sup> CREUS, *ob. cit.*, p. 189.

<sup>112</sup> Creus (*ob. cit.*, p. 189) incluye al vicepresidente, pero bien se sabe que no

## COLABORACIÓN EN EL ESTADO DE REBELIÓN

Artículo 227 bis, párrafo 2º: “Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del Ministerio Público Fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales.

“Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales”.

### Análisis general de la norma

Los argumentos dados sobre la primera parte del artículo 227 bis se aplican al presente, de manera que no hay que reiterar lo antes dicho.

En este caso, la conducta es aceptar colaborar con las autoridades de facto, ya sea continuando en el cargo o asumiendo funciones en el nuevo gobierno.

La larga enumeración de las personas debió ser reemplazada por

integra el Poder Ejecutivo, de manera que su conducta sólo estaría atrapada como participe en los términos de los arts. 45 ó 46, Cód. Pen.

una norma general. Vale la pena dejar en claro que en este párrafo se incluye al vicepresidente, tal como corresponde.

### AGRAVANTE

Artículo 227 ter: “El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

”Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

#### I. Análisis de la agravante

La agravante, agregada por el artículo 10 de la ley 23.077, no contiene una acción en concreto sino los alcances de la acción, que incluye cualquier delito y no sólo a los que están en el título que estudiamos. El mensaje del Poder Ejecutivo decía: “Se trata de una agravante de cualquier delito, lo que reconoce el hecho de que el fenómeno terrorista adquiere múltiples modalidades. Ese fenómeno puede instrumentarse no sólo a través de los hechos de violencia, sino también de fraudes, apoderamiento, abusos de confianza, desviaciones de la función pública, etcétera”<sup>113</sup>.

Los extremos que exige la norma son dos: primero, que debe ser cualquier delito, y segundo, que la comisión o tentativa debe contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Todo ello lleva, como dice De Benedetti, a que se le de una amplia facultad a los magistrados judiciales, en el sentido de decidir si un delito común pone en peligro la vigencia de la Constitución Nacional<sup>114</sup>.

La cuestión no es sencilla, porque el juez deberá analizar dos cosas: la afectación al bien jurídico del delito común, como ser el robo, el homicidio, y, además, cómo ese delito puso en peligro al bien jurídico vigencia de la Constitución Nacional. Esta circunstancia ha hecho de

<sup>113</sup> CREUS, ob. cit., p. 191.

<sup>114</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 762.

decir a De Benedetti, citando a Montesquieu, que “Cuando no se define el delito de traición, el gobernante se transforma en tirano”<sup>115</sup>.

Con estos criterios, la pena varía de manera sustancial, ya que se aumenta hasta la mitad de su máximo salvo que el delito en sí ya contenga esa agravante, lo que es lógico.

## II. La prescripción

Si bien es tema de la parte general, el artículo 9º de la ley 23.077 intercaló un tercer párrafo en el artículo 67 del Código, por el cual el curso de la prescripción de los artículos 226 y 227 bis no comienza a correr hasta el restablecimiento del orden democrático. La idea es buena, ya que, como afirma De Benedetti siguiendo a Carrara, “el precepto legal que acrimina la rebelión será voz clamando en el desierto, si no le acompaña la fortuna, y las especulaciones de los filósofos permanecerán estériles para la utilidad práctica. En otras palabras, la espada del rebelde victorioso destruirá la red de las normas jurídicas represivas”<sup>116</sup>.

Está claro que la agravante sólo será posible si el autor actúa con el dolo de poner el peligro a la Constitución, que debe ser, en este caso, peligro concreto.

No coincidimos con De Benedetti en que la reforma hecha por los triunfadores dejará en nada la modificación en virtud del artículo 2º del Código Penal, habida cuenta de que las leyes penales sólo pueden ser hechas por el Congreso de la Nación<sup>117</sup>.

### DELITO CONTRA EL PATRONATO

Artículo 228: “Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase”.

<sup>115</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 783.

<sup>116</sup> CARRARA, ob. cit., § 3940, cit. por DE BENEDETTI, ob. cit., p. 763.

<sup>117</sup> DE BENEDETTI, ob. cit., p. 764.

## I. Antecedentes y análisis de la norma

La ley de 1863, entre los delitos que comprometían la paz y la dignidad de la Nación, castigaba a todo el que ejecutare o mandare a ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos de la Corte Pontificia y de aquellos que para su exclusión necesitaban el pase del gobierno sin haberlo obtenido. Se preveía una agravante.

El proyecto de 1891 repitió la disposición y en la Exposición de Motivos decía: "El artículo 272 es casi idéntico al artículo 5º de la ley de 1863. Prevé el caso de violación del Patronato Nacional establecido por la Constitución sobre la Iglesia Católica, caso que la ley citada colocó entre los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, pero que importan una rebelión, porque no tiende a lesionar la independencia ni la integridad de la Nación sino tan sólo el libre ejercicio de las facultades constitucionales de su gobierno".

El proyecto de 1906 repitió el precepto y es el que ha pasado a la Constitución actual<sup>118</sup>.

Aguirre Obarrio afirma que el antecedente proviene del Real Patronato Indiano, acordado a los Reyes Católicos por el Papa en 1508, consistente en la facultad de nombrar obispos y de autorizar la actuación de órdenes religiosas en las Indias. Los primeros gobiernos y la Constitución estimaron que el derecho se transmitía a cualquier gobierno sucesor<sup>119</sup>.

## II. Derogación

En la actualidad se sostiene que el artículo 228 del Código Penal ha quedado implícitamente derogado, ya que no existe el exequátur, que es su presupuesto<sup>120</sup>.

En 1966 se firmó un acuerdo con la Santa Sede, por el cual los obispos serían designados directamente desde Roma, aunque el nombre de los obispos diocesanos debía ser consultado previamente. Igualmente se elimina el exequátur o pase de bulas, breves y rescriptos<sup>121</sup>.

Pero esencialmente sucede que el artículo 86, inciso 9º, de la Cons-

<sup>118</sup> MORENO, ob. cit., ps. 94/95.

<sup>119</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 271.

<sup>120</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 272; CREUS, ob. cit., p. 194.

<sup>121</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 272.

titución Nacional ha perdido vigencia al no ser incluido en el artículo 99, que lo reemplazó. Quedó en cambio el artículo 75, inciso 22, con la siguiente redacción: “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”.

Con estos antecedentes ha desaparecido el ejercicio del patronato, con la derogación implícita del artículo 228.

JURISPRUDENCIA IN EXTENSO (ART. 226)<sup>121-1</sup>

**CFed.CCorr. de San Martín, 5-10-89, “A., J. C. y otros s/Rebelión”, Secr. Especial N° 15**

*Rebelión. Alzamiento de armas. Configuración. Asociación ilícita. Forma agravada. Planteo de inconstitucionalidad del artículo 210 bis del Código Penal*

En San Martín, a los cinco días de octubre de mil novecientos

<sup>121-1</sup> Se han intercalado estos fallos de manera completa ya que son de importancia debido a la materia de que tratan y a los hechos y personas que fueron juzgados en plena época democrática. No se nos escapan las críticas a estas resoluciones, que entendemos deben ser hechas en otro marco y con otros elementos. Para consultar este problema puede verse el artículo de GARCÍA, Luis M., *Protección internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos internos y la trampa de la cosa juzgada en el caso “La Tablada”*, en *Casación*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Año II, N° 2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 239 y ss. El tema pasa en este caso por la posibilidad de apelar y el informe N° 55/97, caso “Abella, Juan Carlos c/República Argentina”, citado por el autor en p. 243. La cuestión es interesante: ahora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo ha condenado a Francia –en el caso del ex nazi Maurice Papon, que había sido sentenciado a 10 años de prisión en 1998, por complicidad en crímenes contra la humanidad– por no tener Papon el acceso a la casación. Según el diario *El País*, de España, de donde sacamos la noticia, “El ex funcionario presentó una apelación al día siguiente y en septiembre de ese año solicitó, en vano, que se le dispensara de la obligación de constituirse en prisionero hasta que se celebrara la audiencia del Tribunal de Casación. Sin embargo la dispensa le fue negada y Papon decidió huir a Suiza, lo que conllevó el que se le negara su derecho a recurrir en casación, tal como estaba estipulado por las leyes francesas en vigor en esa época” (diario *El País*, España, edición vía Internet del jueves 25-7-2002).

ochenta y nueve, reunida la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín con la presencia de su Presidente, doctor Hugo Rodolfo Fossati y de los vocales doctores Marta Herrera y Jorge Eduardo Barral, para dictar sentencia en esta causa N° 231, caratulada: “A., J. C. y otros s/Inf. arts. 80, incs. 2°, 6° y 7°; 89, 90, 91, 92; 166, incs. 2° y 38 del decreto-ley 6582/58; 142 bis; 210 bis incs. a), b) y d); y 226 segundo párrafo, del Código Penal”, en la que resultan partes el señor fiscal de Cámara, doctor Raúl Omar Plee y los fiscales adjuntos doctores Santiago Blanco Bermúdez y Pablo Hernán Quiroga y ejerciendo la defensa de los procesados los doctores Eduardo Salerno, Héctor J. Trajtemberg, Alberto Mario González, Laura H. Del Cerro, Ramón Horacio Torres M., Eloísa Weisburd, Julio José Viaggio, Carlos Zamorano, Raúl Schnabel, Eduardo Antonio Fachal, Eduardo S. Barcesat, Elizabeth Rivas, Héctor A. Noli, Antonio Rojas Salinas, Octavio Carssen, Alicia Oliveira, Susana Rebagliati, Gabriel Lerner, Elbio D. Blanco, María M. Lapalma, Elena Moreno y Manuel Martín Gutiérrez, seguida contra J. C. A., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de J. N. y de V. F. P., comerciante, con Libreta de Enrolamiento N° ..., domiciliado en ..., de La Florida, Provincia de Buenos Aires; C. B. A., argentina, nacida el ... en Capital Federal, hija de C. A. y de M. B. M., soltera, ama de casa, con Cédula de Identidad N° ... expedida por la Policía Federal, domiciliada en ..., Capital Federal; M. A. A., argentino, nacido el ... en la Provincia de Chaco, hijo de D. de J. y de I. R., operario, soltero, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ... de Berazategui, Provincia de Buenos Aires; J. M. E. B., argentino, nacido el ... en Resistencia, Chaco, hijo de C. A. y de M. F. F., empleado, instruido, titular de la Cédula de Identidad de la Policía Federal N° ..., domiciliado en ..., de Capital Federal; C. A. C., argentina, nacida el ..., domiciliada en Capital Federal, hija de C. A. M. y de M. I. L., soltera, sin ocupación, titular del Documento Nacional de Identidad N° ..., con domicilio en ..., de Capital Federal; L. A. D., argentino, nacido el ... en la Provincia de Catamarca, hijo de J. R. D., zapatero, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ..., de Isidro Casanova, Provincia de Buenos Aires; M. A. F., argentino,

nacido el ... en Capital Federal, hijo de M. A. y de F. P. P., soltero, técnico electrónico y estudiante de Sociología en la UBA, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ..., Capital Federal.

D. A. G. A., argentino, nacido el ... en Bernal, Provincia de Buenos Aires, hijo de E. y de M. S. A., soltero, empleado, titular del Documento Nacional de Identidad N° ..., domiciliado en ..., de Ranelagh, Provincia de Buenos Aires; R. F., nacido el ..., en Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, hijo de C. A. y de L. E. D., casado, empleado, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ... de Capital Federal; I. M. F., argentina, asistente social, nacida el ... en la Provincia de Buenos Aires, hija de P. J. F. y de N. M. M., titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliada en ..., Haedo, Provincia de Buenos Aires; G. A. M., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de G. A. y de P. S. S., soltero, operario metalúrgico, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ..., Villa Santos Tesei, Partido de Morón, Provincia de Buenos Aires; D. E. M., argentina, nacida el ..., Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, hija de F. y de M. E. R., casada, Contadora Pública Nacional, titular del Documento Nacional de Identidad N° ..., domiciliada en ...; J. A. M., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de J. y de R. E. L., soltero, albañil, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ..., Ingeniero Budge, Provincia de Buenos Aires; C. E. M., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de J. L. y de A. C. F., soltero, estudiante, titular del Documento Nacional de Identidad N° ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal N° ..., domiciliado en ... de Capital Federal y en ..., Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires; S. M. P., argentino, nacido el ... en ..., Provincia de Buenos Aires, hijo de D. y de F. G., soltero, albañil, titular del Documento Nacional de Identidad N° ..., domiciliado en ..., de Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires; J. A. P., argentino, nacido el ... en la Provincia de Córdoba, hijo de J. D. y de M. E. F., soltero, eclesiástico, titular de la Cédula de Identidad de Policía Federal

Nº ..., domiciliado en ... de Capital Federal, ejerciendo su ministerio en la Capilla ..., Quilmes Este, Provincia de Buenos Aires; L. D. R., argentino, nacido el ..., en Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, hijo de E. y de E. R. S., soltero, instruido, empleado, titular del Documento Nacional de Identidad Nº ..., domiciliado en ... de Morón, Provincia de Buenos Aires; S. J. R., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de P. A. R. del S. C. de J. R. y de M. F. M., soltero, empleado, titular del Documento Nacional de Identidad Nº ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal Nº ..., domiciliado en ..., Capital Federal; C. N. R., argentino, nacido el ... en Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, hijo de O. R. y de E. R. M., casado, instruido, operario gráfico, titular del Documento Nacional de Identidad Nº ... y de Cédula de Identidad de Policía Federal Nº ..., domiciliado en ... de Berazategui, Provincia de Buenos Aires, y C. O. V., argentino, nacido el ... en Capital Federal, hijo de R. A. y de J. F. C., soltero, instruido, empleado, titular del Documento Nacional de Identidad Nº ... y de la Cédula de Identidad de Policía Federal Nº ..., domiciliado en ... Quilmes Este, Provincia de Buenos Aires.

El Ministerio Público acusó a los citados procesados, por los hechos acaecidos los días 23 y 24 de enero del corriente año, en el Regimiento de Infantería Mecanizada III "Gral. Manuel Belgrano".

Asimismo, imputó a los nombrados los delitos de asociación ilícita calificada (art. 210 bis del Cód. Pen.) y todos aquellos delitos cometidos durante su permanencia en la unidad militar.

Consideró que tales hechos fueron concebidos como un plan tendiente a quebrantar el orden constitucional al ser la ocupación del cuartel la primera de una serie de actividades cuya finalidad era deponer algunos de los poderes públicos.

Señaló, además, que en el plan elaborado, cada procesado desempeñó su rol, queriendo, o al menos previendo o aceptando, la posibilidad de que ocurrieran la totalidad de los hechos que tuvieron lugar, y participando, también, de la finalidad última que poseía el levantamiento en armas.

Consideró, asimismo, que dichas acciones configuran los delitos tipificados en los artículos 80, incisos 2º, 6º y 7º; 142 bis; 142 bis,

segundo párrafo; 142 bis último párrafo; 166, inciso 2º; 181, inciso 3º, 184, inciso 1º; 210 bis, apartados a), b), c) y d); 226, segundo párrafo, todos del Código Penal y 38 del decreto-ley 6582/58 en función del artículo 166 del Código Penal, concurriendo todos ellos en forma material.

Acto seguido, el tribunal pasa a tratar el siguiente temario, de acuerdo con las pautas establecidas por el artículo 80 de la ley 23.077, y de conformidad con el sorteo llevado a cabo oportunamente, y del que da cuenta el acta que se agrega a fs. anteriores.

### I. *Cuestiones preliminares*

La doctora *Marta Herrera* dijo:

Antes de analizar en forma específica los planteos de nulidad introducidos por la defensa, debe señalarse que sólo serán ponderados aquellos medios probatorios que, en definitiva, serán considerados en la decisión final. Inútil sería detenerme en aquellas evidencias que no incidirán en forma alguna en la resolución de este proceso.

Ahora bien, previamente considero que corresponde realizar algunas digresiones que habrán de precisar el criterio a seguir para su resolución.

En primer lugar, destaco que la nulidad, fuera de los casos expresamente establecidos, debe examinarse con sentido restrictivo conforme lo expresa actualmente la jurisprudencia prevaleciente.

Así, toda ley establece aquellos requisitos que resulten necesarios para que a determinada actividad le sea reconocida eficacia y relevancia, brindando de este modo un fundamento claro y preciso sobre sus alcances jurídicos.

En este aspecto, del solo repaso de la normativa de la ley 23.077 surge cuáles son aquellas omisiones para las que se encuentra prevista la sanción de nulidad que venimos analizando (arts. 37, 46, 60, 63, 71, 72, 77, 79 y 83).

Y es justamente del cotejo de las citadas normas de donde surge el alcance que el legislador ha querido brindar a la sanción de nulidad que, por supuesto, no puede extenderse a otras hipótesis no enunciadas, toda vez que la remisión contenida en el artículo 26 de la ley, conduce

en forma supletoria al Código de Procedimientos en Materia Penal el que, en este punto, deja claramente sentado que no existen otras nulidades que las previstas específicamente en él (art. 696 del cit. Código).

La defensa impetró la nulidad de la acusación fiscal que diera origen al debate recién finalizado. La presentación deviene extemporánea toda vez que la oportunidad de efectuar tal planteo, bajo pena de caducidad, fue la habilitada por el artículo 58 de la ley 23.077. Por otra parte, el tribunal analizó dicha validez con anterioridad a la citación a juicio, de conformidad con los artículos 36 y 37 de la ley. Entiendo que el planteo de nulidad genérica del juicio formulado con base en un cercenamiento del objeto procesal debe rechazarse.

Ello así por cuanto toda la investigación vinculada con las modalidades con que se llevó a cabo la recuperación del Regimiento atacado y las veintiocho muertes que en esa ocasión se produjeron son investigadas en la causa principal que permanece tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia. Dicha investigación estaba vedada en este juicio oral y público por la misma ley 23.077, toda vez que sus prescripciones son taxativas en cuanto a las figuras delictivas susceptibles del procedimiento por ella previsto. En el caso, exclusivamente, los delitos de asociación ilícita calificada y rebelión. Por lo tanto, la separación de causas, efectivamente se hizo a sabiendas, pero de las exigencias de la ley. Resulta claro, pues, que sobre aquellos hechos no se advierte la alegada privación de justicia, que reiteradamente ha invocado la defensa.

Del mismo modo considero que no puede prosperar la invalidez del sumario fundada en una ilegítima intervención de las fuerzas armadas en el caso, lo que devendría, a juicio de la defensa, de la ausencia de normas que expresamente autorizaron a su Comandante en Jefe a habilitarlos para actuar.

Ello así, por cuanto la orden impartida por el Presidente de la República al Jefe del Estado Mayor para que recupere el Regimiento, tiene como fundamento legal la propia Constitución Nacional.

Los llamados "poderes militares" que la ley fundamental encomienda al órgano ejecutivo, comprenden todo lo vinculado con la existencia, organización y funcionamiento de las fuerzas armadas para

cumplir su fin esencial que es defender la Patria y la Constitución (art. 86, incs. 15, 16, 17 y 18 de la Const. Nac.).

Considerar, como se pretende, que el juez competente debió tomar la decisión e impartir las órdenes pertinentes para retomar la unidad militar, es una mera apreciación asaz irracional. La Carta Magna delega el ejercicio de los poderes militares a los órganos Legislativo y Ejecutivo, y acertadamente omite al órgano Judicial, que por su naturaleza y funciones, es extraño a esas atribuciones.

Tales facultades –mando y organización– están encomendadas al Presidente de la Nación, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, las que como “instrumento” de seguridad jurídica deben mantener y restablecer el orden.

Delimitada la competencia del Presidente, corresponde analizar la legitimidad del acto, en función del ordenamiento jurídico. Cabe interpretar, que se está en presencia de un “acto institucional”, que conforme a la doctrina predominante es aquel que emite el Poder Ejecutivo, con el fin de asegurar la organización y preservar la subsistencia del Estado. El control judicial de dichos actos es limitado, pues, dada su índole, no afecta derechos subjetivos de los administrados, derechos que recién podrían ser lesionados, a raíz de actos emitidos como consecuencia de los mencionados actos institucionales.

Su emisión es discrecional, pues depende del arbitrio del Poder Ejecutivo, es decir, de la honesta y leal valoración que éste realice de las circunstancias pertinentes.

No huelga aclarar, que el hecho de que estos actos estén exentos de un control judicial estricto, no quiere decir que no se encuentren sujetos al ordenamiento jurídico; muy por el contrario, el ordenamiento establece normas que reglamentan la actividad del órgano en cada caso competente. La propia Constitución delimita la competencia de cada órgano estatal y determina los requisitos esenciales –materiales y formales–, entendiéndose que la violación de los mismos vicia al acto.

La posibilidad esgrimida, no se da en el acto que nos ocupa, pues como se mencionó, el acto institucional emanó del órgano competente –Presidente de la Nación–, y pretender lo contrario implicaría una

intromisión del órgano Judicial sobre el Ejecutivo en desmedro del equilibrio de poderes que pretende proteger el Estado de Derecho (Haines, *The role of the Supreme Court in American government and politics*, p. 12; en igual sentido, Willoghby, *The Constitutional Law of the United States*, p. 1326).

La decisión tomada, tampoco atenta contra la Ley de Defensa Nacional, que si bien en su artículo 4º expresa que "...se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior", esta última, será regida por una ley especial. El vacío legislativo respecto a la forma en que se protegerá la seguridad interior, permite que la discrecionalidad del órgano constitucionalmente competente para ejecutar tal protección, ordene a las fuerzas que comanda a reprimir actos que por su focalización, restrictivo ámbito espacial en que se desarrolla y peligrosidad –copamiento de un regimiento militar–, exceden los medios operativos comunes que las fuerzas de seguridad poseen para reprimir delitos.

Ello no significa, en modo alguno, que se propicie la doctrina de la seguridad nacional, como fundamento de la actuación que le cupo al ejército. Es dable recalcar que las fuerzas armadas tienen una misión jurídica concreta, que se ensambla en la esencia del artículo 21 de la Constitución Nacional ("...defensa de la Patria y de esta Constitución...").

Sería absurdo argumentar que un hecho aislado, y de las características del investigado en autos, conlleve propiciar el desarrollo de un sistema represivo, en concordancia con el concepto de guerra permanente (Documento de Puebla, citado por Germán J. Bidart Campos, *El Poder*, p. 344) o pueda identificarse alguna otra característica con la llamada doctrina de la seguridad nacional.

La ley 23.554 por el juego armónico de los artículos 4º y 15, desterró la doctrina de la seguridad nacional; es erróneo sostener que se violó dicha norma al ordenar el Presidente la recuperación inmediata de una unidad militar. Es evidente, que no se puede lograr con los medios operativos con que cuentan las fuerzas de seguridad, y la valoración de tal situación debe quedar legítimamente en manos del órgano Ejecutivo, al que constitucionalmente se le reservó el poder militar

dentro de los límites que enmarca la discrecionalidad, como son la buena fe, la ausencia de desviación de poder, y la razonabilidad (art. 28 de la Const. Nac.).

En cuanto a la orden impartida por el Presidente de la Nación, encomendándole al Jefe del Estado Mayor para que intime la rendición de los agresores previo al inicio de las acciones –vid. fs. 176, Cuaderno de prueba de la Defensa–, es claro que si hubo un apartamiento del responsable de las operaciones en cuanto a la temporalidad de su cumplimiento, éste deberá apreciarse teniendo presente la posibilidad fáctica de impartirla él mismo, como así también el conocimiento que hubiere tenido de otras intimaciones con igual objetivo realizadas por personal de las fuerzas de seguridad que actuaron con anterioridad a su intervención. Ello sin perjuicio de que el criterio de oportunidad queda reservado al ejecutor de la orden de acuerdo a las circunstancias. Empero a los fines del encuadre normativo aplicable al objeto procesal, debe quedar sentado que en la especie la autoridad estaba liberada de intimar a los incursores, habida cuenta que liminarmente ellos hicieron uso de las armas (art. 231 del Cód. Pen.).

En cuanto a la nulidad derivada de haberse destacado en el juzgado personal policial para la selección de la documentación secuestrada, tampoco puede hallar eco favorable. Es lógico que ante el cúmulo de elementos secuestrados –obsérvese la gran cantidad de allanamientos efectuados (aproximadamente 135)– el magistrado instructor recurrirá a personal que por ley resulta auxiliar de la justicia, para que bajo su supervisión clasificase aquel material que resultase útil a la investigación. Por lo demás, no se entiende el sentido de la queja, toda vez que de haberse incurrido en un error valorativo ello sólo devendría en beneficio de los procesados.

Respecto del invocado cierre intempestivo de la prueba, debe rechazarse el planteo habida cuenta que no existió tal vicio. Ello así, por cuanto el tribunal adoptó esa medida luego de una exhaustiva compulsa de los cuadernos respectivos por la que se determinó que la informativa y pericial pendiente en ningún momento fue urgida por los interesados; en cuanto a la testimonial, los pocos testigos que no concurrieron a las citaciones cursadas, unos fueron oportunamente conminados a comparecer por la fuerza pública, y otros no pudieron de-

poner por hallarse impedidos a raíz de diversas circunstancias comprobadas (ver constancias del cuaderno y acta de fs. 637).

Ha solicitado la defensa la nulidad de todos los exámenes periciales realizados durante la tramitación del sumario, indicando que fueron ejecutados en violación de lo dispuesto por el artículo 330 del Código de Procedimientos en Materia Penal, toda vez que esa parte no fue notificada de las medidas dispuestas por el señor juez Instructor, lo que sumado al secreto del sumario, la privó de ejercer los actos de control que prevé dicho Código.

Sin necesidad de introducirme en el análisis de la legalidad del secreto del sumario, así como lo restringida que resulta por la ley la intervención de las partes durante su curso, opino que el planteo debe ser rechazado, por cuanto a esta altura, no se verifica lesión alguna al derecho de defensa.

En efecto, a través de los testimonios prestados durante el debate por los expertos que practicaron los exámenes en cuestión, tuvieron las partes las facultades correspondientes para ejercer el control que hace a su derecho. Esa instancia, en virtud de la cual la defensa pudo cuestionar e introducirse en el contenido de los peritajes mediante las facultades que le brinda la ley, saneó cualquier vicio o, por lo menos, dio a la impugnante la posibilidad de poner de manifiesto cualquier defecto que hubiera hallado sobre el fondo de la cuestión.

Cabe agregar, por ello, que los peritajes no han sido invalidados en su contenido, por lo que sólo se los atacó a raíz de la omisión de una formalidad que en caso de progresar importaría la nulidad en el solo beneficio de la ley.

Sólo se ha atacado con fundamento el peritaje obrante a fs. 277/85 efectuado sobre un vehículo de combate blindado de la familia TAM.

Sobre el punto, no se me escapan las fundadas argumentaciones vertidas durante el alegato por el doctor Salerno que incidirán en la valoración que de esta prueba pueda hacerse, pero que no afectan la validez de dicha medida probatoria.

En razón de lo expuesto y de lo ya resuelto en la oportunidad en que se articularon estos pedidos se impone el rechazo de las nulidades de los peritajes obrantes a fs. 872, 868, 869, 873, 895, 914/24, 1130,

2308/17, 3297/8, 1394/400, 3300/5, 3357/8, 3412/5, 4163/5, 4112/7, 4196/8, 4366/7, 4372/7, 4639, 4643/8, 1495/1501, 1598/9, 2878/84, 3045, 3226/8, 3052, 3057, 3084, 3617/24, 3635/58 de los autos principales y fs. 400/9, 321/6, 292/315, 99, 100, 249, 253, 288, 289, y 431/3 del incidente de actuaciones complementarias entre otros, como así también la nulidad de la totalidad de las autopsias agregadas en el anexo correspondiente.

Se ha planteado también la nulidad de los peritajes de fs. 868, 869, 872, 873, 895, 915, 917, 921, 922, 923, 924, 1130, 1182, 1190/1, 2343, 2308, 2309, 2310/7, 3297, 3298, 1394/96, 1397/9, 3300/5, 3357/8, 3412/15, 4163/5, 4112/7, 4196/8, 4366/7, 4372/7, 4639, 4643/7, 1495/1501, 1598, 1599, 2878/84, 3226/7, 3052/7, 3074, 3617, 3619, 3635/59 de las actuaciones principales y 400/9, 321/6, 292/315, 99, 100, 249, 213/21, 249/53, 288, 431/3 y otros, al haberse omitido la aceptación de cargo mediante acta firmada ante el juez competente. En este punto debe dividirse el planteo, que si bien genérico, encierra dos situaciones totalmente disímiles: por un lado, los peritajes realizados por personal policial y por el otro, los ejecutados por profesionales pertenecientes al Poder Judicial, como por ejemplo las autopsias de los fallecidos durante y después de los hechos investigados.

Respecto del primero, debe señalarse que el personal policial efectuó los peritajes por orden judicial de conformidad con las disposiciones del decreto 33.265/44, ratificado por la ley 13.030, toda vez que ejercieron esas funciones en cumplimiento de una obligación legal o de una orden de autoridad competente, lo que los exime del requisito de juramento (en este sentido, conf. CFed.CCarr., sala III, c. 16.775, "Mirelman, M.", 11-10-83; CFed.CCarr., sala I, "Carranza, Eduardo s/Inf. art. 189 bis", 3-7-89, entre otros).

También es innecesario que los peritos forenses juren en cada caso particular, ya que al ingresar a sus funciones prestan juramento genérico lo que torna abstracto cualquier exigencia posterior. En este sentido han depuesto todos los peritos citados durante el proceso (por ej. F. E. M., F. L., L. G., J. K., O. C., M. M., J. P., O. R., C. R., J. M. V. entre otros), quienes han sido coincidentes entre sí respecto a la situación ya analizada.

Por aplicarse el mismo criterio general al procedimiento de la ley 23.077, debe también rechazarse el planteo que se funda en su artículo 23.

La defensa también impugnó el examen pericial de fs. 400/9 del incidente de Actuaciones Complementarias, con fundamentos formales como el no estar notificada a esa parte la medida dispuesta, lo que ya ha quedado contestado. Igualmente, objetó su contenido diciendo que las conclusiones a que llegaron los expertos en el apartado 2 importa una puntual causa de nulidad, ya que del contexto del dictamen pericial nada surge para considerar que el alegado texto mecanografiado de la proclama haya sido escrito por C. A. B.

Aquí sólo cabe señalar que los peritos intervinientes se limitaron a confeccionar un informe de acuerdo a su leal saber y entender sobre los puntos propuestos, no advirtiéndose las falencias que señala la defensa: al margen del autor del texto mecanografiado, las interlineaciones fueron confeccionadas por C. A. B. y esta circunstancia es la que valorará el tribunal.

Se solicitó también la nulidad de los peritajes efectuados por la Policía Federal y los que realizaron expertos que pertenecen al Ejército Argentino en razón de entender que dichas instituciones se vieron afectadas por los sucesos de autos, lo que convertiría en parciales a esos estudios. Tal pretensión es insostenible, toda vez que aquéllos intervinieron en cumplimiento de un deber legal; no puede admitirse que cada vez que un funcionario público actúa en la prevención y represión de delitos, las actuaciones de la Institución a que pertenece sean privadas de validez por ese solo motivo. Si un preventor que interviene en un procedimiento por virtud de sus funciones puede oficiar como testigo sin ser tachado por ello (conf. causa N° 858, "Paz, Víctor s/Hurto simple", reg. 144, 6-2-89), más aún podrá un integrante del mismo cuerpo practicar, conforme su deber legal, un examen pericial y no podrá dudarse de su informe sin puntualizar concretamente los motivos de la impugnación.

Debe señalarse que la defensa ha tenido oportunidad de explicitar en qué consistió esta alegada parcialidad y, sin embargo, sólo se limitó a enunciarla genéricamente sin aportar datos concretos sobre el punto.

Lo expuesto basta para refutar tal planteo y rechazar el cuestio-

namiento invocado por la defensa respecto de los peritajes realizados por personal de las instituciones mencionadas.

En orden al planteo de nulidad solicitado por la defensa con relación a los reconocimientos fotográficos, por hallarlos contrarios a lo normado en los artículos 264 y siguientes del Código de Procedimientos en Materia Penal, encuentro necesario partir desde un análisis de la ley de aplicación, en este caso, la ley 23.077.

Esta norma no efectúa referencia alguna acerca de circunstancias modales o formales dentro de las cuales deba efectuarse un reconocimiento y es en razón de este silencio legal, unido a la remisión contenida en el artículo 26 de la misma ley, que se impone la obligación de resolver el tema a la luz de las directivas que para la materia contiene el Código de rito.

En efecto, si bien dentro de las disposiciones del Título VIII del citado Código no se hace mención al modo de reconocimiento aquí impugnado, abundante jurisprudencia corrobora su utilización como instrumento técnico idóneo de la justicia que en nada vulnera las garantías constitucionales del proceso ni el debido juicio legal (conf. CNCrim., sala II, causa 28.348, "Palazzo, J.", 2-10-84; CNCrim., causa 4915, "Lezcano, C. A. y otros", 30-8-74; CNCrim., sala V, causa 15.891, "Luna, O. A.", 6-9-83 y sus citas), este tribunal, *in re* "Silveira, Eduardo s/Robo calificado", Reg. 46 del 14-3-88; "Vuotto, Luis s/Inf. art. 172", Reg. 38 del 26-2-88; "Rossi, Juan Carlos s/Inf. Ley 23.077", 25-10-88.

Asimismo, la normativa de los artículos 264 a 271 del Código ritual, no sanciona con nulidad la inobservancia de las normas específicas sobre individualización; en consecuencia, el planteo de la defensa de ninguna manera conduce a la descalificación del acto y en todo caso, sólo habrá de incidir en el valor probatorio que pueda asignársele; en este orden de cosas la valoración judicial no deberá recaer en la validez sino en la eficacia que como medio probatorio adecuado o no a la regla de los artículos 264 y siguientes poseerá el citado reconocimiento, debiendo tener siempre presente que la diligencia mediante exhibición de fotografías no desdice norma procesal alguna (CNFed.CCarr., sala I, causa 20.518, "C., O. y otros", 8-7-88; CNCrim., Sala de Cámara, J. P. B. A., fallo 5665 y CNCrim., sala II, J. P. B. A., fallo 6902).

A mayor abundamiento, debe recordarse que de los dichos de un gran número de testigos surge con claridad que en cada oportunidad se les exhibieron varias fotografías y no una sola. En consecuencia, deben rechazarse las nulidades planteadas por la defensa respecto de los reconocimientos fotográficos de fs. 2829/31, 2835/7, 2838/9, 2840/2, 2843, 2846/48, 3143/44, 3563/64, 3567/68, 3981/82, 4048/49, 1382/84, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512/4, 2616/7, 2491, 2493, 2515, 2517 de las actuaciones principales y fs. 56/57, 103/104, 67/68, 95/8 del incidente de actuaciones complementarias, entre otros.

La defensa solicitó la nulidad del acta de fs. 2982 correspondiente al allanamiento realizado en ... de Capital Federal y la obrante a fs. 599, basada en el hecho de que al realizarse la diligencia entró en primer lugar el juez, acompañado por un representante del Ministerio Público y un miembro de la Policía Federal y luego lo hicieron los testigos.

No puedo coincidir con la defensa al apreciar irregularidades en el proceder llevado a cabo por el magistrado interviniente. La circunstancia de que fuera el juez el primero en ingresar al local del Movimiento Todos por la Patria, lejos de considerarse una irregularidad, resulta la mayor garantía a que puede aspirarse en la ejecución de un acto de esta naturaleza e impide cualquier tacha a la diligencia.

Por otro lado, el procesado J. A. P. reconoció, al oírsele en esta Sala, que dicha documentación pertenecía al aludido movimiento, y que una de las firmas obrantes en los comunicados incautados era suya, confirmando de este modo las pericias realizadas sobre aquéllos.

Sobre esta aclaración, no resulta necesario tejer hipótesis de engaños a testigos o de introducción de falsos documentos, cuando ya el hábito de duda que fabricara la defensa fue disipado en el transcurso de la audiencia.

En cuanto a la invalidez propuesta por la defensa respecto del acta de fs. 605/6 correspondiente al allanamiento realizado en ... de Capital Federal, no se aprecia vicio alguno en dicho procedimiento. Bien dice la defensa que ofició como testigo el portero de un edificio vecino, pero cae en un error al referir que el cerrajero no puede ser tenido como tal por el hecho de estar cumpliendo con su oficio, y es que testigo no es sólo aquel que en un acto se cataloga como tal, sino

quien pudo apreciar por medio de sus sentidos los hechos o circunstancias sobre los que se lo interroga o depone, con independencia de las funciones que circunstancialmente desempeñara en ese momento. El cerrajero cumplió con la labor que como tal se le encomendara, pero permaneció hasta el final del procedimiento, prueba de lo cual es el hecho de haber firmado el acta al culminar aquél.

Por lo que se dirá a continuación, además, la existencia de un solo testigo no invalida la diligencia.

Respecto a los allanamientos realizados en el local del Movimiento Todos por la Patria de Villa Adelina (fs. 1265/7) y ..., Capital Federal, esta Cámara ya ha expuesto anteriormente que la circunstancia de que el acta sea firmada por un solo testigo no invalida en modo alguno el acto en cuestión (conf. causa N° 607, "Sara Teresa Alfredo y otros s/Inf. art. 189 del Cód. Pen."; causa N° 868, "Conde, H. s/Inf. art. 189 del Cód. Pen.", 7-1-89), adoptando al respecto la postura seguida por numerosa jurisprudencia (CNFed.CCorr., "Orellano, Daniel", sala I, 19-12-86; CFed.CCorr. de Capital Federal, "Galgusta, Carlos", sala 2, 9-12-86; Jurisp. Penal de Buenos Aires, t. 63, p. 113, fallo 1615).

Lo mismo es aplicable a la pesquisa actuada a fs. 3029.

Se ha atacado, además, el allanamiento de fs. 1145/52 practicado en la finca ubicada en la calle ... de la localidad de Morón, Provincia de Buenos Aires señalándose que el presunto ingreso de personas desconocidas a dicho domicilio invalidarían dicho procedimiento.

En efecto, debe manifestarse que el acta de secuestro cuestionada no posee vicios formales que la invaliden no obstante lo cual no puede dejarse de lado que el ingreso anterior a la finca de personas ajenas a la instrucción, originan serias sospechas respecto de la autenticidad de la documentación secuestrada, lo que si bien no acarrea la nulidad del acta, obstan a que esa documentación sea tenida en cuenta.

Debo referirme ahora a la nulidad planteada respecto del allanamiento practicado en la quinta sita en ..., Moreno, Provincia de Buenos Aires (fs. 1231/2).

La defensa propugnó su nulidad por no detallarse en el acta la totalidad de los efectos secuestrados.

Dicha omisión, a mi criterio, no puede en modo alguno acarrear

la nulidad del allanamiento toda vez que los elementos allí secuestrados fueron exhibidos a los testigos J. P. D. y F. J. T. intervinientes en el procedimiento y reconocidos como los que se encontraban en la quinta en cuestión. Además, debe señalarse que, tal como lo señaló este tribunal en la causa N° 880, "Fernández Quintas, José", reg. 155, del 3-3-89, la falencia del acta no es óbice para la acreditación del cuerpo del delito si existen otros medios de prueba idóneos a tal fin.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que F. J. T. en su declaración ante este tribunal manifestó que los policías ingresaron solamente con sus armas y con una palanca de fierro, circunstancia ésta que aventa cualquier duda sobre la argumentada posibilidad de que ellos hubiesen introducido la documentación.

Por lo demás, debe recordarse que a raíz de un corte de luz, se vieron obligados a depositar los numerosos efectos que se iban secuestrando en una mesa ubicada en el patio de la finca donde eran verificados por los testigos.

Lo relatado contesta el planteo general de nulidad argumentado por la defensa y en particular el vinculado a la carpeta, que por otra parte ha sido reconocida por el testigo F. J. T. como uno de los efectos encontrados en el domicilio.

En este allanamiento cuya validez se reafirmó se secuestró el documento denominado *Hipótesis de guerra e hipótesis de conflicto*.

La Defensa sostiene que, al no ser éste reconocido por ninguno de los procesados, debe atribuirse su confección a los servicios de Inteligencia del Ejército, en razón de que existen semejanzas en el lenguaje y la forma de ese documento y otros que denomina de "contrainsurgencia".

La propuesta en cuestión, no se encuentra avalada por ninguna prueba que la fundamente, lo que obliga a su descalificación. En mi criterio, resulta antojadizo tachar de nulo un documento por atribuírsele a los "servicios de Inteligencia de las FF. AA." y por tener semejanza, según el planteo defensivo, con otros documentos que califica de "contrainsurgencia", si es que no se acompaña dato alguno que le dé un mínimo de solidez a esta posición, siendo irrelevante a este fin que haya o no sido reconocida por los procesados. En definitiva, dicho

documento sigue manteniendo plena validez y deberá ser analizado en armonía con los restantes medios probatorios incorporados al expediente.

Conjuntamente con este planteo la defensa hace notar que al realizarse el segundo allanamiento ya no había consignado en el lugar y que las fajas de una construcción del fondo habían sido violentadas (fs. 777/80). Al respecto he de dejar en claro que dicha circunstancia en nada empaña el resultado de esa segunda visita, toda vez que nada se secuestró entonces del recinto cuyas fajas habían sido violadas, ciñéndose el acto a la vivienda principal. De modo que si hubo "intrusos", ellos obviamente no ingresaron a la vivienda principal. Por otro lado y sobre el acto en sí, la presencia en él del señor juez y el señor defensor descartan cualquier ataque a su validez.

También se impugna el acta de fs. 110 al entender la defensa que es nula en razón de que no contiene ni las firmas de detenidos ni las de testigos, contraviniendo de esta forma lo normado por los artículos 211 y 215 del Código de Procedimiento Criminal.

Al estudiar el acta en cuestión puede apreciarse que en dicho procedimiento se ha dado cumplimiento con las formas necesarias para otorgarle eficacia al acto. Ello es así, toda vez que obra un acabado detalle de las circunstancias en que se realizó la diligencia.

Asimismo, las posteriores declaraciones de los policías intervinientes son en un todo contestes con los hechos referidos, ya que los mismos se expidieron en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de su proceder. Tal criterio se encuentra avalado por numerosa y pacífica jurisprudencia que sostiene que el acta de secuestro no debe considerarse nula por carecer de ciertos requisitos formales si posteriores declaraciones concordantes de quienes intervienen en el hecho subsanan el vicio que padece.

Por otra parte, resultaría absurdo no dar cabida en este proceso a la cuestionada acta, toda vez que algunos de los procesados al prestar declaración indagatoria efectuaron reconocimientos sobre efectos que fueron secuestrados en esa ocasión. D. A. G. A. reconoció la existencia de balas calibre 38 y de un mapa; M. A. F. coincidió en que en dicho automóvil había balas; D. E. M. contó en su indagatoria que en el procedimiento observó que se contaban proyectiles calibre 22 y otros

“más grandes” y gran cantidad de pilas; B. reconoció una caja de pilas, mapas viales y una guía Peuser, y todos los detenidos en ese procedimiento dieron cuenta del secuestro del automóvil Renault 12. Este elemento salva cualquier vicio conforme lo resuelto por el tribunal en causa N° 550, “Milesi, Gabriel y otros”.

A mayor abundamiento, sería ilógico suponer que a tanta distancia del lugar de los hechos pudiera haber diseminados efectivos policiales provistos de elementos carcosos a la espera de algún “sospechoso” a quien endilgárselos.

En cuanto a la falta de firma de los detenidos, he de tener en cuenta que fueron invitados a suscribirla, de lo que se dejó debida constancia, negándose a hacerlo, de modo que tal circunstancia no puede ser aprovechada por ellos para pretender fallido el procedimiento.

Por lo expuesto es que rechazaré la nulidad articulada a este respecto.

Se ha planteado también la nulidad de todas las medidas dispuestas a fs. 323 de conformidad con la solicitud fiscal de fs. 321/2, por contravenir, según la posición defensiva, lo establecido en el artículo 403 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

A lo expuesto, en su momento, cabe agregar que considero que debe rechazarse la nulidad impetrada ya que entiendo que la supuesta ausencia de fundamentación en realidad no es tal. Cuando el Código exige que la orden de allanamiento sea fundada, protege a los habitantes contra el abuso del poder estatal. Es por ello y no por pruritos formales, que obliga al juez a fundar su decisión de invadir la esfera de intimidad de un individuo. Si los domicilios a inspeccionar se corresponden con locales del Movimiento, algunos de cuyos integrantes protagonizaron los hechos que se investigan y con domicilios de sus principales dirigentes, el fundamento y la razonabilidad de la diligencia surgen por sí solos, sin necesidad de que el juez explicité lo que es obvio para cumplir con algo que, en esas circunstancias, no es más que una formalidad.

En cuanto se refiere a las actuaciones de fs. 865, 884 y 1795/6, no trataré las impugnaciones deducidas por no hallarse esas piezas dentro del debate.

Respecto a las nulidades planteadas de las constancias obrantes a fs. 104, 835 y 875 considero que no se tratan de actas de secuestro sino de remisiones que efectuó el personal interviniente durante los hechos ocurridos en La Tablada debiéndose agregar, nuevamente, que dichos funcionarios ratificaron durante el curso de la audiencia sus contenidos, circunstancia ésta que aventa cualquier planteo posible.

Ha objetado también la defensa el secuestro de distintos elementos en el interior del cuartel durante el combate.

Debo comenzar el punto diciendo que conforme las reglamentaciones aportadas por el Ejército Argentino que lucen a fs. 415/18 del incidente de actuaciones de la Fiscalía y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por la defensa, la fuerza se encuentra habilitada a tales fines, habilitación que, por otra parte, encuentra otro sustento legal en las facultades preventoras que el Código de Justicia Militar asigna a las Fuerzas Armadas, lo que ya ha sido reconocido por el tribunal en causa N° 611, "Ojeda, Víctor Eduardo s/Tentativa de hurto en Escuela Sargento Cabral", reg. 97, del 8-9-88. Estas facultades resultan, por cierto, lógicas en un caso nada frecuente como éste y las explicaciones dadas por el testigo E. A. C. a fs. 318 de las actuaciones complementarias, satisfacen la necesidad de obtención de todas esas piezas. El que un ejército obtenga, durante un combate, armamento y documentación del oponente a fin de conocer o inferir las características y cantidad de material de guerra usado por aquél, así como los propósitos que guían su operación militar, aparece como una necesidad lógica (vid. doct. CFed. de Capital, *in re* "C. y otros s/Rebelión", causa 20.518 del 8-7-88). No se me escapa que la defensa ha sostenido que la reglamentación aludida contraviene los dictados de la ley 23.554. El segundo párrafo del artículo 15 de dicha norma, prohíbe a los organismos de inteligencia militar constituir en hipótesis de trabajo a las cuestiones de política interna del país. A poco que se repase nuestra historia de la década pasada se verá qué es lo que el legislador quiso evitar al introducir este párrafo.

No es lo actuado en autos lo que el legislador ha proscripto por cuanto no se trata de un ejército que practica un seguimiento de un partido político o un particular a fin de establecer si ellos encuadran o no en la legalidad; se trata simplemente de un ejército que, durante

un combate en el que se pretende tomar por las armas una unidad que le pertenece, actúa a fin de saber cómo proceder en aquél, incautando para ello cuanto material pueda obtener en la ocasión. Como bien señala la Fiscalía, debe distinguirse lo que hace a las cuestiones de política interna del país de aquello que se refiere a la inteligencia durante una operación militar. El artículo 15 de la ley 23.554 separa sus disposiciones en dos párrafos. En el primero, habilita a las Fuerzas Armadas a practicar tareas de inteligencia; en el segundo, las prohíbe en un caso muy puntual y determinado que no es el verificable en la especie.

En cuanto a las formas concretas que adquirieron esas incautaciones —me refiero ahora tanto a las fuerzas militares como a las policiales— debo decir que las características propias de los hechos impedían proceder de otro modo. El cumplimiento de rigorismos formales no puede extremarse al punto de obligar a un civil a cumplir con una carga pública a riesgo de su vida; de igual modo, tampoco se justifica arriesgar aún más la vida de un funcionario por dar cumplimiento a esos ritos en medio de un combate. En sentido estricto, no es lógico siquiera pedirle a ese funcionario que en tal momento recuerde cuanto dispone el Código de Procedimientos en Materia Penal. Si esto es válido para la prevención policial, lo es igual para la militar. Sentado todo ello, cabe agregar que la falta de fecha en el instrumento mediante el cual se hace saber al señor juez cuáles fueron los elementos secuestrados, carece de relevancia si se atiende a la naturaleza del acto y a la circunstancia de que su eventual nulidad resulta subsanada por la fecha cierta que adquirió al imponérsele el cargo en el juzgado, según el cual fue recibido a las 18.30 horas del día siguiente a la recuperación del cuartel.

Por lo expuesto, entiendo que tales secuestros son adecuados a las características que asumieron los hechos, lo que sana cualquier vicio formal que puedan revestir.

En sentido estricto, los cuestionamientos recién analizados son planteos puramente formales, ya que ningún ataque se ha efectuado sobre el contenido de los secuestros en cuestión. Distinto es el caso del documento escrito a máquina que durante el debate se ha titulado como “Proclama”.

Respecto a esta pieza que fue puesta a disposición del juzgado sumariante en la oportunidad recién señalada, la nulidad que se funda en que fue confeccionada por organismos de inteligencia del Ejército no puede ser acogida. Ello así no sólo porque en tal sentido no se ha propuesto prueba alguna sino porque además, el peritaje de fs. 400/9 del Incidente de Actuaciones Complementarias fue concluyente en cuanto atribuye la confección de los interlineados a C. A. B. Su contenido concuerda además, con el manuscrito del mismo autor secuestrado en ..., como más adelante se detallará.

He de referirme ahora a la nulidad dirigida a la incorporación del panfleto obrante a fs. 1062, basada en que no existe ningún auto que dispusiera el secuestro de ese elemento.

El secuestro y la posterior incorporación de este documento se produjo como consecuencia del hallazgo realizado en el regimiento por personal militar sobre cuya validez se ha discutido.

Ahora bien, si se lo cuestiona por la misma razón que se cuestionarían todos los secuestros producidos durante el combate, ya se ha dado suficiente respuesta al punto; si se ataca esa pieza por encontrarse agregada sin más, cosa por otra parte cierta, no debe desconocerse que dicho documento es idéntico a los reservados en Secretaría y que fueran remitidos por el Ejército (fs. 70 AC); por ello, el ataque a dicha pieza deviene abstracto toda vez que los otros panfletos fueron agregados a la causa en forma totalmente válida y que además han sido reconocidos durante la audiencia por los testigos M. S., C. A. y A. F. L.

Finalmente, cabe agregar que la testigo M. S. expresó que lo primero que vio cuando llegó a las inmediaciones del cuartel junto al camarógrafo y un ayudante fueron los panfletos, ahora dubitados, tirados en el piso, lo que sumado a los dichos del testigo L. A. M. quien refirió que también observó a sus agresores tirar unos panfletos al aire, descarta el argumento defensorista que señalara que dichos instrumentos fueron confeccionados por personas ajenas al ataque al cuartel.

Por otra parte, carece de asidero la tesis defensorista que resalta la circunstancia de haber sido éstos repartidos sanos y limpios por personal militar en el interior del cuartel al ingresar allí periodistas el día 24 de enero, como atribuyendo su confección a aquél. Ello así

porque ha quedado comprobado que fueron confeccionados por la máquina de escribir de J. B., que ya el día 23 fueron vistos diseminados en el exterior y por las condiciones en que se encontraba el automóvil en que fueron hallados según lo relatado por el testigo B. Así las cosas corresponde rechazar también esta impugnación.

En lo atinente al planteo formulado contra el acta de fs. 2633, por el cual se hace constar el hallazgo de armas durante la remoción de escombros efectuada en el regimiento, fundamentado en que no es un acta de secuestro ni contiene ningún requisito formal, entiendo que la impugnación no encuentra sustento toda vez que en ella se describen el lugar, fecha y hora donde cada cosa fuera secuestrada y el nombre de cada uno de los testigos que presenciaron o realizaron las incautaciones, cumpliéndose de esta manera los requisitos esenciales para otorgar validez al acta. Cabe agregar a lo dicho que los testigos de dicho secuestro V. M., G. T., G. L., R. C., M. A., G. A. V. y R. A. S. han reconocido en el curso de la audiencia oral y pública tanto el contenido como las firmas que la suscriben. Cabe destacar también que esta remoción fue autorizada por el juez del sumario a fs. 469, y que la función de la autoridad militar como auxiliar de la justicia encuentra fundamento en el artículo 20 del Reglamento para la Justicia Nacional –decreto-ley 1285/58–, en cuanto establece que las autoridades dependientes del Poder Ejecutivo Nacional prestaran todo el auxilio que sea requerido por la justicia.

Por ello y de acuerdo a las normas citadas cabe concluir en el rechazo de la nulidad planteada.

Ha propuesto además la defensa la nulidad de los dichos de aquellos testigos que se encontraban en la antesala del tribunal en forma conjunta previo a su declaración, por aplicación del artículo 67 de la ley 23.077.

Para resolver esta cuestión deben plantearse dos problemas: por un lado, lo que claramente establece la ley y por el otro, la realidad.

Así, varios testigos han permanecido, es verdad, dentro de una misma dependencia antes de deponer: pero ello, a mi juicio, no autoriza la nulidad de sus declaraciones.

Ya se dijo en su oportunidad que los testigos que eran agrupados

pertenecían a una misma institución, por lo que un momentáneo contacto no podía incidir ante el diario acercamiento entre ellos.

Por otra parte, nótese que ante esta Cámara declararon más de trescientos testigos. Teniendo en cuenta estas cifras es indudable que no puede pedirse que el tribunal posea tantas oficinas vacías y personal suficiente como para mantener aislados a los testigos, porque ello sería desconocer su infraestructura. De todas formas, vuelve a ser éste un planteo en el solo beneficio de la ley, desde que no ha articulado la defensa de qué manera esta circunstancia ha incidido en el contenido de las declaraciones de los testigos objetados, máxime cuando a pesar de haber estado algunos de ellos en el mismo recinto, se les impidió toda comunicación entre sí por el personal establecido al efecto. La nulidad por cuestiones estrictamente formales nunca puede ser aceptada y menos en este caso cuando la ley 23.077, que fulmina con nulidad algunos vicios, no lo hace con la inobservancia del artículo 67.

Por lo expuesto considero que debe rechazarse esta solicitud.

Se ha planteado, asimismo, la invalidez de aquellas declaraciones que contienen contradicciones en las respuestas sobre las generales de la ley.

Es indudable que la función de este interrogatorio tiende a conocer toda aquella circunstancia de interés a los fines de la valoración del testimonio tanto en lo referido a la fidelidad de las percepciones como a la sinceridad de su transmisión (José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, p. 121, Depalma, 1988).

Así, se puede o no hablar de contradicciones, como refiere la defensa; lo que no puede es negarse validez a una declaración por esta causa ya que, como quedó dicho, tal circunstancia sólo servirá para la evaluación del testimonio y valoración en armonía con las demás pruebas aportadas a la investigación.

Debe tenerse en cuenta, sobre el particular, que la invocada contradicción sólo recayó sobre la circunstancia de considerarse víctimas o no los testigos, extremo que, como ellos mismos lo señalaran, en modo alguno podría impedir su testimonio. Por ello, debe rechazarse esta solicitud.

Se ha atacado de nulidad el organigrama de fs. 1540 y siguientes denominado genéricamente “rol de combate”.

Dicho documento fue incorporado al proceso a través de L. M. J., quien lo había recibido a su vez, de persona o personas desconocidas.

Pocos días después y considerando que se trataba de algún documento vinculado a las drogas, es que efectúa una conferencia de prensa donde da a conocer dicha pieza. Finalmente, se lo entregó a J. C. B., quien concurrió al Juzgado Federal de San Isidro y se entrevista con el doctor P. Q. a quien hizo entrega del documento. Hasta aquí los hechos.

Encuentro en la pormenorizada exposición de la defensa dos planteos claramente definidos: el referido a su preexistencia y el vinculado a su incorporación.

Como señalara, el primer argumento acota que dicho organigrama fue confeccionado con posterioridad al ataque por servicios de inteligencia que, según refiere, pertenecen al ejército.

Nótese que dicho organigrama fue publicado en la revista *Somos*, N° 644 del día 25, cuya edición fue cerrada, según constancia de dicha publicación, el día 24 de enero a las tres horas; dato corroborado por el testigo J. N.

Ello implica que dicho instrumento no fue confeccionado luego del ataque sino antes de éste, ya que resulta a todas luces imposible de determinar, mientras se combatía, no ya sólo el número de atacantes, sino también sus nombres y su rol en el ataque al cuartel.

No cabe admitir sino entonces que el “rol de combate” fue confeccionado por R. S. (ver peritaje de fs. 4639/41) antes del ataque, y se encontraba dentro del cuartel cuando manos anónimas lo recogieron y dieron copias a distintos medios gráficos para su publicación. Posteriormente lo entregaron al sacerdote L. M. J., lo que descarta toda duda sobre su autenticidad.

Por todo ello, reitero, debo desechar esta aseveración de la defensa que, por otra parte, carece de sustento práctico y probatorio, ya que se limita a presumir o inferir por quién y cuándo fue confeccionado, sin aportar ningún elemento válido comprobable que avale dicha afirmación.

También se ha atacado la forma en que dicho organigrama fue incorporado al proceso.

No se me escapa que no se trata de un aporte tradicional de un medio probatorio a una causa penal, pero ello en modo alguno permite que sea desechado sin más. Debe destacarse que para este análisis quedan de lado las condiciones del sacerdote y del testigo J. C. B., cuyas declaraciones fueron remitidas oportunamente al Juzgado Federal de Morón, para la investigación pertinente.

Se encuentra dentro de los derechos de las personas físicas la colaboración con un proceso penal —aun cuando éstos no lleguen a ser identificados—, que tiene como fin descubrir la verdad sobre un hecho presuntamente delictivo y que, como tal, ayuda a la preservación del orden social. Todo sistema jurídico se funda en la preservación del orden y la convivencia social, su único beneficiario es el cuerpo social en su conjunto. La búsqueda de la Justicia no es facultad reservada a los encargados de administrarla y sus colaboradores; el autoritarismo y el sectarismo que importaría negarle tales derechos a los particulares no puede ser aceptado.

Además, debe señalarse que éste ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en situaciones similares —“United States vs. Blanton”, 479 F. 2d. 327 (1973); “United States vs. Ogden”, 485 F. 2d. 536 (1973); “State vs. Lohss”, 313 A. 2d. 87 (1973); “State vs. Pearson”, 514 P. 2d. 884 (1973); “Bell vs. State”, 519 P. 2d. 804 (1974); “Commonwealth vs. Kozak”, 336 A. 2d. 387 (1975); “Gundlach vs. Janing”, 401 F. Supp. 1089 (1975); “Smith vs. Brookshire Bros. Inc.”, 519 F. 2d. 93 (1975); “State vs. Morris”, 329 N. E. 2d. 85 (1975)—.

Ha dicho también el supremo tribunal norteamericano que “los Estados Unidos pueden retener para usar como prueba en la acusación criminal de su dueño, documentos incriminatorios que le fuesen entregadas por particulares que la procuraron sin la participación o conocimiento de cualquier funcionario gubernativo, mediante el registro doloso del escritorio particular de su dueño y de los papeles de la oficina” (Burdeau, MC: Dowell, 256, U. S., 465 —1921— citado en *La Constitución de los Estados Unidos de América*, p. 37, Kraft Ltda., Buenos Aires, 1949).

Por último, debe destacarse que el allanamiento ilegítimo verificado en el domicilio de R. S. es posterior a la publicación de la documentación cuestionada, lo que descarta la posibilidad de que fuera hallado en esa ocasión. En consecuencia y por todos estos argumentos voto por el rechazo de la nulidad impetrada.

Párrafo aparte merece la circunstancia conocida a partir del testimonio de O. M., acerca de que algunos ex soldados conscriptos y desertores habían sido convocados al Liceo Militar General San Martín, en cuya sede se los habría interrogado —no pudo establecerse fehacientemente si de un modo formal o a título de “información”—, sobre los sucesos que protagonizaron en el interior del Regimiento atacado.

En el caso, no resulta pertinente emitir pronunciamiento acerca de las razones por las que se interrogó en dependencia militar —cuestión que se sometió a la competencia del juez federal de Morón en mérito a habersele remitido los pertinentes testimonios para su investigación— pero sí interesa valorar la credibilidad de los testigos que por dicha sede transitaron.

A dicho efecto es de interés recordar que, bajo juramento, esos testigos fueron reiteradamente interrogados acerca de una eventual injerencia de la autoridad militar en la descripción de los hechos que protagonizaron. En todos los casos resultó negativa la respuesta, por lo que de modo inevitable debe concluirse que la eventual irregularidad en que hubiere incurrido algún integrante de las fuerzas armadas, en nada afecta la credibilidad de aquellos que tiempo después de haber sido dados de baja de las filas del Ejército —con el que por ende no mantenían ninguna relación—, concurrieron a testificar ante esta Cámara acerca de las circunstancias que les tocó vivir con motivo de los hechos que se investigaron en el debate.

Por otra parte, se preguntó la defensa las razones por las cuales el juez instructor en su recorrida recogió solamente cuatro fusiles y no todo el armamento incorporado a la causa en la actualidad.

Para resolver este planteo, debe darse lectura al acta de fs. 40 bis de las actuaciones principales, en la que el juez Federal de Morón deja constancia de su inspección ocular en el lugar de los hechos junto a personal de su Juzgado el día 24 de enero pasado.

Allí relata que efectuó una recorrida por el lugar, observando el deterioro de las instalaciones, algunas totalmente destruidas y la presencia de cadáveres diseminados por varios sitios del cuartel. Visualiza, además, algunas armas esparcidas en el lugar –fusiles en un número aproximado de cuatro– y a trece personas detenidas.

Como se advierte, el señor juez ha detallado simplemente lo que vio: instalaciones, cadáveres, detenidos y algunas armas. Pero ello en modo alguno puede afectar ninguna constancia del expediente, ya que no fue la tarea prioritaria del magistrado; ésta fue, a mi criterio, resolver la situación de los detenidos que en ese momento tenían absoluta prioridad sobre las armas respecto de la atención del juez. Nótese, asimismo, que permaneció poco más de dos horas en el lugar y mal puede exigírsele que cumpla con la incautación de todo el material bélico existente en el cuartel y utilizado durante el combate, ya que ésta es una tarea, como ya se vio, delegable a los auxiliares de la Justicia.

Por último, cabe agregar que conforme los testimonios aportados por los periodistas P. P., J. R. y A. P., como así también de los dichos del propio A., el combate se efectuó en forma ininterrumpida, pudiéndose apreciar que los disparos continuaron durante toda la noche. Esta referencia explica también el por qué la autoridad judicial no se hizo presente sino hasta el momento de la rendición. Apréciase que en todo momento existió situación de peligro, la cual sólo debía ser enfrentada por el personal idóneo y no por quien tiene a su cargo la administración de Justicia.

La versión de la defensa respecto de que el hecho de haber numerosos periodistas en el lugar prueba la inexistencia del peligro real, ha quedado por demás desvirtuada, pues son estos mismos quienes refieren que la situación era de riesgo, agregando muchos de ellos que eran obligados continuamente a replegarse con el fin de evitar consecuencias fatales.

Los doctores *Jorge Barral* y *Hugo Fossati* adhieren a las consideraciones y conclusiones que anteceden.

## II. Existencia del hecho delictuoso

La doctora *Marta Herrera* dijo: A lo largo del debate han quedado

demostradas suficientemente, a mi juicio y conforme al sistema de las libres convicciones que rige en la especie, las circunstancias fácticas que a continuación expondré, dentro de las pautas de concisión que prevé el artículo 82, inciso 2° de la ley 23.077.

En el mes de mayo de 1986, a través de la revista *Entre Todos* –dirigida por C. A. B. y que empezó a circular el año anterior– se hizo pública la formación del Movimiento Todos por la Patria, que aspiraba convocar diversos sectores de la sociedad en torno de una serie de propuestas básicas comunes, en el marco de una agrupación participativa y dentro del encuadre jurídico establecido por las normas vigentes que hacen al régimen democrático del país. Integraron por entonces la Mesa Nacional Provisoria: J. A. P., M. V., M. F., R. R. D., J. B., C. A. B., J. L. y J. S. (cfr. revista *Entre Todos*, de mayo de 1986, p. 22).

Sin embargo, a partir de 1987 se produjo en su seno una división entre dos sectores: uno, liderado por el Secretariado, que se afirmaba en una concepción elitista y proponía una radicalización ideológica, así como la formación de un partido de cuadros; el otro, integrado por quienes sostenían la necesidad de continuar como movimiento amplio, acorde con las ideas fundacionales. Esta situación condujo a un enfrentamiento entre ambas posiciones, que culminó aproximadamente a fines de ese año con el triunfo de la primera línea, sostenida entre otros por R. F., F. P., C. A. B., C. J. S., R. J. A., R. A. A., J. B. y J. A. P., produciéndose el retiro de los disidentes. En tal sentido resultaron precisos los testimonios de J. L., M. J. G., O. J. D. R., R. R. D. y J. S., e ilustran sobre las diferencias los documentos de la Mesa Regional de Santa Fe y Córdoba, así como los instrumentos “Porqué nos fuimos del MTP” y “El camino de la muerte”.

Paralelamente se consagra la incorporación de E. H. G. M. –en una clara reivindicación de las luchas armadas de décadas anteriores–, quien a partir de allí pasa a integrar el Secretariado Nacional junto con J. A. P., C. A. B., F. P., J. B. y R. F. (cfr., en este sentido, los documentos: “Mini historia del MTP”, “Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica”, “Reunión de la Comisión Política del MTP –20 y 21-12-87–”, “MRB = MTP. Aportes para la construcción de un movimiento revolucionario de base”). Desde en-

tonces se advierte la consagración del criterio del grupo triunfante, que parcialmente quedó revelado en distintos volantes (“¿Felices Fiestas?”, “Es la hora del pueblo”, “De pie para una Patria para todos”, “Resistamos la amnistía y el golpe”, “Autoconvocatoria a la militancia”, “Unidad de todo el pueblo contra el golpe” y “El pueblo tiene una salida para la crisis”); artículos (“Cuadernos Entre Todos”, N° 1, p. 15; N° 2, p. 4; N° 3, ps. 6 y 17; N° 5, p. 15; N° 6, ps. 5 y 13) y comunicados de prensa (de los días 2, 5 y 29 de diciembre del año pasado). La idea dominante que se desprende de ellos es la del avance de las fuerzas armadas sobre el poder civil, la inoperancia de éste, el peligro inminente de un golpe de Estado y la convocatoria a la movilización popular para impedirlo.

No obstante, los verdaderos fines de esta corriente elitista, surgen con claridad de otros elementos que, como es obvio, no tuvieron la difusión pública de aquéllos, y que demuestran de manera acabada el aprovechamiento de una estructura legítima para ocultar una agrupación cuyo objetivo era la toma del poder político del país a través de la comisión de una serie de actos ilícitos (confrontar documentos titulados “Circular 1/87” y “MRB = MTP”).

Así, en el titulado “MRB = MTP. Aportes para la construcción de un movimiento revolucionario de base” secuestrado en ... y confeccionado por J. B. conforme el peritaje obrante a fs. 400/406 del Incidente de Actuaciones Complementarias, se expresa que se debe desarrollar e impulsar el trabajo entre las masas con una activa participación en todas las luchas reivindicativas, lo que permitirá al MTP dirigir las futuras luchas políticas y militares de esas masas. Consecuentemente, debe integrarse desde ya, dentro del MRB ó MTP, una estructura paralela de carácter militar, la que junto con la política llevarán a que el MTP se constituya en la vanguardia político-militar de un proceso revolucionario bajo formas originarias de resistencia. Coherente con el objetivo del grupo el documento en cuestión planteaba la necesidad de “justificar y promover formas de lucha que llegan a hacer ilegales para el orden jurídico vigente tales como: tomas de tierras, de vivienda, de universidades, fábricas, etcétera. Debe tenerse aquí mucho cuidado –según sigue expresando el documento– de por un lado llevar a la gente a cuestionar ‘la legalidad’ (aspecto positivo)

y por el otro lado conducir a un conflicto hacia un callejón sin salida que se traduzca en una derrota para el sector (aspecto negativo)".

Conforme con esa propuesta se orquestó una organización de dirigentes, cuadros y militantes explicada en el mismo documento "MRB = MTP". Con los primeros se inició un proceso de depuración que importó la separación de los dirigentes que no compartieran la línea trazada. Quienes quedaron –es decir los consustanciados con esa línea–, reforzaron su autoridad sobre la base de la homogeneidad y la disciplina, única vía –conforme se expone en el documento– para el logro de la línea trazada.

Para los segundos –esto es los cuadros y los militantes– se previó la formación de escuelas donde se explicarían los criterios organizativos que deben hacer a una organización revolucionaria, "sobre la base de la guía científica del marxismo-leninismo y las enseñanzas prácticas de las revoluciones triunfantes" como textualmente dice el documento confeccionado de puño y letra por J. B. Todo ello con miras a la consolidación interna del MTP, su endurecimiento ideológico y su cohesión orgánica. Los militantes así surgidos, serían capaces de los mayores sacrificios "conforme a las exigencias que vendrán", según surge del documento que se viene analizando y de otros tales como "Línea política" y "Mini historia del MTP".

En el documento "Sobre los cuadros y la organización", también se sostiene la necesidad de formar un ejército de cuadros en calidad, cantidad y estructura suficientes a las exigencias de la revolución, dotados de fidelidad estricta al ideal del Estado y del partido, con comprensión de los intereses revolucionarios y compenetrado del más severo espíritu de disciplina y organización, porque ello garantiza el triunfo de la violencia revolucionaria sobre la contrarrevolucionaria, mientras que la más pequeña indisciplina brinda al enemigo una brecha que éste aprovecha de inmediato.

Si bien no se me escapa que se ha negado responsabilidad por este documento sobre la base de su atribución al filósofo vietnamita Le Duan, ello no empece a que la agrupación hiciera propia la propuesta organizativa, lo que se desprende del lugar en que el documento se incautara (una quinta que sirvió para la concentración previa al asalto de los cuarteles de La Tablada) y de su coherencia con los documentos

del movimiento titulados “Sobre la organización” y “Las tareas, la organización y los cuadros”, ambos secuestrados en ... de Capital Federal.

Para todos, dirigentes y militantes, se previeron inclusive la aplicación de criterios de seguridad para una eventual represión y clandestinidad, tales como la compartimentación entre cada compañero o grupo y los organismos de dirección y a la inversa (conf. “MRB = MTP. Aportes para la conducción del Movimiento Revolucionario de Base”). Pero donde más se evidencian esos fines ilícitos es en los documentos “Hipótesis de conflicto” e “Hipótesis de guerra”, secuestrados en la casa del abatido J. L. C., sita en ... de Moreno, Provincia de Buenos Aires. En el primero se reseñan las posibilidades de que se produzcan alteraciones del orden institucional, y luego de formular las que podrían provenir de otros sectores, enuncia en el apartado F) la denominada “Operación Tapir”, que se caracteriza como “iniciativa por parte nuestra”.

Correlativamente, en “Hipótesis de guerra” se desarrollan las acciones que habría que emprender en los supuestos anteriores, según la iniciativa proviniera del enemigo o de su parte. Para el primer supuesto se proponía la insurrección popular mediante la movilización y la violencia de masas. Para lograrlo, detalla las acciones a emprender, tales como: adecuada difusión a efectos de mantener la insurrección, mediante la toma de radios y sabotaje o destrucción de las que ocupe el enemigo; uso de propaganda escrita de tipo insurreccional mediante volantes y manuales (tiro, sabotaje, defensa, nociones militares básicas, armamento casero, etc.); toma de algunas unidades militares que se detallan (figurando en primer término el Regimiento de La Tablada), y la neutralización de otras con concentraciones de masas –dentro de las cuales debían infiltrarse elementos armados– y la instalación de barricadas, voladuras de puentes y otras contenciones que impidan el desplazamiento de refuerzos. También se detalla allí que el armamento consistiría en el propio (a obtener), el recuperado (sustraído de las unidades militares ocupadas y de la toma de comisarías, armerías y otros organismos de seguridad), y casero (armas o elementos que la gente pueda tener o fabricar fácilmente); y que las comunicaciones para uso interno se llevarían a cabo por medio de una planta transmisora

propia o el uso de una planta privada –previa ocupación–, mientras que la recepción táctica se efectuaría con equipos walkie-talkie, recepción que efectivamente se realizó así el día 23 de enero conforme los testimonios de V. A. C., C. G. C., V. H. P., F. S. P., R. G. y R. A. O., los secuestros de fs. 1397 y el peritaje obrante a fs. 321/6 de las actuaciones fiscales. A su vez, el personal se encontraría dividido en un grupo táctico móvil (con gran poder de fuego, rápido desplazamiento y buenas comunicaciones), grupos de asalto (para dirigir y orientar las operaciones), un grupo de propaganda general (encargado de los medios masivos, propaganda revolucionaria, etc.), y oficiales (para dirigir la insurrección, las contenciones, la toma de pequeñas unidades militares o policiales, etc.). Del mismo modo se preveían operaciones de acción psicológica, tendientes a neutralizar, dividir y confundir al enemigo, y a reforzar la decisión de movilización popular, valorándose los objetivos estratégicos de servicios e infraestructura (telecomunicaciones, agua, electricidad, gas, combustibles, transportes –con toma de empresas para el traslado de gente a los lugares conflictivos–), la inteligencia en las comunicaciones enemigas y la posibilidad de que se generalizara y prolongara la insurrección. Para el supuesto de que fracasara su cometido, se veía como necesario prever una retaguardia para retirarse y pasar a la lucha de resistencia, preparando un plan de emergencia para preservar a los cuadros legales, y otro para sacar a los compañeros y políticos del campo popular al exterior, a fin de desarrollar una campaña de esclarecimiento y apoyo a la lucha del pueblo.

Respecto de la iniciativa por parte de la agrupación, que se consideraba como ideal, pues el factor sorpresa disminuiría la pérdida de compañeros y permitiría acortar la duración de la guerra, se consideraban tres variantes.

La primera consistía en simular un golpe de Estado. Para ello debía previamente prepararse el estado anímico de la gente, y luego realizar un descabezamiento de los mandos claves enemigos acompañado de una ola de sabotajes (toda la operación en una sola noche), a la vez que con la toma de medios de difusión masivos y la emisión de mensajes falsos –rendición de unidades militares ante la invasión de la gente, o el pase de unidades al lado del pueblo–, se crearía la

idea de un golpe de Estado por las fuerzas armadas, sobre cuya base se convocaría a la movilización popular poniendo entonces en marcha todo el plan insurreccional antes explicado. La segunda posibilidad era promover el enfrentamiento entre dos facciones militares (la liberal y la nacionalista), mediante la eliminación de figuras destacadas de uno y otro sector, haciéndola pasar como que fuera realizada por el bando contrario. De ese modo se lograría debilitar al enemigo, pasando luego a la insurrección en mejores condiciones.

La tercera variante radicaba en provocar un golpe de Estado real, siempre que se dieran las condiciones que garantizaran una respuesta popular. Para lograr esa situación debería enfrentarse a los dos sectores del enemigo mediante atentados selectivos, acompañados de una importante campaña de propaganda y desinformación.

Corroborando el desigmo criminal del grupo el secuestro en la finca de J. L. C. de un cuaderno de tapas celestes, cuyas anotaciones manuscritas pertenecen a C. A. B. –conf. peritaje de fs. 400/6 del incidente de actuaciones complementarias de la Fiscalía–, en el que se detallan las operaciones para la toma violenta de radioemisoras, y la ubicación y personal que se desempeñan en las radios Belgrano, Excelsior, Mitre, Splendid, Nacional y Rivadavia. En el mismo instrumento se preveían las formas en que se disfrazaría el accionar para justificar tales conductas ante la sociedad, logrando su apoyo. También constan distintas consignas a emitir para lograr la insurrección popular, todas relativas a la necesidad de aniquilar a las fuerzas armadas. Asimismo, dentro del Regimiento 3 de Infantería se halló un listado de las sedes y plantas transmisoras de radios y canales de televisión (confeccionado con un elemento impresor hallado en el domicilio del prófugo R. V. G.), junto a un plano con su ubicación. Por otra parte, en el baúl del automóvil en el que se desplazaba el grupo que fue capturado fuera del cuartel se encontraron planos en los que se habían marcado las distintas unidades militares mencionadas en el documento “Hipótesis de guerra”.

En cumplimiento de esos planes, optando por la variante de tomar la iniciativa bajo la forma de simular un golpe de Estado, la dirigencia del Movimiento Todos por la Patria y algunos integrantes de la estructura ilegal emplazada por aquélla, comenzaron a desarrollar las acciones dirigidas al logro de su cometido.

Así, con la finalidad de preparar el ánimo del pueblo en miras a la insurrección programada, se emitieron los ya referidos panfletos, comunicados y publicaciones que incitaban a la movilización y lucha popular (“Resistamos a la amnistía y el golpe”, “Unidad de todo el pueblo contra el golpe”, “¿Felices Fiestas?”, “Es la hora del pueblo”, “Autoconvocatoria a la militancia”, “El pueblo tiene una salida para la crisis”; comunicados de prensa del 2, 5 y 29 de diciembre de 1988; “Cuadernos Entre Todos”, N° 2, p. 4; N° 3, ps. 6 y 17; N° 5, p. 15; N° 6, ps. 5 y 13). Todo ello ante la supuesta inminencia de un golpe de Estado. Inminencia que en la realidad no era tal para los miembros de la agrupación, según se desprende del documento titulado “Situación nacional analizada en la reunión de la mesa nacional del 12 y 13 de noviembre de 1988”).

También se alquilaron, con la suficiente anticipación y por intermedio de una persona que actuó bajo el falso nombre de A. M. F. R., las quintas “Marta Virginia” (propiedad de M. V. G., ubicada en ... de Ingeniero Maschwitz, Prov. de Buenos Aires) y “La Calandria” (propiedad de J. F., sita en ... de La Reja, Prov. de Buenos Aires), ambas empleadas para la preparación y concentración previa al ataque al Regimiento de Infantería 3.

Respecto de la primera el testigo I. F. A. relató que vio allí mucha gente, impidiéndosele el ingreso para cumplir sus tareas de mantenimiento, y reconoció a R. S. y C. B. A. entre sus ocupantes. Por su parte, la propietaria relató el estado en que encontró la finca luego de que se fueran los inquilinos, destacándose la distribución de sillas a manera de auditorio frente a un improvisado pizarrón. El allanamiento del lugar (fs. 3574) permitió además el hallazgo de numerosos efectos, entre ellos perdigones, pólvora, estopa, cartuchos calibre 12/70 y una prensa para recargarlos, baquetas, lubricante para armas, un sello de D. E. M., pasaportes de ésta y de R. F., y un trámite de cédula a nombre del abatido S. R. M. Sobre las circunstancias en que se concretó el alquiler también depuso N. C. U. de T., quien brindó detalles sobre el hecho que corroboran lo expuesto por la propietaria. A su vez, el peritaje de fs. 4196 permitió establecer que también estuvieron allí los abatidos L. M. S., R. J. A. y el procesado G. A. M.

En cuanto a la segunda finca, tanto el dueño como la intermediaria

que convino la operación –R. H. V. de M.–, detallaron la forma en que se llevó a cabo, y ambos indicaron a C. B. A. como acompañante de quien dijo ser A. M. F. R. Por su parte, J. M. F. describió a los habitantes, reconociendo entre ellos a R. S., E. H. G. M. y C. B. A.

Otro lugar de concentración fue la quinta existente en ... de la localidad de Moreno, Provincia de Buenos Aires, propiedad del abatido J. L. C., que fuera reconocida como tal por el procesado C. O. V. Allí se secuestró parte de la importante documentación que se reseña en este pronunciamiento y ropa de tipo militar, cartuchos y elementos para su carga, antenas, cargadores de baterías, corchos quemados, etcétera (fs. 780 y 1230). Sobre este domicilio el testigo J. P. D. identificó a J. A. D. como su morador habitual y reconoció a C. B. A. como una de las personas que concurría, señalando que se realizaban frecuentes reuniones y que varias veces escuchó disparos de armas de fuego.

Para llevar adelante su empresa, el grupo necesitaba proveerse de armas suficientes que aseguraran el éxito de la operación. Sin perjuicio del origen de las demás utilizadas en el ataque –recuérdese al respecto que R. F. dijo que R. S. aportó unos fusiles que poseía–, existen elementos que permiten afirmar que días antes al hecho varios miembros adquirieron escopetas Bataan calibre 12/70. Ellos fueron R. S. (con el nombre de O. F.), V. R. G. (con el nombre de A. C. P.), F. J. B. (una a su nombre y otra utilizando el de N. J. A.), O. A. A., M. A. F., D. G. A., L. D. R., S. R. M., P. M. R., C. E. M., J. A. G. R., H. L., M. I. C. de C. y M. E. B.; mientras que D. E. M. adquirió una marca Remington de igual calibre (fs. 3047, 3057, 3074, 3297, 3625, 4257 y 4269).

También se emplearon, aunque –como se dijo– no se haya podido determinar su origen, ametralladoras, fusiles automáticos (belgas), lanzagranadas (uno chino), lanzacohetes (rusos), proyectiles antitanques 70,5 mm, pistolas, revólveres, granadas, etcétera, que fueron posteriormente halladas en el interior del cuartel. Allí se encontraron las escopetas adquiridas por C. E. M., D. E. M., L. D. R. y M. I. C. de C., lo que obviamente no significa que las otras no hayan sido efectivamente empleadas en el copamiento. También se diagramó el modo de encarar la operación –conf. hojas cuadriculadas manuscritas

por R. S. (fs. 4640)– dividiéndose los efectivos en cuatro grupos: “asalto” (encargado de ocupar distintos edificios del cuartel), que a su vez se encontraba subdividido conforme los distintos edificios a ocupar; “tanques” (cuyo objetivo era apoderarse de los vehículos blindados de la unidad); “agitación” (con la misión de lograr que afuera se produjera el alzamiento popular); y “reserva”. A cada una de estas divisiones se le asignaron específicamente los efectivos que la integrarían (con sus nombres o apodos) y su respectivo armamento, estableciéndose los vehículos a emplear y un código de comunicaciones. Oportuno es agregar que básicamente las operaciones del 23 de enero se desplegaron o se intentaron desplegar en la forma planeada. Así lo muestran los vehículos usados, los edificios usurpados, el armamento empleado, la forma en que se realizaron las comunicaciones, etcétera.

Respecto de los vehículos, ha quedado determinado que se utilizaron los siguientes: Pick Up Toyota ..., a nombre de R. A. S.; Ford Taunus Taxi ..., propiedad de J. L. C.; Renault 11, patente apócrifa colocada ..., de V. R. G.; Ford Ranchera ..., de J. M. B.; Ford Falcon, dominio ... (con patente apócrifa ...) de F. J. B. usando el nombre falso de N. J. A.; Renault 12, dominio ..., que sería de C. J. S. aunque figura registrado por L. C. G.; Renault 12, dominio ... de R. S. (anotado con su nombre falso de O. F.); Renault 12, ... de L. M. (con su nombre falso de L. J. L.); Renault 12, dominio ..., a nombre de R. L. SACI; Renault 12, dominio ... de F. J. P.; y camión Ford 7000 robado poco antes del ingreso al cuartel cuando era conducido por L. A. M., según se acredita por medio de la declaración testimonial que prestara L. A. M. y el sumario labrado respecto de ese hecho, que corre por cuerda.

De igual manera se previó el mensaje que acompañaría el accionar delictivo, de modo que la población confundiera sus objetivos y brindara el apoyo previsto para el triunfo del plan. Ello surge claramente de la proclama secuestrada en el interior del cuartel, la que también revela el alcance de la actividad emprendida por los procesados. En este documento –redactado a máquina y cuyos interlineados y manuscritos pertenecen a C. A. B. (fs. 400/9 del incidente)– se decía: “El ejército de Seineldín y Rico se sublevó de nuevo. Quieren dar un golpe de Estado. Quieren asesinar a todos los que no aceptan vivir bajo las botas. En la medianoche de hoy, los carapintadas se sublevaron

en el Regimiento Tres de Infantería de La Tablada. Allí se preparaban y habían empezado a marchar contra la Casa Rosada. Iban a asesinar a todos los que se le opusieran. Como ya mataron a más de 30 mil compatriotas durante la dictadura militar. Todos sabían que los milicos conspiraban y preparaban esto. Pero nadie hacía nada en concreto para pararlos. Ya estamos hartos de la prepotencia de los milicos. Hartos de sus crímenes y de sus robos, que después tenemos que pagar todos. Hartos de que nos impongan la injusticia social. Hartos de que no nos dejen vivir en paz. El pueblo se alzó contra ellos. El pueblo de los alrededores de La Tablada ya ha recuperado el cuartel sublevado. Lo dirige este Frente de la Resistencia Popular que se formó allí mismo. Tomamos las armas de los amotinados y les incendiámos su cuartel. Basta de milicos asesinos [...] Al saber que los carapintadas lo habían tomado, el pueblo entró en masa al cuartel. Mujeres, jóvenes, hombres del pueblo atacaron con revólveres, escopetas, con piedras y palos. Hicieron trincheras, tiraron bombas molotoffs. Frente a tanto heroísmo, algunos soldados y algunos suboficiales dieron vuelta sus armas y junto al pueblo participaron de la ejecución de los oficiales traidores. Una columna de carapintadas había salido del cuartel con rumbo a la casa de Gobierno. Pero el pueblo armado levantó barricadas y luego la aniquiló. Ahora es el pueblo el que ha ocupado la Casa Rosada [...] vamos a formar un verdadero gobierno del pueblo [...] Este Frente de la Resistencia Popular exhorta a todos a cumplir con el artículo 21 de la Constitución Nacional [...] vamos a armarnos a los cuarteles y a terminar para siempre con esta lacra. Vamos a imponer para siempre en la Argentina la soberanía del pueblo, sólo la voluntad del pueblo [...] Vamos a la Plaza de Mayo, para empezar una nueva Argentina, sin milicos traidores y asesinos, sin políticos corrompidos. Vamos, pueblo argentino, con dignidad y sin miedo, que somos más fuertes que ellos y que la historia nos da la razón. Vamos a Plaza de Mayo.

”Llamamos a todos, a todos [...] los convocamos a reunirse en Plaza de Mayo para imponer el gobierno del pueblo: a rodear los cuarteles, cortarles el agua y la luz; impedir que los milicos asesinos salgan de ellos, levantar barricadas, controlar las calles y los barrios, hacerse cargo del poder en todas partes, unidos contra el golpe de Estado, unidos por la justicia social y la libertad”. Este documento

continúa con el desarrollo de un plan de gobierno que obviamente no podía llevarse a cabo sin usurparlo. Así, se expresan allí las primeras medidas que tomarían desde el poder, entre ellas: declarar disuelto el ejército profesional y reemplazarlo por el pueblo en armas (Frente de Resistencia Popular), anular las leyes de punto final y obediencia debida, disponer aumentos salariales, congelamiento de precios, suspensión de desalojos, nacionalización de la banca y comercio exterior, reformas constitucionales, expropiación de bienes, etcétera.

Todas estas medidas habían sido previamente discutidas entre algunos miembros de la agrupación, tal como surge del manuscrito secuestrado en ... de Moreno confeccionado por C. A. B. (fs. 400/6 del incidente), donde se apuntaron las distintas opiniones acerca del tema, y sobre cuya base seguramente se procedió luego a redactar el documento mencionado en el párrafo precedente, atento las sustanciales coincidencias entre ambos, las que resulta aquí innecesario reproducir.

Al respecto, es importante destacar que el procesado C. E. M. dijo saber –por boca de F. P.– que a raíz de los hechos se iba a lanzar una proclama, aunque desconocía su contenido; mientras que la procesada D. E. M. encontró similitud entre las medidas económico-sociales expuestas en la citada proclama y las sostenidas por el Movimiento Todos por la Patria.

Sobre la intención de extender las acciones hasta obtener la toma del gobierno por medio de la violencia, han sido claros los testimonios de R. M. R., D. O. D. S., M. F. A. y O. F. M., quienes expusieron sobre las manifestaciones que les vertieran algunos de los atacantes del cuartel durante las acciones.

En cuanto a los pasos inmediatamente anteriores al copamiento, pese a la reticencia de los procesados, ha quedado establecido que el día sábado 22 de enero del corriente año, por la tarde –entre las 17 y 18 horas–, J. A. P. se encargó de convocar a C. O. V. –a quien fue a buscar a su domicilio– y a su hermano R. A. V., al que retiró del lugar donde se hallaba realizando tareas (testimonio de L. E. V., F. T. y J. F. C.).

C. O. V. reconoció haber sido conducido junto con otras personas a la quinta de ... de Moreno ese mismo día –donde permaneció hasta que perpetraron el ataque al cuartel– enseñándosele el manejo de las

armas que se distribuyeron. También estuvo allí desde el sábado, según sus dichos, el procesado J. A. M. –llevado por “Peti” y “Pancho”– en donde se encontraban unas cuantas personas más de ambos sexos, explicándoseles la operación y repartiéndose las armas sobre las que se les instruyó del manejo. Asimismo, C. E. M. reconoció haber sido llevado a una quinta por “Juancho” junto con F. F. y P. M R., encontrándose en ese lugar con alrededor de treinta personas, donde se les explicó el cometido y se repartieron las armas. Ya se han expresado las constancias que permiten sostener la individualización de otros integrantes que concurren a este y los demás puntos de concentración. Respecto del grupo de agitación, si bien con distintas variantes en sus respectivas versiones, los procesados J. M. B., D. E. M., D. A. G. A., J. C. A., M. A. F. y C. A. C., reconocieron haberse reunido el domingo por la noche en la casa de “Rulo”, alias de A. P. L., desde donde se dirigieron a instancias de F. P. a un taller de lonas (posteriormente individualizado como “Lonaplast” sito en... de San Justo, Prov. de Buenos Aires –fs. 2656–), lugar en el que ya había otras personas y donde se les explicó su misión, pemoctando allí para dirigirse temprano al día siguiente a las inmediaciones del cuartel.

Es importante destacar aquí que D. A. G. A. expresó que en el taller referido se le hizo saber que otro grupo ingresaría al regimiento con armas mientras ellos debían lograr una movilización popular en las afueras, y que uno de los participantes de la reunión –de nombre C.– no estuvo de acuerdo con la propuesta y se retiró del lugar.

En general, estos procesados manifestaron que al llegar a las afueras del cuartel el lunes 23 por la mañana –entre las 7 y las 8 horas–, no hicieron más que merodear por la zona hasta avanzada la tarde, momento en el que decidieron alejarse del lugar, siendo detenidos en el automóvil con el que se desplazaban a unas cuantas cuadras de allí –excepto C. A. C. que antes abandonó la zona con otros–. En dicho vehículo se secuestraron balas calibre 38 y 22, un transformador para equipo walkie-talkie, baterías de Handie y mapas (dos de ellos con asientos militares remarcados). Debe señalarse aquí que según los dichos de D. A. G. A., la encargada del grupo era D. E. M. y C. A. C. portaba en la ocasión una pistola calibre 22; mientras que J. C. A. refirió que la primera nombrada padeció durante la tarde una aguda

depresión porque sabía que su esposo –R. F.– se hallaba combatiendo adentro, lo que comunicó a quienes la acompañaban. Volviendo a los procesados que ingresaron al cuartel, doy por cierto que el día lunes 23 de enero por la madrugada abandonaron sus respectivos lugares de concentración para dirigirse al Regimiento 3 en los vehículos descritos, procediendo aproximadamente a las 6.15 horas a robar en Camino de Cintura y Venezuela de San Justo, el camión Ford F 7000, dominio ..., conducido por L. A. M.

De su relato surge que fue interceptado en un semáforo por un grupo de personas, algunas de ellas con vestimentas militares y armas, con su cara pintada y boinas negras y por la forma en que lo asaltaron y el aspecto que presentaban, no dudó que pertenecían a un sector disidente de las fuerzas armadas, vulgarmente denominados “carapintadas”. Después de hacerlo bajar le sustrajeron el camión, al que ascendieron tres sujetos y se lo llevaron, plegándosele varios automóviles, siendo la última una Toyota blanca en cuya caja iba un gordo que tiró panfletos y gritaba “Viva Rico”.

Dichos panfletos se titulaban “A todos los argentinos decididos” y su contenido era “–Contra la campaña radical para destruir nuestras FF. AA. –Contra la subversión marxista en el poder. –Contra el golpe de Estado liberal de los generales corruptos y burocráticos del proceso que quieren impedir las elecciones. Damos inicio a las operaciones. –Para aniquilar al enemigo marxista. Para reivindicar definitivamente la dignidad y el honor de nuestras FF. AA. y nuestra patria. Esto ya no es un problema interno de las FF. AA. sino de la Nación toda. ¡¡¡Viva el Coronel Seineldín!!! ¡¡¡Viva el Teniente Coronel Rico!!! ¡¡¡Viva la patria!!! N. E. A., Nuevo Ejército Argentino”.

Tales volantes fueron confeccionados con la máquina de escribir secuestrada en el domicilio de ... de Capital Federal perteneciente a J. B., según pericia obrante a fs. 4643/47. Inmediatamente después de concretar el robo detallado –entre las 6.15 horas y 6.20 horas, según los dichos contestes de innumerables testigos–, el mencionado grupo irrumpió en el Regimiento de Infantería Mecanizada III de La Tablada, utilizando para ello el camión que sustrajeran momentos antes. Con él, se embistió el portón del puesto N° 1 de la guarnición arrojando hacia un lado al cabo 1° J. P. G. y hacia el otro costado al soldado J.

M. M., quienes en la creencia de que se trataba del camión con que normalmente se provee a la unidad se dirigían hacia la entrada con el fin de franquearles el paso. Simultáneamente, accedieron a la unidad todos los demás vehículos puntualizados precedentemente.

Lo expuesto produjo lesiones al soldado J. M. M., sobre las que más adelante me expediré con mayor detalle y daños en el portón de acceso al Regimiento.

Ello se encuentra probado por los dichos de los nombrados J. P. G., J. M. M. y el cabo 1º D. E. C., quien si bien se encontraba de licencia ocasionalmente acompañaba a los mencionados en primer término, a los que deben sumarse las declaraciones de C. O. V. y R. F. quienes brindan un acabado detalle de la forma en que ingresaron en el Regimiento y la ruptura del portón.

Luego de ello y aún bajo los efectos de la sorpresa provocada por la irrupción, los agresores iniciaron un violento ataque armado contra la guardia de prevención donde se encontraban los sargentos primero A. D. E. y C. H. D., los soldados D. H. V., M. F. G., M. F. A., L. A. P., O. R. M. y R. T. T. y en los calabozos allí existentes los desertores R. M. R., O. M. y D. O. D. S. Inmediatamente comenzó el despliegue de una serie de acciones dentro y fuera de la edificación misma. Los soldados D. H. V., A. M. G. y M. F. A., quienes se encontraban de fajina realizando tareas de limpieza, fueron conducidos por los atacantes a los calabozos junto con los desertores R. M. R., O. M. y D. O. D. S., logrando a la postre escapar todos por una abertura producida con motivo de las acciones al desprenderse una reja. Ello surge de los dichos de los nombrados D. H. V., A. M. G., M. F. A., R. M. R., O. M. y D. O. D. S.

La Fiscalía ha imputado a los procesados una supuesta privación ilegítima de libertad cometida en la guardia. Sin embargo, no encuentro elementos suficientes que me permitan concluir que los soldados A. M. G., D. H. V. y M. F. A. y los desertores R. M. R., O. M. y D. O. D. S. hayan sido privados de su libertad. De la declaración de todos ellos se desprende que los atacantes les brindaron en principio libertad de acción, pese a lo cual ella no pudo ser aprovechada, en razón de los temores que tenían los nombrados sobre las consecuencias de una eventual salida del lugar. De ello surge que si bien objetivamente

podría resultar típica la situación que vivieron las personas en cuestión, no está acreditado el dolo típico. Los reconocimientos efectuados por algunos de los testigos, permiten ubicar en ese sector a R. S., C. A. B., R. F., I. R., J. A. D., R. A. V., R. A. A. y F. F.

El soldado R. T. T., que se encontraba al igual que sus pares dedicado a la limpieza, intentó rendirse sorprendido por el ataque, siendo alcanzado en ese momento por una serie de proyectiles que le provocaron su muerte. Los diversos testimonios aportados al debate demuestran sin duda la responsabilidad de los atacantes por este hecho. A ello debe sumarse el resultado de la autopsia realizada y la ratificación de ella efectuada por el doctor M. R. M. de donde se concluye que efectivamente el soldado R. T. T. habría tenido las manos en alto al recibir los impactos que le costaran la vida.

Surge de la autopsia que R. T. T. presentaba cinco orificios de entrada de proyectiles, lo cual en cierta manera concuerda con el modo de irrupción, donde el tiempo fue factor fundamental y no encajaba en el accionar de los intrusos el dedicar un disparo para ultimar a un adversario, sino una descarga que asegurase el resultado buscado y así poder con mayor libertad proseguir con la ejecución del plan.

A ello se suman los dichos que al respecto vertieron A. M. G., A. R. S., A. D. E. y C. H. D.

La versión de la defensa respecto de que el soldado R. T. T. habría muerto por un disparo efectuado por el mayor H. F. C. se encuentra totalmente desvirtuada por las declaraciones vertidas en autos. De ellas surge que el primer accionar del grupo atacante fue tomar la Guardia de Prevención; si se tiene en cuenta la distancia que hay entre ésta y el portón de entrada y a eso se le suma que, conforme lo vertido por quienes presenciaron el hecho, la primera actitud de R. T. T. frente al violento cuadro fue soltar la escoba que tenía en sus manos e intentar rendirse, recibiendo en ese momento los disparos que le quitaron la vida, se concluye que su muerte tuvo lugar en los primeros segundos del ataque. Si además de ello se considera el desarrollo de lo que acontecía en esos momentos en la Mayoría, lugar donde dormía H. F. C., se observará que éste recién aparece en acción a consecuencia de ese primer combate, por lo que mal pudo estar presente en el teatro de los hechos en esos primeros segundos.

Por esto es que ninguno de los muchos testigos interrogados sobre el punto, pudo decir que viera al citado oficial haciendo fuego desde la Mayoría cuando R. T. T. fuera abatido. Tampoco hicieron algún aporte sobre el punto los propios procesados.

A. D. E. y C. H. D. intentaron resistir el ataque pero al ser superados por el volumen de fuego se replegaron, logrando salir por la parte posterior, donde fueron agredidos desde la zona del estacionamiento, ganando la calle sobre el camino de cintura. A los nombrados se unieron los soldados L. A. P. y O. R. M., como surge de sus dichos.

Por su parte el cabo A. R. S., quien se encontraba en esos momentos como cabo de cuarto en una de las galerías de la guardia, preparó su arma y repelió el ataque, hasta que ella se trabó y se vio obligado a replegarse uniéndose al grupo mencionado precedentemente, lo cual surge del relato que éste realizara en la audiencia. El cabo 1º R. A. O., declaró que se encontraba de guardia en el denominado “Centro Fijo”, ubicado junto al edificio de la guardia de prevención. Al escuchar disparos le fue dable observar la entrada del grupo armado al regimiento y cómo mientras una fracción atacaba la guardia de prevención, otra se dirigía a la compañía de Comando y Servicios, arrojando una granada en la parte de la Compañía denominada “la escuelita”.

Ante ello decidió comunicarse con el Estado Mayor y por radio a la ciudad de La Plata, dando noticia de lo que sucedía, escondiéndose posteriormente en el entretecho, desde donde pudo escuchar conversaciones mantenidas por los intrusos –mediante un comunicador y empleando el código “Q”– con otros de distinta ubicación. Luego fue descubierto y agredido con un arma de fuego, acción que se vio interrumpida por un fuerte contraataque exterior que le permitió su escapatoria hacia la compañía de Comando y Servicios logrando finalmente su salida del regimiento auxiliado por un vehículo blindado.

Aproximadamente a las 10.15 horas, el escribiente J. C. G. de la Policía Federal, que se encontraba en las afueras del cuartel observando la situación, decidió intentar personalmente la recuperación del puesto N° 1, por lo que secundado por el civil R. H., logró llegar hasta ese puesto. Una vez allí fueron objeto de intenso fuego proveniente de la guardia. Como consecuencia de esa agresión, J. C. G. fue herido en el brazo derecho por un impacto de bala, mientras R. H. fue alcanzado

por una explosión que lo hirió en la pierna izquierda, ocasionándole quemaduras en el tobillo y trauma acústico debido a la conmoción que ello le causó. Se prueba lo expuesto mediante las declaraciones testimoniales que prestaran los nombrados J. C. G. y R. H., el informe sobre ingresos de heridos ya referido (fs. 6/7 y 16); informe pericial del médico legista de la Policía Federal que da cuenta sobre las heridas por fragmentos de proyectil que presentaba J. C. G. en la cara externa del codo derecho y en su antebrazo (fs. 1184), informes médicos obrantes a fs. 1144; informe de la División de Medicina Legal de la Policía Federal sobre el estado de R. H. (fs. 1190/1) y las respectivas historias clínicas e informes de los médicos forenses glosados a las mismas.

Aproximadamente a las 11.00 horas ingresó al cuartel un grupo de Ejército encabezado por el Tte. coronel E. G. N. e integrado entre otros por el sargento P. A. V., teniente M. A. R. O., M. L. N., teniente primero J. R. L. y sargento J. C. F., con el objeto de emplazar piezas de artillería. Así las cosas, mientras el grupo del Ejército comenzaba sus preparativos, el teniente coronel E. G. N. fue alertado por dos policías, el sargento 1º A. O. B. y el cabo 1º R. M., acerca de la presencia de incursores en algunos locales del edificio de los calabozos, por lo que E. G. N. decidió efectuar personalmente una inspección, siendo secundado por los nombrados.

Los tres se dirigieron al lugar, se introdujeron por un pasillo y los dos primeros se asomaron en forma conjunta a un local dividido por una especie de biombo. En ese instante, E. G. N. fue sorprendentemente alcanzado por un disparo de escopeta, que le impactó en su rostro, alcanzándolo también a A. O. B. en el pecho.

Posteriormente, los dos policías lograron sacar del local a E. G. N. tomándolo de los tobillos y luego cargándolo, siendo ayudados por el subcomisario L. A. R. y el comisario J. F. C., quienes presenciaron la escena desde el sector de la guardia.

Como consecuencia de este suceso E. G. N. resultó con destrucción total del malar derecho, la pérdida de un ojo y lesiones de la órbita y partes blandas de ese lado.

Lo expuesto surge de las declaraciones testimoniales de A. J. S., C. A. P., de los nombrados A. O. B. y R. M., del subcomisario L. A. R., del comisario J. F. C., de M. A. R. O., J. A. B., M. A. R., M. L.

N., V. R. D., y de las constancias obrantes en los informes sobre nómina de heridos (fs. 6/7, 16, 24 bis/25), informe médico de la División Medicina Legal de la Policía Federal (fs. 1190/91) y de la historia clínica del nombrado y los informes médicos agregados a ellas, y a este respecto las declaraciones efectuadas por el forense J. A. P.

El resto del grupo originariamente conducido por E. G. N., permaneció en su posición, donde tomó contacto con personal de la policía de la Prov. de Buenos Aires, entre ellos el comisario J. F. C., subcomisario L. A. R., cabo L. A. L., cabo R. M., cabo R. B., cabo R. M., sargento primero A. O. B., sargento primero V. R. D. y agente C. A. R. y también integrantes de la Policía Federal, como el subcomisario E. L. S. y los suboficiales J. A. B. y M. A. R.

En esas circunstancias, siendo cerca de las 12.00 horas, se produjo un nutrido tiroteo sobre el sector de la guardia de prevención. A raíz de ello, todos los nombrados buscaron resguardarse de los disparos detrás de una garita ubicada frente a la guardia. Fue entonces cuando desde la plaza de armas, se realizó un disparo de grueso calibre que provocó una explosión en el lugar citado.

Es ilustrativa respecto de este hecho la declaración del subcomisario L. A. R., en cuanto refirió haber observado a una mujer cuando efectuaba el disparo que impactara justo entre sus piernas, a la que describió diciendo que era de baja estatura, morocha, vestida con una remera color negro y que llevaba un brazalete blanco en el brazo izquierdo.

El impacto de ese proyectil produjo lesiones de distintos tipos a todos los que allí se hallaban; no obstante lo cual, luego de la explosión, continuó el tiroteo hacia las víctimas. Nuevamente es de gran valor el testimonio de L. A. R., como también el prestado por el cabo R. M., en cuanto relataron en forma conteste, que fueron objeto de disparos luego de producida la explosión, llegando a la instancia en que L. A. R., quien ya se encontraba con sus miembros inferiores amputados, cubrió el cuerpo de R. M. con el suyo, recibiendo por ello un impacto de bala en la nalga izquierda y R. M. otro en su estómago.

Como consecuencia del hecho descripto L. A. R. sufrió la amputación de ambos miembros inferiores y testículo izquierdo, además de heridas por quemaduras y esquirlas en todo su cuerpo y estallido del

tímpano del oído izquierdo; L. A. L. resultó con heridas por quemaduras de tipo "A" en brazo izquierdo y antebrazo derecho, estallido de oído bilateral con sordera bilateral e hipoacusia marcada; R. M. padeció heridas por esquirla de bala en ambos miembros inferiores, cuello y miembro superior derecho, perforación timpánica y exposición del mango del estribo del oído derecho; P. A. V. fue herido en el ojo izquierdo y en casi todas las regiones topográficas del cuerpo por fraccionamiento de proyectil; M. A. R. O. sufrió heridas en ambos miembros inferiores por esquirlas de proyectil; J. R. L. presentó lesiones por quemaduras en el cuello y por esquirla en pierna derecha y abdomen; R. B. recibió esquirlas en hemitórax derecho, codo y tobillo derecho, además sufrió congestión de la membrana del oído izquierdo; A. O. B. fue objeto de un trauma acústico agudo con hipoacusia derecha y escoriaciones en tórax, pierna y brazo derecho y en su rostro; E. L. S. resultó con hipoacusia aguda por trauma acústico; J. A. B. sufrió lesiones por quemaduras en ambos miembros superiores y tórax; M. A. R. resultó con heridas en cara lateral de pierna, brazo izquierdo y en el tórax por esquirlas, además de escoriaciones múltiples; M. L. N. sufrió quemaduras y esquirlas en brazo y cráneo.

En dicho suceso y debido a la misma explosión, una ambulancia que circulaba por ese sector fue alcanzada por la onda expansiva, produciendo a sus conductores V. R. D. y C. A. R., trauma acústico y traumatismo en el tórax.

El suceso descripto se halla corroborado por los informes sobre nómina de heridos de personal policial y militar (fs. 6/7, 16 y 24 bis/25); informes médico-legales (fs. 872, 874, 1190); por las declaraciones testimoniales de A. J. S., C. A. P., M. L. N., de los nombrados L. A. R., R. M., R. B., A. O. B., L. A. L., C. A. R., V. R. D., J. F. C., E. L. S., J. A. B., M. A. R.; las constancias obrantes en las respectivas historias clínicas e informes médicos forenses agregados a ellas, y las declaraciones testimoniales de los médicos forenses R. L., O. C., J. K., J. A. P., O. H. R. y C. A. R.

También en horas de la mañana, el cabo del Ejército Argentino E. C. intentó introducirse a los calabozos de ese sector, en búsqueda de soldados que allí se hallaban, por lo que, con la cobertura de un policía, ingresó al lugar donde fue sorprendido por los disparos que le hiciera

uno de los atacantes, impactándole una bala en su pulmón izquierdo y esquirlas en el ojo izquierdo, muslo derecho y muñeca izquierda.

El suceso relatado surge de los informes sobre nóminas de heridos (fs. 24 bis/25), la declaración testimonial realizada por E. C. y lo informado por los médicos forenses respecto de la historia clínica del nombrado, en donde se describen las lesiones y se las califica como graves, siendo ratificada dicha conclusión por los dichos del médico forense F. L.

Frente a la Guardia de Prevención se encuentra la Compañía de Comando y Servicios. Al momento de iniciarse las acciones dentro del regimiento en ella se encontraban, entre otros, el teniente G. A. V., el cabo 1° N. A. F. y los soldados R. O. T., F. G. B., G. V., G. W. R., A. M. y S. G. M.

Alertado por los disparos, G. A. V., tras romper la puerta de la sala de armas y distribuir entre los que se encontraban con él lo necesario para la defensa del edificio, ubicó efectivos en distintos puntos claves logrando evitar así la toma de la compañía.

Los soldados L. A. M. y G. V. se ubicaron sobre una ventana que da sobre la calle Crovara, desde donde pudieron observar a uno de los incursores disparando una Itaka y a otro intentando sacar algo de un bolso, ante ello dispararon sobre esas personas logrando herir al que llevaba el bolso y obligándolos a replegarse. En esos momento estalló una granada en la puerta que une el edificio de la Compañía con la denominada "escuelita", provocando grandes destrozos; por el hueco que dejara la explosión, ingresó una persona disparando un arma para luego replegarse ante la resistencia encontrada. Este episodio fue observado no sólo por quienes se encontraban dentro de la Compañía sino también desde la Guardia de Prevención por el cabo 1° R. A. O. el soldado M. F. G.

A su vez, el cabo N. A. F. pudo observar la toma de la Compañía "A" y cómo, quienes se encontraban en ella, eran conducidos al exterior y colocados en forma de parapeto. Desde ese lugar se abrió fuego con distintas armas, entre las que se destacaba una ametralladora MAG ubicada entre las piernas de un militar, lo que obligó al teniente G. A. V. a ordenar que no se respondiera el ataque para evitar herir a los soldados.

Lo expuesto se encuentra probado por los dichos de G. A. V., N. A. F., G. W. R., G. V., A. M., R. O. T., F. A. G. B., entre otros, vistas fotográficas de fs. 307, y puntos 3 y 4 del informe glosado a fs. 292/296 del incidente de actuaciones complementarias. En otro orden, se tiene por cierto que siendo aproximadamente las 6.15 horas, momentos en los cuales se iniciaba el ataque al cuartel, se encontraban durmiendo en la planta superior del edificio de la Mayoría el segundo jefe del Regimiento, mayor H. F. C. y el soldado S. A. A.; mientras que en la planta baja se hallaba el soldado G. A. A., a quien se sumaron los conscriptos J. L. O. y M. A. C. que habían ingresado al cuartel volviendo de su franco y al percatarse del ataque buscaron refugio en ese lugar.

En efecto, tanto J. L. O. como M. A. C., después de ingresar por el puesto N° 1 al Regimiento, encaminados hacia sus respectivos lugares de servicio, pasaban por las cercanías de la Mayoría cuando escucharon un fuerte ruido y pudieron observar la irrupción que por el portón de entrada hacia un camión y otro automóvil marca Renault 12 con una baliza en el techo, en los que iban personas armadas que abrieron fuego en distintas direcciones, llegando esos disparos hasta el lugar en donde se encontraban. Por ello, ambos soldados se agazaparon y cubriéndose llegaron hasta la entrada de la Mayoría que da sobre la plaza de armas, desde donde les fue posible observar distintos grupos de civiles portando armas largas que corrían en diferentes direcciones; un primer grupo hacia las compañías, otro hacia el Casino de Suboficiales y finalmente un individuo que llevaba una "MAG" y gritaba "vamos al rancho".

En la entrada de la Mayoría se encontraba G. A. A. quien les abrió la puerta permitiéndoles el ingreso; una vez adentro se comunicaron telefónicamente con el Estado Mayor dando aviso de la situación imperante y manteniendo esa comunicación en forma constante.

Entre tanto, el mayor H. F. C. -vestido al efecto de uniforme de combate- y el soldado S. A. A. que se habían despertado debido a los ruidos ocasionados por el paso de los rodados a su entrada, por el gritar de consignas como "viva el turco" y por los disparos de armas de fuego que efectuaban, tomaron las únicas armas que allí había y fueron a la planta baja, donde se organizaron para la defensa

del lugar tomando posición S. A. A. en el flanco que da a la plaza de armas y H. F. C. del lado que da a la guardia de prevención desde donde comenzó a efectuar disparos en dirección a ese lugar.

En esas circunstancias se lograron distintas comunicaciones con la Brigada de La Plata y así también H. F. C. se comunicó con el teniente coronel J. L. I. Z., a quien le informó sobre lo sucedido, manifestándole que había observado personas civiles armadas combatiendo en la Guardia de Prevención con el personal que allí se encontraba, por lo que solicitó que se enviaran refuerzos, expresándole que no abandonaría su posición.

Así las cosas, mientras S. A. A. vigilaba el costado que da a la plaza de armas y los restantes se encontraban guarecidos en los baños del lugar, H. F. C. les solicitó que le marcaran los blancos que pudieran observar desde las ventanas y se dirigió a la entrada ubicada sobre la calle General Belgrano que da a la Guardia de Prevención, donde comenzó a disparar nuevamente respondiendo el fuego dirigido hacia ese lugar desde la guardia.

Tal acción continuó aproximadamente hasta las 9.20 horas, momento en el cual los soldados que se hallaban en el interior del edificio no escucharon más las detonaciones del arma de su superior, percatándose uno de ellos, M. A. C., del sonido de la caída del cuerpo y del arma del Mayor como también de sus suspiros agónicos, por lo que supusieron que había sido víctima de un disparo, cosa que fue corroborada por el deceso del nombrado verificado posteriormente. En este sentido cuéntase con el testimonio del soldado F. E. T. (fs. 64 del Inc. de Act. Complementarias), en cuanto relató que se encontraba durmiendo en la enfermería junto con los soldados F. A. G. B. y N., y siendo aproximadamente las 6.15 horas fueron despertados por detonaciones de disparos, por lo que se asomaron por una de las ventanas del edificio, desde donde observaron el paso de un camión seguido por un automóvil.

Ante tal suceso dieron aviso al cabo 1º J. que también se encontraba en ese lugar, quien les ordenó que ingresaran al sótano que pertenece a la farmacia.

Una vez en ese lugar, tomaron una escalera con la que accedieron a una pequeña ventana que da hacia la plana mayor, donde pudieron observar tanto F. E. T. como F. A. G. B., al mayor H. F. C. disparando

hacia la Guardia apoyado sobre la puerta. En esos momentos ven cuando el militar intenta salir hacia las columnas del hall y es alcanzado por una bala que le impacta en su costado derecho, cayendo cerca de las escaleras de entrada y cuando quiso incorporarse nuevamente apoyando sus manos en el suelo, observó a una mujer que se encontraba detrás del monumento de Las Malvinas, ubicado en la punta de la Guardia Central, que salió portando un arma de mano y le efectuó al mayor aproximadamente tres disparos. Al mismo tiempo pudo escuchar una voz masculina que gritaba "cubrite negra" proveniente de la guardia, regresando la mujer a ese lugar.

Continuó su relato, diciendo que permanecieron en el sótano hasta las 13.00 horas y al poco tiempo fueron rescatados por un vehículo VCTP a cargo del sargento R., con quien fueron hasta la Mayoría donde pudo observar que el personal de ese vehículo recogió el cadáver del mayor H. F. C.

Éste, según la autopsia que se le practicara, recibió impactos que le penetraron en la mitad superior del cuello "produciendo una gran infiltración de los planos musculares subyacentes que llega hasta el plano vertebral" y en hemitórax derecho, los cuales concuerdan con la descripción que hiciera F. E. T. de las circunstancias en que los recibió, durante el enfrentamiento que mantuviera con los incursores que se encontraban en la guardia de prevención. Igualmente queda confirmada la posición de la víctima en virtud de las declaraciones del teniente coronel J. L. I. Z. en cuanto refirió que al pasar por el edificio de la Mayoría en una recorrida que hiciera por el interior del cuartel, reconoció el cuerpo de su segundo tirado sobre el piso de la planta de la plana mayor que da frente al estacionamiento; como así también por los dichos de S. A. A. que pudo observar cuando el cadáver fue retirado de ese lugar por un vehículo blindado.

Estériles resultan los esfuerzos de la defensa por desacreditar al testigo F. E. T.; la supuesta imposibilidad física de apreciar lo sucedido por el mero hecho de observar por una ventana y sobre una escalera, no resiste el menor análisis, aún más cuando el relato del testigo resultó sumamente preciso en detalles sobre los episodios que le tocara vivir, detalles éstos que no pudieron haberse observado de no encontrarse en un lugar privilegiado. Finalmente, la distancia existente entre la

enfermería y la Mayoría, por ser sensiblemente menor a lo expuesto por la defensa, lejos de desacreditar los dichos de F. E. T., le asignan mayor credibilidad.

Tras la muerte de H. F. C., los soldados se mantuvieron en ese lugar del cual no podían salir debido a la mayor intensidad de los disparos y de las explosiones que comenzaron en sus inmediaciones, hasta que aproximadamente a las 13.15 horas fueron rescatados por personal del Ejército que se desplazaban en tanques, con los que cubrieron su retirada ante el intenso intercambio de disparos entre las fuerzas leales y los distintos grupos de incursores que habían tomado posición en el casino de suboficiales.

Lo expuesto se encuentra acreditado por los siguientes elementos de convicción: las declaraciones testimoniales que prestaran los nombrados S. A. A., J. L. O., M. A. C., G. A. A., J. L. I. Z., M. R. M., y la autopsia efectuada sobre el cadáver del mayor H. F. C.

Inmediatamente después de producido el asalto, en ocasión en que el oficial de semana, sargento ayudante A. M. F. recorría los parques de vehículos en dirección a la cuadra del Escuadrón de Exploración de Caballería Blindada, fue alertado por un soldado acerca de la incursión de individuos al Regimiento en forma violenta, motivo por el cual se dirigió a la cuadra donde se hallaban descansando a la espera del toque de diana los soldados conscriptos D. A. P., J. R. G., G. A. B., A. R. D., D. R., F. H. M., A. G., J. C. G., S. H. P., E. A. L., J. A. R., M. A. R., C. G. R., C. F. C. y W. M., quienes junto al nombrado A. M. F. y al suboficial R. J. C. se dirigieron en busca de armamento para así emprender la tarea de defensa del lugar. Tal cometido se vio interrumpido por el abrupto ingreso a la cuadra de un grupo de los incursores al frente de los cuales se hallaba una mujer, la que luego de efectuar disparos, los exhortó a rendirse y entregar las armas, orden ésta que fue acatada por el personal militar.

Acto seguido, se los intimó a salir de la cuadra en posición de cuerpo a tierra, ubicándolos en el frente exterior de la compañía tirados en el piso a modo de parapeto, quedando así en medio del fuego que se cruzaba entre los incursores y las fuerzas militares apostadas en la compañía Comando y Servicios. El desnivel del terreno allí existente, que según la defensa ofrecía protección a los soldados, no resultaba

apto a ese fin ni disminuía en absoluto la situación de peligro en que fueron colocados conforme pudo apreciarlo el tribunal en la inspección ocular oportunamente realizada. Al momento de sucederse estos acontecimientos, en la parte superior del edificio, esto es en la Compañía "A", se encontraban los soldados conscriptos D. J. D., S. M. y F. A. G. B., quienes se asomaron por la ventana al oír los disparos provocados al ingresar los ocupantes a la planta baja y vieron los autos de los incursores, por lo que decidieron tomar las armas y resistir, actitud que asumieron y en la que perduraron hasta la llegada del sargento A. M. F. —aproximadamente una hora y media después— quien por orden de los atacantes los intimó a rendirse bajo la amenaza de que si no lo hacían iban a ser fusilados todos los rehenes que se encontraban en la planta baja. Ante ello, decidieron entregar sus armas y fueron llevados al frente de la compañía donde pasaron a engrosar el parapeto humano que allí se había formado.

Cabe aclarar que los soldados G., E. A. L. y B., no formaron parte del grupo detenido al frente de la compañía desde el primer momento, dado que llegaron a esconderse en unos cofres hasta que fueron descubiertos y colocados con los demás rehenes.

Como consecuencia de la situación en la que fueron compulsivamente colocados, el soldado S. H. P. recibió impactos de esquirla en el lado derecho; según su historia clínica la lesión se conformó por heridas puntiformes en miembro inferior derecho causadas por el mecanismo mencionado. G. también presentó heridas puntiformes por esquirla en brazo y antebrazo derecho. W. M. por su parte fue herido en el cuero cabelludo por impacto de esquirla. Por último, el soldado G. A. B. presentó un hematoma subcutáneo dorsolumbar a nivel 8 de espacio intercostal, sin complicaciones viscerales o vitales, referido como orificio de entrada sin referencia a orificio de salida o presencia de proyectil en cuerpo, y lesión cortante superciliar derecha, no pudiéndose comprobar mecanismo causante, siendo verosímil por herida de bala.

Todas estas lesiones fueron calificadas como de importancia leve. Lo expuesto se encuentra acreditado por las declaraciones testimoniales de los damnificados S. H. P., G. y W. M., D. J. D., A. R. D., D. R., F. M., G. A. G., R. J. C., M. A. R., J. R. G., los datos consignados

en las correspondientes historias clínicas de los nombrados con sus informes médicos forenses agregados a ellos y respecto de éstos lo declarado por el forense M. R. M.

Esta situación se mantuvo inalterable con un continuo fuego cruzado desde el escuadrón por un lado y la policía que se hallaba sobre la avenida Crovara por el otro. Si bien en un principio participó de él personal militar apostado en la compañía de Comando y Servicios, ello cesó al ver el jefe de ese grupo la existencia de rehenes en la línea de fuego. Este tiroteo era ejecutado por los atacantes con armamento propio, con municiones sustraídas previamente en la sala de armas de la cuadra y con fusiles FAL y una ametralladora MAG obtenidas de igual forma. Finalmente, a solicitud de los cautivos y en virtud de las heridas sufridas por el soldado G. A. B., se permitió el ingreso de los rehenes a la Compañía, haciéndose efectivo de a uno por vez al mismo tiempo que los ocupantes huían por una ventana hacia la Compañía "B".

Cabe agregar que de los diversos testimonios agregados en la causa fueron reconocidos como integrantes del grupo agresor los procesados C. E. M., F. J. P., R. F. y B. E. C. También sufrió lesiones mientras permanecía en la Compañía "A" el soldado J. A. R. Este hecho se produjo una vez que los rehenes reingresaron al edificio tras el retiro de sus captores y en ocasión en que dispararon sobre el lugar vehículo blindados del Ejército en la creencia que los agresores aún continuaban ahí. Lo dicho se desprende de los testimonios aportados por los testigos A. M. F., M. A. R., D. A. R., G. A. G., R. J. C., R. B., Ro. A. S., F. H. M., G. A. V., D. J. D., G. A. B., S. M., J. A. R., C. G. R., C. F. C. y M. R. M.; las historias clínicas y los informes médicos forenses practicados en relación a las personas que sufrieran las lesiones ya detalladas.

Siendo aproximadamente las 6.20 horas de ese día 23 de enero, el cabo 1° C. G. C., se encontraba conversando en la Compañía "B" con el soldado conscripto M. A. B. cuando escucharon varias detonaciones de armas de fuego.

Al observar fuera del edificio, pudieron comprobar la presencia de varios vehículos ajenos al regimiento como así también la de personas que gritaban "viva Rico, viva el turco", circunstancia ante la

cual el nombrado suboficial ordenó a sus subalternos allí presentes –soldados J. M. R., S. M. P., L. A. C. y el citado M. A. B.–, tomar sus armas para así poder iniciar la defensa del edificio. Transcurrido un lapso de aproximadamente una hora y media y ante el contundente ataque de los incursores hacia ese puesto, el cabo C. G. C. decidió trasladarse hasta la sala de armas, lugar donde retiró dos ametralladoras MAG, un fusil FAL y municiones, con las cuales continuaron el combate hasta que tras el decidido avance de un grupo de los ocupantes hacia la compañía resultó herido el soldado L. A. C., circunstancia ante la cual optaron por deponer las armas. La lesión que sufriera L. A. C. en ese momento consistió en una herida cortante en el pecho con pérdida de tetilla, en la región frontoparietal izquierda con pérdida de cuero cabelludo, oreja izquierda y hombro izquierdo.

Consumada la rendición, ingresó al lugar un grupo de no menos de cinco personas entre las cuales fueron reconocidas C. E. L. (a quien apodaban Gloria) y R. F., quienes tomaron prisioneros a los militares, los ubicaron en el dormitorio de tropa para pasarlos inmediatamente al baño y comenzar un fuego continuo hacia la zona de la plaza de armas –específicamente hacia la compañía Comando y Servicios y hacia el sector de la guardia– el que se mantuvo mientras los cautivos permanecieron en el lugar.

Para ese combate utilizaron tanto el armamento propio como el que se encontraba en la sala de armas, para cuyo traslado a la planta baja se valieron de dos de los rehenes. No asiste razón a la defensa cuando esgrime que no se perpetró allí ninguna privación de libertad; la colocación compulsiva en un lugar determinado y el control de ese lugar por parte de los captores, impedían a los mencionados la posibilidad de su libre locomoción; nada aporta la existencia o no de una visualización directa e inmediata por parte de quienes causaron esa situación, si las características del combate impedían a las víctimas huir del lugar sin alto riesgo para sus vidas. No fortifica la posición defensiva el testimonio de C. G. C., por cuanto de él sólo puede desprenderse el efectivo dominio del edificio por parte de los victimarios.

Todo esto según lo declarado por los mencionados C. G. C., M. A. B., J. M. R., S. M. P. y L. A. C. En horas del mediodía y ante un descuido de sus captores, C. G. C. logró fugarse arrojándose por el

balcón de la Compañía y se dirigió hacia los fondos del regimiento desde donde tras ubicarse en un vehículo prosiguió combatiendo hasta la noche, tal como surge de sus propios dichos.

Para esa misma hora el teniente H. R. C. del Ejército Argentino fue lesionado cuando se dirigía al Casino de Suboficiales a fin de observar cuál era la situación; al aproximarse a una esquina del comedor de tropa fue alcanzado por la explosión de un proyectil que uno de los agresores le disparó desde la planta alta de la Compañía "B", ocasionándole heridas múltiples en el brazo izquierdo, ambos miembros inferiores y en el glúteo izquierdo, además de quemaduras en esas zonas. El suceso descrito se halla suficientemente probado en cuanto a su ocurrencia, conforme los informes sobre nóminas de heridos (fs. 24 bis/25), la declaración testimonial de H. R. C., por los datos de la historia clínica e informe médico forense obrante en ella y la declaración del doctor C. A. R. a ese respecto.

Entre las 14.00 y 15.00 horas el teniente coronel J. L. I. Z., que se encontraba desde la mañana recorriendo el cuartel en un vehículo blindado, descendió en las cercanías del Casino de Suboficiales donde se reunió con varios integrantes del Ejército, entre los que se encontraba el cabo primero G. G., quienes lo acompañaron en la formación de un grupo para efectuar uno de los primeros intentos de recuperación del Casino. Así fue que al momento de llegar a la galería de ese edificio fueron blanco de disparos provenientes de la Compañía "B", los que le ocasionaron a J. L. I. Z. heridas de arma de fuego en la fosa lumbar izquierda y múltiples esquirlas en la base del tórax y a G. G. herida de bala en el brazo izquierdo.

Tal hecho encuentra corroboración en los informes ya señalados sobre nóminas de heridos (fs. 9/10 y 24 bis/25), en las declaraciones testimoniales de J. L. I. Z., G. G. y G. S. y en los datos consignados en las respectivas historias clínicas e informes forenses de los cuales surge que las lesiones ocasionadas a J. L. I. Z. fueron calificadas entre graves y gravísimas, y las de G. G. como graves, y respecto de éstos la declaración del forense C. A. R.

Alrededor de las 20.00 horas, se inició un incendio en el baño de la Compañía "B", donde estaban ubicados los rehenes, lo que produjo el derrumbe de una parte del techo que bloqueó parcialmente la salida.

Ante el apremio por la falta de aire que todo ello generó los rehenes salieron entre el fuego saltando por una ventana, sufriendo S. M. P. y L. A. C. grave daño en su salud. El primero, sufrió quemaduras tipo "B" en el 40% de su cuerpo, específicamente en cara, espalda, miembros superiores e inferiores; el segundo, también sufrió quemaduras tipo "A" en mano derecha, brazo y antebrazo izquierdo, aproximadamente en un 8% de su cuerpo, más una deformación permanente en su rostro, producto de esas mismas quemaduras conforme a sus respectivas historias clínicas. Con posterioridad a ese hecho, el teniente primero R. B. fue herido por los atacantes que todavía se encontraban en la Compañía "B".

Con la intención de responder el ataque que se le efectuaba desde allí, pretendió rodear a su agresor junto con el teniente primero A. F.; para ello corrieron a campo traviesa y fue en ese momento alcanzado por un impacto de bala en la región iliaca derecha, lo que le produjo fractura expuesta del hueso ilíaco.

El suceso se ha probado conforme a nóminas de heridos (fs. 939), declaración testimonial del mencionado R. B. e informe médico forense y lo consignado en su historia clínica.

Siguiendo el camino General Belgrano, utilizado por los incursores para la entrada al Regimiento, luego de pasar la Guardia de Prevención y la Enfermería, se encuentra la cancha de polo, al costado de la cual y sobre el mencionado camino se sitúa el denominado "Puesto Tribuna", lugar donde montaba guardia el soldado L. M. D., cuyo cuerpo fuera hallado sin vida luego de finalizadas las acciones en el Regimiento. Resulta obvio, por el trayecto seguido por los atacantes al ingresar al cuartel, que L. M. D. fue interceptado por ellos, ya que el recorrido que realizaran los vehículos conduce al sitio donde se encontraba apostado el aludido soldado.

De su autopsia, surge que L. M. D. recibió un disparo de frente, en forma oblicua desde su costado izquierdo, si esto ocurrió en los primeros momentos del ataque —como detalla el examen médico citado—, ninguna duda cabe de que la bala provino de los atacantes, toda vez que de las demás zonas que lo rodeaban no se recibió respuesta alguna, ya que el puesto tribuna no fue objeto de combate en todo el transcurso de las acciones; y si lo pudo haber sido ocasionalmente,

esto no ocurrió en esas primeras acciones. Si se recrea aquel momento, puede observarse que las únicas fuerzas legales que participaron inicialmente de la represión fueron las que se hallaban en la Guardia de Prevención y si éstas no efectuaron fuego alguno hacia los fondos del cuartel, sólo los atacantes pueden haber dado muerte al soldado L. M. D. A ello se debe sumar que a diferencia de los soldados que se encontraban en la Guardia de Prevención, quienes por estar realizando trabajos de limpieza estaban desarmados, L. M. D. contaba con el arma que lógicamente se provee a quien debe montar guardia para velar por la seguridad de un regimiento, constituyendo así un verdadero obstáculo para los fines buscados por los agresores.

Es por ello que, valorando los elementos colectados, en el contexto general de la operación llevada a cabo, de las características que sus responsables le dieron, de los fines buscados y de los medios empleados a esos fines, arribó a la conclusión de que L. M. D. fue ultimado por el grupo que integraban algunos de los hoy procesados.

El día 23 de enero próximo pasado se encontraban cumpliendo con la guardia del sector del puesto Spinassi, el cabo 1º J. G. A. y los soldados D. G., R. R., P. S. P. y J. R. P.

En esas circunstancias, siendo aproximadamente las 6.15 horas, una vez efectuado el relevo de P. S. P. por J. R. P. en la guardia del Polvorín, comenzaron a escucharse disparos en el sector del Casino de Suboficiales del Escuadrón.

Al percatarse del ataque, los que se hallaban en el puesto Spinassi intentaron llegar primeramente al sector mencionado dado que en él se encontraba solo el soldado E. N., lo que no lograron debido al ataque armado que recibieron desde esa posición por los incursores. Tras desistir de ese intento, el cabo J. G. A. y los soldados D. G. y P. S. P. se dirigieron hacia las caballerizas y el soldado R. R., obediendo la orden de su jefe, llegó hasta el puesto "Polvorín" para reforzar su guardia, permaneciendo en ese lugar junto con J. R. P. hasta ser evacuados al día siguiente.

A su vez, los otros tres lograron llegar a la parte trasera del lugar denominado "Herrería" que linda con las caballerizas, manteniendo desde ahí un tiroteo con un grupo que se encontraba en el sector de la plaza de armas del escuadrón. En esas circunstancias, habiendo un

cese de fuego, el cabo J. G. A., con el fin de visualizar más claramente a los agresores, decidió salir de su posición, corriendo aproximadamente unos treinta metros en dirección a la calle Somellera, donde fue alcanzado por un impacto de bala en el pecho que le produjo en pocos instantes su muerte. Tal suceso encuentra plena corroboración en los dichos del soldado P. S. P. quien pudo ver el recorrido que hiciera su superior hasta el momento en que fuera herido, intentando socorrerlo para lo cual llegó hasta el sitio donde yacía la víctima y pretendió arrastrarlo fuera de la línea de fuego tomándolo de las manos, tarea estéril por cuanto en ese mismo momento J. G. A. perdió la vida.

Cabe resaltar también el informe pericial efectuado sobre el cadáver del nombrado, en el cual se describe el itinerario del proyectil que le diera muerte. Éste ingresó en la cara anterior del hemitórax izquierdo penetrando en la zona abdominal y alojándose finalmente en la región lumbar, siendo la dirección de izquierda a derecha, de adelante hacia atrás y de arriba hacia abajo, lo que determina que J. G. A. se encontraría en esos momentos en posición agazapada, corroborando lo dicho por P. S. P.

Ese disparo provino, indudablemente, de las Caballerizas, donde se encontraba un atacante; ello de acuerdo al testimonio de P. S. P., corroborado por la forma de ingreso del proyectil.

Las dudas esbozadas por la defensa sobre el testimonio de P. S. P. con base en la ubicación de éste y las escoriaciones de la víctima, resultan absolutamente dogmáticas y no conclusión de un razonamiento lógico, por lo que no merecen ser tenidas en cuenta. Después de ocurrida la muerte de J. G. A., los soldados D. G. y P. S. P. resolvieron ingresar a la "Herrería" y permanecer en su interior cerca de la entrada que da a la calle Somellera.

Fue entonces cuando repentinamente un hombre —con barba y boina negra, vistiendo una camisa verde— empujó el portón que linda con la Caballeriza e ingresó haciendo fuego en forma de ráfaga contra los soldados que habían quedado frente al individuo. Uno de éstos impactó en la zona abdominal de D. G., lo que le produjo en forma instantánea su muerte; otro lesionó a P. S. P. en su rodilla derecha, ocasionándole un estallido óseo en la zona. No obstante ello, P. S. P. contestó el

fuego recibido obligando al atacante a replegarse hacia las caballerizas. Posteriormente, tratando de salvaguardar su integridad física, P. S. P. salió del lugar arrastrándose hacia la calle Somellera, llegando hasta el alambrado contiguo, lugar donde fue rescatado por personal policial.

El sujeto herido por el conscripto se retiró auxiliado por otros agresores. De igual manera, respecto de la muerte de D. G., he de resaltar lo informado por los médicos forenses. Del examen realizado sobre su cadáver y conforme la descripción de los efectos causados por los impactos recibidos, surge que ellos se efectuaron desde una corta distancia, indicio éste que da mayor valor a los dichos del soldado P. S. P. La defensa pretendió nuevamente aquí quitarle veracidad a los dichos de P. S. P. por cuanto éste en su testimonio manifestó que al entrar el atacante, tanto él como D. G. se encontraban de frente y según su autopsia los disparos que causaron la muerte de D. G. tuvieron una dirección de atrás hacia adelante. Tal argumento, si bien cierto, no logra la pretendida desautorización, porque dada la característica sorpresiva del ataque, no puede descartarse que, instintivamente, D. G. haya girado su cuerpo buscando así defensa, circunstancia que, obviamente, no podía ser precisada por P. S. P., tan sorprendido como su compañero.

Los hechos descriptos se encuentran acreditados también mediante los siguientes elementos de convicción: las declaraciones testimoniales de R. R., J. R. P., Ro. A. S., H. R. C., O. M. B., M. A., M. R. M.; el informe de fs. 9/10 y 24 bis/25; las autopsias y certificados de defunción de D. G. y J. G. A.; la historia clínica de P. S. P., el informe médico practicado sobre su base y a ese respecto la declaración del médico forense C. A. R.

Al momento del ataque, en el Casino de Suboficiales del Escuadrón, se encontraban durmiendo algunos suboficiales, entre ellos F. A. L., R. P., R. J. C., el sargento primero C. y el cabo P., entre otros.

A causa de los disparos producidos por los atacantes que llegaron hasta ese lugar en el Ford Taunus Taxi, R. J. C. se despertó y alertó al personal que dormía allí, luego de lo cual se dirigió a la cuadra de tropa del escuadrón. Al mismo momento, se despertó F. A. L. e intentó salir hacia esa cuadra, no pudiendo hacerlo por los tiros que recibía.

Allí comenzó la resistencia al ataque, resistencia que fue llevada a cabo fundamentalmente por F. A. L. ayudado por el sargento primero C.

F. A. L. pudo observar en el frente a un hombre que, parapetado detrás de uno de los canteros, le disparaba con una Itaka y otro, a su derecha, que poseía un arma larga –probablemente un FAL– y que constituía su blanco más propicio ya que a su izquierda no podía tirar por faltarle el ángulo.

Los incursores atacaban con diversas armas, algunas de ellas de alto poder ofensivo –lanzacohetes– que provocaron daños en el frente del edificio del Casino de Suboficiales: un disparo rompió la mampostería de una pared además de la ventana. Del mismo modo, disponían de granadas, una de las cuales hicieron estallar en el interior del edificio.

Mientras sucedía todo esto, el cabo 1° P. atendió varios llamados telefónicos del Estado Mayor General del Ejército, desde donde buscaban interiorizarse sobre la situación en ese lugar. Luego de resistir aproximadamente dos horas, F. A. L. decidió atender el último llamado del EMGE, refiriéndoles lo que estaba sucediendo. Cuando regresó a su puesto las personas que tiraban hacia el Casino ya se habían ido del lugar.

Los soldados y suboficiales fueron retirados del Casino en horas del mediodía por un vehículo blindado.

Todo lo relatado hasta aquí surge de las declaraciones testimoniales de F. A. L., R. J. C. y R. P.; además del punto 2 del informe glosado a fs. 292/6, con respecto a los daños producidos en el Casino del Escuadrón, y las fotografías correspondientes a dichos daños que obran a fs. 300/8 del incidente de actuaciones complementarias.

Siendo aproximadamente las 6.20 horas, el cabo D. F. A., quien se encontraba a cargo del puesto Somellera, escuchó disparos en el interior del Regimiento, por lo que decidió alistar al personal a su cargo, soldados E. A. A., R. O. D. y A. G. C. Así dispuestos, se dirigieron hacia distintos lugares de la unidad, recibiendo, en el caso del cabo D. F. A., fuego por parte de los agresores ubicados en el puesto N° 2 y

en la zona del tanque de agua (todo esto de acuerdo a los dichos de los soldados E. A. A., R. O. D., D. F. A., J. M. G. y M. M. M.).

Contemporáneamente a estos sucesos, en la parte exterior del Regimiento –intersección de las calles Somellera y Crovara– se encontraba el comisario inspector E. G. G. con un grupo de efectivos de la Policía conformado por R. R. G., H. H. S., D. O. P., W. D. S. y J. A. O., con quienes decidió ingresar para interiorizarse de cuanto estaba sucediendo en la unidad.

Ingresados por el puesto N° 3, conversaron con el personal militar apostado en el lugar y se dirigieron hacia el Casino de Oficiales donde constataron la inexistencia de intrusos, por lo que prosiguieron su marcha hacia la zona del Casino de Suboficiales; fue aproximándose a este edificio cuando en las cercanías de la entrada del comedor de tropa, frente al tanque australiano, comenzaron a recibir disparos desde la zona del puesto N° 2 –específicamente desde la garita de guardia de este puesto, lugares todos ocupados por los atacantes–, la capilla y el Casino de Suboficiales.

Uno de esos disparos hirió de frente, a la altura del abdomen, al comisario E. G. G., provocando la herida que días después motivaría su deceso, afirmación que halla sustento en las posteriores declaraciones de A. J. M., perito médico y firmante de la autopsia del nombrado E. G. G. Si bien de los testimonios aportados a la causa surgen algunas aparentes contradicciones acerca del lugar donde habría caído herido el comisario E. G. G. –entrada del comedor de tropa, tanque australiano– y digo aparentes porque la distancia que media entre uno y otro lugar es por demás escasa; tales imprecisiones, producto sin lugar a dudas de las tensiones sufridas durante el enfrentamiento, no se dan cuando los testigos se refieren al lugar desde donde provino el disparo que le causó la herida y los que posteriormente siguieron a éste, coincidiendo los protagonistas en señalar la garita situada en el puesto N° 2 como lugar de origen como así también la zona de la capilla ubicada al costado de este puesto.

No asiste razón a la defensa en cuanto afirma que las contradicciones de los testigos son tantas que impiden responsabilizar a los procesados en orden a este delito. Ello así porque si bien es cierto que D. O. P. indicó el Casino de Suboficiales como el lugar en que

hirieran a E. G. G., confundió este lugar con el comedor de tropa, lo que se observó inequívocamente al indicar el sitio en el plano. Los dichos del testigo A. D. S. no deben ser considerados en relación a este episodio, por cuanto refirió haber arribado al lugar a las 10.35 horas; respecto de R. R. G., a poco que se recuerden sus dichos, se advertirá que no dijo cuanto le atribuye la defensa. Finalmente, y en punto al testigo H. H. S., cabe destacar que no resulta necesario ponderar su testimonio para demostrar el hecho en análisis. La defensa ha esgrimido también la posibilidad de que el disparo que diera muerte a E. G. G. haya provenido del personal policial que circulaba para ese entonces por la avenida Crovara. Ningún asidero tiene esta posición.

En primer lugar, porque no existe constancia que indique que a ese momento ya había comenzado la lucha entre los atacantes y los efectivos policiales.

Necesario es reiterar que la de E. G. G. fue la primera comisión que ingresó al cuartel y al solo efecto de constatar lo que ocurría exactamente en el interior del Regimiento, por lo que mal pueden haberlo ultimado sus propios compañeros confundidos por el fragor de un combate que todavía no se había iniciado en ese sector. Por otra parte y aun cuando tales acciones ya hubieran comenzado, la muerte del comisario fue consecuencia de un ataque directo, artero y no fruto de una bala perdida en una escaramuza, lo que vuelve a desechar la versión de la defensa si se mira que todo el grupo que el comisario comandaba se hallaba vestido con uniforme policial.

Lo anteriormente expuesto, se corrobora con los testimonios de los nombrados R. R. G., W. D. S., A., D. O. P., J. A. O., A. D. S., del perito médico A. J. M., de la autopsia practicada sobre el cadáver de E. G. G. y de su certificado de defunción.

Para ese entonces, el sargento H. H. S. y el cabo 1º M. B. se encontraban en la lavandería intentando cubrir mediante el uso de sus armas al malherido E. G. G.; repelían para ello el fuego que se recibía desde el Casino de Suboficiales.

En el enfrentamiento desde la lavandería, H. H. S. fue herido por un impacto de escopeta, en tanto M. B. recibió un balazo en el hombro izquierdo.

Luego al retirarse ambos de ese lugar a fin de auxiliar a E. G. G., el sargento H. H. S. es alcanzado nuevamente en distintas partes del cuerpo por varios disparos provenientes de las ventanas del Casino de Suboficiales.

A raíz de este suceso H. H. S. sufrió escoriaciones múltiples por fragmentos de proyectil en el hombro derecho, en el hemitórax homolateral, en ambos brazos, mano derecha y muslo izquierdo y trauma acústico; M. B. padeció herida por arma de fuego en la región pectoral.

La ocurrencia de estas lesiones se encuentra acreditada mediante los siguientes elementos: declaraciones testimoniales de los nombrados H. H. S. y M. B. quienes se expidieron en forma semejante respecto de este suceso, informe sobre nómina de heridos que ingresaron en el Hospital Policial Bartolomé Churruca (fs. 6/7 y 16); informe de la Unidad Regional N° 15 (fs. 27/29); informe médico de fs. 917; informe pericial de la División Medicina Legal de la Policía Federal y las historias clínicas que corren por cuerda.

El soldado E. N. se encontraba durmiendo en la Oficina de Transportes, en el edificio de Logística, cuando fue despertado por diversos ruidos.

Sintió entonces el grito de una persona que le ordenó salir de su habitación, orden que fue inmediatamente cumplida por el soldado. Se encontró así con un hombre con barba que poseía un fusil y a quien acompañaban dos mujeres, los que lo sometieron a un interrogatorio, que fue hecho disparándole al soldado entre sus piernas y arriba de su cabeza.

Luego de esto una de las mujeres, mientras disparaba hacia el piso como forma de apurar la marcha, le ordenó correr hacia la parte posterior de la Compañía "B". Allí un hombre gordo -S. M. P.-, que según la descripción del mismo E. N. tenía un cinto con cartuchos de Itaka y que estaba con otras dos mujeres -una de las cuales posiblemente era B. E. C.- hizo que el soldado se arrastrara y lo siguiera, dirigiéndose este grupo hacia el Casino de Suboficiales del Regimiento, quedando prisionero en la habitación N° 4 (todo esto de acuerdo al testimonio de E. N.).

Este Casino, al momento de la llegada de E. N., había sido tomado

por los que ese día 23 de enero atacaron el RIM 3, quienes habían ido habitación por habitación tomando prisionero a todo el personal militar que se encontraba en el lugar. Entre las 6.25 y las 6.30 de la mañana parte de los atacantes –entre los que se encontraban C. B. A., F. P., G. A. M., M. A. A., J. M. F., C. R. M., L. D. R. y H. P. L., y otros– se dirigió al Casino entrando en él en forma violenta y fuertemente armados. Esta irrupción, a causa de la rapidez con que se produjo, provocó el desconcierto entre las personas que se hallaban en el lugar –la mayor parte de las cuales fueron despertadas por los tiros– y las dejó sin posibilidad de reaccionar para enfrentar el ataque.

En ese lugar se encontraban, entre otros, los cabos 1º R. G., V. H. P., F. A. P. y W. T. S.; el cabo V. A. C.; y los sargentos J. R. T., A. R. G., O. C. G. y J. A. S., todos los cuales fueron conducidos a la habitación N° 6.

Para efectuar el traslado merced al cual quedaron prisioneros les apuntaron con armas y les obligaron a arrastrarse con el objeto de que no pudieran verles la cara –probablemente temiendo ser reconocidos con posterioridad–.

Durante casi todo el día 23 los rehenes mencionados permanecieron dentro de la habitación N° 6 obligados a soportar la violencia del combate realizado entre los incursores desde el Casino y las fuerzas militares que trataban de recuperar la unidad tomada, así como a prestarles a los atacantes diversos auxilios. Al respecto, según las declaraciones de R. G. y J. A. S., ambos debieron efectuar curaciones a dos de los incursores.

Los testimonios de V. H. P., F. A. P., R. G., O. C. G., V. A. C., W. T. S., J. A. S. y A. R. G. confirman lo expuesto precedentemente.

Las personas que permanecieron en el Casino de Suboficiales del Regimiento como rehenes durante el transcurso de las acciones reconocen en la causa, como integrantes del grupo que allí se reunió a: C. B. A., M. A. A., G. A. M., C. N. M., S. M. P., I. M. F., F. J. P., C. E. M. y los que fueron identificados como los heridos: S. J. R., L. D. R., B. E. C. y C. N. R. Por otro lado, de las declaraciones indagatorias de los procesados se agregan a los anteriormente nombrados H. P. L., L. A. D. y J. M.

Aproximadamente a las 10.00 horas el soldado H. C. –quien tam-

bién se hallaba en el casino— fue colocado por los agresores en la misma habitación en que habían dejado a E. N. Este recinto era objeto de fuertes ataques por lo que, a fin de guarecerse, E. N. se colocó debajo de un armario y H. C. debajo de una cama. Los soldados de mención fueron custodiados, mientras permanecieron en esta habitación, por uno de sus captores.

Cerca del mediodía ingresó a la habitación 4, lugar en donde eran tenidos cautivos estos soldados, un proyectil que dio muerte a H. C., hiriendo a E. N. y al cabo 1º G. —que también había sido obligado a permanecer allí—. Este hecho, se corrobora con el testimonio de E. N. y el informe pericial de la autopsia practicada al soldado H. C., ratificada por el perito médico M. R. M. Si bien el mencionado testimonio ha sido objetado por la defensa, se incorporó al debate de conformidad con las previsiones del artículo 71, inciso 3º de la ley 23.077, lo que le asigna plena validez formal; en lo material, no encuentro elementos que permitan poner en tela de juicio cuanto expusiera el entonces conscripto. Un poco antes de esa hora el principal L. G., junto con un grupo de policías entre los que se encontraba entre otros el cabo P. A. A. y al cual un poco más tarde se suma el cabo primero J. D. A., se constituyó en las afueras del Cuartel en las proximidades del puesto N° 2, desde donde, con el apoyo de una tanqueta y varias ambulancias, realizaron incursiones hacia el interior del Regimiento a fin de auxiliar a los heridos que se hallaban en el sector de la Capilla; tarea que efectuaban bajo un intenso tiroteo.

En esas circunstancias, encontrándose el nombrado L. G. parapetado en posición de cuerpo a tierra junto al alambrado que da sobre la Avda. Crovara, cubriéndose así de los disparos provenientes del Casino de Suboficiales, recibió un impacto en la región parietal izquierda debido al rebote de una perdigonada.

Contemporáneamente, los nombrados P. A. A. y J. D. A. ingresaron por el puesto N° 2, llegando hasta la Capilla, donde fueron objeto de un muy intenso tiroteo; a causa de él, recibió el primero una perdigonada que lo hirió en el cuello y en los dedos de la mano izquierda y el segundo esquirlas en el tórax.

La ocurrencia del suceso se acredita por medio del informe sobre nómina de heridos ingresantes al Hospital Churruca (fs. 6/7 y 16),

informes médicos obrantes a fs. 915 y 921, las constancias de sus respectivas historias clínicas e informes médicos forenses agregados a ellas, y las declaraciones testimoniales de P. A. A., J. D. A., L. G. y S. A. M.

A causa de los disparos que se recibían en el Casino, un grupo de los rehenes se trasladó, siendo alrededor de las 14.00 horas, a la pieza 17 (habitación que se hallaba mejor resguardada del ataque), en virtud de que por esa hora los atacantes habían subido a la planta alta del Casino y sólo quedaban en la planta baja los prisioneros, cuatro atacantes heridos—S. J. R., B. E. C., L. D. R. y C. N. R.— y un quinto, que poseía una Itaka, como custodia.

Después de las 16.00 horas E. N., F. A. P. y G. se fueron a una pieza del fondo —la habitación N° 13— adonde quedaron solos.

Los atacantes se mantenían en la planta alta desde donde continuaban combatiendo.

Cabe agregar que el combate se efectuaba con diverso armamento como fusiles, Itakas, escopetas Bataan, MAG, ametralladoras 9 mm, y lanzacohetes —uno de ellos reconocido por V. A. C.— con los que disparaban a los tanques del Ejército, valiéndose además de comunicadores que les permitían tener contacto con sus compinches ubicados en otras dependencias. Las acciones eran dirigidas por C. B. A. quien —según numerosos testimonios prestados por los rehenes que se encontraban allí: O. C. G., F. A. P. y R. G., además de R. A. S.—, daba muestras de conocimientos en instrumentos y tácticas militares.

El ataque se hacía especialmente contra los edificios de la Mayoría (según declaraciones de G. A. A.), el Comedor de Tropa (según declaraciones de M. M. M., E. A. A., R. A. S., M. A.), el lavadero (según declaraciones de V. A. D., V. A. B.), el sector de Guardia de Prevención (según declaraciones de L. A. R., R. M. y L. A. L.) y contra los VCTP según declaraciones de R. S. y J. L. I. Z., además de los testimonios de aquellos rehenes que afirman haber oído a una mujer dando instrucciones de disparo hacia dichos vehículos, y F. A. P., R. G., O. C. G. y V. A. C. que circulaban por el sector de la Plaza de Armas realizando tareas de recuperación.

En horas de la mañana en ese comedor de Tropa se había reunido

un grupo de personal militar y policial que se encontraba dedicado a la recuperación del cuartel. Allí habían llegado, aproximadamente a las 08.00 horas, los tenientes M. A., R. A. S., el capitán M. M. M., el cabo 1° de la Policía R. R. G. y el sargento de la policía J. M. S., además de un grupo de soldados.

Estas personas recibían gran cantidad de fuego desde la zona de la capilla y desde la Cia. "B", por lo que, con la intención de reprimir la agresión de la que eran objeto, decidieron salir por el frente del edificio, lado que da a la parte posterior del Casino de Suboficiales del Regimiento, desde donde aún no habían recibido ningún tipo de disparos.

Es así como salieron J. M. S., M. M. M. y R. R. G., quedando dentro del edificio R. A. S., M. A. y el grupo de soldados encargados de brindar seguridad a los que habían salido. Estas tres personas comenzaron a correr agazapados parapetándose detrás de las columnas existentes en la entrada del comedor y fue entonces cuando un disparo efectuado por una mujer desde el primer piso del Casino de Suboficiales impactó en el cuerpo del sargento J. M. S. hiriéndolo en el cuello y el tórax, lo que le produjo la muerte en forma casi instantánea. El cuerpo quedó tirado en la entrada del Comedor de Tropa; sus compañeros quisieron rescatarlo, siéndoles esta tarea imposible a causa de los tiros que recibían.

Todo lo relatado se corrobora con los testimonios de los nombrados M. A., M. M. M., R. A. S. y R. R. G., además del informe pericial de la autopsia practicada al sargento J. M. S., ratificado por el doctor M. R. M. La defensa pretende sembrar duda sobre la autoría de la muerte de J. M. S. negando valor al testimonio de R. A. S. y afirmando que la muerte en análisis se produjo por las quemaduras que J. M. S. sufriera. Se expuso en su oportunidad que R. A. S., por su ubicación, no pudo observar el lugar de donde provino el disparo, lo que se corroboraría con el testimonio de M. M. M. La supuesta imposibilidad física no se condice con las características del lugar, los dichos de M. M. M., lejos de refutar a R. A. S., corroboran sus afirmaciones, ya que dijo el capitán que al regresar al edificio donde R. A. S. aguardaba, éste les dijo haber visto de dónde provino el disparo que dio muerte a J. M. S. Finalmente, la autopsia oportunamente realizada concluye

que la muerte se produjo por impacto de bala, pese a que el experto en esta audiencia, no pudo precisar si las quemaduras fueron pre o post mórtem.

El cabo R. A. O. de la Policía Provincia de Buenos Aires, integró un grupo que ingresó al cuartel en un vehículo blindado a fin de rescatar al sargento J. M. S. Una vez en el Comedor de Tropa, descendió del vehículo parapetándose debajo del tanque de agua que allí se encuentra. En ese momento, se produjo a sus espaldas una fuerte detonación provocada por un proyectil explosivo disparado desde la parte superior de la Compañía "B", el que lo dejó aturdido y sin conocimiento, sufriendo como consecuencia trauma acústico y dolor torácico.

Si bien la dirección del disparo de referencia no pudo ser bien apreciada por el herido, es relevante al respecto lo manifestado por su compañero A. A. A., quien sindicó a la planta alta de la Compañía "B" como el lugar del cual provino la agresión.

Lo dicho se encuentra corroborado por las declaraciones testimoniales del referido R. A. O., de D. O. P. y de A. A. A.; el informe sobre ingreso de heridos en el Hospital Policial Bartolomé Churrua (fs. 6/7 y 16); informe médico (fs. 869); informe de los médicos legistas de la Policía Federal por el cual se hace saber que R. A. O. sufrió trauma acústico, sin traumatismos externos (fs. 1190/1191) y de las constancias de la historia clínica del mismo de la que surge que padeció trauma acústico y dolor torácico a raíz de una explosión, calificándose las lesiones como leves (historia clínica que corre por cuerda).

Volviendo al Casino de Suboficiales, recién a las 19.30 horas, cuando se efectúa una de las primeras pausas en el fuego, el soldado E. N., el cabo 1º G. y F. A. P. pudieron salir por el frente del Casino con una bandera blanca, cruzando la Plaza de Armas y logrando llegar hasta donde estaban sus compañeros (conforme a los relatos de F. A. P., E. N. y R. G.).

Para ese entonces, provenientes de los demás edificios del cuartel que eran recuperados por las fuerzas militares, iban convergiendo al Casino otros grupos de atacantes que seguían combatiendo desde el lugar. Con las últimas luces del día, el teniente coronel A. N. V. y el teniente R. A. R. se dirigieron a bordo de un VCTP hacia el Casino de Suboficiales, a efectos de rescatar a los rehenes. Así marcharon

por el lateral izquierdo del Casino desde el Rancho de Tropa hasta que se detuvieron junto a un balcón que da al piso superior sobre la Plaza de Armas. Saltaron ambos al balcón, mientras aprovechaban como distracción el incendio que se había producido en la Compañía "B".

Una vez allí se dirigieron hacia una de las aberturas para entrar al edificio, siendo recibido R. A. R. —primero en ingresar— por disparos de FAL y escopeta que lo dejaron fuera de combate, por lo que A. N. V. desistió del ingreso pudiendo tan sólo sacar a su compañero de la línea de fuego. Lo dicho por el testigo A. N. V. en este sentido se encuentra corroborado por la autopsia practicada sobre la víctima. Si se observa el punto 2 del examen traumatológico al que fuera sometido se verá que ese tipo de lesiones sólo pudieron ser causadas por un disparo de escopeta —en el mismo examen se señala esto— efectuado a corta distancia (al respecto ver declaraciones de A. N. V., A. R. G. y el informe pericial sobre la autopsia practicada al cadáver del teniente R. A. R. que se encuentra corroborado por el perito médico M. R. M.).

Alrededor de las 20.00 horas el enfermero militar O. E. C., que había ingresado a la unidad junto al mayor médico A. O. G., escuchó quejidos provenientes de la zona del Comedor de Tropa por lo que se dirigió hacia allí encontrándose con un militar tirado en el piso muy cerca de la Capilla, precisamente entre ésta y el Comedor de Tropa.

Este herido resultó ser el sargento W. R. O. quien revestía al momento heridas de gravedad, por lo que en el lugar le practicó curaciones de urgencia bajo el marco de todavía intenso tiroteo.

Posteriormente lo trasladó hacia el lugar donde se encontraba la ambulancia y desde allí fue internado en un nosocomio donde días después ocurriría su deceso.

Es de suma importancia destacar que si bien no se han recogido testimonios que describan el momento exacto en que W. R. O. fue herido, el cuadro presuncional lleva a la conclusión inequívoca de que el disparo partió del Casino de Suboficiales que vengo analizando.

Tal afirmación se nutre con el testimonio del perito médico L. M. G., firmante de la autopsia del occiso, quien refirió que la herida

fue producida por disparos con munición pequeña, del tipo “perdigón”, de la que inclusive se elevaron muestras extraídas del cadáver, munición no provista al personal policial ni militar, pero sí en cambio adecuada para ser disparadas por armas del tipo de las que utilizaron los incursores.

Por otra parte, refirió el mismo testigo que el disparo se realizó a una distancia aproximada de 20 metros –esto es la que media entre el Casino y el lugar donde fuera hallado W. R. O.–, trecho en el que resulta poco menos que imposible no distinguir a una persona, más aún si ésta vestía uniforme militar, por lo que descarto la hipótesis de que por confusión haya sido herido por alguno de sus pares. Todo ello corrobora el testimonio prestado por A. N. V. quien para esa hora refirió ver a una persona del ejército tiroteándose con dos atacantes que se hallaban en el Casino. Si bien el testigo no pudo afirmar que este sujeto fuera el fallecido W. R. O., resulta por demás esclarecedora la circunstancia de que él estuviera ubicado en el lugar donde minutos después fuera hallado el herido de muerte.

En virtud de todo ello, concluyo que el disparo causante de la muerte del sargento W. R. O., fue realizado por integrantes del grupo agresor. La objeción introducida por la defensa sobre las causas de la muerte de W. R. O. debe rechazarse a consecuencia de la explicación dada por el testigo L. M. G. sobre los motivos que generaron la bronconeumonía que concluyera con la vida de la víctima. A la misma conclusión he de arribar respecto de la muerte del sargento R. R. E. toda vez que como lo detallaré y de acuerdo a las circunstancias de lugar y tiempo en las que fue hallado el cadáver toma relevancia la presunción acerca de que el disparo que hirió de muerte al nombrado R. R. E. partió de las filas del grupo incursores.

En efecto, siendo aproximadamente las 18.30 horas ingresaron al Regimiento el médico militar A. R. G. y el enfermero E. O. C. quienes tenían asignadas tareas de socorro de heridos y al pasar por una calle lateral frente a la Compañía “B” hallaron el cadáver de R. R. E. al cual se acercaron comprobando que tenía un disparo en la cabeza por detrás de la oreja izquierda –traumatismo comprobado en la autopsia efectuada por los peritos médicos M. R. M. y R. J. B.– que fue causante de su deceso. Teniendo en cuenta que la muerte de R. R. E. fue pro-

ducida por un disparo ejecutado —obviamente— antes de la llegada de los médicos militares al lugar donde se hallaba el cuerpo, toma relevancia la referencia horaria toda vez que la claridad existente al momento del hecho permitió obtener un campo visual que, unido a la circunstancia de que el nombrado vestía ropas militares y el disparo fue efectuado desde una distancia corta, permiten inferir que tal detonación provino de la Compañía “B”, lugar éste donde los incursores combatieron en forma intensa durante varias horas y frente al cual fue encontrado el cadáver, por lo que sólo resta concluir en que el disparo causante de la muerte del sargento R. R. E. partió de las filas del grupo de ocupantes que combatía desde la Compañía.

Si bien los atacantes se distribuyeron fundamentalmente en su ingreso en cinco grupos para ocupar el Casino de Suboficiales del Regimiento, el Casino de Suboficiales del Escuadrón, la Guardia de Prevención, la Compañía “A” y la Compañía “B” —con lo que desplegaron el poder de fuego de modo que fuera más difícil concentrar la recuperación—, algunos de ellos se dispersaron por la Unidad sirviendo de apoyo a aquellos que tenían objetivos claves asignados.

Así el testimonio de R. H. S. verifica lo expuesto en cuanto relata haber visto algunos de los atacantes fuertemente armados parapetados detrás de los eucaliptus que dan al costado de la Compañía “B”, al lado de la cancha de fútbol; testimonio que coincide con el de J. M. G., quien cuenta haber recibido disparos desde la arboleda cercana a la mencionada cancha. Otro de los lugares ocupado por los incursores, desde donde se apoyaba el ataque fue la casilla del puesto N° 2 y los árboles próximos a esa zona (conf. testimonios de F. A. L., J. M. G. —que dice haber recibido fuego desde este lugar mientras trataba de rescatar a E. G. G.—, D. O. P., R. R. G., W. D. S. y A. A. A., entre otros).

Por otro lado, los testigos R. R. G., A. D. S., J. M. G. y D. F. A., son contestes en afirmar haber recibido fuego desde el tanque de agua ubicado en la parte posterior del Comedor de Tropa.

Por último, se ocupó también el sector de la capilla, desde donde se disparó a policías y militares. Corroboran la existencia de incursores en ella, los diversos testimonios de M. M. M., J. M. G. y M. A., entre otros.

Además de todo lo expuesto, se produjeron durante el 23 de enero otros hechos que si bien no se pueden localizar en uno u otro lugar determinado, deberán ser analizados por poseer relevancia típica o habérsela asignado el Ministerio Público Fiscal en su requisitoria. El sargento L. R. C. del Ejército Argentino, siendo las 7.15 horas llegó al regimiento donde observó un gran despliegue policial y enterándose de las causas de ese procedimiento decidió sumarse a las fuerzas que se encontraban resistiendo el copamiento. Luego de efectuar varios ingresos al Cuartel sin poder realizar ninguna acción positiva a esos fines, se apostó en sus afueras para combatir desde allí. Tras diversas acciones, se ubicó en las proximidades de la intersección de las calles Crovara y Jujuy, siendo alcanzado en ese momento en su tobillo izquierdo por un rebote de esquirla, producido por un disparo efectuado desde el interior del Cuartel. Si bien no se ha individualizado durante el debate el lugar exacto desde el cual partió el disparo lesivo, la trayectoria de éste –de adentro hacia afuera de la unidad– permite inferir fundadamente que la agresión provino del grupo que integraban los hoy procesados. Lo expuesto surge de las constancias obrantes en la declaración testimonial prestada por L. R. C. y en la historia clínica e informe forense agregado a ella.

V. A. D., empleado de la lavandería, llegó a su lugar de trabajo donde comenzó a realizar sus tareas habituales.

Una vez allí escuchó disparos, lo que hizo que trabara las puertas de su reducto. Un poco más tarde se apersonó allí un suboficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires quien luego de identificarse lo anotició de lo que estaba pasando, dándole su arma reglamentaria para que lo apoyara en la resistencia que estaba efectuando, por lo que comenzaron un tiroteo en el que resultó herido por esquirla que le impactó en la cabeza.

Lo dicho se acredita mediante las declaraciones testimoniales de V. A. D. y de D. O. P., historia clínica e informe médico correspondiente al primero.

Se ha demostrado que siendo aproximadamente las 10.00 horas del 23 enero, se constituyó personal policial en los alrededores del Cuartel. En esas circunstancias el sargento J. C. T. acompañado por el cabo C. O. R. del Cuerpo de Bomberos de La Matanza entre otros,

intentaron subir por una escalera a la terraza de una casa ubicada entre las calles Crovara y Pichincha. Al hacerlo, C. O. R. fue herido por un impacto de bala en el pecho, disparo que provino del interior de la unidad militar. Ante ello J. C. T. junto con otro policía, O. G. A., lo sacaron del lugar llevándolo a una ambulancia solicitada al efecto. Ya junto al rodado recibieron una andanada de disparos provenientes del Casino de Suboficiales y de la Compañía "B", impactando dos proyectiles en el herido C. O. R. y otros en las piernas de J. C. T.

Como consecuencia del mismo suceso, la ambulancia N° 6515 del Comando Radioléctrico de Lanús sufrió daños por impacto de bala. Tal aseveración se halla probada por las declaraciones testimoniales efectuadas por los referidos J. C. T., C. O. R. y O. G. A., el informe sobre nómina de heridos ingresantes al Hospital Churruca (fs. 6/7 y 16); informes médicos obrantes a fs. 923/924 y 1175, historias clínicas e informes médico forense correspondientes a J. C. T. y C. O. R. y peritajes de fs. 2881/3.

A las 10.30 horas el cabo 1° J. W. B. ingresó al Regimiento integrando un grupo de recuperación, dirigiéndose hacia la Compañía "B" con el apoyo de una tanqueta que les hacía de escudo. Cuando se encontraban aproximadamente a 50 metros de la Plaza de Armas, observó a una mujer en el playón de la entrada con un lanzacohetes, la que al ver el avance del grupo que integraba J. W. B., les disparó impactando los proyectiles cerca de la tanqueta y aunque éste pudo replegarse, la onda expansiva de la explosión, lo tiró contra una pared, produciéndole trauma acústico bilateral.

Las circunstancias señaladas precedentemente se hallan probadas conforme la declaración testimonial del propio J. W. B., A. D. S. y G., el informe del médico legista de la Policía Federal que da cuenta del estado de shock en que J. W. B. se encontraba (fs. 1182), el informe médico de fs. 878 y por último los datos que surgen de la historia clínica y el respectivo informe médico forense agregado a ella y la declaración del médico forense O. H. R. Por otra parte, en el interior del cuartel, mientras un vehículo blindado circulaba aproximadamente a 50 metros de la Plaza de Armas, una mujer de pelo oscuro, no muy largo, quien vestía remera color negro y pantalón de jean azul, le efectuó un disparo con un arma antitanque que portaba en ese momento,

el cual hizo impacto en la zona de las ruedas, provocando lesiones a quienes se encontraban en él y dejándolo definitivamente fuera de combate en virtud de los serios daños que le fueran provocados.

Ello se encuentra probado por los dichos de A. A. A., J. W. B. y A. D. S. como así también por la pericia realizada al vehículo y las vistas fotográficas agregadas a fs. 284/285 y 278/283 del incidente de actuaciones complementarias.

El principal R. H. S. del Ejército Argentino se encontraba la mañana del 23 de enero en la División Destinos de la Compañía "A" cuando escuchó disparos y observó distintas personas civiles armadas, por lo que se dirigió hacia la parte trasera de la enfermería, donde sonaba el tableteo de una ametralladora que suponía de las fuerzas legales. En el trayecto fue alcanzado por un impacto de bala en su rodilla derecha que le ocasionó fractura de peroné. Sin embargo, la falta de dato alguno sobre el lugar del cual provino la agresión, sumado a las características que ya había asumido el combate al momento de los hechos en ese lugar, me llevan, de conformidad con el artículo 80, tercer párrafo, de la ley 23.077 a pronunciarme por una absolución en orden a este suceso.

A igual conclusión he de arribar en punto a las lesiones que sufriera el cabo R. I. P., por cuanto si bien el dicente ha mencionado a una mujer ubicada en el Casino de Suboficiales como la autora del disparo que lo lesionara, la distancia existente entre el edificio de mención y el sitio donde se encontraba la víctima, más la poca o nula visibilidad de un lugar a otro, me generan duda sobre si los hechos ocurrieron realmente como los cuenta el testigo o su relato es fruto de una confusión. Por ello, siendo el testimonio referido el único elemento sobre el que se apoya la requisitoria fiscal, me pronunciaré por una absolución.

Siendo aproximadamente las 14.00 horas el cabo A. R. T. del Ejército Argentino ingresó al cuartel en un VCTP del cual descendió tomando posición detrás de unos árboles ubicados en la entrada de la cancha de fútbol, notando en ese momento que había sido localizado por los agresores, toda vez que recibía constantes disparos que impactaban en el árbol donde se encontraba cubierto. En esas circunstancias fue herido en su brazo izquierdo por un rebote de disparo. Lo dicho se encuentra comprobado mediante las manifestaciones del mis-

mo A. R. T. en cuanto relata lo ocurrido (fs. 112 del incidente de Actuaciones Complementarias) y los datos consignados en su historia clínica e informe médico forense glosado a ella.

En cuanto a las lesiones que sufrieran el soldado P. P., el cabo C. A. y el cabo primero R. R. del Ejército Argentino, por las cuales acusara el Ministerio Público, corresponde absolver, en virtud de no encontrarse en autos elementos que acrediten la responsabilidad de los procesados sobre ellas.

A lo largo del debate se ha demostrado que R. S. C., A. A. A., F. L., A. V. B., R. R. G., J. P. G., J. M., O. G. A. y D. C., sufrieron lesiones que resultarían achacables a los enjuiciados; no obstante ello, la falta de impulso fiscal sobre el punto me impedirá un pronunciamiento al respecto.

El día 24, en horas de la mañana, los procesados, ya reunidos en el Casino de Suboficiales del Regimiento, fueron intimados a rendirse por el general A. Ésta no fue la única intimación a la rendición que se les efectuara —de acuerdo a lo que surge de las declaraciones de los policías F. J. C., A. V. B. y R. R. G., quienes son contestes en afirmar haber escuchado pedidos de rendición efectuados por las fuerzas policiales—, aunque sí la primera hecha por el Ejército y probablemente también la primera que llegó a sus oídos; sin perjuicio de ello, los atacantes no demostraron ningún tipo de intención en ese sentido anterior a esta oportunidad.

Esto así, toda vez que luego de ser intimados, y habiendo decidido obedecer, los atacantes obligaron a los rehenes a intercalarse con ellos, saliendo sólo de esta forma como un modo de protegerse ante algún eventual disparo —lo que corrobora su instrucción en este tipo de operaciones—.

De ello surge su anterior ausencia de voluntad de rendición, ya que el mismo procedimiento podían haberlo efectuado mucho antes desde que siempre tuvieron a los rehenes a su disposición.

Valga agregar, para concluir el tema, que ni uno de los cientos de testigos que desfilaron ante este Estrado, pudo observar alguna manifestación de los atacantes que permitiera inferir su voluntad de rendición.

Por otra parte tanto los rehenes como aquellos que participaron activamente desde otros lugares de la unidad, son contestes en afirmar que el combate se prolongó durante todo el día, aun con algunos tiros en la noche, lo que vuelve a poner en evidencia su intención de continuar la lucha hasta el momento en que efectivamente se rindieron ante lo irreversible de su situación.

Todos los episodios que aquí se han dado por probados, finalizaron cuando los atacantes efectuaron esa rendición saliendo por dos puertas del Casino de Suboficiales del Regimiento. Hecho éste que es constatado mediante las declaraciones de los rehenes que se encontraban en el mencionado Casino -V. H. P., F. A. P., R. G., O. C. G. y V. A. C.- así como por las declaraciones indagatorias de los mismos procesados -declaraciones de C. E. M., L. A. D., J. A. M., S. J. R., L. D. R., S. M. P., R. F., M. A. A. y C. O. V.-.

Los doctores *Jorge Eduardo Barral* y *Hugo Rodolfo Fossati*, adhieren a las consideraciones y conclusiones que anteceden.

### III. *Calificación legal*

La doctora *Marta Herrera* dijo:

La agrupación cuya descripción se efectuara con anterioridad, configura una asociación ilícita calificada conforme con los términos del artículo 210 bis del Código Penal.

En primer lugar, porque satisface los recaudos que doctrinariamente se exigen para configurar lo que se denomina una asociación. De todas las conceptualizaciones que se han intentado sobre el punto, la de Giuseppe Maggiore es la que resulta como más clara, cuando afirma que asociarse denota el acuerdo de voluntades de modo permanente, para conseguir el fin común. Pero en el hecho asociativo hay algo más que un acuerdo; lo que cambia el acuerdo en asociación y lo hace punible; es la organización con carácter estable (conf. Maggiore, *Derecho Penal*, t. III, p. 450).

La organización, con el carácter de estabilidad que es propio de su esencia, es el elemento que permite diferenciar una asociación en el sentido que le asigna el artículo 210 de una simple participación criminal, porque mientras el acuerdo en la participación concluirá con

la comisión del ilícito compartido, en la asociación ese acuerdo perdurará en el tiempo, elemento que determina su mayor amenaza al bien jurídico.

Dentro de este marco, la estructura de un sector del Movimiento Todos por la Patria en la que se incluye su Secretariado y algunos adherentes a su línea, satisface plenamente el requisito aludido sin necesidad de ningún abundamiento sobre el punto. Lo mismo cabe decir en cuanto al número de miembros, porque aun sin ponderar a quienes fallecieron en la ocasión –los que también integrarían esta asociación conforme con sus conductas del día 23 de enero y la documentación secuestrada en autos–, la cantidad de enjuiciados satisface la exigencia del tipo.

Pero lo que determina el carácter ilícito de una asociación es su objeto. En punto a este tema, poco importa el objeto con el que inicialmente fue creada, la forma jurídica que revistió, o la apariencia que se le quiso dar.

Nada obsta a que una agrupación inicialmente lícita devenga ilícita del mismo modo que ninguna fachada legítima sus verdaderos objetivos. Así las cosas, será sólo descorriendo el velo de la realidad como podrá establecerse si una asociación es o no ilícita, y lo será cuando sean ilícitos sus fines, fueran éstos únicos, últimos, secundarios, intermedios o los medios con que esos fines pretenden ser alcanzados (conf. Antonio García-Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, p. 246).

En otras palabras, cuando el fin de una asociación sea cometer delitos, o bien cuando éste sea uno entre varios fines, o cuando la comisión de delitos sea la vía por la cual una asociación pretende lograr sus fines, estamos ante una asociación ilícita. Mucho se ha debatido sobre la naturaleza de esos delitos y sobre su grado de determinación o indeterminación. Siguiendo a Fontán Balestra puedo afirmar que cuando el acuerdo de voluntades comprende a una pluralidad de planes delictivos, que lleva consigo cierta permanencia que excede el marco propio de la participación criminal y cuando sus fines no se agotan con la ejecución de un hecho particular, estamos frente a una asociación ilícita, sea cual fuere el nivel de determinación y planificación de los delitos que se predeterminen.

En el caso concreto, se hace imprescindible analizar los elementos con que se ha contado durante el debate para establecer si tal requisito se satisface y, en su caso, a partir de qué momento ello ocurre, aunque esto se verifique con la imprecisión propia de este delito. El documento "MRB = MTP" es, sin ninguna duda, la carta fundacional de una asociación ilícita. Ese documento, confeccionado por puño y letra de J. B., no puede considerarse como una acción aislada de este dirigente, sino que los elementos aportados al debate permiten inferir que fue tal instrumento el que guió las posiciones del secretariado nacional, lo que lo transforma en un instrumento orgánico de ese secretariado.

En efecto, todas las líneas directrices que se consignan en el documento han sido cumplidas desde entonces a esta parte. Como se verá a continuación, muchas de ellas no importan objetivos ilícitos, pero fueron cumplidas igual que aquellas que sí poseen esa significación, lo que permite demostrar cuanto aquí sostengo.

El primer objetivo planteado fue la construcción de un núcleo de vanguardia caracterizado por la organización, la disciplina y la mística de los militantes, quienes así serían capaces de los mayores sacrificios. Se ha visto cómo dos documentos del movimiento plantean en forma expresa la formación de ese núcleo; los hechos del 23 de enero permitieron corroborar también el nivel de consustanciación logrado por esos militantes.

Se postuló asimismo la necesidad de diferenciar al Movimiento de todas las otras fuerzas de izquierda existentes en el país; el procesado R. F. fue puntual sobre el tema en su declaración indagatoria al referir los motivos por los cuales dejó de aparecer la revista "Entre Todos" para dar paso a los "Cuadernos Entre Todos". Las razones brindadas por el procesado y las alegadas en el documento en análisis resultan coincidentes.

Del mismo modo, se proponía una activa participación en las distintas luchas reivindicativas, trabajo que no debía ser esencialmente social sino político, con el fin de convertir al MTP en el conductor de las luchas políticas y militares de masas. Esto mismo fue consignado en el documento "Sobre la Concepción del MTP" y criticado por la regional Santa Fe del movimiento en su documento del 29 de noviembre de 1987.

Se iniciaba a través del documento un proceso de endurecimiento ideológico, de cohesión interna y orgánica. Esto se llevó a la práctica y significó un abandono de la originaria propuesta movimientista según los testigos R. R. D., J. S., J. L., O. J. D. R. y M. J. G., el documento de la regional Santa Fe y el titulado "Por qué nos fuimos del MTP".

Se instaba a aprovechar al máximo todos los espacios de legalidad, particularmente en cuanto al logro del reconocimiento jurídico político del MRB (lo que es lo mismo que MTP, conforme peritaje de fs. 3300/5). Obran incorporadas al proceso algunas solicitudes de reconocimiento en ese sentido. Sobre el punto, es necesario hacer una salvedad; conforme surge del mismo instrumento y de la circular 1/87, esa legalización operaba como una cuestión táctica y no por el loable fin de participar de la disputa política propia del sistema. Algunas organizaciones revolucionarias de la década pasada, por ejemplo Montoneros, optaron por un corte radical con el sistema democrático y se movieron en una declarada clandestinidad; ésta no fue la táctica del Secretariado del MTP para su primera etapa, sino que optó por insertarse en el sistema y aprovechar las libertades que él le brindaba para cumplir su plan desde el seno mismo de la democracia y no desde su público apartamiento de ella, situación que vendría, conforme el mismo documento que estoy analizando, en una etapa posterior. Así entonces, la legalización no legaliza, en modo alguno, las conductas del secretariado.

Se comenzaba, desde entonces, la formación de una estructura paralela de carácter militar, la que junto a la política, convertirían al MTP en la vanguardia político-militar de la lucha revolucionaria; las sucesivas compras de armas y finalmente los hechos del día 23 de enero muestran a las claras la realización de ese objetivo.

El documento instaba a reivindicar la historia de las luchas populares e incluso el ejemplo de los caídos en acciones guerrilleras. Congruente con ello, el documento del secretariado confeccionado a raíz de la reunión de la comisión política del 20 y 21 de diciembre de 1987 cumple esa reivindicación, así como lo hace el documento titulado "Mini historia del MTP".

Se consignaba la formación de escuelas para cuadros y militantes, tendiente a lograr la concientización necesaria para la exigencia de

los máximos sacrificios; obran incorporados al debate tres documentos (“Sobre los cuadros y la organización”, “Tres charlas para militantes” y “La organización y los cuadros”) que dan cuenta de esa formación.

Se decidió, a través del instrumento en estudio, iniciar un proceso de depuración que permitiera crear un núcleo de dirección adaptado a los objetivos y las tareas fijadas. Dentro de él, era preferible que un dirigente se retirase de la conducción antes que formar una dirección heterogénea. Los testimonios de J. S., M. J. G., R. R. D. y J. L. son suficientemente claros sobre las causas que forzaron su alejamiento. M. J. G. puntualizó el carácter anormal que tuvo la reunión que ocasionó su retiro, detallando la forma en que se había previamente organizado el sistema de votación de modo tal que quienes representaban el 70% del movimiento sucumbieran ante el 30% restante. J. L., que permaneció en el movimiento unos meses más e incluso integró el secretariado en tal oportunidad, expuso el modo en que fue marginado durante ese tiempo por sus compañeros de conducción.

En otro orden de cosas, se imponía como trabajo el comenzar las bases de solidaridad fuera del país.

R. F. expuso, en su declaración indagatoria, cómo J. A. P. emprendió giras por Europa a ese fin y para obtener fondos.

Se afirmaba, finalmente, que el MTP debía llegar al momento del inicio de las acciones armadas con el mayor espacio de legalidad política posible. La campaña iniciada por el movimiento en diciembre de 1988, que tuvo su pico más alto en la conferencia de prensa del 16 de enero de 1989, muestra la concreción de lo planeado.

De lo expuesto surge con claridad, a mi juicio, el carácter orgánico que debe asignársele al documento analizado.

Por ello, entonces, puede afirmarse que para la fecha en que se comenzaron a cumplir los pasos allí previstos, J. B., J. A. P., F. P. y R. F., dirigentes que, en su carácter de integrantes del secretariado nacional del Movimiento Todos por la Patria, fueron los encargados de llevar a la práctica la planificación, ya formaban una asociación ilícita.

Otra documentación incautada (tal como los documentos “Hipótesis de guerra” e “Hipótesis de conflicto”, entre otros), algunas conductas

desplegadas por sus integrantes a partir del 10 de enero del corriente año (léase compras de armas con documentación auténtica y/o apócrifa, alquiler de quintas con nombre falso y las reuniones que allí se realizaban conforme las declaraciones de los testigos) y las acciones emprendidas por el grupo el día 23 de enero pasado, señalan con claridad la ilicitud tanto de los fines del grupo como de los medios empleados para su consecución.

La defensa ha postulado que el único suceso delictivo que podría enrostrarse a sus pupilos es el ocurrido los días 23 y 24 de enero; lo que llevaría, en su criterio, a descartar la aplicación al caso del artículo 210 bis, ya que cualquier acuerdo previo no excedería el marco de la participación criminal. Tanto del documento "MRB = MTP", como del llamado "Hipótesis de guerra", se desprende que la asociación tenía planeada en forma genérica la comisión de un sinnúmero de delitos que satisfacen plenamente las exigencias del artículo en crisis.

El hecho que se haya iniciado una sola de las operaciones en ellos previstas, no elimina en modo alguno la concurrencia de la figura, la que bien podría aplicarse incluso sin comisión de los hechos del día 23 de enero. No puede omitirse en este punto, que la pretendida atipicidad postulada en relación a los delitos expresamente estipulados en el documento "MRB = MTP" sobre la base de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe rechazarse, ya que cuanto resolvió el alto tribunal en el caso "Samuel Kot" es diametralmente opuesto a cuanto la defensa puso en su boca. La circunstancia de que el objetivo del grupo fuera uno solo y bien determinado –la toma del poder–, no elimina esta tipificación, como pretende hacer ver la defensa, ya que toda asociación delictiva actúa en pos de una finalidad; nadie, excepto quien padezca alguna alteración mental, comete delitos por el mero placer de hacerlo.

Lo antedicho no significa, ni mucho menos, que pueda responsabilizarse penalmente en orden a este delito a todo integrante de la agrupación política, ya que para ello deberá demostrarse que el sujeto de que se trate, conocía el real pensamiento de sus máximos dirigentes y obraba conforme a ello, porque del mismo modo en que se podía ser militante del MTP y no integrar ninguna asociación ilícita, se podía

no militar en él y sí integrarla en tanto el sujeto se consustanciara con los fines y la modalidad organizativa que le era propia.

No se me escapa que no se ha logrado probar que para fines de 1987 y principios de 1988 la asociación ilícita que conformaban las personas mencionadas no reunía las características exigidas en el artículo 210 bis del Código Penal.

Sin embargo ello no obsta a la calificación propiciada al comienzo de este ítem, desde que al momento del apogeo de la organización, esto es la campaña iniciada en diciembre de 1988 y que concluyera el 23 de enero de 1989, si se satisfacían esas exigencias, conforme se analizará a continuación.

De lo hasta aquí expuesto se colige que la asociación reúne todos los requisitos necesarios para ser considerada ilícita. Deberá analizarse, entonces, si puede encuadrarse en la agravante del artículo 210 bis del Código de fondo.

El artículo reprime a quien tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. De la redacción del artículo se desprende que aquello que debe ocasionar el peligro es la existencia misma de la asociación y no las acciones que ella emprenda en cumplimiento de los fines que le son propios. En todo caso, estas acciones concretas servirán para corroborar probatoriamente el grado de peligrosidad de la asociación de que se trate, pero no podrán per se determinar la concurrencia de la exigencia típica desde que ello implicará agregarle al delito un elemento que no posee, cual es que los planes delictivos programados sean efectivamente llevados a cabo. El delito previsto en el artículo 210 bis del Código Penal no es un delito complejo en el que hay una acción de asociarse más una acción de contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional; de ser así, nos encontraríamos ante un delito mixto de asociarse y hacer, lo que no cuadra en la sistemática del Código Penal. Cuando el artículo dice “cuando la acción contribuya a poner en peligro...”, la “acción” se refiere al hecho de asociarse y no a otro delito que se sume a la asociación ilícita; no considerarlo así significaría mal interpretar la redacción de la norma y desconocer lo que inveteradamente la doctrina entendió por asociación ilícita.

Con un criterio que guarda cierta similitud al expuesto, Creus concluye que toda asociación ilícita creada para cometer delitos de índole política quedará forzosamente incluida en el tipo agravado.

Entiendo que no es tan así, por cuanto tratándose de una figura de peligro concreto no puede ofrecerse una solución general, sino que será sólo el juez quien podrá verificar una situación eminentemente fáctica, cual es si el peligro existe o no.

En este caso nos encontramos en presencia de una organización cuyo objetivo final era derrocar al gobierno constitucional por vía de la violencia, que dispone de armas, que está en parte liderada por personas experimentadas en la lucha armada, que posee a ese fin una adecuada organización interna, que cuenta además con una medulosa planificación táctica a la cual no escapa la búsqueda de apoyo popular a través del engaño, para lograr el cual, se programó una adecuada campaña publicitaria. Además, estaba planeado promover formas de lucha ilegales, como ser tomas de radios, sabotajes, tomas de unidades militares, voladuras de puentes, tomas de comisarías y armerías, toma de empresas de transportes, etcétera.

Si en ese contexto consideramos al peligro como la probabilidad de lesión, habrá que concluir inequívocamente que en la especie ello se ha verificado. Reforzando lo dicho y consecuente con lo expuesto al analizar la exigencia típica, resta agregar que esa afectación al bien jurídico ya existía antes del 23 de enero aunque públicamente no se la conociera, y quedó sin duda comprobada ese día con las acciones desplegadas entonces.

El número de asociados exigido por la ley se corrobora con certeza, cuando menos a partir de la compra de armas que efectuaron varios de los integrantes de la asociación, a lo que se suma la cantidad de personas que se reunían en los lugares de concentración a los que antes me refiriera; las que indudablemente concurrían –dada la clandestinidad con que se obtuvieron– en su carácter de miembros de la asociación (conf. las declaraciones de I. F. A. y J. M. F.).

Por otra parte, no puede dejar de meritarse, el número de integrantes de la asociación ilícita que participó en los hechos de los días 23 y 24 de enero en cumplimiento de uno de los ilícitos para los cuales aquélla se constituyó.

Obviamente el hecho señalado, por sus características, excede la mera participación, a poco que se piense en el alto grado de organización que requiere.

Poseía también una organización militar o de tipo militar. Conforme Fontán Balestra (*Tratado de Derecho Penal*, t. VI, p. 476) "...este tipo de organización consistirá, en esencia, en el reconocimiento de jerarquías y el mantenimiento de disciplinas, a lo que habrá que agregar la actuación de instructores". En sentido similar, Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, vol. IV, p. 33; Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, p. 609 y Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, p. 191, expresan que organización militar es la que hace imperar en la asociación una disciplina castrense que responde a una estructuración jerárquica de cuadros, aunque las nominaciones de los grados y el contenido de sus facultades de mando no sean asimilables a los de las Fuerzas Armadas. En el caso, la organización reunía todas esas condiciones, desde que la documentación secuestrada muestra la existencia de jerarquías y de una sólida disciplina (conf. MTP = MRB, rol de combate, los cuadros y la organización, etc.). Por otro lado, la declaración indagatoria de C. E. M., incorporada a este debate ha demostrado que cuando menos el día anterior al asalto del cuartel recibieron adiestramiento militar—situación que ni siquiera era necesario corroborar por esa vía desde que la sana crítica racional impide imaginar un asalto armado a un cuartel sin adiestramiento de ese tipo—. Por su lado, ha quedado demostrado por vía de testimonios, la existencia de jefes tácticos—si se entiende por ellos a quienes comandaban las operaciones— así como de instrucción militar de los procesados, conforme los dichos prestados por L. A. R., V. H. P., D. O. P., R. B. y F. A. P., entre otros.

Del mismo modo, disponían de armas de guerra como surge de innumerables declaraciones testimoniales (ver por ej. las de A. A. A., A. M. F., M. R., R. J. C., D. A. R., D. C., R. B., F. A. L., R. G., V. A. C., A. D. S.); de las incautaciones actuadas a fs. 104, 209/28, 835, 876, 1061, 1397, 2074, 2633 y 3043; así como los peritajes que lucen a fs. 1130/1, 1393/6, 1495/508, 2341/5, 4164, 4366/70, 4372/6 y 4377 del principal y 99/100, 249/253, 288/9 y 431/3 del incidente de actuaciones complementarias de la Fiscalía y de los dichos vertidos por el propio R. F. en su declaración indagatoria.

Sin perjuicio de que ha quedado demostrado que los atacantes se apropiaron de armamento perteneciente a la unidad militar, también lo es que la asociación ilícita ya poseía con anterioridad armas de guerra y explosivos.

A tal efecto basta con recordar los dichos de los procesados J. A. M. y R. F. y del testigo M. sobre el anterior almacenamiento y ocultación de algunas de esas armas. Así también el secuestro de armamento extranjero de alto poder ofensivo no provisto a ninguna de las fuerzas regulares, que fueran efectivamente empleadas por los atacantes en la acción, conforme los dichos de numerosos testigos. Todo lo expuesto permite tipificar a la agrupación descrita con anterioridad como una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal.

El delito del cual fuera víctima L. A. M., debe calificarse como robo agravado por perpetrarse con armas (art. 166, inc. 2º en función del artículo 164 del Cód. Pen.). Si bien concurre también en la especie la agravante prevista en el artículo 167, inciso 2º del Código Penal, ésta queda obviamente desplazada por su artículo inmediato anterior. La posición fiscal solicita el encuadre del hecho en las previsiones del artículo 38 del decreto-ley 6582/58. Entiendo que debe rechazarse la calificación pretendida conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de junio de este año en la causa "Martínez, José Agustín". Allí expuso el alto tribunal, que tal decreto resulta inconstitucional atento la falta de proporcionalidad entre la gravedad objetiva del delito y las consecuencias jurídicas de su comisión; comparto tales argumentos y me adhiero a ellos, sin necesidad de mayor desarrollo, en honor a la brevedad.

Mucho hemos debatido en este tribunal sobre las exigencias procesales que deben concurrir para poder considerar a un desapoderamiento violento como robo con armas. Concretamente, sobre si las citadas armas debían o no ser secuestradas a fin de determinar objetivamente su aptitud como tales. No es del caso volver sobre el tema, por cuanto aun cuando se estime que todas esas exigencias debieran acreditarse, puede aseverarse, sin hesitación, que el robo del vehículo marca Ford F 7000, chapa patente ... fue efectuado con armas.

En efecto, el testimonio de la víctima y el del personal militar que observó la irrupción de los atacantes al cuartel (por ej. el cabo 1° J. P. G., el soldado J. M. M. y el cabo 1° D. E. C.), más la circunstancia de hallarse luego el vehículo objeto del delito en ese lugar, demuestran la identidad de los responsables del ilícito. Los mismos testigos militares detallaron la forma en que el ingreso se produjo, es decir, haciendo uso de armas de fuego, las que, por elemental lógica, no pueden ser otras que las empleadas para desapoderar a L. A. M. Por si alguna duda quedara sobre la existencia y aptitud de las armas, obran los secuestros efectuados en el interior del cuartel (ver fs. 104, 209/10, 835, 875/6, 1061, 2074, 2633 y 3043) y los peritajes practicados a fs. 1130/1, 1393/6, 1495/1508, 2341/5, 4163, 4366/70, 4372/6, 4377 del principal y a fs. 99/100, 288/9 y 431/3 del incidente de actuaciones complementarias.

Del mismo modo, deberán ser calificados como robo con armas, de conformidad con el artículo citado, las sustracciones de armas y municiones perpetrados en las Compañías "A" y "B" del Regimiento.

La defensa esgrimió la tesis por la cual estos delitos habrían quedado en grado de tentativa, atento a que sus pupilos en ningún momento lograron sacar el material obtenido del predio militar. En el caso, se ha verificado que los legítimos titulares fueron despojados de la disposición de las cosas, así como que los responsables de ello tuvieron su efectiva disponibilidad, elementos que permiten afirmar la consumación del delito (conf. causa "Caballero, F. y otros s/Artículos 162 y 189 bis del Cód. Pen.", res. el 28-4-89, en esta Cámara).

El delito de rebelión reprime a aquellos que se alzaren en armas con el fin de desplegar alguna de las conductas ulteriores que el mismo artículo enuncia.

Este tribunal, en causa N° 334, "Recondo, Ricardo G. s/Denuncia inf. artículo 226 del Cód. Pen." sostuvo que: "A fin de acreditar la existencia del delito debe, en primer término, definirse aquello a lo que la ley llama alzarse en armas. Dicha locución, que proviene del Derecho español, ha sido entendida como el movimiento más o menos organizado de personas, que disponen de armas" (cfr. Fontán Balestra, *Tratado*, t. VII, p. 99, AP, 1975; S. Soler, *Derecho Penal argentino*, t. V, p. 67, Tea, 1983; R. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI,

p. 293, Lerner, 1986); “acción que supone actividad conjunta, dirigida a lograr alguno de los fines que el artículo 226 enumera como típicos. Como se advierte, el uso de las armas que requiere el alzamiento no es el empleo efectivo de ellas, sino simplemente su ostentación, alternativa que surge evidente de la referencia que efectúa el artículo 236 del Código Penal en tanto señala que regirán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles cuando, al ejecutar los delitos previstos en este Título —se refiere al X del Libro II— el culpable cometiere algún otro”.

Resultaría por demás superabundante referir los testimonios que ilustran la forma violenta en que se produjo y se mantuvo la irrupción en el Regimiento de Infantería Mecanizada 3 y el Escuadrón de Exploración de Caballería Blindada 1; lo que corrobora el alzamiento en armas sin necesidad de otra consideración. Ello así, ya que lleva dicho la doctrina que la consumación del delito se efectúa por medio del alzamiento armado, siendo indiferente el logro de sus objetivos. Ahora bien, cabe destacar que aunque no es necesario el éxito de la finalidad del alzamiento para la consumación de la rebelión, sí lo es la finalidad propiamente dicha, a la que ha de considerarse como el elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

En este sentido, con base en la Proclama secuestrada en el interior de la unidad militar, y su proyecto incautado en ..., fácil es concluir que era intención del grupo cambiar la Constitución (léase reimplantar artículos de la Constitución de 1949) y deponer alguno de los poderes públicos, concretamente el Poder Ejecutivo Nacional, desde que resulta inconcebible la concreción del plan de gobierno que en los dos instrumentos se plasma sin la previa usurpación de ese poder.

En cuanto al segundo párrafo de dicho artículo, que consagra una agravante a la conducta de alzarse en armas por revestir la ultraintención que ella encierra mayor peligrosidad, no ha sido demostrado por el Ministerio Público Fiscal que la agrupación tuviera en mira cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno ni eliminar la división de poderes, o abrogar los derechos fundamentales de la persona humana.

Estas agravantes requieren para su concurrencia el carácter de per-

manentes, como expresamente se lo señala en la primera. Si bien no deja de ser cierto que no se sigue esa misma redacción con las otras dos, no otra interpretación que la aquí propiciada puede darse al tipo, puesto que en caso contrario ningún sentido tendría haber insertado la expresión “aunque sea temporariamente” en la última de las agravantes que el párrafo tipifica.

En el caso, no se ha probado que el cambio del modo democrático de gobierno, la eliminación de poderes y la abrogación de los derechos fundamentales de la persona humana tuvieran carácter permanente, por lo cual resulta ocioso analizar si estas dos últimas agravantes concurren o no en la especie, aunque fuera temporariamente.

Por ello, debe tipificarse a los hechos que se investigan como rebelión, conforme los dictados del artículo 226, primer párrafo del Código Penal. Las supuestas contradicciones del testigo R. A. en punto a la tipificación correspondiente a los alzamientos militares carece de relevancia; porque se refieren a sucesos ajenos a esta investigación y porque la calificación penal que merece una conducta es facultad reservada exclusivamente al juez.

El asalto a los cuarteles militares de La Tablada y la permanencia en ellos por veintisiete horas importó una usurpación en los términos del artículo 181, inciso 3º del Código Penal.

En efecto, la norma citada prevé en sus respectivos incisos las formas de consumación de la usurpación, distinguiendo entre lo que podría denominarse despojo (inc. 1º), la remoción de términos por medio de la cual se alteran los signos materiales del dominio (inc. 2º) y la turbación de la posesión (inc. 3º).

Evidentemente, como bien señala el fiscal, el accionar de los procesados, aunque no importó el despojo absoluto de la posesión, ha alterado su curso en lo relativo a la tranquilidad en el uso y goce del inmueble, produciéndose así la turbación exigida en el inciso por el cual se lo califica (conf. Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, v. II, p. 229).

Expuso el fiscal que del examen de la figura en cuestión se desprende que quien intenta despojar a otro de la posesión y por razones ajenas a su voluntad no logra consumir esa privación, muy probable-

mente la haya turbado. O visto desde otra óptica, quien turba la posesión con intención de despojar, aunque el fin hubiese sido frustrado, su accionar encontraría acogida como delito consumado en la simple turbación.

No resulta necesario, conforme el tipo en cuestión, detenerse a analizar si los actos turbatorios poseen o no una intención posesoria, por cuanto las acciones turbatorias son aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión, no siendo requisito para su consumación la total privación constituida por el despojo. En este sentido, la ley civil admite dos clases de actos turbatorios: los ejecutados con intención de poseer (art. 2496) y los que no tienen por objeto hacer poseedor al que los ejecuta (art. 2497). Ambas clases de actos, siempre que hayan sido ejecutados con violencias o amenazas e importado una restricción a los derechos del ocupante, están comprendidos en la figura penal.

De ello cabe concluir que no es necesario que una acción llegue o tienda al despojo de la posesión para constituir usurpación, dado que cuando el autor procede con violencias o amenazas, basta con turbarla (Núñez, t. V, p. 503; Fontán Balestra, t. VI, p. 215 y Soler, t. IV, p. 58). Esgrimió la defensa que la conducta investigada es atípica, por cuanto la ley 23.070 suprimió el artículo 181 bis que reprimía la usurpación de bienes estatales. Tal artículo era una simple circunstancia agravante de la figura básica, por lo que la desaparición de aquélla no elimina a ésta; afirmar lo contrario importa decir, por ejemplo, que el magnicidio ya no es delito porque el artículo 80 bis ha sido derogado.

Los homicidios de que fueron víctimas R. T. T., H. F. C., J. G. A., D. J. G., E. G. G., J. M. S., R. A. R., R. R. E., L. M. D. y W. R. O. deben ser calificados como homicidio agravado en los términos del artículo 80, incisos 6º y 7º del Código Penal.

El primero de los hechos ha sido calificado por la Fiscalía como homicidio alevoso en los términos del artículo 80, inciso 2º del Código sustantivo. Para fundar esa pretensión el Ministerio Público ha aludido al estado de indefensión en que la víctima se hallaba al momento de recibir la agresión.

Los distintos testimonios recogidos en el legajo han permitido demostrar, como oportunamente se reseñara, que efectivamente el cons-

cripto R. T. T. se hallaba desarmado y con sus brazos en alto al momento de ser ultimado. Sin embargo, la figura en análisis requiere un doble elemento objetivo: el primero es el estado de indefensión reseñado; el segundo, la falta de riesgo o de peligro para el autor, que debe ser determinante de la conducta y que implica su actuación sobre seguro (conf. Jorge López Bolado, *Los homicidios calificados*, p. 110).

Por la forma en que se desarrolló el suceso entiendo que “no medió una expresa preparación previa para evitar toda posibilidad de resistencia, ni para colocar a los autores en una situación de seguridad ajena a todo riesgo” (CCCorr., sala IV, “Parrondo, Manuel S. y otro”, 5-10-79, L. L. del 12-3-80, fallo 78.140).

Quien efectuó el disparo que produjo la muerte de R. T. T. no ha obrado “sin riesgo”, requisito sin el cual debe excluirse la concurrencia de alevosía (conf. Fontán Balestra, *Tratado...*, t. IV, p. 97; Creus, *De-recho Penal. Parte especial*, t. I, p. 28; Laje Anaya, *Comentarios. Parte especial*, t. I, p. 17). Para comprender esta afirmación, debe analizarse el hecho dentro del contexto en el cual tuvo lugar. En la especie, se trataba de un asalto a una unidad militar, asalto que desencadenó un rápido combate entre los agresores y los militares que procuraban impedirlo. Esta resistencia, si bien no fue suficiente para contener la embestida, hace desaparecer, a mi juicio, la posibilidad de presumir una inexistencia de riesgo, toda vez que esa ausencia debe provenir no sólo del estado de indefensión de la víctima, sino también de la posibilidad de que dicho accionar se vea libre de peligro en relación a terceros que pudieran impedirlo (conf. Laje Anaya, *Comentarios. Parte especial*, t. I, p. 17; Núñez, *Manual*, p. 50).

Los homicidios enumerados ut supra se han cometido con el concurso premeditado de dos o más personas. Tres son los elementos que deben darse para permitir este encuadramiento legal. El primero es la cantidad de personas, el segundo el concurso y el tercero la premeditación de ese concurso.

Ninguna duda puede generar en el caso la concurrencia de la cantidad de personas indicada, por lo cual no será necesario ningún análisis sobre el tema.

Si se entiende por premeditación el propósito de matar formado anticipadamente y a sangre fría, esperando el tiempo y la oportunidad

de llevarlo a cabo (conf. Carmignani, *Elementos*, § 905, p. 368), el concurso premeditado será la asistencia o ayuda prestada para preparar la comisión de un homicidio. No se trata aquí del concepto de premeditación que suele emplearse en el inciso 2° del artículo vinculado con la alevosía; no se exige en el caso que la modalidad concreta del homicidio sea precisamente planificada, con la cuota de seguridad personal e indefensión de la víctima que ello normalmente acarrea, sino que lo único que se exige es que la decisión de matar sea premeditada por más de dos personas, aunque ese análisis previo no prevea de modo preciso la forma en que el ilícito se llevará a cabo. La figura no requiere que tres o más personas planeen pormenorizadamente la forma de llevar a cabo un homicidio: sólo se pide que esa cantidad planee anticipada y fríamente la decisión de matar.

Algunos autores sostienen que la agravante se motiva en la mayor indefensión que en la víctima crea un ataque planeado y grupal.

No comparto esta posición, porque si bien el concurso de personas puede acarrear una situación más desventajosa para la futura víctima, lo que motiva la calificación del homicidio es la mayor peligrosidad que demuestran varios sujetos si se reúnen y se ponen de acuerdo con el nefasto fin de planear la muerte de un tercero. No adherir a este criterio implica, desde mi óptica, confundir el inciso 6° con el inciso 2° del artículo 80 del Código Penal. En el caso traído a nuestro conocimiento, la documentación secuestrada muestra una minuciosa planificación bélica a cargo del grupo atacante. Es coherente con ella la compra de armamento que sus integrantes efectuaran días antes de iniciar la operación. Los homicidios, como no es necesario explicar, hacen a la esencia del plan tal cual fuera concebido, por cuanto es inimaginable que la toma del poder por vía de las armas, iniciada a través de la irrupción violenta en una unidad militar, no contemple la comisión de homicidios.

Por si alguna duda existiese al respecto, el documento "Cuestiones", plantea interrogantes sobre la forma de explicar a la población los homicidios cometidos, como por ejemplo cuando se pregunta: "1) ¿Se exhorta a hacer justicia popular? ¿Se informa que ya se ha hecho? ¿Lo hicimos nosotros? ¿Lo hizo el pueblo por su cuenta? 2) ¿Cómo se informa de la forma que se logró? ¿Qué se hizo con el personal?"

¿Se informa de muertos y heridos?” El denominado “Proclama”, lleva a cabo parte de aquella tarea, lo que viene a reforzar la tesis de que los homicidios integraban el plan general elaborado con anterioridad por el grupo. Véase que allí se dice “...El pueblo entró en masa al cuartel. Frente a tanto heroísmo, algunos soldados y algunos suboficiales dieron vuelta sus armas y junto al pueblo participaron de la ejecución de los oficiales traidores”.

Finalmente, estos homicidios fueron concretados para facilitar y consumir otro delito, así como para asegurar sus resultados. La documentación antes invocada, fundamentalmente la proclama y su debate previo, muestran con meridiana elocuencia que la conducta homicida no era un fin en sí misma.

Aun cuando el delito de rebelión es, por su redacción, un delito de los llamados instantáneos, por lo que la rebelión implica y por la ultraintención que conlleva, si bien se comete instantáneamente, está fatalmente destinado a prolongarse en el tiempo, consistiendo ese período sobreviniente en lo que se podría llamar su agotamiento. En consecuencia, las distintas acciones de armas que se realicen con el fin de lograr el éxito de la rebelión —entendiendo por éxito la consecución de cuanto se tuvo en mira al rebelarse (ultraintención)— formarán parte de este delito; conforme a ello, los homicidios que se cometan en pos de ese éxito serán perpetrados para asegurar el resultado de otro delito.

Si bien de lo expuesto, a mi criterio, ha quedado perfectamente establecido el dolo directo como elemento subjetivo rector de los homicidios cometidos por los atacantes, considero que debe igualmente analizarse sus conductas a la luz del dolo denominado condicional o eventual.

En este sentido no queda ninguna duda de que a los integrantes del grupo armado que ingresó al cuartel debió representárseles como muy posible una resistencia armada con todas las consecuencias que ello implica; habiendo aceptado tal posibilidad.

Es claro, entonces, que las muertes existían en el propósito criminal desde el inicio del hecho y, como mínimo, es indudable que se encontraban como una posibilidad cierta dentro del plan de ataque pergeñado.

En estas condiciones, es evidente que los partícipes en el hecho

se han representado, al menos, la factibilidad de una fuerte resistencia pues, obvio es decirlo, una unidad militar cuenta con una guardia permanente cuyo fin es garantizar su seguridad e integridad. Prueba de lo expuesto es la gran cantidad de armamento utilizado, los brazaletes identificatorios –para diferenciarse de extraños–, el gran despliegue realizado, la estrategia seguida y la férrea disciplina que les permitió cumplir con el rol asignado a cada uno de ellos con anterioridad. Asimismo, ya ha sostenido este tribunal (conf. “Firmenich, Mario Eduardo”, reg. 99, del 14-9-88 y sus citas) que considera suficiente el dolo eventual para responsabilizar por la calificante del artículo 80, inciso 7° del Código Penal. Idéntico planteo debe efectuarse respecto a los procesados detenidos fuera de la unidad militar, quienes prestaron su colaboración a los hechos que habrían de desarrollarse en el interior del cuartel, representándose también ellos como probable, no sólo dentro de lo posible, dichos homicidios aceptándolos y ratificándolos al acercarse –de acuerdo al rol preestablecido– a los alrededores para cumplir su función en el plan a desarrollarse. Resulta útil recordar sobre el particular la referencia contenida en la proclama, según la cual “como siempre en la historia de la Patria el pueblo hizo verdaderas proezas. Al saber que los carapintadas lo habían tomado el pueblo entró en masa al cuartel. Mujeres, jóvenes, hombres del pueblo atacaron con revólveres, con escopetas, con piedras y palos. Hicieron trincheras, tiraron bombas molotoffs...”

No debe olvidarse que los detenidos afuera debían obrar de acuerdo al plan trazado. Cualquiera que supiera que varias decenas de personas armadas ingresarían a una unidad militar tiene, necesariamente, que plantearse como muy posible un intento, al menos, de resistencia armada con sus inevitables consecuencias.

Por consideraciones similares a las expuestas, deberá también el procesado J. A. P. responder en orden a estos delitos, de conformidad con cuanto surgirá del análisis de su participación.

Por las razones que expusiera oportunamente, la defensa ha postulado que los hechos en los cuales perdieran la vida E. G. G., W. R. O., R. R. E., R. T. T., H. F. C., D. G., J. M. S., L. M. D., J. G. A. y R. A. R. sean calificados como homicidio en riña, conforme con los términos del artículo 95 del Código Penal.

De acuerdo con la significación que el legislador le ha dado a la figura en análisis, la riña debe entenderse como el súbito acometimiento recíproco y tumultuario o el enredo en una pelea o la lucha recíproca entre más de dos personas. En este concepto es prácticamente pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país (conf., Soler, *Derecho Penal argentino*, t. III, p. 138; Fontán Balestra, *Tratado*, IV, p. 312; Terán Lomas, *Derecho Penal. Parte especial*, t. 3, p. 255 y las citas doctrinarias que en ellos se hacen; CNCrim., sala V, "González, Víctor", 4-6-80, J. A. 1980-IV-106, la misma sala en "Del Valle" el 20-10-81, L. L. supl. 6-7-82).

Lo que caracteriza a la riña es el carácter súbito de la lucha; la confusión y el tumulto, si bien no son exigidos expresamente en el tipo, son elementos esenciales de esa caracterización, desde que son ellos quienes impiden que se conozca al autor del resultado.

La figura en análisis tipifica también el homicidio o las lesiones cometidas en agresión.

No se me escapa que siendo la agresión la acción de varios contra uno, su inclusión en el tipo podría generar, a primera vista, un error sobre su alcance, confundiéndolo con acciones que son propias del homicidio simple.

Así podría decirse que si tres personas se ponen de acuerdo para matar a otra, lo acechan con ese fin y al aparecer la víctima cargan sobre ella acuchillándolo, el hecho debería calificarse como homicidio en agresión si no se constata quién aplicó la puñalada que le quitó la vida. Ninguna lógica tiene esta solución.

Ello así porque lo que caracteriza a esta agresión y la distingue de la que es propia del homicidio, es su espontaneidad; espontaneidad que no descarta la intención de intervenir en riña, pero que sí excluye la preordenación que significa disponer la actividad para el logro de un determinado resultado (conf. Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, p. 96; Fontán Balestra, *Tratado*, t. IV, p. 313). Lo dicho supra bien vale para la riña, ya que en ella "no se piensa si se matará o si solamente se herirá con los golpes que se devuelven y se cambian entre sí los que pelean. Se actúa ciegamente para rechazar o para devolver las ofensas: el hecho sale del dominio de la voluntad para entrar en el dominio del caso" (Terán Lomas, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, p. 257).

De lo expuesto hasta aquí surge la siguiente conclusión: el homicidio en riña o agresión es absolutamente incompatible con la participación criminal.

En efecto, si por riña o agresión se entiende una acción instantánea, espontánea, donde a raíz de una incidencia del momento dos grupos se acometen recíprocamente entre sí, o bien por las mismas razones unos lo hacen contra otros, no puede esto compatibilizarse con la mínima planificación y preordenación que exige la coparticipación criminal (conf. Carrara, *Programma*, § 1311; Soler, *Derecho Penal argentino*, t. III, ps. 141 y ss.; Fontán Balestra, *Tratado*, t. IV, p. 314; Terán Lomas, *Derecho Penal. Parte especial*, t. 3, p. 258).

Debe descartarse la aplicación de la figura del homicidio o las lesiones en riña o agresión cuando esos resultados sean consecuencia de la obra común de varios en quienes concurren las condiciones generales de la participación verdadera, que supone la convergencia intencional. De suerte que no basta la circunstancia de no haberse determinado fehacientemente quién fue el autor directo de la muerte o lesiones, pues ello no impide considerar a los acusados como cómplices en el homicidio simple o las lesiones; es preciso, además, la espontaneidad señalada como característica de la riña o la agresión contemplada en el artículo 95 (ver en este sentido, CSJN, "Arratía, Ricardo y otros", L. L. 17-654).

En el caso que nos ocupa, y conforme la planificación del asalto al cuartel —a la que ya se ha hecho referencia por lo cual no se insistirá sobre el punto—, la intención de matar formaba parte de los modos de acción del grupo. Para ello, se ideó el ataque, se adquirieron las armas, se dividieron los roles, etcétera, es decir, se orquestó todo de manera tal que permite su fácil adecuación en los principios generales de la coparticipación criminal.

No hubo en el caso una riña, entendiéndose por ella el acometimiento recíproco al que aludiera al iniciar este ítem. Hubo un ataque donde aparecen claramente diferenciados un grupo agresor y otro agredido. Y si hubo una agresión, como queda dicho, ella no es la agresión espontánea a que se refiere el artículo 95 del Código Penal, sino la preordenada a que alude el artículo 79 de ese código con sus respectivos agravantes y atenuantes.

Se ha relatado oportunamente la forma en que los procesados privaron ilegítimamente de su libertad a distinto personal militar de cuadros y concriptos del Escuadrón y Compañía "A", en la Compañía "B", en el edificio de Logística y en el Casino de Suboficiales del Regimiento. Corresponderá ahora calificar legalmente esas conductas.

Compartiendo la conclusión a que arribara el Ministerio Público, tales hechos deben tipificarse conforme con la normativa del artículo 142 bis del Código Penal. En efecto, en todos esos casos se verifica que la finalidad de los autores del ilícito fue obligar a las víctimas y/o a terceros a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

El señor fiscal propuso esta misma calificación, aunque en algunos casos con argumentos que no comparto. Es cierto, como sostiene el fiscal, que las víctimas de los delitos en cuestión se vieron obligados a realizar conductas contra su voluntad. De hecho, estuvieron privados de su libertad ambulatoria, para lo cual, obviamente, no prestaron su consentimiento. Pero esa sola circunstancia no puede satisfacer lo que el legislador tuvo en mira al contemplar la agravante, porque de ser así, la figura básica del artículo 141 se volvería inaplicable. Lo mismo puede decirse en relación al traslado de un privado de su libertad de un lugar a otro, porque si eso fuera lo que agrava la conducta, la figura básica quedaría reducida a una sola situación, la que por cierto es harto improbable, cual es el caso en que la privación se perpetuase en el mismo lugar en que tuvo origen.

En consecuencia, la ultraintención exigida por la figura, deberá referirse, por lógica, a obligar en la víctima, o en un tercero, conductas que excedan las acciones que hacen a la esencia del delito de privación ilegítima de libertad. Muestra de ello resultan algunos casos expresamente contemplados por el legislador, como son el rapto o el secuestro extorsivo. Sin embargo y como adelantara, otras constancias agregadas al juicio permiten receptar la posición fiscal.

En efecto, distintos testimonios recibidos durante el debate me llevan a admitir la concurrencia de varios objetivos tenidos en mira por los atacantes del cuartel al privar de su libertad al personal citado. Todos esos objetivos encuadran en el tipo. Así, puede decirse que como finalidad inicial aparece la de impedir que ese personal participara en la recuperación de la unidad, obligándolo de este modo a no hacer

algo contra su voluntad; lo dicho se explica a poco que se vea que el desarmar a sus víctimas fue la primera conducta desplegada por los captores. Por otro lado, se buscó obtener de esos rehenes distinta información de utilidad para los atacantes, como ser ubicación del armamento, personal, etcétera (hechos ocurridos en los edificios de Logística y Casino de Suboficiales del Regimiento). En el mismo sentido, se empleó a las víctimas para prestar distintos servicios asistenciales durante el combate (alcanzarles agua, brindarles servicios médicos, arrimarles armas, etc.) conforme relataran los que fueran privados de su libertad en ese Casino de Suboficiales. Se los usó también para realizar el traslado de armamento previamente sustraído, como en el caso de lo ocurrido en la Compañía "B". Asimismo, estas personas fueron empleadas para lograr que terceros no actuaran conforme su voluntad. Me refiero concretamente a la puesta de soldados y un suboficial en línea de fuego, justo delante de sus victimarios a modo de parapeto, a fin de evitar que personal militar y policial continuara con las tareas de recuperación que había emprendido, hecho ocurrido a la entrada del edificio donde se halla la cuadra de tropa del Escuadrón. Oportuno es agregar que éste fue el inequívoco móvil que guió a los atacantes a la luz de los testimonios recibidos del personal militar que se hallaba en esa dependencia, no obstante los esfuerzos aislados del encausado L. A. D. por mejorar la situación procesal de él y sus coencartados.

Ello así, por cuanto son contestes los dichos de los rehenes en el sentido de que la orden recibida fue salir y colocarse en el piso boca abajo y no dirigirse hacia la Plaza de Armas como refiriera el procesado ya que de otra manera no se explica por qué motivos soldados conscriptos que fueron reducidos mucho tiempo después de la irrupción en el edificio, fueron colocados también como parapetos (ver los casos de quienes se hallaban en los cofres y en la Compañía "A"). Finalmente, también la toma de rehenes tuvo por mira emplearlos a fin de parlamentar con las fuerzas legales, como lo demuestra la circunstancia de que fuera a uno de ellos a quien se lo obligara a salir anunciando la rendición del grupo rebelde.

Por todo ello, resulta insostenible la posición defensista en cuanto afirma que el único propósito que guió a los procesados fue la pro-

tección de sus víctimas. A modo de ejemplo, no se comprende qué hay de protección en el hecho de tomar a un soldado, dispararle a sus costados, trasladarlo varios metros a punta de fusil, tenerlo encerrado varias horas en una habitación objeto de ataque armado y finalmente dispararle cuando este logró huir (ver testimonio de E. N.); insistir en este punto resulta estéril a la luz de todo lo expuesto. En ese contexto, dos privaciones de libertad resultan agravadas por su resultado. Ellas son las ocurridas en la Compañía "B" y el Casino de Suboficiales, a raíz de las lesiones de los soldados S. M. P. y L. C. y la muerte de O. C. El artículo 142 bis último párrafo califica la conducta "si resultare la muerte de la persona ofendida".

Es obvio que el agente ha de responder sólo por las circunstancias de su acción que le hubieren sido previsibles, ya sea por el conocimiento del curso causal de los hechos o por la representación de los efectos que pueden producir determinadas acciones.

Sin embargo, encontramos en esta figura agravada, la fórmula "si resultare", la que extiende la esfera de aplicación del precepto a supuestos en que aquélla no ha sido causada por la acción típica de privar a otro de su libertad personal. Es decir, que por su formulación y pena, el dispositivo abarca el referido resultado—muerte del damnificado— cualquiera sea el estado subjetivo del culpable. Esto es, los causados dolosamente y sin preordenación (Núñez, t. V, ps. 230/31) e incluso, los que se presenten bajo la forma de responsabilidad culposa (Soler, t. IV, p. 259), siempre que se vinculen temporal y espacialmente con la privación de la libertad.

Siguiendo el hilo causal, el deceso del conscripto fue consecuencia directa de la privación ilegítima de la libertad a la que fuera sometido en las primeras horas del 23 de enero y bajo la cual se encontraba al momento de perder la vida. Nada aporta a esta conclusión la circunstancia de que para ese momento la víctima fuera objeto de control directo e inmediato de sus captores o que ese control no revistiera tales características. Ello así, por cuanto el delito comenzó a ejecutarse de modo violento y con formas intimidatorias, forzando a los rehenes a colocarse en un lugar en el cual se los obligó a permanecer. Al momento en que se produce la descarga que acarrea la muerte de O. C., las mismas personas que lo redujeron mantenían el control absoluto

del edificio donde la privación se cometía, lo que implica, sin posibilidad de discusión, que O. C. se encontraba dificultado en su capacidad locomotiva por responsabilidad de los hoy procesados. Si el control sobre las víctimas pudo haber ido perdiendo intensidad a medida que se desarrollaba el combate, ello en modo alguno los exime de culpa, por lo dicho hasta aquí y porque precisamente esa supervisión pudo ser menos rigurosa en tanto la intensidad del combate hacía menos posible que los rehenes abandonaran la posición que ostentaban, sin riesgo extremo para sus vidas.

Sentado ello, y conforme el desarrollo de los hechos, resultaba más que probable que los privados de su libertad resultaren heridos o muertos. Ninguna persona, en manera alguna, podía descartar como cierta esa posibilidad.

Es así entonces que los procesados, teniendo como seriamente posible que un hecho de esas características se produjera, asumieron una actitud indiferente ante la suerte que corrían las personas que habían reducido; ello motiva que sus conductas hayan sido las que ocasionaron como resultado la muerte del soldado O. C. En el caso, esa previsión ha sido concretamente demostrada con los dichos del soldado E. N., quien relata cómo los dejaron allí con pleno conocimiento de las posibles consecuencias.

Idénticas consideraciones a las expuestas hasta aquí deben aplicarse a las lesiones sufridas por S. M. P. y L. C., lo que permite encuadrar el hecho en el inciso 2º del artículo 142 bis.

Ello es así, por cuanto las lesiones que éstos sufrieran resultaron de la privación de libertad impuesta por los atacantes.

En efecto, de los testimonios de C. G. C., M. A. B., J. M. R., S. M. P. y L. C., se desprende en forma conteste el efectivo dominio del edificio por parte de los atacantes, los que a su vez mediante sus acciones, y más tarde, como producto de la intensidad y las consecuencias del combate que mantuvieron con las fuerzas legales, impidieron la libre movilidad de sus rehenes, siendo indiferentes a los altos riesgos en que éstos se encontraban.

Por otra parte debe destacarse que en ningún momento los captores dieron a sus víctimas una indicación precisa respecto de su condición,

por lo que cabe presumir que los soldados padecían también en esos momentos el temor propio de la intimación inicial por la cual se encontraban allí retenidos.

En nada modifica la situación planteada la fuga que pudo lograr el sargento C. G. C., toda vez que surge de sus propios dichos que pudo hacerlo aprovechando una distracción de sus captores, circunstancia que puede ser apreciada desde los testimonios de los soldados que allí quedaron en cuanto se percataron de la huida de su superior cuando ya se había efectuado.

De igual manera ha quedado acreditado el control que los incursores mantuvieron sobre el edificio desde su ocupación hasta después de producido el incendio, en virtud de los testimonios que prestaran H. R. C., J. L. I. Z., G. G. y R. B. quienes sufrieron ataques desde esa compañía en distintos momentos desde del mediodía hasta pasadas las 20.00 horas, horario en que como consecuencia del combate que se entabló se produce un incendio en la planta alta.

Así las cosas y debido a la acción del fuego en el sector en donde se encontraban los retenidos, resultaron con lesiones de carácter graves los nombrados S. M. P. y L. C.

Las lesiones que sufrieran los nombrados, por su importancia, constituyen los graves daños en la salud que configuran la agravante propuesta en el inciso 2º del artículo 142 bis, por lo que de acuerdo a las consideraciones efectuadas al tratar la privación de libertad seguida de muerte que sufriera el soldado O. C., dejo así calificado este accionar.

Llegado el momento de calificar el accionar llevado a cabo por los atacantes en los hechos en que resultaran lesionados varios integrantes de las fuerzas legales que resistieron el copamiento del regimiento, es dable destacar a modo de introducción, la postura y los elementos de prueba que consideraré a fin de analizar el tema.

En atención a lo expuesto, he de advertir que la circunstancia de que el hecho de producir lesiones constituye el medio de causar la muerte a una persona, suele determinar en cierto modo la propensión a mirar las heridas como principio de ejecución de un delito de homicidio. Contra ello, es preciso tener presente que la ley, al prever de

manera expresa como figuras autónomas este tipo de daños en el cuerpo y en la salud, supone que ellos normalmente en sí mismos, a pesar de su genérica idoneidad para matar, no constituyen tentativa de homicidio. Para que de esta acción pueda hablarse, será necesario que el propósito de cometer el hecho más grave, propósito requerido por toda tentativa, no se induzca solamente de la circunstancia de que se ha lesionado.

En ese sentido, para hablar de tentativa de homicidio, induciéndola de las heridas, es preciso que éstas, por su número, por la persistencia con que obró el autor al producirlas, por la forma en que se infirieron y por su gravedad, sean claramente expresivas de que positivamente existía un propósito ulterior, es decir que habrá de considerarse la situación concreta y las posibilidades de acción del sujeto, además de la intención de cometer determinado delito. En cuanto a este aspecto, considero que basta que la voluntad esté expresamente dirigida a crear esa situación de daño o que al menos, el autor tenga conciencia de la criminalidad de su acto y, a pesar de ello lo efectúe, o preste su consentimiento a esa situación (conf. Soler, *Derecho Penal argentino*, t. 3, p. 113).

Por los mismos argumentos que permitieron descartar la figura de homicidio en riña, será desechada la de lesiones en riña o agresión. En virtud de lo expuesto, los hechos ya descriptos en los que resultaran lesionados distintos integrantes de las fuerzas que recuperaron el RIM 3, serán calificados a continuación, atendiendo a las consideraciones mencionadas precedentemente y al análisis de las circunstancias que rodearon a esos sucesos en cuestión, de lo cual se desprende que: Las acciones que provocaron las heridas del sargento H. H. S. y del cabo 1º M. B., que se tuvieron por probadas conforme al análisis realizado precedentemente, son constitutivas del delito de homicidio calificado en grado de tentativa (arts. 42 y 80, inc. 6º y 7º del Cód. Pen.). Ambos fueron sometidos a intenso y constante tiroteo proveniente de distintos lugares de la unidad. Fue en esa ocasión y por efecto de dichos disparos, que resultara herido el comisario inspector E. G. G., quien posteriormente falleciera. Anteriormente se calificó como homicidio agravado a los hechos que provocaron el deceso de E. G. G. y absurdo resultaría decir que el dolo empleado fue distinto al que existió en los disparos

que hirieron a H. H. S. y M. B., quienes compartían con el hoy difunto la misma situación e idénticos riesgos.

Respecto de los casos en que sufrieran distintas heridas el sargento J. C. T. de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y el cabo C. O. R. del Cuerpo de Bomberos del Partido de La Matanza, he de arribar a la misma conclusión que al tratar los del sargento S. y el cabo I° M. B. Se aprecia aquí que J. C. T. y C. O. R. fueron blanco de una andanada de disparos que reciben en ocasión en que C. O. R. era ingresado a una ambulancia totalmente identificable como tal, por lo que el autor de los disparos, si bien sólo les provocó diversas heridas, sin dudas tuvo como objetivo el de causar la muerte de los que allí se encontraban, desde que ningún otro fin podían perseguir tales disparos si las víctimas se hallaban fuera de combate.

En cuanto a la acción por la que resultaran lesionados los siguientes integrantes de las fuerzas regulares: sargento ayudante P. A. V., teniente M. A. R. O., teniente primero J. R. L., sargento J. C. F., sargento M. L. N., todos del ejército; comisario J. F. C., cabo R. B., cabo R. M., sargento primero A. O. B., sargento primero V. R. D., agente C. A. R., subcomisario L. A. R. y cabo L. A. L., éstos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires; subcomisario E. L. S. y suboficiales J. A. B. y M. A. R. de la Policía Federal, debo decir que los nombrados fueron heridos al impactar en el lugar donde se encontraban un disparo de cohete lanzado por una atacante desde el sector de la Plaza de Armas.

Al llegar a este punto de la sentencia creo que ha quedado ya disipada cualquier duda acerca del conocimiento que los hoy encartados tenían del manejo de las armas, como así también del poder ofensivo que éstas poseían. Esto descarta que la intención que se tuvo al efectuar el disparo fuese otra que la de causar la muerte de las personas que allí se encontraban.

El hecho de disparar el proyectil hacia un sector donde se hallaban varias personas, impactando entre las piernas de una de ellas, muestra a las claras, dada la naturaleza del medio empleado, que el resultado provocado no puede ser encuadrado sino dentro de la figura del homicidio en grado de tentativa.

En cuanto al hecho en que resultara herido el cabo primero J. W.

B., ninguna duda cabe de que corresponde asignarle igual significación jurídica (arts. 42 y 80, incs. 6° y 7° del Cód. Pen.). En efecto, el disparo fue efectuado con total precisión contra el grupo que él integraba no logrando ultimarlos dado que pudo replegarse a tiempo, quedando así el hecho en grado de conato. No resulta lógico presumir que quien efectúa un disparo con un lanzacohetes contra un grupo de personas lo haga sin la intención de cobrarse vidas humanas.

En relación al hecho en que fuera herido el soldado P. S. P., considero que el accionar llevado a cabo en su contra también debe calificarse como homicidio en grado de tentativa. Ya se han expuesto las circunstancias en las que se dio muerte al soldado D. G., con quien se encontraba P. S. P. Quien a escasos metros de distancia efectúa una ráfaga de disparos con una ametralladora contra dos personas, no puede seguir otra intención más que la de quitarles la vida, resultado que efectivamente consiguió con uno de sus agredidos. Por ello, el ataque a P. S. P. merecerá igual calificación que los casos anteriores.

Respecto del suceso en que resultaran heridos el teniente coronel J. I. L. Z. y el cabo primero G. G. del Ejército Argentino, la intensidad del fuego que recibieran desde la Compañía "B" al querer ingresar al Casino de Suboficiales, permite afirmar la concurrencia de una conducta homicida.

A igual conclusión debe arribarse respecto de los hechos en que fueron lesionados el teniente coronel E. G. N. y el cabo E. C., del Ejército Argentino. Ello así, desde que ambos recibieron fuerte fuego a corta distancia, lo que obliga a considerar que el autor de esas lesiones quiso el resultado muerte.

Idéntica tipificación deberá darse a la conducta de los victimarios del teniente H. R. C. del Ejército Argentino, por cuanto el medio empleado y las circunstancias obligan a considerar la voluntad homicida, desde que aquél es idóneo para una consecuencia letal.

Hasta aquí, entonces, aquellos sucesos en que se ha demostrado la concurrencia de circunstancias que permiten inferir, que si bien las víctimas fueron sólo heridas, la voluntad de los autores estuvo directamente dirigida a causarles la muerte.

En mi opinión, la prueba colectada en autos impide afirmar en los

otros hechos que ocasionaron lesiones, que la voluntad de los autores constituyó un propósito distinto al de dejar a sus oponentes fuera de combate. Por ello, se analizarán conforme los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal.

Respecto del accionar llevado a cabo en los hechos en que resultaran lesionados el teniente primero R. B., el sargento ayudante L. G. y el civil L. H., quedará calificado como lesiones graves en función de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Penal.

En cuanto a las acciones que produjeran las distintas lesiones que padecieron el cabo R. A. O., el cabo D. A., el sargento L. R. C., el cabo 1° J. D. A., el cabo A. R. T., el cabo P. A. A., el escribiente J. G., y el empleado civil V. A. D., serán encuadradas en el delito de lesiones leves, previsto y reprimido en el artículo 89 del Código Penal, puesto que éstas no los inhabilitaron por un lapso mayor de un mes en su capacidad laboral.

En orden a las lesiones sufridas por los conscriptos J. C. G., W. M., S. H. P. y G. A. B., considero que han quedado subsumidas bajo la figura dispuesta por el artículo 142 bis del Código Penal.

En la descripción de los hechos investigados y probados que efectuara con anterioridad, se estableció la concurrencia de cuatro supuestos en los cuales hubo daños en las cosas con la correspondiente individualización de sus responsables. Por estos hechos y otros tres en los que en mi opinión no se ha determinado suficientemente a sus autores, el Ministerio Público Fiscal dedujo acusación en orden al delito previsto y reprimido en el artículo 184, inciso 1°, en función del artículo 183 del Código Penal.

El delito de daño exige como presupuesto básico para la concurrencia de su tipo subjetivo "que el daño a la propiedad ajena sea un fin por sí mismo" (conf. Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, vol. V, § 2449, p. 531). Conforme este criterio, receptado por la doctrina nacional (ver Fontán Balestra, *Tratado*, t. VI, p. 264, Laje Anaya, *Comentarios... Parte especial*, t. II, p. 249 y Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, p. 587), el delito no concurre cuando la intención delictiva del autor no se agota en el simple propósito de dañar la propiedad ajena con conciencia de que se la daña, sino que se proyecta más allá de esa primaria lesión hacia una ultraintención también delictiva.

En el caso que nos ocupa, no se ha probado que fuera esa y sólo esa la intención de los atacantes al Regimiento, sino que por el contrario todo viene a demostrar que los daños producidos fueron nada más que un medio para facilitar o consumir otros delitos o bien para prolongar su ejecución. Lo dicho resulta corroborado a poco que se advierta que no se ha deducido acusación por ningún daño material producido en circunstancias ajenas al plan criminal previamente trazado. Debo aquí tratar la regla concursal aplicable a los delitos precedentemente mencionados.

La defensa, a su turno, sostuvo que por sus características propias el delito previsto en el artículo 226 subsume a todo otro ilícito que se haya perpetrado como medio de llevar a cabo la rebelión.

La cuestión así planteada deberá resolverse a la luz de lo que establece el artículo 236 del Código Penal. De sus dictados surge que si al ejecutarse alguno de los delitos previstos en el Título X del Libro II del Código Penal se omitiere algún otro delito, serán de aplicación las reglas generales del concurso. En mi opinión, ninguna regla puede extraerse de esta norma que modifique cuanto indican los artículos 54 y 55 del Código; muy por el contrario, la redacción del artículo 236 pareciera ser sólo una reafirmación de aquellos principios generales, por lo que su dictado bien podía haber sido excluido de nuestra legislación, evitando de esta forma errores interpretativos (ver en este sentido Eusebio Gómez, *Leyes penales anotadas*, t. III, p. 520). A lo sumo, su inclusión podría significar la exclusión de las reglas generales del concurso en el caso que se cometiera más de un delito de los previstos en el Título (ver en este sentido Soler, *Derecho Penal argentino*, t. V, p. 87). No es ésta la primera vez en que una disposición legal no del todo feliz, ocasiona opiniones doctrinarias que, en la intención de buscar significaciones distintas ante dos artículos que abordan un mismo tema, olvidan la posibilidad de que uno sea sólo ratificación del otro. Esto es lo que ocurre, en mi criterio, con la significación que da al artículo el doctor Ricardo Núñez, citado por la defensa, al que podría añadirse el doctor Carlos Fontán Balestra. Para interpretar adecuadamente una norma, nada mejor que remitirse a su origen; en el caso, el artículo 236 del Código Penal abreva en el artículo 281 del Proyecto de 1891. En la Exposición de Motivos que

acompañó a ese proyectado cuerpo legal se establecía que respecto a la manera de penar los delitos particulares cometidos durante una rebelión o sedición o con motivo de ella, se ha proyectado el artículo 281, en el cual se dispone que, en tales casos, se observe las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles, puesto que no hay razón que induzca a hacer en esta materia una excepción a los principios generales. Queda claro, entonces, la significación que he dado al artículo 236 del Código Penal. Lo que la ley ha pretendido es asegurar la aplicación de las reglas del concurso, que podían ser rechazadas por una mala interpretación, dado el carácter de alguno de los delitos del título.

Por otra parte, todas las legislaciones extranjeras que contienen disposiciones similares a la nuestra, han buscado esa vía para agravar la pena del delito o bien para encontrar una presunción *iuris et de iure* de responsabilidad (ver, por ej., los Códigos francés –art. 313–, español –art. 259–, chileno –art. 131–, húngaro –art. 155–, italiano –art. 136–, uruguayo –art. 130–), ninguno de ellos, algunos de los cuales sirvieron de base al Proyecto de 1891, da al artículo la significación que postula la defensa, esto es una disminución del monto de la coerción. Sin dejar de reconocer que la exposición de la defensa fue suficientemente fundada, de acogerse su postura se arribaría a conclusiones absurdas. Por ejemplo, una manifestación pública que se realice con la intención de arrancarle una medida al Poder Ejecutivo Nacional y a la que los manifestantes concurren haciendo ostentación de armas y cometiendo algún delito menor –a la sazón interrupción de los medios de comunicación– debería ser reprimido con la misma pena que un hecho en el que se han causado varios homicidios, se ha incurrido en numerosas privaciones de libertad, etcétera. No parece que la diferencia que pueda establecerse entre un hecho y otro sobre la base de lo previsto en los artículos 40 y 41 del Código Penal sea suficiente para diferenciar, con un mínimo de equidad, la gravedad de uno y otro hecho.

La postura planteada aquí por la defensa de los procesados es idéntica a la intentada en su momento por quienes asistieron a los responsables del copamiento del aeroparque metropolitano en el mes de enero de 1988. En esa ocasión, resolvió el tribunal, en concordancia

con cuanto aquí expongo, que “Admitir este argumento, significaría convalidar cualquier otra conducta ilícita que se produjera dentro del contexto de un alzamiento armado imbuido de cualquiera de los especiales elementos subjetivos previstos en el artículo 226 del Código sustantivo, y, con ello, se estaría afirmando dogmáticamente que entre este delito y cualquier otro de los previstos en el catálogo represivo, que a los rebeldes se les antojara o fuera útil para sus fines perpetrar, habría un concurso aparente de leyes”.

En otro orden de cosas, resulta necesario aclarar que si bien la postura defensiva encuentra asidero en la doctrina citada, ella no permite concluir de la forma que lo propone la parte, ya que de ningún párrafo de la opinión de esa doctrina puede inferirse que la rebelión subsuma a delitos más gravemente sancionados que los rebeldes hayan cometido (conf. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, ps. 346 a 348 y Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, ps. 143 a 145).

La concurrencia aparente de tipos se rige por tres principios fundamentales: el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción; ninguno de los tres se verifica en la especie. Bueno es decir, siguiendo el razonamiento que vengo desarrollando, que no existe encerramiento formal ni material de los otros tipos penales aplicables por parte de la rebelión, ni tampoco ésta es la resultante de una progresiva afectación típica, lo que permite concluir que no se verifican en la especie alguno de los tres principios que hacen al concurso aparente de tipos penales, cuales son el de especialidad, consunción y subsidiariedad. El análisis particularizado de la situación no lleva a este concurso ideal impropio sino al concurso ideal propio, por cuya aplicación habré de votar.

Sólo podrá agregarse que aun cuando la tesis de la defensa hubiera sido receptada, nunca un delito menor podrá abarcar a otro mayor, por lo que en el caso, la pena a aplicar será siempre la del homicidio agravado y no la de la rebelión. Lo dicho, que es de elemental lógica, encuentra sustento en el artículo 54 del Código Penal.

El señor representante del Ministerio Público, en su acusación, sostuvo que los hechos ilícitos que diera por probados, concurrían materialmente entre sí. Tampoco acogeré esta postura.

Debe recordarse que el delito de asociación ilícita calificada, pre-

visto en el artículo 210 bis del Código Penal reprime una asociación constituida para cometer delitos y que posee total autonomía con aquellos cometidos en cumplimiento de sus objetivos. Por ello, debe regir a su respecto el artículo 55 del Código Penal para determinar la forma de concurrencia entre la asociación ilícita y los otros delitos cometidos. En relación a los delitos de usurpación, privación ilegal de la libertad, lesiones, homicidios, robos cometidos dentro del cuartel y el robo al camión, considero que concurren realmente entre sí, presentándose en la especie material y jurídicamente separables, no obstante su simultaneidad. Siendo ello así, es aplicable a los mencionados delitos la regla prevista en el artículo 55 del Código sustantivo.

Distinto es el caso que se plantea con la concurrencia de los ilícitos llevados a cabo dentro del cuartel y el robo del camión y el de rebelión, siendo de aplicación el concurso formal entre ellos, ya que existe un nexo causal con un proyecto ideativo anterior al inicio de la ejecución.

La unidad de decisión y la unidad de plan son los configuradores del factor final, el que está presente en el homicidio *criminis causa* y debe tomarse en cuenta para la consideración de la conducta como unidad de sentido de la acción; cuando un tipo reprime el homicidio para cometer otro delito, indica la existencia de una unidad de sentido y si ambos delitos se cometen no habrá concurso real sino ideal.

Por lo expuesto, entiendo que los delitos de asociación ilícita calificada (art. 210 bis) y el de rebelión concurren materialmente entre sí, y este último idealmente con los delitos de usurpación, privación ilegal de la libertad, lesiones, homicidios y robos, los que a su vez concurren materialmente entre ellos.

Los doctores *Jorge Eduardo Barral* y *Hugo Rodolfo Fossati* adhieren a las consideraciones y conclusiones que anteceden.

#### IV. *Participación criminal*

La doctora *Marta Herrera* dijo:

1. *J. A. P.* La defensa ha puesto especial énfasis en destacar la presunta coincidencia entre las opiniones de *J. A. P.* y la llamada "teoría de la liberación". La posición que pueda asumir el procesado dentro de una disputa interna del credo al que pertenece, no es tema

de debate ni puede ser, en modo alguno, objeto de persecución penal; de la misma manera, tampoco puede ser objeto de persecución la posición política del procesado y las opiniones que él vertiera dentro del marco de la legalidad y respondiendo a esa concepción teológica política. Sin embargo, sí deberán analizarse las conductas concretas del procesado y si ellas configuran un accionar delictivo, independientemente del marco en que las haya desarrollado.

J. A. P. comenzó su militancia en el Movimiento Todos por la Patria desde sus orígenes mismos, siendo incluso uno de los integrantes de la primera mesa de conducción que tuvo la agrupación, allá por el mes de mayo de 1986. Desde ese momento y hasta el presente, integró ininterrumpidamente los máximos organismos de dirección del Movimiento, esto es, la Mesa Nacional, el Secretariado Nacional y la Comisión Política.

En ese carácter de máximo dirigente del movimiento participó en la reunión celebrada en el mes de diciembre de 1987, donde se produjo la fractura de la agrupación y se decidió incorporar a E. H. G. M., con el alcance y la significación que ello tuvo, conforme ya fuera analizado. Esa incorporación fue votada afirmativamente por el procesado, porque según sus dichos, no le pareció anormal incluir en el máximo organismo de dirección del Movimiento a una persona prófuga de la justicia por su activa participación en hechos de violencia política.

La historia de E. H. G. M. resulta, por sí sola, un importante indicio de la real significación de su ingreso al Movimiento. Ese indicio se ve reforzado por distintos documentos emanados de organismos que integraba J. A. P. En este sentido, deben citarse los documentos "Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica" y la circular 1/87; en ambos instrumentos se postula continuar las luchas de los grupos guerrilleros de las décadas de los '60 y '70.

No me pasa desapercibido, que el enjuiciado ha negado su autoría y conocimiento de tales documentos, sin embargo sus excusas deben ser rechazadas conforme con las expresiones vertidas por el propio J. A. P. en su declaración indagatoria y también por R. F. que sólo lo desvincula en el último tiempo.

En aquella oportunidad el justiciable admitió su participación activa en los distintos organismos que integraba, señaló también que inter-

venía en las reuniones de esos organismos a los que hacía sus aportes, desempeñándose activamente en el Secretariado como lo hacían todos los demás miembros y admitió finalmente que compartía la línea política de la agrupación. Si todos los documentos señalados son fruto de la discusión dentro de los organismos en los que él actuaba con el mismo nivel que sus pares, y si son tales instrumentos los que marcaron la línea a la que él adhería, no se entiende cómo puede a continuación negar que intervino en la confección o cuando menos su conocimiento.

Esa reivindicación formaba parte también del contenido del documento "MRB = MTP. Aportes para la construcción del movimiento revolucionario de base".

Aunque lo expuesto resulta suficiente para ponderar como mendaz al procesado, despeja cualquier sombra sobre el punto el hecho de que haya sido el mismo J. A. P. el redactor del documento llamado "Mini historia del MTP". Sin ningún ambage admite allí que la historia de luchas populares, lucha que el MTP viene a continuar, se formó, entre otros elementos, por la de "diversos grupos armados guerrilleros de los '60 y '70". Precisa resulta la alegación fiscal sobre que a través de ese documento se viene a completar cuanto se había adelantado en la circular 1/87, a poco que se mire que el mismo J. A. P. sostuvo en su indagatoria que tal trabajo lo llevó a cabo por comisión de compañeros. Y ello no es un hecho aislado en el devenir de una línea política sino, por el contrario, un paso precisamente establecido como peldaño hacia el objetivo de la agrupación, cual era el de conformar un estamento de cuadros absolutamente compenetrados con la posición que llevaría finalmente a la toma del poder, para lo cual la relevancia que la figura del fraile tenía sobre ciertos grupos católicos no podía ser desaprovechada.

La participación del procesado en la agrupación no puede analizarse fuera del contexto que marcan las características que asumió la conducción del Movimiento y los requisitos necesarios para integrarla.

En este sentido, no puede omitirse mencionar nuevamente el documento "MRB = MTP. Aportes para la construcción del movimiento revolucionario de base"; en él se consigna la consolidación interna del Movimiento, su endurecimiento ideológico y su cohesión orgánica;

se señala que el dirigente no debe ser tal por su oratoria sino por su conocimiento y consustanciación con la línea del MTP; se sostiene también que para el logro de esa línea es preferible que algún miembro de la conducción se retire de ella antes que permanezca planteando disidencias, porque será la homogeneización así lograda lo que permitirá el cumplimiento de la línea a través del reforzamiento de la autoridad de la conducción. Es útil recordar aquí que la línea que se trazaba en esa oportunidad y con la cual deberían inexorablemente consustanciarse los dirigentes, significaba básicamente aprovechar al máximo los espacios de legalidad vigentes en el país para iniciar diversas acciones delictivas como tomas de fábricas, universidades, etcétera, formar una estructura militar paralela a la estructura política del MTP, lo que le permitiría al Movimiento ser no sólo la vanguardia política sino también la vanguardia militar de la lucha revolucionaria que ellos mismos comenzarían, aplicando criterios de seguridad para el momento del paso a la clandestinidad, etcétera. Ello, como se dijo, según dice el propio documento.

En idéntico sentido al referido, se expone en el instrumento "Los cuadros y la organización" que el dirigente debe ser un hombre decidido a cumplir la línea, ser símbolo de fidelidad y devoto de la realización de esa línea. En el contexto referido, J. A. P. fue uno de los cinco máximos dirigentes del Movimiento Todos por la Patria junto a su coprocesado R. F., al prófugo E. H. G. M. y a los abatidos J. B. y F. P.

J. A. P. sostuvo en su indagatoria desconocer el primero de estos documentos. Esa afirmación debe ser descartada por las razones expuestas al analizar el encuadre legal que corresponde dar a la asociación; los hechos han demostrado a lo largo del debate que el documento "MRB = MTP" no fue una acción aislada de J. B. ajena a la voluntad de sus compañeros, desde que todas las líneas directrices que allí se consignan, fueron llevadas a la práctica. En el mismo instrumento, se menciona a J. A. P. como uno de los voceros del Movimiento, lo que ocurre no por sus condiciones personales sino por pertenecer orgánicamente a la conducción. Lo mismo sucede en el manuscrito titulado "Cuestiones", secuestrado en ..., donde se lo propone como vocero

convocante del Movimiento. Es obvio que no atribuirían tal función a quien no fuese parte de la estructura mentada.

Si observamos que las líneas directrices establecidas por el documento antes analizado se han cumplido; si vemos que conforme a ellas resulta imposible que sea dirigente nacional del movimiento alguien que no esté consustanciado con ella, si finalmente apreciamos que J. A. P. es uno de los oradores consignados en "MRB = MTP" y en el arriba aludido documento donde se planteaba cómo presentar los hechos de La Tablada, comprenderemos fácilmente por qué la supuesta ignorancia del procesado debe ser desechada.

Así, entonces, se tiene a J. A. P. como uno de los máximos dirigentes del Movimiento Todos por la Patria, con las características ya establecidas para esa dirigencia. Se lo considera, pues, responsable de los documentos incorporados al debate.

Es claro que la participación de J. A. P. en los máximos organismos directivos tenía significación especial; no obstante que militaba en esos organismos a la par que sus colegas, sin ninguna duda ese justificable ejercía una ascendencia moral sobre los militantes e incluso sobre los mismos dirigentes. Lo expuesto, surge de su propia declaración cuando afirmó esto en forma genérica y luego más detalladamente en referencia a su relación con C. J. S.

J. A. P. sostuvo que su militancia fue permanente hasta el 2 de diciembre de 1988, fecha en la cual se alejó del Movimiento por razones pastorales.

Diversas pruebas aportadas al debate permiten refutar tal afirmación y tildar a sus dichos de mendaces.

El mismo día 2 y los días 4, 5 y 29 de diciembre apareció firmando comunicados de prensa de la agrupación. El día 3 de diciembre publicó junto a otros de sus compañeros una solicitada en un diario de la Capital cuyo texto ha sido incorporado al debate; de igual modo para fin de año participó en la discusión previa a la publicación del panfleto "Es la hora del pueblo", conforme sostuviera su coprocesado R. F.; participó asimismo de la conferencia de prensa del 16 de enero del corriente año, donde el movimiento lanzó la denuncia de un supuesto pacto cívico militar destinado a derrocar al entonces presidente de la

Nación, conforme el mismo J. A. P. ha admitido; de igual manera, se hallaba presente en el local de la agrupación sito en la calle ..., junto con F. P., dos días antes de esa conferencia de prensa, ello de acuerdo al testimonio del periodista M. N. A.

Asimismo, al finalizar el debate reconoció el encartado haber recibido con los otros miembros del Secretariado, la información referida a un inminente golpe de Estado, pese a que su consorte R. F., al prestar declaración indagatoria, trató de desvincularlo de tal situación. Este episodio, según lo manifestara también R. F., debe ubicarse en horas de la tarde del día 20 de enero. Finalmente, el día 21 de enero, tomó intervención en la convocatoria y traslado de personas que ejecutarían el alzamiento aquí juzgado, conforme se analizará a continuación. En síntesis, desde que dijo haber abandonado la conducción del Movimiento por razones pastorales hasta la fecha en que se desarrollaron los hechos que se investigan, lapso en el que transcurriera sólo un mes y medio, se ha probado la participación de J. A. P. en diez ocasiones lo que permite, como adelantara, considerar de falaces sus afirmaciones. A mi juicio, no resulta casual la circunstancia de que el procesado alegara haberse distanciado precisamente en los días anteriores al ataque de los cuarteles. De la misma forma en que su alegado desconocimiento de alguna documentación lo colocaba al margen de la asociación ilícita, su alejamiento en esas fechas lo colocaría además, como ajeno a los hechos delictivos del 23 y 24 de enero.

El procesado J. A. P. sostuvo que el día 21 de enero concurrió a la casa de los hermanos V, para recordar a R. V. que debería concurrir a la reunión planeada para las 19 horas en un lugar desconocido para el procesado. Destacó que por no hallarse R. V. en su domicilio, lo fue a buscar al lugar en que se hallaba trabajando y lo condujo a su casa, desligándose de él en ese momento. Negó por otra parte haber tenido relación alguna con la concurrencia de C. O. V. a la reunión antedicha. Aclaró que la convocatoria la efectuaba por encargo de F. P., quien el viernes anterior, en horas de la mañana, había pasado por su domicilio a fin de solicitarle convoke a los V. Ha insistido el procesado J. A. P. en su desconocimiento acerca del motivo de la reunión para la que F. P. le pedía convocara al nombrado C. O. V.

Pero si se recuerdan los dichos de los procesados, sobre todo de R. F., D. E. M., D. A. G. A. entre otros, la cuestión de resistir con las armas un presunto golpe de Estado, era el tema que movilizaba a los integrantes de la asociación delictiva. Resulta totalmente inverosímil que el dirigente F. P. —probablemente el de más intensa participación en la organización de los ilícitos que se investigaron—, no hiciera conocer a otro dirigente —de la importancia del procesado J. A. P.—, los motivos que desvelaban no sólo a la cúpula sino a tantos otros miembros de la asociación ilícita, que pocas horas después concretarían los delitos por los que se los juzgó. Resulta ingenuo y contradictorio con la situación expuesta por los mismos procesados admitir que J. A. P. envió a los V. a “una más de tantas reuniones”.

Del análisis crítico de los dichos de L. E. V. y J. F. C., durante cuyos testimonios se pudo claramente apreciar, dadas las innumerables imprecisiones que presentaron, un recargado ánimo tendiente a favorecer al procesado, como así también de los de F. T., surge que J. A. P. ha mentado, una vez más, al pronunciarse sobre este hecho.

En primer lugar, su afirmación de que no convocó a C. O. V. a la reunión, ni lo condujo a ningún lado, es descartada por L. E. V., quien testificó que su hermano le pidió dinero por si nadie lo acercaba a la vuelta; si la vuelta era el problema, la ida no lo era, porque lo conduciría la única persona presente en el lugar que, además, poseía un automóvil, esto es J. A. P.

J. F. C. dijo, a su turno, haberse despreocupado por el destino de C. O. V. los días 21 y 22 de enero porque según su hijo se había ido con J. A. P. En igual sentido, fue contradictorio el propio acusado cuando afirmó haber concurrido al domicilio a despertar a C. O. V., por miedo a que se quedase dormido y llegara tarde. Si no debía convocarlo, esto carece de explicación.

En segundo lugar, tampoco merece crédito el referido traslado de R. V. al domicilio de éste. Si L. E. V. arribó a esa casa en horas de la tarde y permaneció allí por lo menos dos horas conforme su testimonio; si J. A. P., a los pocos minutos de ese arribo, partió a buscar a R. V. para llevarlo de nuevo a su lugar de origen, y si pasadas dos horas de ello no volvió con R. V., no obstante la corta distancia entre

la casa de los V. y la de F. T. y teniendo en cuenta que R. V. salió inmediatamente de la casa de este último, es inequívoco inferir que J. A. P. no llevó a R. V. a su casa.

A igual conclusión se llega analizando el testimonio de J. F. C., quien refirió haberse quedado tranquila porque R. V. también se había ido con J. A. P. Por otra parte, aun cuando estos testimonios fueran dejados de lado, como mera hipótesis de trabajo, la versión del procesado exhibe tantas incongruencias que impide ser tomada por veraz.

En primer término, si el movimiento convocaba a una reunión de tanta importancia, como lo debía ser si F. P. fue 24 horas antes a solicitarle a J. A. P. que le avisara a R. V. y si aquél no se conformó con cumplir el cometido ese mismo día, sino que al día siguiente se preocupó en forma personal de garantizar la presencia de R. V., no se explica cómo podía el procesado desconocer el motivo de esa reunión. La cúpula del Movimiento Todos por la Patria había denunciado días atrás la inminencia de un golpe de Estado. La reunión del día 21 se convocó —según dichos de R. F.— a efectos de valorar qué se hacía ante ese presunto golpe de Estado; en ese contexto y si se mira la larga militancia de J. A. P., ninguna explicación tiene que el procesado no concurre a la deliberación porque debía atender otras tareas, y mucho menos se entenderá a poco que se aprecie que, en definitiva, en lugar de asistir a la reunión, según su versión concurre a un natorio. J. A. P., tal vez sabiendo lo endeble que resultaría el argumento empleado, sostuvo no saber de qué reunión se trataba y que en realidad prefirió no preguntar en atención a las labores antes citadas. Ninguna verosimilitud puede darse a su ignorancia. Ello porque ante la gravedad de la situación que según se dijo existía, no lleva ninguna lógica que F. P. muestre tanto interés en la concurrencia de un simple militante y no en la de un compañero del Secretariado Nacional. Por otra parte, si J. A. P. había participado de la denuncia, si conocía entonces la supuesta información que se manejaba, no podía desconocer la finalidad de una reunión tan urgente. Omitir preguntar lo obvio —o sea el motivo de la reunión— para merced a su ignorancia poder cumplir otras tareas, entre ellas la atlética, no condice en nada con la vocación de sacrificio personal en función de la comunidad con que los testigos de concepto del procesado lo han caracterizado.

Por otro lado, tampoco parece razonable el triángulo F. P. – J. A. P. – R. V.

De por sí, carece de sentido que el primero le pida al segundo que convoque a un tercero a una reunión y no le diga dónde se va a celebrar ésta, porque entonces, para poder el tercero concurrir deberá comunicarse con el primero, lo que torna estéril la gestión del segundo. Pero más ilógico resulta que si F. P. concurrió realmente a la casa del fraile, no le avisara personalmente a alguno de los V., siendo que viven prácticamente juntos. La excusa brindada por J. A. P. al respecto –esto es que eran las 8.00 horas– vuelve a ser inverosímil a poco que se mire la trascendencia que la reunión tendría.

Por último, si el justificable realmente no conocía el motivo de la reunión, de ninguna manera podría haberlo sorprendido –como lo sorprendió según sus dichos– la presencia de B. E. C. junto con R. V., ya que ninguna sorpresa puede ocasionar que una militante del movimiento concurreniera a una reunión partidaria junto a otro compañero.

Todas estas incongruencias y lagunas tienen una sola explicación: J. A. P., integrante del Secretariado Nacional del Movimiento Todos por la Patria, conocía perfectamente el motivo de la convocatoria y cuanto harían algunos integrantes de su movimiento el 23 de enero. Por ello, al igual que los otros colegas del secretariado, ocupó parte de los días previos en convocar y trasladar militantes citados al efecto.

Si bien la prueba de indicios tiene la complicación de ser indirecta y compleja, posee en cambio la ventaja de ser objetiva, basada en hechos; las personas pueden mentir, no así los hechos.

J. A. P. participó en el Movimiento Todos por la Patria desde su inicio; fue junto a J. B. el único dirigente que se mantuvo en la conducción desde el principio hasta los hechos aquí investigados. En ese lapso se produjo una profunda transformación en el movimiento –conforme surge del simple cotejo de documentos de una y otra época–. Por ello, muchos dirigentes debieron abandonar la agrupación; ese alejamiento no fue casual sino provocado –ver testimonios de J. L. y M. J. G. y documento “MRB = MTP”–, ya que todo dirigente que permaneciera en esa condición debía compartir plenamente la línea que se asumía; J. A. P. se quedó y sostuvo que desde entonces aumentó su militancia.

Para ese tiempo se produjo la incorporación, como miembro del Secretariado Nacional, de un reconocido dirigente de una agrupación subversiva de las décadas pasadas, quien, por otro lado, se halla prófugo de la justicia. Tal suceso se encuadró en un contexto de reivindicación de esas agrupaciones conforme documentación ya señalada. J. A. P. confeccionó uno de esos documentos y votó afirmativamente tal incorporación, a sabiendas de que ello no era un hecho aislado sino que respondía a los propósitos ilícitos que guiarían la asociación de ahí en más. La cúpula del MTP inició, los días previos al ataque del 23 de enero, una campaña destinada a justificar su conducta y J. A. P. participó de esa campaña. El 21 de enero, los máximos dirigentes del movimiento se encargaron de reunir y dirigir a los militantes hacia los lugares de concentración, y J. A. P. hizo lo propio con dos de las personas que el 23 de enero coparon el regimiento de La Tablada.

De esto y todo cuanto se dijera con anterioridad, surge la responsabilidad del procesado. Sobre este punto resulta pertinente destacar que se ha tratado a lo largo del juicio de presentar al procesado J. A. P. como un religioso guiado casi exclusivamente por su preocupación de mejorar la calidad de vida de las clases más carenciadas, a cuyo efecto encaró su actividad política.

Su prédica, se aseguró, sólo intentaba modificar el injusto sistema imperante, siempre encuadrada en los límites de la revolución pacífica. Esta última aseveración comenzó a ponerse en crisis cuando rescató –al comienzo del debate– el orgullo que le producía compartir el banquillo de los acusados con sus coprocesados. Adviértase que no se ha juzgado aquí una causa, una concepción revolucionaria, sino una extensa lista de delitos cometidos con la excusa de erigirse, sus protagonistas, en guardianes del orden constitucional. No se trata de ciudadanos preocupados por la marcha de los negocios públicos, que esgrimiendo sus legítimos derechos de discrepar con la forma en que se administran enfrentan al gobernante con la contundencia de una resistencia pacífica. Lejos de ello, se está en presencia de un grupo que ha planeado minuciosamente aprovecharse hasta del último resquicio de libertad para imponer sus ideas a cualquier costo. Se ha podido apreciar a lo largo de este debate, cuánto significó ese costo.

2. R. F. Al describir la forma en que la dirigencia del Movimiento Todos por la Patria fue mutando su estructura en una asociación ilícita se pudo concluir que la figura de R. F. tuvo sin duda un papel altamente protagónico.

Integró la cúpula del movimiento como miembro activo del Secretariado Nacional, de la Mesa Nacional y de la Comisión Política, órganos dentro de los cuales se gestaba el cambio de un movimiento participativo hacia una organización cerrada que se convirtió como se estableciera precedentemente, en una asociación ilícita.

Al ser escuchado en esta Sala el procesado efectuó un pormenorizado detalle de su actividad dentro del movimiento. Así relató que pasó a formar parte del Secretariado en diciembre de 1987. Debo traer a colación los testimonios de M. J. G., R. R. D., J. S. y O. J. D. R., entre otros, quienes sindicán a R. F. como uno de los principales ideólogos de la nueva concepción.

Por su parte J. L., además de coincidir en que R. F. era uno de los que integraba los órganos de gobierno del movimiento, agrega que una de las razones que movió a muchos a separarse del grupo fue que alguna de las personas que lo dirigían, entre las que se encontraba el encausado, no cumplían con el mandato que se les otorgara originariamente sino que iban transformándolo en una elite en que unos pocos dirigen y muchos trabajan.

El mismo testigo destacó en el grupo de dirigentes que integraba R. F., la necesidad constante de reivindicar la lucha de las organizaciones revolucionarias de la década de los '70. Del carácter general que asumía esa reivindicación, conforme expresa J. L., no puede excluirse la exaltación de la lucha armada.

Relató el procesado, en orden a este punto, la forma en que en dos oportunidades se reunió con E. H. G. M., cuya incorporación al movimiento apoyó, con el alcance que debe darse a esta posición conforme lo sostenido anteriormente.

Ya se ha expuesto, en oportunidad de calificar legalmente la asociación ilícita, los motivos por los cuales deben responder los hombres del Secretariado Nacional en orden al contenido del documento "MRB = MTP. Aportes para la construcción del movimiento revolucionario

de base". Todo lo que allí se dijo y cuanto se expresa sobre la participación de J. A. P. en su carácter de dirigente es aplicable a R. F.; por lo que, en honor a la brevedad, me remito a aquellos conceptos. Es en este marco, en el que R. F. asumió la coautoría de los volantes y documentos "Resistamos la Amnistía y el Golpe", "Es la hora del pueblo", "Por la unidad de todo el pueblo contra el golpe", "Felices Fiestas", "Sobre la concepción del MTP", "Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica", "Reunión de la Comisión Política del MTP (20-21/12/87)", entre otros.

Muchos de los documentos mencionados fueron secuestrados, junto con otros que ya han sido objeto de estudio, de su domicilio de ... de Capital Federal. A ello debe sumarse que tanto D. E. M. como D. A. G. A. reconocieron haber comprado armas en los días previos al 23 de enero pasado por encargo de R. F. Por su parte, M. A. F. declaró que por encargo de un integrante de la dirección del MTP adquirió una escopeta el día 11 de enero próximo pasado, circunstancia que fue corroborada por R. F. Si bien a este respecto acude a la excusa de haberlas comprado por razones de seguridad, ha quedado por demás demostrado que para dicha época ya estaba en los conductores del MTP no sólo presente la idea de la rebelión, sino que ya se habían iniciado tareas al respecto, y mal podría ser ajena a ese fin la adquisición de armamento que, inclusive, posteriormente se secuestrara en parte dentro de la unidad atacada. Por lo demás, el número de armamento adquirido y la simultaneidad con que se lo hizo—cinco escopetas Bataan 12/70 el 10 de enero, 4 de las mismas características al día siguiente; tres escopetas de la misma marca y calibre el 12 de enero; dos más de igual tipo al siguiente 13 de enero; dos también Bataan calibre 12/70 el 20 de enero y, finalmente una escopeta Remington calibre 12 el 21 del mismo mes—, toman inverosímil la excusa de la defensa ante eventuales ataques a los locales partidarios. Diecisiete escopetas adquiridas en algunos casos bajo identidades falsas, durante seis días inmediatamente anteriores al asalto al Regimiento, sin que ni siquiera se haya intentado demostrar cuál es el número de los locales pretendidamente amenazados, si las armas fueron repartidas en ellos de algún modo, y, finalmente cuáles eran los temores concretos que justificaran el acopio de una cantidad importante de armas. A tal efecto, no resultan

suficientes en mi criterio las amenazas que habrían recibido dos integrantes del Movimiento por la participación que les cupo en los hechos de Villa Martelli.

Está probado que el encausado estuvo presente en la quinta sita en ... de la localidad de Moreno el domingo 22 de enero. El mismo lo refirió así al ser escuchado en indagatoria, y aunque manifestó que allí se reunieron para evaluar la situación por la que se estaba pasando, esta versión queda totalmente desvirtuada por las razones expuestas precedentemente, máxime si se tiene en cuenta que fue en dicha oportunidad que se entregó el armamento disponible, que no estaba integrado únicamente por las escopetas que se han mencionado entre los presentes, instruyéndoselos para su uso.

El procesado C. O. V. afirmó la presencia de R. F. en la aludida quinta, la cual reconociera en oportunidad de concurrir a ella con el juez instructor a tal efecto, corroborando lo expuesto precedentemente.

Ahora bien, no se explica, si verdaderamente se dirigió a dicha quinta para conversar sobre la situación nacional, cuál fue la razón por la que a quienes se condujo a dichos lugares se les impedía ver el recorrido, ya sea tapándole los ojos u obligándolos a arrojarse en el piso del automóvil.

También está probado que el encartado estuvo presente en la quinta denominada "Marta Virginia", lo cual se deduce del secuestro en dicho domicilio de documentación personal suya. Desde ya que carece de verosimilitud la invocada entrega de ella a F. P. junto con un bolso, toda vez que ninguna razón expuso para justificar semejante proceder ni se encuentra explicación atendible de tal entrega. El encartado ha admitido la renta de esta quinta, alegando como finalidad de la operación la seguridad del secretariado ante el inminente golpe de Estado. A poco que se cotejen las fechas del alquiler y la de las informaciones que dijo R. F. haber recibido, se verá cómo cae la excusa del encartado, desde que en el caso, el efecto fue anterior a la causa.

Por otra parte, su presunto desconocimiento del alquiler de la quinta "La Calandria", para una fecha próxima a la anterior, pierde peso al advertir que la renta de ambas la efectuó la misma persona, empleando las dos veces nombre supuesto, acompañada en una de las ocasiones

de C. B. A. Lo que denota una acción concertada que en modo alguno pudo ignorar desde su posición dominante en la agrupación.

Por otro lado, resulta también demostrado que R. F. ingresó en el Regimiento de Infantería Mecanizada III de La Tablada el día en que sucedieron los hechos hoy investigados, como parte integrante del grupo atacante. Fue visto por personal militar en la Guardia de Prevención al momento de la irrupción, y posteriormente en la Compañía "A" y en la Compañía "B", a lo que debe sumarse la circunstancia de haber sido detenido dentro del regimiento luego de la rendición.

Ello se encuentra probado por los dichos de A. R. S., C. H. D., A. M. G., E. N., C. G. C., G. A. B., R. H. S., J. M. R., R. I. P. y M. B.

A ello deben sumarse los dichos del encartado, quien al ser oído en este juicio brindó un pormenorizado detalle de su incursión en el regimiento. Largos párrafos de su exposición estuvieron destinados a justificar las conductas de su grupo el día 23 de enero. Así expresó que concurrieron al cuartel a evitar el golpe de Estado que allí se gestaba, conforme con la información recibida en el secretariado. En primer lugar, no se explica la fecha de alquiler de las quintas "Marta Virginia" y "La Calandria" muchos días antes de la primera información. En segundo lugar, la compra de las diecisiete escopetas fue también anterior, casi en su totalidad, a la presunta fecha de recepción de tales datos. En otro orden de cosas, no puede acogerse la razón dada por el procesado para tales adquisiciones, desde que a poco que se coteje el número de armas adquiridas con la cantidad de locales que el MTP posee, se verá el despropósito que significa decir que ellas se compraron para propia defensa.

Volviendo a la supuesta información y sin perjuicio de insistir más adelante sobre el punto, no puede admitirse que el procesado, quien afirmó haberla comenzado a recibir el día 15 de enero y confirmado el 20 en horas de la tarde, a raíz de la cual tuvo contactos con partidos políticos para analizarla y participó durante dos días de reuniones donde sólo se discutía esa información, no pudo sin embargo responder de dónde provenía ella, sencillamente porque no lo sabía, como tampoco pudo mencionar una sola persona de otras agrupaciones políticas con la que hubiera tenido algún contacto. Ante tanta imprecisión e incongruencia, la versión del encausado aparece insostenible.

R. F. manifestó que fue en ocasión de concurrir al regimiento y en las cercanías de éste que se tomó la decisión de ingresar a él, comunicándose a quienes iban llegando al lugar.

La mendacidad de sus dichos queda demostrada con las numerosas declaraciones recibidas. Así, el encartado manifestó que al llegar al lugar encontraron gran cantidad de panfletos tirados que reivindicaban a Rico y Seineldín mientras el propietario del camión sustraído relató que el grupo que se apropiara del rodado integrado por los mismos procesados al decir de R. F., se retiró arrojando panfletos y gritando frases concordantes con el contenido de los volantes secuestrados, consignas que siguieron profiriendo al irrumpir en el regimiento.

Corroboró lo expuesto la pericia realizada sobre los aludidos panfletos, en la que se concluyó que éstos habían sido redactados con la máquina de escribir propiedad de J. B.

Sostuvo R. F. que sólo en proximidades del cuartel repartieron las armas, versión que se ve totalmente desvirtuada por los dichos de sus coprocesados C. E. M., J. A. M. y C. O. V.

También manifestó que no sabían si en el interior del cuartel había soldados conscriptos, lo que podía apreciarse con sólo observar el personal asignado a los puestos de guardia en las distintas entradas, máxime cuando, como refiriera, se había enviado a alguien anteriormente para que estudiara la situación imperante en el regimiento. También ha quedado desvirtuado en este proceso que el encartado desconociera la distribución de los distintos edificios; por el contrario, en base al documento denominado "rol de combate" y las modalidades operativas con que se llevó a cabo el ataque según los testigos, se pudo establecer el acabado conocimiento de la unidad.

Prueba también su mendacidad el secuestro en la quinta donde él se concentrara de documentos tales como "Hipótesis de guerra", "Hipótesis de conflicto", y el proyecto de Proclama, entre otros.

Su carácter de dirigente y su aludida presencia en el lugar, son suficientes para rechazar su desconocimiento al respecto.

He de tener en cuenta que ya a ocho meses del ataque al Regimiento de La Tablada, aún el encartado no ha podido establecer cuál era la "información fehaciente" que poseía sobre el inminente golpe de Es-

tado. Por último he de tener en cuenta que en el organigrama denominado “rol de combate”, en la columna marcada como “tanques”, puede apreciarse el apodo “Gato” que ha sido expresamente reconocido como propio.

Hasta aquí, entonces, la participación que tuvieron los principales dirigentes del MTP procesados en este juicio. Los restantes encartados, además de tener una trayectoria menor en la agrupación, han esbozado todos una misma justificación; lo expuesto, permitirá analizar la credibilidad de sus descargos en forma conjunta, por ende sólo se expondrá individualmente la actuación concreta de cada uno de ellos.

3. *J. A. M.* Tengo por probado en la presente causa que el procesado *J. A. M.* pertenecía en carácter de militante al Movimiento Todos por la Patria, fue captado como integrante de la asociación ilícita que a su amparo se formó, y tomó parte en el grupo que irrumpió en forma violenta en las instalaciones del RIM 3.

Respecto de su militancia en el MTP resultan de gran importancia los dichos del propio encartado en su declaración indagatoria, en los cuales afirma que comenzó a participar en la mencionada agrupación desde hace “...seis meses...”, que se ocupaba de repartir volantes de difusión del mismo como así también que concurría cada siete u ocho días al local que el Movimiento tenía en la localidad de San Justo.

En punto a su participación en el copamiento del RIM 3, son también de suma importancia sus declaraciones en primera instancia, de las que se desprende que dos días antes de la incursión se reunió en un bar con *F. P.* y otras personas, lugar desde el cual fue conducido a una quinta situada en ... de la localidad de Moreno, donde se le entregó un arma y se lo adiestró en su manejo.

El día 23 de enero irrumpió con el grupo de atacantes en el Regimiento de la forma planeada. En cuanto a sus desplazamientos dentro del cuartel, encuentro acreditado conforme a sus propios dichos, que transportó un bolso que contenía un lanzagranadas para luego entregárselo a una de sus compañeras, afirmación que encuentra asidero en su inclusión en el documento denominado “rol de combate”, donde bajo el nombre de “Alejo” –apodo que el mismo encartado reconoce poseer entre sus conocidos– tiene asignado el transporte de un lanza-

granadas RPG. Posteriormente se dirigió al edificio del Casino de Suboficiales, sitio donde se rindió junto a los otros incursores.

Por último, resultan de importancia para la acreditación de su permanencia dentro de las instalaciones del RIM 3, las declaraciones de los coencartados C. E. M. y C. O. V., quienes lo reconocen como uno de los que formó parte del grupo agresor.

4. *C. E. M.* De los elementos probatorios aportados a la causa, resulta fehacientemente acreditada la participación de C. E. M. en el Movimiento Todos por la Patria en carácter de militante, lo que favoreció su incorporación a la asociación ilícita.

En su declaración indagatoria ofrecida en primera instancia, el encartado afirma haber comenzado a militar en el Movimiento desde hace "...aproximadamente dos años...", de lo que se deduce que en momentos de producirse la fractura ya participaba. De los dichos del testigo F. G. A., se desprende que la participación del nombrado dentro del Movimiento se centraba principalmente en el ala estudiantil —particularmente en el sector universitario de Capital Federal—, lo que se encuentra avalado por la diversa documentación secuestrada en su domicilio referente a esta actividad. Del allanamiento efectuado en su vivienda de la calle ... de esta Capital resulta destacable el secuestro de panfletos del MTP, como así también el documento titulado "Mini historia", y demás documentación vinculante, lo que no hace más que corroborar sus propias declaraciones respecto de su participación en la agrupación.

Lo expuesto hasta aquí, configura un indudable indicio de responsabilidad, la que se convertirá en inequívoca con el análisis subsiguiente.

Tengo por probado que el día 21 de enero de 1989, el nombrado, junto a P. M. R., concurrió a una reunión en la casa de F. F. invitado por F. P. Desde allí se dirigieron a una quinta, lugar en el que al día siguiente, se repartieron armas entre los presentes impartiendo además instrucciones sobre su uso; nociones éstas que ya poseía C. E. M., toda vez que tanto de sus propios dichos como así también del carné de socio de un club de tiro, surge su conocimiento sobre el tema. Además se le asignó un determinado lugar dentro del proyecto de copiamiento, tal como surge del documento denominado "rol de combate", en el que el nombrado C. E. M. figura como "C. M."

También admitió que en la madrugada del día 23 formó parte de la caravana de automóviles que ingresaron en forma abrupta en el Regimiento, haciéndolo el encartado en un Renault 12 junto a otros miembros de la agrupación, entre los que se encontraba F. P., y portando además una escopeta Bataan, modelo 71. Ya dentro del Regimiento, el accionar de C. E. M. se desarrolló por diferentes lugares tales como los edificios denominados Mayoría, Compañía "A" —donde forma parte del grupo que tras reducir a los ocupantes los coloca cuerpo a tierra en el frente de la compañía y resulta además herido en la cabeza—; por último, pasa a la Compañía "B" para luego integrar el grupo que se rendiría desde el Casino de Suboficiales, existiendo en la causa numerosos testimonios que acreditan su paso por los lugares mencionados, entre los que se destacan los de A. M. F., G. A. B., G. A. G. y E. A. L.

5. *S. M. P.* La militancia de S. M. P. en el Movimiento Todos por la Patria resulta de la declaración brindada por el mismo procesado, cuando expuso que decidió incorporarse a la agrupación aceptando la propuesta que entre otros le hicieran R. F., F. P. y J. A. P. Es este último quien, concordantemente con los dichos del testigo F. G. A., identifica al procesado como militante del movimiento y asistente a las numerosas marchas a las que el mismo convocaba. Ello, obviamente, contribuyó en gran medida a su ingreso en la asociación ilícita. Deben tenerse en cuenta, además, los elementos secuestrados en el domicilio de S. M. P., entre los que abunda material propagandístico de la organización.

Respecto de su participación dentro del Regimiento, es el propio S. M. P. quien reconoce haber ingresado en uno de los varios automóviles junto a otras personas y portando una escopeta calibre 12/70. Ya dentro de las instalaciones del Regimiento, su accionar se desplegó en un principio en las cercanías de la Compañía "B", donde junto a B. E. C. sorprendieron al soldado E. N. y lo obligaron a dirigirse en medio del tiroteo hacia el Casino de Suboficiales, lugar donde permaneció hasta su rendición, tal como lo afirman en sus declaraciones los testigos V. H. P., F. A. P., R. G., O. C. G. y V. A. C., quienes además efectuaron reconocimientos fotográficos del procesado.

Por último, resultan de suma importancia las declaraciones de C. E. M. quien dice haberlo escuchado dentro del cuartel y conocerlo

como el "gordo Sergio", apodo con el cual figura en la repartición de tareas consignada en el documento denominado "rol de combate".

6. *I. M. F.* En cuanto a su participación en el movimiento, circunstancia que facilitó su captación, entiendo que son contundentes las declaraciones de *J. A. M.* cuando refiere que la conoce por el apodo de "Chabela" y que la vio en el local del Movimiento ubicado en San Justo. En forma conteste con lo referido declararon *C. E. M.* y *D. E. M.*

*C. O. V.* reconoció a la procesada como una de las que integraba el grupo que se reunió en la quinta de la localidad de Moreno, sita en ..., donde se les distribuyeran las armas con que se ingresaría al regimiento, instruyéndoselos en el uso de ellas.

Posteriormente, la encartada fue reconocida por personal militar como una de quienes tomaron el Casino de Suboficiales. Así lo declaran *E. N.*, *M. M. M.*, *J. A. S.*, *V. H. P.*, *F. A. P.*, *R. G.*, *V. A. C.*, *J. R. T.*, *A. R. G.* y *O. C. G.*

Por su parte, *C. E. M.* dice haberse encontrado con "Chabela" en el Casino de Suboficiales, la que integraba el grupo de quienes se entregaron con él. *C. O. V.* también la reconoce dentro del mismo grupo al igual que *J. A. M.*

A ello debe sumarse que dentro del denominado "rol de combate" puede leerse en décimo lugar de la columna "tanques", el apodo por el cual era conocida por todos sus compañeros.

7. *M. A. A.* Al estudiar la responsabilidad que en los sucesos investigados le cupo a *M. A. A.* he de tener por probado, en primer lugar, que integraba el Movimiento Todos por la Patria, lo que debe interpretarse con el alcance ya expresado respecto de los anteriores coprocesados.

Su actividad como miembro activo fue reconocida en esta audiencia por el mismo procesado, quien refirió que militaba en la zona de Berazategui. En su relato no sólo reconoce tal militancia, sino que acepta haber sido él quien propuso la incorporación de *E. H. G. M.* al movimiento.

Se ha expuesto en su oportunidad cómo esa incorporación fue un hito en la transformación de parte de un movimiento político en una asociación ilícita.

*O. J. D. R.*, *J. L.* y *J. M. G.* coinciden en que fue *M. A. A.* quien

sostuvo la postura de que E. H. G. M. se sumase a ellos, ya sea sindicándolo directamente o como “un chico de Berazategui al que llamaban Miguelito”.

Por su parte, D. A. G. A. dijo conocer al encartado por su militancia en el movimiento, la cual desarrollaba en la zona sur. También C. E. M. y J. A. P. lo sindicaron como integrante del grupo mencionado. Si en otros casos la simple militancia sólo puede ser considerada como un mero indicio, estéril y equívoco si no se lo asocia con otros elementos de cargo más convincentes, en el caso de M. A. A. la circunstancia de haber sido él quien propuso la incorporación de E. H. G. M., aunque la idea no fuera de su creación, lo coloca en una situación mucho más comprometida, atento la significación que se dio a ese hecho.

Ahora bien, en cuanto a la participación que le cupo en los acontecimientos del 23 y 24 de enero, el encartado reconoció haber ingresado al Regimiento armado con una escopeta que se le entregara, y haber ocupado el Casino de Suboficiales donde permaneció hasta el momento de la rendición.

Los argumentos vertidos por él respecto de que la intención era ingresar pacíficamente para disuadir a quienes intentarían llevar a cabo un golpe de Estado y que las armas las llevaban sólo por protección, constituye un infructuoso intento de colocarse en una situación procesal más ventajosa. Sin perjuicio de volver más adelante sobre el punto, la sola forma de irrupción y el armamento empleado son más que suficientes como para rebatir la excusa.

Corroborar su participación en el hecho la circunstancia de que M. A. A. fue reconocido por numerosos testigos como integrante del grupo que tomara el Casino de Suboficiales del Regimiento. Así lo refieren E. N., V. H. P., R. G., J. R. T., A. R. G., F. A. P., V. A. C., J. A. S., O. C. G. y M. M. M.

Para concluir, he de tener en cuenta que en el “rol de combate” en el grupo de asalto al segundo escuadrón, puede leerse el diminutivo de su nombre de pila, “Miguelito”, por el cual era conocido por sus compañeros en el movimiento.

8. C. N. R. La participación del procesado en el MTP –siempre con el alcance ya explicado– surge de la documentación secuestrada

con motivo del allanamiento efectuado en su domicilio de ..., San Carlos, Berazategui, Provincia de Buenos Aires.

Respecto de su participación en el copamiento de la unidad militar, resultan sumamente importantes las declaraciones aportadas por C. E. M., quien luego de efectuar una minuciosa descripción de C. N. R., afirma que formaba parte de la caravana y que ni bien invadieron al Regimiento pasó por la Mayoría para luego ingresar a la Compañía "A", donde permaneció al cuidado de los soldados conscriptos que descubrieran dentro de los cofres, siendo dos de éstos -G. A. G. y E. A. L.- quienes lo reconocieron posteriormente mediante fotografías, al igual que G. A. B. y J. C. G. pertenecientes también al grupo sorprendido por los incursores en la Compañía "A".

Tras retirarse de la Compañía "A", se dirigió al Casino de Suboficiales donde permaneció hasta el momento de su rendición y fue visto por F. A. P. y V. A. C., quienes posteriormente lo reconocieron por fotografías, acreditando así su paso por este edificio.

Por último, resulta de suma importancia la inclusión del nombrado C. N. R. en el documento denominado "rol de combate", donde figura en la columna "asalto" bajo su nombre de pila.

9. C. B. A. El rol protagónico que desempeñó C. B. A. en la organización, preparación y efectiva colaboración en el ataque al Regimiento de Infantería 3 de La Tablada, ha quedado demostrado en las diversas constancias que surgen de la causa.

Así, en cuanto a su participación en las etapas previas al copamiento, es de destacar que fue ella personalmente quien concurrió, acompañando a la que dijo llamarse A. M. F. R., a cerrar el contrato de alquiler de una de las quintas utilizadas por los atacantes como centro de reunión, preparación y organización de aquellos que habían de asistir el 23 de enero al cuartel de La Tablada (según los testimonios de R. H. V. de M., encargada del alquiler de la quinta, y de J. C. F., dueño de esta propiedad); reuniones que sin duda culminaron con la última, llevada a cabo como concentración previa al ataque. J. C. F., dueño de la referida quinta "La Calandria", relata en su declaración testimonial que en el mes de febrero del corriente año hizo un reconocimiento en ésta, verificando así, por la cantidad de colchones desparramados, que había estado ocupada por varias personas; agregando

también que los vecinos le refirieron actitudes sospechosas, tales como frecuentes reuniones y entrada y salida de vehículos. A esto hay que agregarle el testimonio de J. M. F., jardinero de la quinta, quien reconoce a C. B. A. como a una persona que asistía habitualmente a ese lugar, reconociendo asimismo a R. S. y a E. H. G. M. Del mismo modo, el testigo I. F. A. —jardinero de la quinta “Marta Virginia”— reconoció a la procesada en otro de los lugares de concentración, cual fue la mencionada quinta.

La importancia de la procesada dentro de la organización queda definitivamente corroborada con las declaraciones de numerosas personas (F. A. P., R. G., O. C. G. y R. A. S., entre otros), quienes la sindicaron como una de las encargadas, dentro del Regimiento y más precisamente desde el Casino de Suboficiales, de dar las órdenes y comandar al grupo bajo su cargo; evidenciando con el mencionado desempeño su preparación y conocimiento de tácticas de combate y del empleo de armas (conocimientos indispensables para ejercer la dirigencia en plena lucha).

La jefatura ejercida surge también de su ubicación en el rol de combate —bajo su apodo de “Negra”— como líder de uno de los grupos de asalto.

Tanto de las declaraciones de militares que la reconocen como activa participante (testimonios de E. N., O. C. G., R. G., F. A. P., R. A. S., entre otros), como de las indagatorias de sus coprocesados (declaraciones de C. E. M., C. O. V., J. A. M.), surge que C. B. A. combatió —ejerciendo esta relación de mando a que se hiciera referencia— durante todo el día 23 desde el Casino de Suboficiales, rindiéndose por fin el día 24 en ese lugar junto con el grupo.

10. *C. O. V.* Su pertenencia al Movimiento Todos por la Patria se encuentra probada tanto por sus dichos, como por los de su hermana —L. E. V.— y por su vinculación con dos de los principales dirigentes: F. P. y J. A. P.

Si bien esa militancia, apenas puede ser considerada como un indicio en su contra, en atención a lo breve y a la falta de secuestro u otro elemento que permita afirmar su conocimiento de los fines de la dirigencia, ese conocimiento surge inequívoco de su participación en los sucesos del 23 de enero y su fase preparatoria.

El día 21 de ese mes C. O. V. fue visitado, en su casa, por J. A. P., quien fuera el encargado de convocarlo para el asalto al cuartel, conforme ha quedado demostrado.

Es así que, después de reunirse con un grupo de personas en sitio que no ha podido determinarse, fue conducido luego en un taxi a otro lugar (uno de los vehículos utilizados para congregar a los integrantes del grupo), obligado a viajar con la cabeza baja a fin de que no reconociera posteriormente el camino. Esta "reunión" a la que J. A. P. se refirió, no era otra cosa que la concentración previa que hizo el grupo antes de lanzarse al ataque y en la que se repartieron las distintas tareas. Allí consintió la operación a realizar conforme surge de su conducta posterior, y su inclusión en el grupo "tanques" del rol de combate.

Como él reconoce (ver acta de fs. 777/9), fue en la quinta de ... -lugar en donde posteriormente se secuestraran los documentos "MRB = MTP. Aportes para la construcción del movimiento revolucionario de base" e "Hipótesis de guerra, Hipótesis de conflicto", entre otros— donde pasó los dos días anteriores al copamiento y donde un tal Roberto o Tito (R. S.) les repartió las armas que habrían de utilizar posteriormente, enseñándoles a usarlas. Una vez en el cuartel, participó de la ocupación del Casino de Suboficiales del Regimiento, empleando para ello, según sus dichos, un fusil y luego otro FAL. Y en ese lugar se rindió en la mañana del día 24.

11. *S. J. R.* De los dichos del procesado surge que, junto con su hermano, se acercó en el año 1986 a la revista "Entre Todos" donde conoció a "Quito" B. y F. P., quienes le ofrecieron colaborar en dicha revista, por lo cual comenzó a escribir varios artículos, estableciéndose así una activa participación en este medio (ver a modo de ejemplo, su artículo en la p. 22 del cuaderno "Entre Todos" del mes de julio de 1988).

Su militancia, que se inició en la forma aludida, continuó inalterable hasta el momento de ser detenido, desarrollando diversas actividades, primero en el frente secundario y luego en el universitario.

Asimismo, son importantes las declaraciones efectuadas por los procesados D. E. M., D. A. G. A. y J. A. P. integrantes del movimiento que señalaron conocerlo por su militancia en él. En ese sentido, también son valorados los testimonios de R. R. D., J. L. y F. G. A., quienes

en sus respectivas declaraciones manifestaron conocerlo de distintas actividades que realizaba el movimiento.

Por otra parte, también tienen relevancia los documentos secuestrados en el domicilio de S. J. R., entre los cuales están los titulados "Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica" y "Reunión de la Comisión Política del MTP (20-21/12/87)", en los que se asentaron las nuevas posturas del movimiento, reivindicando las luchas revolucionarias de la década anterior y presentándolo como la continuidad de ellas.

Asimismo, se encuentra plenamente probado que participó en la incursión al Regimiento de Infantería 3 de la Tablada en función de lo previamente acordado, lo que se desprende de su inclusión en el rol de combate con el nombre de Joaquín. Ello es así en virtud del cúmulo de pruebas reunidas a ese respecto, las que sin dudas son encabezadas por el propio reconocimiento que efectúa el encartado al prestar declaración indagatoria, toda vez que si bien ensaya una excusa expresando que su intención era la de evitar un supuesto golpe militar que allí se estaría gestando y que su participación fue pasiva ya que se encontraba herido, admite su estadía en ese lugar durante los acontecimientos en cuestión, a lo que debe sumarse la circunstancia de haber sido detenido dentro del Cuartel, luego de la rendición. Las excusas aludidas serán oportunamente tratadas.

Se ha demostrado, a través de los dichos de los testigos R. G., V. H. P. y V. A. C., su participación en los hechos cuestionados, en tanto lo reconocen como integrante del grupo que asaltara, siendo aproximadamente las 6.20 horas, el Casino de Suboficiales, y que permaneciera en ese edificio reteniendo al personal militar que allí se encontraba, combatiendo a las fuerzas que intentaban recuperar el RIM 3 hasta el momento en que se produjera la rendición; circunstancias éstas que fueron descriptas al relatar los hechos, por lo cual me remito al punto pertinente en honor a la brevedad.

Respecto de su presencia en el Casino de Suboficiales, cabe resaltar los testimonios de R. G. y V. A. C. quienes fueron contestes al declarar que siendo las 9.30 ó 10.00 horas, encontrándose retenidos desde el momento del asalto en una de las piezas de ese edificio, fueron llamados por sus captores para que le efectuaran los primeros auxilios a sus

heridos, reconociendo al hacer esa tarea a S. J. R. como uno de los que atendieron. También coinciden con lo declarado por los nombrados, los procesados C. E. M., C. O. V. y G. A. M., en cuanto manifestaron haberlo visto en esas condiciones y en ese lugar.

12. *G. A. M.* El secuestro realizando en el domicilio del procesado G. A. M. (ver fs. 565/6), permite afirmar su pertenencia al Movimiento Todos por la Patria, y algunos de los elementos allí incautados configuran un indicio de su participación en la asociación criminal. En la ocasión referida se halló el volante "Resistamos la Amnistía y el Golpe", un listado de radio emisoras FM Matanza, un cuaderno marca "Norte" en donde figuran inscripciones con las menciones de apodos que como ha quedado probado corresponden a distintos integrantes del movimiento y un cuadernillo titulado "Tres charlas para militantes" de C. J. S.

Conforme la conclusión del peritaje dactiloscópico realizado en la quinta "Marta Virginia", G. A. M. participó de la concentración que se efectuara en la quinta de referencia los días previos al ataque.

Por otra parte, respecto de su protagonismo en los acontecimientos que sucedieran en el interior de la unidad militar, además de su pleno reconocimiento al prestar declaración indagatoria sobre su concurrencia al lugar, son relevantes nuevamente las manifestaciones efectuadas por el procesado C. E. M. en cuanto refirió ver a G. A. M. ingresando al cuartel a bordo de un Renault 12 oscuro junto a otros incursores, y posteriormente intentar penetrar a la Compañía "B". También tengo en cuenta los dichos de L. A. D. y S. M. P., quienes reconocen a G. A. M. como uno del grupo que se encontraba en el Casino de Suboficiales, al cual habría ingresado luego de su estadía en la compañía "B" donde permaneció hasta el momento de la rendición, participando de las circunstancias ya relatadas en los puntos respectivos.

Corroborar lo dicho, la declaración testimonial efectuada por V. H. P., quien identificó a G. A. M. como uno de los que se hallaba en el Casino de Suboficiales, lo que concuerda con lo relatado a ese respecto por los procesados mencionados precedentemente. Para concluir, no puede omitirse que el procesado luce también en el rol de combate con su nombre de pila.

13. *L. A. D.* El procesado L. A. D. expresó haberse integrado al Movimiento Todos por la Patria a fines del año 1987, al cual se había

acercado por medio de la revista "Entre Todos" en la que realizó varias colaboraciones y conoció a Q. B. En esa época aceptó la propuesta del movimiento a la que se sumó, participando en movilizaciones y actividades de difusión, como así también realizando tareas barriales de fomento.

Asimismo, reconoció que el día 22 de enero del corriente año se encontró en su lugar de trabajo con F. P., quien le refirió que se estaría gestando un golpe militar de dimensiones mayores a las sublevaciones ocurridas hasta ese momento, por lo que quedaron en encontrarse esa noche para hablar del tema y estudiar qué actitud se tomaría. Nuevamente se reunió con F. P. y otros compañeros con quienes analizaron la situación y decidieron dirigirse a la unidad militar de La Tablada, donde se estaría gestando ese supuesto golpe y "pararlo".

De sus dichos se desprende, entonces, su participación en reuniones donde se programó el asalto a La Tablada. Sobre la excusa aludida se expondrá con posterioridad.

Respecto de su actuación en los hechos acaecidos en el interior del cuartel, además de las declaraciones de C. E. M., quien dijo haberlo visto ingresar en un Renault 12 oscuro y que más tarde ya en el Cuartel estuvo junto a él en algunas ocasiones, se cuenta con el propio reconocimiento por parte de L. A. D. en cuanto refirió haber ingresado armado y participado de las acciones que se sucedieran en los edificios de las Compañías "A" y "B" y posteriormente en el Casino de Suboficiales.

Por lo expuesto y las demás consideraciones generales desarrolladas en esta sentencia sobre el tópico, encuentro acreditado que el procesado L. A. D. integró la asociación ilícita y el grupo incursor, conociendo sus objetivos y participando de las acciones que el mismo efectuó en el RIM 3 de La Tablada.

14. *L. D. R.* La participación de L. D. R. en el Movimiento Todos por la Patria, tiene comienzo según sus dichos, cierto tiempo atrás a causa de su preocupación por la situación que se vivía en ese momento en el país. Huelga decir que este indicio debe valorarse conforme con el alcance que se le diera respecto de los otros coprocesados.

Constata lo expuesto la declaración indagatoria de J. A. M., quien

relató conocer al procesado como "Luis", por haberlo visto un par de veces en el local del MTP de San Justo; y la de A. P. L., quien luego de relatar su militancia y retiro del Movimiento Todos por la Patria, cuenta que al que siguió viendo fue a L. D. R. En el mismo sentido puede ponderarse el acta labrada en oportunidad de allanarse su morada, donde su padre admite haber quemado documentación que vinculaba a su hijo con el MTP (conf. acta de fs. 552/3).

Así se acerca al MTP y comienza a colaborar en las actividades de propaganda. El Movimiento, según él da a entender, les otorgaba participación activa junto a los dirigentes, entre los que conoció a F. P.

Por esa participación es que resulta efectivo colaborador en la preparación del plan que se estaba gestando en el grupo ilícito. En efecto, es él quien, el 16 de enero de 1989, se encarga de la compra de la escopeta Super Bataan N° 13841, cal. 12/70. Esta arma según sus declaraciones fue encargada por F. P. sólo para seguridad del local del MTP y contrariamente a ello, fue utilizada en el ataque al RIM 3 de La Tablada, hecho en el que el procesado también participó (recuérdese que fue secuestrada en el interior del Regimiento --ver declaración de G.--).

Lo dicho hasta aquí se corrobora con la pericia efectuada por Jorge R. Mendel sobre el formulario de adquisición del arma en cuestión, quien determinó que la huella digital obrante en ella se corresponde con la del procesado L. D. R.

Con respecto a lo sucedido los días 23 y 24 de enero, L. D. R. fue convocado por J. B. --a quien él se refiere como "Jorgito"--, dirigiéndose hacia el Regimiento junto con sus coprocesados, en horas de la mañana, en uno de los automóviles que integraba la caravana salida de los distintos lugares de concentración.

Refiere que una de las cosas que le hizo pensar la posibilidad efectiva de la gestación de un golpe, fue el haber observado diversos panfletos en la entrada del Regimiento, los que no llegó a leer. Dicha afirmación resulta poco creíble en virtud de que, según el peritaje obrante a fs. 4643/7 efectuado sobre estos mismos panfletos, ellos fueron confeccionados con la máquina de quien lo convocaba a concurrir al cuartel, es decir J. B.

Una vez en el Regimiento participó de la toma del Casino de Suboficiales, donde permaneció hasta la mañana del día 24 en que se rindió junto con los demás. En el lugar referido fue reconocido por sus rehenes, R. G. y J. A. S., quienes lo sindicaron como uno de los heridos.

Por último, resta agregar que el procesado L. D. R. figura en el “rol de combate”, confeccionado por R. S., dentro del grupo “tanques” con el apodo de “N. Luis”, con lo que queda, a mi criterio, probado el importante papel que a él le cupo.

15. *D. E. M.* Su participación en el Movimiento Todos por la Patria comenzó en 1986, es decir, en forma concomitante con la creación misma del movimiento, permaneciendo en él, no obstante las transformaciones que se operaron en su seno. En su carácter de militante, resultó arrendataria del inmueble ubicado en la calle ... de Capital Federal el 18 de noviembre de 1988, donde se desarrollaron importantes actividades vinculadas a la marcha y expansión de la agrupación.

Del mismo modo, se incautó en su domicilio de ... (ver fs. 1112/4) diversa documentación que significó el cambio de rumbo de la agrupación política y el origen de la asociación ilícita. En este sentido pueden mencionarse los documentos “Algunos criterios y posturas del MTP en la lucha político-ideológica”, “Reunión de la mesa nacional (20-21 de diciembre de 1987)” y “Mini historia del MTP”; de igual manera, debe ponderarse el secuestro en un automóvil de la dicente de diversos panfletos del movimiento, entre ellos los de su última aparición pública (ver fs. 398).

La procesada admitió, en forma conteste con su marido R. F., que en los últimos días venían manejando la hipótesis de un alzamiento militar. R. F. fue más claro aún y le dijo que a raíz de ello, probablemente no la viera en todo el fin de semana —por el 21 y 22 de enero—; le aclaró además que estuviera atenta a alguna información que pudiera recibir. Paralelamente, le dijo R. F. que este alzamiento militar en ciernes, sería resistido por otros medios. La referencia a la acción armada resulta, a mi juicio, inequívoca.

En ese contexto, *D. E. M.* adquirió, el día 21 de enero, una

escopeta Remington W7442229M870, la que fuera luego secuestrada en el interior del regimiento usurpado.

Para esa misma fecha, R. F. le encomendó convocar gente con el fin de resistir el alegado alzamiento, tarea que efectivamente realizó, conforme surge de su propia indagatoria y la de sus coprocesados detenidos en el exterior de la unidad junto con ella (M. A. F. y J. M. B.).

Reunidos todos los integrantes de ese grupo, el día 22 de enero se concentraron, por gestión de la procesada, en una fábrica de lonas sita en ..., San Justo. Una vez allí, mantuvieron todos una reunión con F. P. en la que éste, según los dichos aquí vertidos, les confirmó la existencia de un alzamiento, asignándoles la tarea de concurrir a las afueras del Regimiento de Infantería Mecanizada a fin de participar en una movilización de protesta y repudio contra tal actitud.

El día 23 de enero a primera hora, concurrió todo el grupo a las proximidades del cuartel para cumplir sus tareas de agitación, labor que no pudo concretarse merced a la rápida intervención del personal policial en la represión del hecho. No obstante la imposibilidad de cumplir su parte del plan acordado, la procesada permaneció en las proximidades del regimiento hasta alrededor de las 19.00 horas, cuando fuera detenida en el vehículo en que se hallaba. Dentro del rodado fueron secuestradas municiones, pilas y cartas viales que poseían remarcadas las ubicaciones de distintas unidades militares del Gran Buenos Aires. Debe señalarse, por otra parte, que era ella quien comandaba ese grupo (según términos empleados por D. A. G. A.).

Debe destacarse, finalmente, que bajo su nombre de pila aparece en el documento llamado rol de combate en el grupo de agitación.

16. J. M. B. negó, en oportunidad de prestar declaración indagatoria, pertenecer al Movimiento Todos por la Patria, y negó asimismo compartir los postulados de ese nucleamiento. De cuanto relatara sobre las posturas del MTP, no surge discrepancia alguna con el movimiento, de la misma forma en que los efectos incautados en sus domicilios muestran su negada militancia.

El procesado expuso que desde tiempo atrás a la detención vivía junto a su abuelo en el domicilio de ..., Capital Federal. Sin perjuicio

de ser falaz tal afirmación, conforme consta en la misma acta de allanamiento, si es cierta según ella su concurrencia al lugar, lo que en el contexto de la investigación permite atribuirle las revistas del movimiento secuestradas en esa oportunidad.

El procesado negó también vivir junto a sus padres en el domicilio de ..., Capital Federal. Sin embargo, al allanarse esa morada (ver fs. 4074/6 y 4088/91) se incautaron diversos instrumentos que impiden dar crédito a sus dichos. Entre ellos pueden mencionarse agendas, credenciales, etcétera, pertenecientes al procesado, así como una nutrida cantidad de elementos que se vinculan a su actividad cinematográfica. Vale recordar, entonces, que en el domicilio en cuestión se secuestraron, entre otros documentos, los llamados "Sobre la concepción del MTP", "Mini historia del MTP", la asunción de la defensa de E. H. G. M., etcétera, con la significación que ya se ha asignado a esa documentación.

Por otra parte, el mismo procesado que negó su vinculación al MTP tenía en su domicilio un cuaderno titulado "J. M. B.-MTP". Participó también de diversas reuniones llevadas a cabo en distintos locales de la agrupación y colaboró en la filmación de una película que fue parte de la campaña lanzada por el Movimiento en los días previos a la iniciación de la lucha armada y en la cual aparece E. H. G. M. explicando la situación nacional. Finalmente su coprocesado D. A. G. A. lo sindicó en su oportunidad como un militante del movimiento.

Si bien se ha dicho y se repite aquí, que esa sola militancia es insuficiente para fundar reproche alguno, el contenido de la documentación incautada, más el indicio que aporta su mendacidad, constituyen una prueba en su cargo.

El día 22 de enero J. M. B. se encontró con D. E. M. y los otros compañeros, con los que finalmente fuera detenido. Participó con ellos en diversas reuniones que se llevaron a cabo ese día, hasta llegar a la lonera, lugar en el que pernctaron tras tener allí una nueva reunión. El lunes 23 de enero, se levantó y junto a sus compañeros concurrió a las afueras del Regimiento de Infantería Mecanizada 3, en donde tuvo idéntica actividad, en cuanto hace a la investigación, que su coprocesada D. E. M., por lo que bastará remitirse al relato precedente.

La participación de J. M. B. en el hecho era asumida no sólo por él sino también por los organizadores del ataque –que lo tenían como integrante de la asociación ilícita– desde que aparece en el rol de combate, en el grupo de agitación, bajo el apodo de “Juancito”.

17. D. A. G. A. D. A. G. A. ingresó al Movimiento Todos por la Patria a mediados de 1986, permaneciendo en él hasta su detención. En su carácter de militante le cupo una activa participación en tareas de difusión.

Al prestar declaración indagatoria ante el Juzgado Federal de Morón, expresó el procesado que tras los sucesos de Villa Martelli se había sostenido en el movimiento que ante la reiteración de hechos de esa naturaleza, ellos iban a “movilizar gente para producir un enfrentamiento popular con los sectores militares”; la expresión empleada resulta por sí suficientemente clara, pero aun cuando aislada pudiera engendrar alguna duda, el procesado la aclaró cuando expuso, ante los hechos de La Tablada, que él sabía que un grupo de compañeros iba a resistir con armas, es decir, que iba a cumplir aquella idea de oponerse al alzamiento militar.

El 13 de enero de 1989, D. A. G. A. compró una escopeta Bataan 12/70 N° 13.827. Pretendió justificar ante el tribunal esa compra en razones de seguridad. Si para la fecha citada ya sabía el deponente cómo procedería su partido ante un nuevo alzamiento militar, su excusa pierde sustento.

El día 22 de enero fue convocado a la reunión en la lonera, donde expuso F. P. Aclaró el procesado que tras la reunión, el nombrado le confió que un grupo iría a resistir con armas, de acuerdo a lo previsto con anterioridad; sin embargo, la función del grupo del deponente sería lograr la movilización popular y no ingresar al regimiento. Pasó la noche en el lugar indicado y el día 23 concurrió en la forma ya relatada al hablar de sus compañeros. Sólo cabe puntualizar en su caso, sin perjuicio de rebatir sus excusas más adelante, que ya desde las 8.30 horas comprendió que en realidad allí no había ningún golpe de Estado, no pudiendo explicar entonces por qué motivo permaneció en el lugar hasta el momento de su detención, esto es once horas después de esa verificación.

Finalmente, admitió saber que participaría, el 23 de enero, en un

grupo llamado de propaganda, lo que justifica su inclusión en el rol de combate, bajo su apodo de "Chaucha", dentro de los agitadores.

18. *M. A. F. M. A. F.* militaba en el Movimiento Todos por la Patria desde 1986, llevando fundamentalmente a cabo sus actividades en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires.

Debido a su condición de militante concurrió, según el mismo expresara, a reuniones celebradas en la calle ... de Capital Federal, donde habitualmente disertaban, entre otros, *F. P.* y *R. F.*, a quienes el procesado reconocía como ex militantes del Partido Revolucionario de los Trabajadores, cuyo brazo armado era el Ejército Revolucionario del Pueblo.

Tal vez por esa militancia anterior, expresó el procesado que sabía que estos dos dirigentes "eran capaces de realizar una acción militar organizada, siempre y cuando las circunstancias se lo impongan o por un motivo que sea justo". No obstante ello, el día 11 de enero, adquirió para la organización una escopeta Bataan 12/70, N° 13.827, alegando la misma excusa que su coprocesado *D. A. G. A.*

El día 22 de enero fue convocado por *D. E. M.* a un encuentro en un bar de Ramos Mejía, lugar desde el cual fueron a un domicilio particular para terminar el periplo en el conocido comercio de lonas; todo ello lo hizo acompañado, entre otras personas, por *D. E. M.*, *J. M. B.*, *D. A. G. A.* y *J. C. A.* Una vez en el destino final, "Pancho" *P.* les encomendó la tarea de asistir al día siguiente a las inmediaciones Regimiento de Infantería Mecanizada 3 —donde se produciría un alzamiento militar— para expresar su protesta contra esa sublevación e instar a la gente a que se sumara a la manifestación.

Tras dormir en la fábrica de lonas, su actividad del día 23 es común con la de sus coprocesados analizados precedentemente. La participación en la asociación y en el hecho se demuestra por todo lo dicho y por aparecer en el rol de combate bajo su primer nombre.

19. *J. C. A.* Su participación en el MTP comenzó aproximadamente desde 1987, cuando se acercó a gente del movimiento a través de la revista "Entre Todos". En su carácter de militante realizó actividades sociales, integrando el personal de un local partidario del Barrio Las Flores, continuando con la agrupación no obstante las transformaciones operadas en ella.

Admitió, en forma conteste junto con los coprocesados que fueran detenidos junto a él en las inmediaciones del RIM 3 de La Tablada, que se venía manejando la posibilidad de un alzamiento militar y por ello durante el día 22 se encontró en un bar de Ramos Mejía con C. A. C. quien lo trasladó junto con dos personas más al domicilio de A. P. L., ubicado en la localidad de Morón y más tarde fue con el grupo a una fábrica de lonas de la localidad de San Justo.

Allí mantuvieron una reunión con F. P., quien les confirmó la posibilidad de un alzamiento militar y les dio instrucciones para que concurren al Regimiento de La Tablada a fin de que participen en movilizaciones de protesta contra esa actitud. Aún más, si se recuerdan los dichos de su coprocesado D. A. G. A. que también se encontraba en esa reunión, quien refirió que F. P. les había comunicado “que unos compañeros pararían el golpe y que ellos deberían desarrollar actos de movilización”.

El día 23 de mañana se trasladó a los alrededores del cuartel, donde permaneció hasta media tarde sin poder realizar las actividades de agitación dispuestas, en virtud de la rápida intervención del personal policial en el sector. Más tarde fue detenido junto a D. E. M., D. A. G. A., J. M. B. y M. A. F., en las circunstancias ya descriptas.

Por último, cabe destacar como cierre del cuadro probatorio formado en cuanto a la responsabilidad de J. C. A., la inserción de su apodo “Carlitos” en la columna denominada “agitación” del rol de combate, disposición que concuerda con la tarea asignada y la mención de los integrantes del grupo.

20. C. A. C. La procesada admitió su militancia en el MTP al prestar declaración indagatoria. Allí dijo que tuvo una activa participación en trabajos barriales y actividades de difusión sobre el movimiento. Esa participación adquiere relevancia de acuerdo al resultado del allanamiento efectuado en su domicilio de ... (ver fs. 1931/2), lugar en el que, entre otras cosas, se incautaron los documentos denominados “Los cuadros y la organización”, “Tres charlas para militantes” y “Reunión de la Comisión Política del MTP (20-21/12/87)”. Por los primeros dos, se establecen las líneas que deben guiar la formación de cuadros y militantes; por el tercero se reivindican las luchas armadas de las décadas de los '60 y '70 y se lanza al MTP como

continuator de esas luchas. El contenido de tales instrumentos conforma un indudable indicio de responsabilidad criminal, indicio que sumado a su participación en los hechos del día 23 de enero me convence de ello en forma inequívoca, máxime con su inclusión en el rol de combate bajo su primer nombre.

Respecto de sus actividades de los días 22 y 23 de enero, debe señalarse que concurrió a la calle ... de Morón por sus propios medios, y luego se trasladó junto con otros integrantes del movimiento al comercio de lonas de la localidad de San Justo, donde recibió instrucciones por parte de F. P., acerca de cuáles serían sus funciones en los hechos del día 23; pernoctó en ese lugar y luego se trasladó a las inmediaciones del cuartel donde permaneció hasta la media tarde.

Como corolario de cuanto se viene tratando respecto de los integrantes del grupo "agitación", debe ponerse de relieve que entre los efectos incautados en el automóvil en el que se trasladaban, había planos donde se marcaban distintas unidades militares en concordancia con las indicadas en el documento "Hipótesis de guerra", lo que constituye un elemento más para vincularlos suficientemente a la asociación ilícita. Lo dicho hasta aquí y lo que se expondrá oportunamente, toman innecesario tratar el supuesto error invocado por la defensa. Párrafo aparte merece la pretensión de las encartadas D. E. M. y C. A. C. de justificar sus dichos originarios, con base en pretendidas presiones a que habrían sido sometidas. Dicha excusa resulta pueril si se tiene en cuenta que las respectivas declaraciones indagatorias fueron recibidas en un marco de respeto de todas las garantías de la defensa en juicio, lo que puede concluirse si se advierte que en cada ocasión que lo consideraron apropiado a su defensa se negaron a declarar, o ensayaron versiones disímiles sobre el hecho que se investiga, lo que se advierte sobre todo con relación a la procesada C. A. C.

Algunos procesados han buscado quitar antijuricidad a sus conductas amparándose en un precepto constitucional, cual es el que marca la obligación de todo ciudadano a armarse en defensa de la Patria y de la Constitución misma. A poco que se mire el contexto dado por esos procesados a la alegación efectuada, se observará que no fue ajeno a sus espíritus el vincular el artículo 21 de la Constitución Nacional con el derecho de resistencia a una futura opresión.

En primer lugar, es necesario deslindar el ejercicio de la llamada “resistencia a la opresión” del precepto plasmado en el artículo 21 de la Carta Magna, toda vez que el primero se refiere a un derecho natural, supralegal y en tal carácter anterior a la Constitución misma e inherente al ser humano, mientras que el segundo refleja la consagración en la Carta Fundamental de dos de los principios enumerados en su preámbulo, como lo son el de “proveer a la defensa común” y “consolidar la paz interior”, por lo que su tratamiento debe ser diferenciado. Respecto del artículo 21, comparto los argumentos esgrimidos por el señor fiscal en su alegato, toda vez que dicha norma de manera alguna consagra el derecho de poseer y utilizar impunemente cualquier tipo de armas, sino que se halla reglamentado por la ley 17.531 que instaura el servicio militar obligatorio como parámetro de efectivización de la obligación de defensa de la patria y la Constitución, consagrados en el citado precepto legal; por lo que, con remisión a la posición referida, opino que la justificación pretendida no puede prosperar.

La defensa rechazó la argumentación fiscal, con base en lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “P., A.” el 18 de abril de 1989. Si bien es cierto que allí se dijo que la obligación estatuida en el artículo 21 de contribuir a la defensa de la Nación y su ley fundamental, es una convocatoria a la defensa de las libertades e instituciones reconocidas en aquélla, no menos cierto es que en el precedente se expone con claridad que el medio para instrumentar tal obligación es el servicio militar obligatorio. En cuanto al derecho del pueblo a resistir y derrocar cualquier gobierno que menoscabe sus garantías más esenciales, ninguna duda cabe de su existencia y legitimidad, pero su mera enunciación se torna insuficiente si no se complementa con un análisis serio y clarificador de cada caso concreto. La propia naturaleza de este derecho obliga al análisis particularizado, “toda vez que su ejercicio implica siempre cierto apartamiento de la esfera de la Ley” (González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 146); dado que tanto el golpe de Estado como la revolución no se encuentran previstos en nuestra Constitución Nacional, deben obligatoriamente sustentar su validez en el ordenamiento legal, y ello ocurrirá sólo cuando resulten ser el fiel reflejo del derecho de resistencia a la opresión. Acreditar tal relación conduce inexorablemente al análisis casuístico y particu-

larizado de cada hecho en concreto. Resulta claro, conforme con la más autorizada doctrina constitucionalista, que la excepcionalidad de la legitimidad del ejercicio del derecho planteado por la defensa en los presentes actuados, debe estar precedido por tres estamentos fundamentales: habitualidad de la opresión ejercida, imposibilidad de remediar esa situación por otras vías y, por último, el intento inexitoso de solución previa. Ninguna de estas condiciones se ha cumplido por falta del requisito básico. El 23 de enero de 1989 no existía opresión en la Argentina y los requisitos que se han exigido impiden considerar como válida la oposición a una opresión futura bajo el amparo de este derecho. Por otra parte, aun teniendo por ciertas las afirmaciones de los procesados respecto de la inminencia de un golpe de Estado que obviamente pondría en peligro la vigencia de la Constitución, no tendría sustento legal armarse y actuar en el modo que los procesados lo hicieron. La Constitución es una forma de vida social que tiene carácter normativo. Según Legaz y Lacambra, el derecho es vida en forma y forma de vida. Es vida social de forma normativa.

El quehacer político de los gobernantes es abordado y regulado por el derecho constitucional del poder en cuanto éste señala quiénes mandan, cómo acceden al mando, qué funciones ejercen y cómo las cumplen, etcétera. Mediante el derecho constitucional del poder, el régimen subsiste, se realiza y perdura.

Bajo la plena vigencia del régimen constitucional, corresponde al Poder Ejecutivo—legítimo ejecutor y representante del mandato popular y a la vez comandante en jefe de las Fuerzas Armadas— la convocatoria a todo ciudadano para que se arme en defensa de la Constitución y en contra de todo intento por quitarle su vigencia; en ese caso, el artículo 21 cobra su real sentido como obligación y no como derecho. Por supuesto que resulta abstracto detenerse en que ante la imposibilidad de los gobernantes de ejercer la soberanía delegada, éste la recupera, por cuanto al 23 de enero no se verificaba esa situación. Aceptar la acción armada de un grupo autoelegido representante, lejos de materializar la consabida defensa de los principios fundamentales de la Carta Magna, concluye siendo solamente un menoscabo más de ella al violentar lo dispuesto en su artículo 22. Debe concluirse, entonces, en que aquello que los procesados pretendieron hacernos ver como el

ejercicio de un legítimo derecho, es en realidad un accionar carente de base justificante y perjudicial a los intereses de la sociedad toda. Hasta aquí entonces un análisis de los aspectos teóricos vinculados al artículo 21 de la Constitución Nacional, al derecho de resistencia a la opresión y las causas por las cuales, aun cuando los procesados hubieran sido sinceros en sus dichos, sus conductas no hallarían justificación en los derechos invocados. Sin embargo, a fin de descartar cualquier posibilidad de error en que puedan haber incurrido los encausados, deberá analizarse qué fue lo que ocurrió el 23 de enero en los cuarteles de La Tablada y por qué ellos no concurrieron allí por los motivos que alegaran.

Los procesados L. A. D., L. D. R. y S. J. R., M. A. A. y S. M. P., han sido contestes, con alguna diferencia de matices, en afirmar que si bien desde los últimos días se venía barajando la posibilidad concreta de golpe de Estado, recién en los últimos dos días se tuvieron noticias concretas de fecha y lugar en que el hecho se produciría y, más aún, han expuesto que sólo al llegar a La Tablada comprobaron la veracidad de cuanto suponían y fue por ello que, en forma espontánea, decidieron ingresar al regimiento.

Versión bastante coincidente brindaron D. E. M., J. M. B., J. C. A., D. A. G. A. y M. A. F. Nada de esto es cierto.

El documento "Hipótesis de guerra", secuestrado en un lugar de concentración de los procesados, marca con meridiana claridad la planificación de un hecho como el ocurrido en La Tablada e incluye, entre los posibles lugares a asaltar, el Regimiento efectivamente usurpado; del mismo modo, la circunstancia de llevar al lugar de los hechos una proclama escrita a máquina para ser publicada una vez finalizadas las operaciones, muestra la preparación con que el grupo concurrió a la cita; en este mismo sentido debe ponderarse la libreta manuscrita tras el título de "cuestiones" en la que se esbozan distintas formas de hacer público lo que se iba a actuar y cómo se encubrirían los delitos que se irían a cometer. Finalmente, una acción espontáneamente decidida minutos antes de ejecutarse a raíz de información que se recogió horas atrás, no se compadece en ninguna medida con la compra de armas, el alquiler de quintas para concentración muchos días atrás de

los supuestos orígenes de la acción y con la distribución táctica mediante la cual el Regimiento fue agredido.

Desde sus primeras declaraciones indagatorias, en el mes de enero de este año, los procesados han insistido constantemente en que su acción se motivó en la intención de contrarrestar el golpe de Estado que un grupo militar gestaba en La Tablada. En los nueve meses que lleva este proceso, ni uno solo de los encartados ha podido aportar un elemento que les permita sostener esta posición con un mínimo grado de seriedad; todo cuanto han argumentado han sido recortes periodísticos o bien rumores públicos. Las publicaciones periodísticas citadas (reportajes a los Dres. Duhalde y Tróccoli, dichos del Dr. Raúl Alfonsín) no transcriben, ni por aproximación, lo que los procesados han sostenido, amén de ser muy posteriores a la compra de armas y el alquiler de quintas. En cuanto a los rumores públicos, no se entiende cómo de ellos puede surgir tanta precisión de lugar, fecha y características que el alzamiento militar tendría. R. F., único que dijo haber recibido en forma personal tal información, no atinó a decir quién la había suministrado. Los procesados, entonces, tal vez conscientes de lo endeble de su justificación, optaron por responsabilizar de la información a algunos dirigentes como J. B. y F. P.; una vez más, como ocurre reiteradamente en los procesos judiciales, la culpa es de los muertos; pero en este caso, la argucia deviene pueril a la luz de la vasta documentación incautada.

A lo largo del debate ha quedado demostrado, corroborando lo expuesto supra, la inexistencia de un golpe militar en los cuarteles de La Tablada el día 23 de enero de este año. Ni una sola de las decenas de personas que allí prestaban servicios para esa fecha y que han declarado en este debate, han expuesto esa circunstancia o han dado pauta alguna de la cual ello pudiera inferirse. Todos cuanto fueron preguntados coincidieron en destacar la normalidad absoluta con que el Regimiento se desenvolvía (ver por ejemplo testimonios de B., G., S.). No se me escapa que como argucia se podría esbozar la mendacidad de los testimonios del personal de cuadros, aunque ningún elemento exista para sostener el argumento; sin embargo, ninguna sospecha puede caer sobre los soldados conscriptos —que hoy ya han perdido esa condición— o sobre los desertores —cuya espontaneidad ha destacado la

misma defensa—, y todos han sido contestes en remarcar la normalidad del cuartel. Valga agregar en este sentido que el procesado sostuvo que al llegar al regimiento confirmó la información obtenida por ver correr allí a muchas personas. Sin perjuicio de lo vago del relato, no puede omitirse que esa situación en nada se compadece con la actividad de fajina que realizaban en ese sitio los conscriptos de conformidad con sus propios dichos (ver testimonios de A. M. G., A. R. S., D. H. V. y M. F. A.).

Sobre la inexistencia de un golpe de Estado y la sorpresa de las autoridades por las acciones del 23 de enero, bueno es recordar la forma en que el Estado Mayor General del Ejército tomó conocimiento de los hechos, esto es, a través de una conversación telefónica con el conscripto G. A. A., y la forma en que lo hizo el mismo jefe de la unidad, es decir, a través de las noticias radiales. Ha quedado establecido que de forma similar fue advertido de los sucesos quien luego fuera segundo comandante de las operaciones de recuperación, el coronel J. I. H.

Ninguna duda cabe, a mi juicio, que desde la Semana Santa de 1987 se produjeron diversos alzamientos militares que pusieron en crisis la estabilidad institucional de nuestro país, creando en la sociedad un clima de tensión y preocupación, no disipado al 23 de enero de este año. Pero ello no quita ilegitimidad a la conducta de los procesados ni justifica su actitud; muy por el contrario, puede afirmarse sin temor a equivocación, que los dirigentes del Movimiento Todos por la Patria y los militantes que participaron en el ataque aprovecharon ese clima para lanzar su propio plan desestabilizador.

Puede concluirse, entonces, que utilizando los precedentes alzamientos militares, cuya gravedad este tribunal en ningún momento puso en duda, se intentó fraguar un movimiento de este tipo para amparar así la decisión de tomar por asalto un cuartel militar, conforme el plan trazado anteriormente. No otra conclusión puede extraerse de las circunstancias de haberse camuflado de modo que pudiera confundirse con los integrantes del grupo de militares comúnmente denominados “carapintadas”, como con toda claridad lo dice el testigo L. A. M. al exponer sobre las circunstancias en que fue despojado del camión que conducía. Así también, C. O. V. reconoció que alguno de

sus compañeros iban vestidos con indumentaria militar y las caras pintadas. Que un compañero le explicó que llegarían a la guardia del regimiento con esa indumentaria y confundirían a los guardias haciéndoles creer que eran militares sublevados.

Tal confusión, fue apuntalada además por los gritos proferidos en ocasión de iniciar su accionar delictivo, de lo que dan cuenta los testigos que presenciaron el ingreso al Regimiento, como también algunos que se encontraban en distintas dependencias del cuartel, cuando mencionan la vestimenta de tipo militar que llevaban alguno de los atacantes.

Finalmente, deben tenerse en cuenta los panfletos arrojados a su paso al robar el camión e ingresar al Regimiento atacado. Otra vez en ellos —que según surge de las pericias practicadas fueron confeccionados con la máquina de escribir de J. B.—, se intentó la simulación de identidades, al mencionarse el ejército de Rico y Seinfeldín. En consecuencia, se intentó y se consiguió parcialmente mimetizarse en el asalto al Regimiento con un grupo de las fuerzas armadas, lo que sin duda les garantizaba —en los momentos iniciales del ataque— que la confusión a que han aludido los testigos, disminuyera la respuesta armada, ante la posibilidad de encontrarse frente a fuerzas integrantes de la misma institución.

Pero lo que es más importante como conclusión es que esa pretensión de confundirse, como ya se dijo, quita todo sustento a la versión de tratarse los asaltantes de un grupo que, llevado por su intención de defender la plena vigencia de la Constitución Nacional frente a un pretendido golpe de Estado, se levantara en armas haciendo uso del derecho de resistencia a la opresión. Lejos de ello, no se ha rendido ninguna prueba idónea respecto del pretendido movimiento militar. Por el contrario, se escenificó un golpe o intento de golpe a fin de amparar la finalidad criminoso.

Para delimitar justamente el alcance de dicho plan, es bueno recordar los testimonios de R. M. R., O. M., G. M. S. y M. F. A., quienes son contestes cuando afirman que los atacantes les dijeron que tras tomar el Regimiento sacarían los tanques a la calle y con ellos cañonearían la Casa de Gobierno, porque ni el gobierno, ni la oposición ni los militares, daban soluciones a la crisis de nuestro país.

Inscripta en la misma línea que se viene refiriendo, conviene transcribir parcialmente el documento "Cuestiones", que propone: "1) Cuestión económico-social. Lo que más vive la gente. Tarifazos, aumentos de todos los precios. Penurias de los cortes de luz y consecuencias por falta de agua para los barrios más carenciados. Peligros para la salud, para los chicos, epidemias. 2) A estos problemas, que siempre le afectaron a los chicos, se suman las amenazas de golpe de Estado: la sublevación lleva a plantear el reemplazo de Alfonsín. Todo el agobio y presiones que sufre la gente. 3) Para terminar con todo esto hace falta un cambio de fondo; no lo van a hacer los políticos corruptos, y ese cambio implica necesariamente terminar con estas F. A. asesinas y golpistas. Se va traslucir el cambio en mejoras en las condiciones de vida del pueblo (Mantener expectativas en cuestiones militares; inminencia de golpe de Estado, reemplazo de R. A.; vincular las cuestiones económicas a cuestión militar)".

En idéntico sentido, uno de los rebeldes dijo al soldado M. A. R. que ellos irían a dar un golpe de Estado antes que lo dieran los militares. Estas expresiones de los propios atacantes son absolutamente coherentes con la proclama hallada en el cuartel y sirven para descartar las excusas de los procesados.

En efecto, repasando un poco este documento se ve que si bien se inicia expresando cómo el golpe militar se había abortado, continúa diciendo que ahora es el Frente de Resistencia Popular quien ocupa la Casa Rosada, lanzando incluso un plan de gobierno que previamente había sido debatido (ver documento manuscrito por Quito B., secuestrado en ...). Se debe concluir, entonces, que el objetivo final del asalto era la ruptura del sistema institucional; y la excusa de evitar un golpe de Estado, sólo la forma de encubrir tan espurios fines. Lo dicho surge del ya citado documento "Hipótesis de conflicto", de la circunstancia de haber sustraído el camión de L. A. M. vestidos de militares y con las caras pintadas, de haber gritado en esa ocasión consignas que vivaban a los protagonistas de los alzamientos militares referidos con anterioridad, y eso mismo es lo que justifica la impresión, por parte de los agresores, de panfletos identificables con ese grupo militar. La autoría de tales instrumentos no puede desconocerse en base a los testimonios del propio L. A. M., del peritaje que demuestra

su confección con una máquina de escribir perteneciente a J. B. y del testimonio de R. M. R., a quien uno de los atacantes le confesó haber arrojado tales instrumentos.

Finalmente, no puede pasarse por alto, como bien sostiene la Fiscalía, que diversas acciones protagonizadas dentro del cuartel no se compadecen con los propósitos alegados por los justiciables. Así puede citarse que no condice con conductas destinadas a evitar un golpe de Estado, el tomar como rehenes a soldados conscriptos, el exponer las vidas de éstos para lograr una mejor posición en el combate usándolos de parapeto, o el atacar a soldados como R. T. T., D. G. y P. S. P. Para concluir, bueno sería saber por qué, si la intención era evitar un golpe de Estado, a los muchos rehenes de que dispusieron les hicieron saber sus intenciones pero no les preguntaron en qué lugar de la unidad se hallaban los militares golpistas.

Como corolario de lo expuesto, es oportuno agregar que los integrantes del grupo que participaría de los hechos desde fuera de la unidad, efectuando tareas de agitación, señalaron desconocer cuanto sucedía en su interior y alegar haber concurrido al solo efecto de manifestar pacíficamente su repudio a un alzamiento militar, como ya lo habían hecho en Semana Santa de 1987 y diciembre de 1988, en este caso en Villa Martelli.

Sin embargo, es necesario precisar que los hechos no ocurrieron como los procesados lo exponen. Ya se han expresado las particularidades de quienes integraban la asociación ilícita y el nivel de homogeneidad y concientización que los caracterizaba, por lo que la excusa resulta absolutamente incoherente con la totalidad de la documentación secuestrada. Corroborando esto, que dicho sin más podría aparecer como una afirmación dogmática, aparecen hechos inequívocos.

Así, por ejemplo, ninguna necesidad de concentrarse desde el día anterior existe para concurrir a una movilización política; de la misma forma y si a eso fueron, por qué concurren sin una sola bandera y sin un solo objeto de propaganda, siendo que poseían una bandera del movimiento en la lonera (ver allanamiento correspondiente) y siendo que los mismos procesados hicieron gala en Semana Santa de una enorme bandera con la inscripción "Al miedo y al golpe los paramos

entre todos". Bueno será recordar, en este contexto, que dentro del auto que usaron para su transporte y en el que cinco de ellos fueran detenidos, sólo se secuestraron balas, pilas (posiblemente para sus comunicadores) y cartas viales en las que se destacaban distintas unidades militares próximas a La Tablada.

Es igualmente falaz afirmar que a la cita concurrirían, como se dijo, las personas agrupadas en la Iniciativa Democrática para la Resistencia Civil, de conformidad con cuyos postulados se realizaría la movilización; ello así conforme el comunicado de repudio a los hechos aquí investigados emitido por esa entidad y que luce agregado a fs. 343 del cuaderno de prueba de la defensa.

Por último, no tendría objeto haber prolongado tanto tiempo la movilización pacífica si ningún partido político, gente organizada o grupo que integrara la Iniciativa Democrática para la Resistencia Civil concurrió a la supuesta cita; lógico es que nadie asistiera, porque como bien señalara D. A. G. A. ante el señor juez Federal de Morón, desde primera hora de la mañana ya se notaba, conforme dichos de los vecinos, que en La Tablada no había ningún alzamiento militar. En realidad, el único motivo de la permanencia, fue concretar el aporte prometido al plan previamente trazado en respaldo a sus compañeros que combatían en el cuartel, circunstancia conocida por los procesados conforme expresamente dijera J. C. A. y, con algunos circunloquios, D. E. M.

De conformidad con la participación que ha tenido cada uno de los procesados en orden a los delitos que se les atribuyen, debo decir que todos ellos resultan ser coautores penalmente responsables del delito de asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal. Para ser coautor de este delito se requiere un doble elemento subjetivo: por un lado es necesario que el sujeto conozca los fines de la organización y participe conscientemente de ella y por el otro es menester que la asociación en general considere al sujeto como uno de sus integrantes. Sobre la base del análisis individual que para cada uno de los encartados se hiciera precedentemente, puede afirmarse que todos conocieron, aunque más no sea poco tiempo antes, cuál era el carácter de la agrupación que integraban, y no obstante, continuaron participando en ella, elemento que satisface la primera de las exigencias citadas.

Por todo lo expuesto con anterioridad, ocioso resultará abordar este punto en relación a los dirigentes del movimiento. En orden a los demás procesados, podrá sostener su inocencia en este punto, ya que los hechos demuestran en todos y cada uno de ellos el conocimiento del que se infiere su responsabilidad. Así, quien no poseía en su domicilio documentación que revelara el carácter ilícito que el Secretariado había impuesto, compró armas o propuso la incorporación de E. H. G. M. o la apoyó o alquiló quintas o se concentró ellas. Todos, finalmente, aportaron algo a la concreción de los sucesos de los días 23 y 24 de enero.

No puede considerarse ese asalto como un hecho aislado. La documentación secuestrada muestra que al romper el portón del Regimiento cobraba vigor un plan delictivo que no se iniciaba allí ni allí concluía. Si cuanto expusieran los procesados en su defensa carece de sustento y deberá ser desechado, queda en pie su conocimiento acerca de la planificación, sobre todo si se une lo expuesto con lo señalado en el párrafo anterior.

Sea cual sea la regla que rijan la forma de valorar la prueba en un proceso penal, el razonamiento lógico no puede ser deliberadamente extraído de la decisión del juez, como si el autor del delito fuera un autómatas que obrara determinado por una voluntad ajena a la suya, lo que convertiría en estéril indagar sobre las finalidades preexistentes a la conducta que lo motivaron a conducirse de un modo determinado.

En el caso, ha quedado perfectamente demostrado que el secretariado del Movimiento Todos por la Patria aprovechó una organización política para montar una asociación ilícita, el plan de esa agrupación era de una magnitud tal que obliga a descartar la candidez de cualquiera de sus ejecutores. Nadie que posea el pleno ejercicio de sus facultades mentales acepta tomar parte en un concierto delictivo que se inicia en la toma de una unidad militar y termina, tras una serie indeterminada de ilícitos, en el arrebato del Poder Ejecutivo Nacional, si no está consustanciado con cuanto los ideólogos proponen. A ningún desprevenido se le realiza una invitación de ese tipo, y nadie, por más incauto que sea, presta su consentimiento y realiza su aporte a esa empresa con la inocencia que puede caracterizar a quien es sorprendido en su

buena fe. La lógica de la que hablaba me impide dudar que aquellos que ingresaron a un cuartel militar disparando a discreción para lograr el control operacional de aquél y aquellos que esperaban fuera del cuartel para hacer ingresar al pueblo y decir con los primeros que “El pueblo de los alrededores de La Tablada ya ha recuperado el cuartel sublevado [...] como siempre en la historia de la Patria el pueblo hizo verdaderas proezas [...] Ahora es el pueblo el que ha ocupado la Casa Rosada” –cfr. “Proclama”–, no supieran desde tiempo atrás cuanto se planeaba hacer; de no haber prestado su consentimiento a ello, no hubieran concurrido a la cita, como no concurrió, por ejemplo, C. M.

Finalmente, las exigencias que tenía la asociación para con sus integrantes –conforme documentación agregada– me termina de convencer sobre que ninguno de los procesados podía no estar al tanto del fin último de ese hecho.

Resulta ajeno a la realidad entender que el razonamiento antedicho importa confundir la participación en la asociación ilícita con la participación en el alzamiento armado en sí; mucho antes del 23 de enero existía una asociación ilícita, el tomar parte en las acciones que significaban el lanzamiento público de esa asociación resulta, a poco que se mire la magnitud de ese lanzamiento, una prueba irrefutable de la inclusión de sus intervinientes en el nucleamiento ilegal.

En cuanto al segundo requisito subjetivo, habrá que hacer otra breve distinción entre los dirigentes y los restantes encausados. Acerca de los dirigentes (J. A. P. y R. F.), ninguna duda puede caber sobre que eran considerados por el grupo ilegal como parte de éste, desde que fueron ellos mismos quienes conformaron la asociación ilícita y se erigieron en sus referentes. Respecto de los demás, sin necesidad de volver a considerarlos en forma individual, puede sostenerse genéricamente que la asociación los tenía a todos ellos como integrantes, pues de no ser así no los hubiera convocado para participar en los hechos que son objeto del proceso.

Llegado el momento de tipificar la responsabilidad de los encartados en orden a los delitos cometidos, resulta obvio decir que, por tratarse de ilícitos en los que han intervenido una pluralidad de sujetos, habrá que resolver la cuestión aquí iniciada conforme con los principios generales de la participación criminal.

Del relato de los hechos efectuado con antelación, del documento que se ha denominado "rol de combate" y de la modalidad operativa efectivamente empleada, surge que los responsables han actuado conforme una planificación previa caracterizada por la distribución de tareas.

La participación que pueden haber tenido los procesados no ha sido la misma en todos los casos y no podrá, por ende, reprochárseles a todos el mismo grado de compromiso criminal. No obstante lo dicho, el tratamiento dado al tema por la Fiscalía obligará a formular un breve análisis teórico sobre el concepto de coautor antes de caracterizar en concreto la actuación de los encartados.

En casos como éste, existe un fraccionamiento de la faena criminal que consiste en un reparto de tareas. Ello significa que la comisión del o los delitos se fragmenta entre los distintos sujetos que intervinieron en él. Así las cosas, será coautor quien con su voluntad controle materialmente la realización del delito, teniendo en sus manos la posibilidad de poner fin a la sucesión causal del hecho (conf. Fernández y Pastoriza, *Autoría y participación criminal*, Lerner, Buenos Aires, 1987, p. 48).

La latitud del concepto empleado, podría aparejar una interpretación reñida con la esencia misma de la teoría, e importaría deducir de ella que sólo se será coautor cuando cada uno de los sujetos que participa en la comisión del ilícito tenga la posibilidad, actuando aisladamente, de decidir sobre el futuro de la acción; dicho en otras palabras, sería un error entender que cuando se obra con distribución de tareas, la coautoría implica dominar el hecho en su conjunto, decidiendo por sí solo si el delito se inicia, se continúa o se desiste, porque en estos casos "ninguno de los partícipes ejerce la totalidad del dominio sobre el hecho. El dominio del hecho se encuentra en las manos de un sujeto 'colectivo', el coautor individual participa únicamente como miembro de ese sujeto colectivo" (conf. Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, p. 247, Edersa, Madrid, 1982). Ninguno de los intervinientes precisa realizar en su persona todos los elementos del tipo, ya que las contribuciones de cada uno pueden imputarse a todos, en virtud y en el marco del acuerdo común (conf. Jescheck, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 945, Bosch, Barcelona, 1981).

Se vio con anterioridad que la distribución de tareas importaba su fragmentación. Será entonces la ejecución de la fracción asignada lo que permite que el sujeto que la cumple "domine el hecho", conectado subjetivamente con los otros autores.

La decisión común de ejecutar el o los hechos es la que marca la vinculación plurisubjetiva a la que refiriera. Pero esta sola decisión compartida no satisface los extremos de la coautoría, sino que debe completarse necesariamente, con un aporte objetivo al hecho. La decisión común no permite por sí sola distinguir la autoría de la complicidad: lo que distingue al coautor es la realización común de la decisión (conf. Stratenwerth, ob. cit., p. 247).

Establecido el aporte como elemento indispensable para la existencia de coautoría, es turno de destacar que no cualquier aporte convertirá en coautor a quien lo realiza. Ese aporte tiene que ser esencial y deberá prestarse durante la etapa de ejecución del delito.

En punto a la necesidad de la contribución, de más está decir que se trata de una necesidad relativa, desde que no se exige que cada uno de los coautores realice la totalidad de las acciones tipificadas y puesto que su carácter deriva de las características concretas que posea el plan urdido.

Entonces, la esencialidad se satisface si el aporte encierra un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno de ellos mediante el desempeño de la función que le corresponde, se presenta como una pieza esencial para la realización del plan general (conf. Jescheck, ob. cit., p. 938).

En cuanto al momento del aporte resulta fundamental que se produzca durante la ejecución misma del o los delitos. No es posible dominar el hecho si la contribución no se realiza en esa faz. Si dijera que el coautor realiza un tramo de la conducta delictiva previamente trazada y el cumplimiento de ese fragmento es lo que le da su carácter de coautor, no puede serlo quien no cumple ningún fragmento. No basta a ese fin una mera cooperación en la etapa preparatoria del delito, por más importante que ese aporte sea, si él no se completa con otro en la faz ejecutiva, porque en la etapa preparatoria el aporte no supone todavía la función de ninguna parte del dominio del hecho. Dicho de otro modo, quien no cumple ningún fragmento del todo

delictivo —sea él ilícito en sí mismo o no—, no puede ser coautor, porque de ninguna manera puede, quien no participa en el hecho, dominar ese hecho.

En esta posición, está conteste toda la doctrina (conf. Fernández y Pastoriza, ob. cit., p. 76; Jescheck, ob. cit., p. 943; entre otros). Pero más importante que ello es la letra de la ley y esa letra establece con total claridad que son coautores “los que tomasen parte en la ejecución del hecho” (art. 45 del Cód. Pen.). De ello se desprende en forma inexorable, que para ser coautor es imprescindible tomar parte en tal ejecución, aunque esa participación no sea típica en sí misma.

La defensa expuso que la aplicación de esa teoría violentaba el principio de legalidad, por no hallar sustento en nuestra legislación penal.

En primer lugar, no existe motivo que sostener que los artículos 45 y 46 del Código Penal establecen una clasificación dogmática científica de los distintos participantes en el hecho criminoso; dado lo complejo del tema y lo escueto de la fórmula legal, la normativa en cuestión pareciera ser solamente la que fija las reglas de penalidad sobre la base de distintos grados de participación ya conceptualizados doctrinariamente. En sentido estricto, la circunstancia de tomar parte en la ejecución del hecho no puede delimitar el concepto de autor de otros tipos de participación, ya que tanto los partícipes como el investigador tienen también su parte en el delito. En consecuencia, el apartamiento del concepto establecido en el artículo 45 no conlleva violación constitucional alguna.

Pero por encima de ello, entiendo que dicha norma de ninguna manera excluye la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho. Aun cuando se entiende que al punir el artículo 45 a quienes “tomaren parte en la ejecución del hecho” esté trazando un concepto legal de autor, he dicho que para ser coautor es necesario realizar un aporte esencial al delito en su faz ejecutiva, por lo que el concepto analizado encuentra perfecto encuadre en la norma que regiría la materia. El artículo 45 no establece que sólo sea autor quien cumpla de propia mano la acción típica; por lo que, lejos de violar el principio de legalidad por aplicar la teoría del dominio funcional del hecho, estaría agregando una exigencia supralegal si dijera que ella no es receptada por nuestra legislación.

Con sustento en todo lo expuesto hasta aquí podemos decir que habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse de acuerdo con la modalidad comisiva elegida (Bacigalupo, *Manual*, p. 198).

Ahora bien, de lo dicho no puede colegirse una regla general sobre quién debe responder y quién no lo puede hacer a título de coautor, por cuanto la esencialidad del aporte no puede ser conceptualizada en forma abstracta sino observando en concreto el plan delictivo delineado. Del mismo modo y ya trabajando sobre el plan concreto, su solo análisis no permitirá deslindar exactamente las distintas responsabilidades, desde que sin perjuicio de la idea, el concepto de autor dependerá también de que el hecho, objetivamente, sea obra del autor. No entenderlo así implicaría reflotar la doctrina subjetiva de la participación, abandonada por la doctrina moderna. "La coautoría se diferencia, por tanto, de la complicidad, sobre el plano de la realidad concreta" (Fernández y Pastoriza, ob. cit., p. 48).

Ceñido a cuanto es materia de investigación, opino que todos aquellos que el día 23 de enero ingresaron al Regimiento y protagonizaron en él los hechos descriptos oportunamente, deben responder a título de coautores de los delitos ya calificados legalmente. En efecto, la documentación secuestrada (especialmente los documentos "Hipótesis de conflicto" e "Hipótesis de guerra", el manuscrito titulado "Cuestiones. Rol de combate", la "Proclama" y su debate previo); la forma en que se llevaron a cabo las comunicaciones (ver HH. GG., testimonios de V. H. P., F. A. P., R. G., O. C. G. y declaración indagatoria de L. A. D.); el empleo de distintos lugares de concentración, algunos de ellos alquilados al efecto; la forma organizada en que se obtuvo el vehículo de L. A. M.; la manera en que se produjo la irrupción al cuartel y la distribución táctica del personal que participó del copamiento conforme surge de los desplazamientos efectuados, son todos elementos que demuestran la existencia del concierto previo de voluntades. Del mismo modo, las características tácticas del operativo demuestran que todo aquel que haya tomado intervención en su faz ejecutiva habrá llevado a cabo un fragmento esencial del todo delictivo.

De ese "sujeto colectivo" que se formó con la intervención y voluntad de cada uno de ellos, objetiva y subjetivamente vinculada a la de sus compinches, dependió la comisión de los delitos perpetrados, por lo que, como adelantara, deberán responder a título de coautores.

Distinta es la situación de aquellos procesados que el día 23 no ingresaron al cuartel. Se ha dicho que para ser coautor debe cumplirse un fragmento esencial del plan delictivo durante su faz ejecutiva. Si se analiza las tareas atribuidas a D. E. M., J. M. E. B., D. A. G. A., M. A. F., J. C. A. y C. A. C., observo que ellas consistían en agitar a la población con la intención primera de asegurar el control de la unidad y la final de conducir al pueblo hacia la Plaza de Mayo para derrocar al Poder Ejecutivo Nacional. De los documentos secuestrados, de la conducta observada antes y durante las operaciones y de los fines que tenían en mira según aquéllos, se infiere que no era la intención del grupo masacrar a la población que ellos mismos introducirían en el cuartel. Dando esto como incuestionable, la intervención de las seis personas nombradas comenzaría cuando ya se hubieran cometido los distintos delitos por los que ahora se los enjuicia. No obsta a lo expuesto que algunos de esos delitos aún no se hubieran agotado, porque tal circunstancia no los coloca en la coautoría (conf. Zaffaroni, *Tratado*, t. IV, p. 362). Si como se ha sostenido fundadamente, el coautor debe participar en la faz ejecutiva del delito; si para ser coautor el hecho, en concreto, le debe pertenecer al sujeto, los seis procesados cuya responsabilidad estoy tratando no podrán ser calificados de coautores. Sin perjuicio de cuán esencial o secundario pudiera ser el aporte que irían a realizar, sobre la base de ese aporte, ningún dominio del hecho podían tener. Mal se podrá decir que de ellos dependía que el alzamiento en armas, los homicidios, las privaciones de libertad, etcétera, se cometieran o dejaran de cometer si ningún papel cumplirían cuando esos delitos se consumaran. En otras palabras, aun cuando los procesados en análisis se hubieran hallado agitando a la población mientras sus consortes cumplían su parte en el interior de la unidad, del sujeto colectivo que formaba este grupo externo, no dependía que el sujeto colectivo atacante iniciara, continuara o desistiera de la comisión de los diversos delitos.

Similares consideraciones deben formularse respecto del procesado

J. A. P., en relación a quien sólo se ha demostrado que colaboró en los sucesos del 23 y 24 de enero mediante la convocatoria de los hermanos V. Sin embargo, es forzoso formular aquí una aclaración desde el momento en que la Fiscalía responsabiliza a J. A. P. como coautor de todos los delitos cometidos con cita de un fallo de este tribunal.

En la causa N° 50 caratulada: "Firmenich, Mario Eduardo s/Doble homicidio calificado" se sostuvo que "tampoco debe olvidarse que destacada doctrina recoge como opinión dominante, aquella que acepta que para la contribución objetiva al hecho también es suficiente a veces «la ejecución de una simple acción de preparación o auxilio e incluso una simple colaboración espiritual»", pero recomienda examinar con especial cuidado "si el *minus* de participación en la real ejecución del hecho se equilibra con un correspondiente *plus* en la planificación conformadora del delito y si respecto de la cuota en el común dominio del hecho se logra por lo menos el valor límite mínimo del llamado dominio funcional del hecho". Como se adelantara allí, deberá ahora examinarse "con especial cuidado" si J. A. P. compartió aunque sea un mínimo del dominio funcional del hecho, ya que lo dicho al tratar en particular su situación procesal revela que efectivamente tuvo un *plus* en la diagramación de la asociación ilícita y sus formas de acceder al poder. Ha quedado demostrado, en mi criterio, que el día 21 de enero de 1989 J. A. P. recolectó a los hermanos V. para que concurrieran a la concentración previa al asalto al cuartel. Ahora bien, no ha sido demostrado del mismo modo que J. A. P. haya permanecido en alguno de esos lugares o bien que tuviera algún contacto con sus coprocesados mas allá que ese aporte de los V.

Por lo expuesto, si bien está probado su *plus* en la planificación de los delitos, entiendo que no se encuentra acreditado de la misma forma su *minus* en la ejecución del hecho, ya que la intervención de J. A. P. no permite afirmar que haya alcanzado siquiera un mínimo del dominio funcional del hecho.

Volviendo a la situación de D. E. M., J. M. E. B., J. C. A., D. A. G. A., M. A. F. y C. A. C., ya se ha expuesto cuál fue la intervención que les cupo en el concierto delictivo, corresponderá ahora calificar esa participación.

Si se advierten las características de los delitos cometidos, puede observarse que la existencia de un grupo externo con las funciones que éste tenía, no aparece necesario para su comisión. No resulta lógico pensar que sea imprescindible para cometer homicidios, robos, privaciones de libertad, etcétera, la existencia de personas que traten de convencer a la población existente en las proximidades del cuartel para que apoyara las operaciones que se realizaban en su interior. Por otra parte, si se repasa el plan concreto sobre el cual se iba a actuar, debo concluir que tampoco resultaba esencial la intervención que les cabía en los hechos. Como muestra de lo expuesto, baste mencionar que todos los delitos se llevaron a cabo en la forma prevista y ninguna participación tuvieron en ella los procesados en análisis.

No se me escapa que muy distinta es la posición de la Fiscalía; sin embargo, entiendo que ella parte de un error, cual es confundir la esencialidad de la participación de estos procesados para el logro de la ultraintención prevista al rebelarse, con la necesidad de su participación para la comisión de los delitos. Ya he expuesto por qué no resultaba imprescindible su intervención para cometer esos ilícitos. Debo decir ahora que si bien puede ser cierto que sin su intervención no podría haberse llevado a cabo el fin último del alzamiento en armas —o sea, la toma del poder—, la concreción o no de ese objetivo no es exigencia típica, por lo que mal puede decirse que un partícipe sea necesario porque preste una colaboración necesaria para la concreción de un objetivo penalmente superabundante.

La participación admite múltiples formas de concretarse. En principio, la mera promesa puede no ser vinculante para determinar la calidad de partícipe; sin embargo, es menester analizar en cada caso el marco en que aquélla se presta y los efectos de ese hecho para establecer adecuadamente la posición de quien la ofrece.

Así, la importancia que la colaboración prometida pueda tener en la determinación criminal del autor y la posterior conducta del promitente es relevante a esos fines. Si el sujeto, con un conocimiento más o menos completo de la acción principal, aceptó el plan del autor y formuló un compromiso serio de prestar su actividad al efectivo cumplimiento del aporte y determinando con ello la conducta del autor, se está en presencia de un aporte causal consumado, en tanto resulta

relevante para el Derecho aunque no haya existido una alteración del mundo exterior por su actividad. La circunstancia de que pueda luego cumplir o no la conducta prometida, podrá influir para determinar la calidad de la participación y el grado de la pena, pero no varía su ubicación como partícipe punible para la ley penal, toda vez que su contribución ya produjo el efecto causal que lo vincula al delito. La circunstancia de que el aporte se consume con anterioridad al hecho, no importa anormalidad alguna, por cuanto esa ubicación temporal no impide, ni mucho menos, encuadrarlo en el concepto de cooperación.

Obviamente que tal delito, dado el principio de accesoriedad que gobierna la materia, debe haber sido tentado o consumado por el autor, porque de lo contrario se estaría en presencia de una mera tentativa de participación impune.

En el supuesto que nos ocupa existe, pues, una participación efectiva en la preparación del hecho y un compromiso integrador de la decisión delictiva, independientemente de que se concrete íntegramente el aporte prometido, circunstancia que pasa a segundo plano porque ya quedó cumplida su contribución causal a la ejecución del delito.

No obstante no ser esencial dicho aporte, es cierto que el compromiso tuvo una indudable incidencia causal, aunque más no sea por el fortalecimiento moral que operara en el autor.

No se me escapa que alguna doctrina elimina esta forma de participación de nuestra normativa legal; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha admitido expresamente (ver *Fallos*: 210:417; 186:305; entre otros). Sostuvo el alto tribunal –siguiendo a Francesco Carrara– que “no existiendo concurso de acción, la participación fundada sobre el mero concurso moral no puede radicarse sino sobre un acto positivo y eficiente de la voluntad que se adhiere al delito”. El compromiso de participación satisface tal acto positivo. Si se entiende por eficacia la acción con que se logra determinado efecto, habrá que concluir que esa promesa contribuyó a determinar a los autores, lo que la convierte en eficiente.

No se trata de una tentativa de participación no punible –que comprende otras hipótesis en las que no llega a comprobarse ningún aporte causal–, porque aquí el sujeto efectuó, como dijera, una colaboración suficiente para quedar comprendido en las formas extensivas que prevé

la ley, sin perjuicio de que la posterior concreción total del aporte prometido —que, repito, como tal ya adquirió relevancia causal que lo hace punible—, pueda tener influencia para determinar la intensidad de su compromiso con el delito y la graduación de la pena correspondiente.

En el caso, los procesados respondieron a la convocatoria de los autores, se concentraron clandestinamente en el lugar establecido por éstos, donde conocieron el plan criminal y prometieron su contribución, integrándose desde entonces de manera vinculante a la ejecución del delito y condicionando toda su posterior conducta a la concreción de su aporte, para lo cual pernctaron en ese sitio y concurrieron oportunamente al lugar de los hechos. En tales condiciones y conforme lo que antes expresara, el fracaso de su cometido carece de relevancia para descartar su calidad de partícipes, que quedó consumada con el aporte causal referido. A ello cabe añadir que tampoco puede hablarse de un desistimiento voluntario de su accionar, pues en todo caso el incumplimiento de la promesa se debió a factores por completo extraños a su libre determinación.

En sentido estricto, tanto M. A. F., como D. A. G. A. y D. E. M. habían contribuido ya al delito desde el momento en que adquirieron las armas mencionadas en su oportunidad. En otros casos, una contribución de este tipo puede resultar esencial para la comisión del delito, pero en la especie y atento a la gran cantidad de armas dispuestas por el grupo, cada aporte individual pierde su imprescindibilidad para contribuir en forma secundaria.

En relación a J. A. P. su situación procesal es notablemente más comprometida. Ello así por cuanto el nombrado integró todos los organismos que fueron responsables tanto de la conversión de parte de un movimiento político en una asociación ilícita como de la diagramación de las formas por las que esa asociación accedería al poder. Tal participación lo convierte en responsable de todo cuanto el grupo hiciera organizadamente. Las formas organizativas que adquiriera el movimiento desde fines del año 1987, no permiten otra interpretación de los hechos que la expuesta. Corrobora lo dicho la circunstancia de que J. A. P. fuera uno de los puntales de la campaña emprendida los días previos al asalto para justificar las acciones que luego se iniciarían.

Está demostrado –ver su propia declaración indagatoria– que era la persona con más ascendencia moral dentro del grupo, aquella que tonificaba y cohesionaba los espíritus de sus compañeros, tarea esencial en la organización conforme diversa documentación secuestrada en autos (ver manuscritos “Línea política” y “MRB = MTP”). Finalmente, J. A. P. convocó y aportó a dos de los asaltantes del cuartel.

Desde el momento en que el ataque era una operación previamente programada, así como lo eran los delitos que se cometerían durante su concreción –ver por ejemplo documentos titulados “Proclama” y “Cuestiones” en el que se lo incluye–, el procesado, uno de sus principales organizadores, no podía desconocer, de ninguna manera, cuanto se pensaba hacer y efectivamente se hizo. Sin embargo, quiso ese resultado y actuó para lograrlo.

De todo lo expuesto, surge que J. A. P. realizó un aporte para la organización del ataque al Regimiento de Infantería Mecanizada 3 y para el ataque en sí mismo. La convocatoria y traslado de los hermanos V., en el contexto reseñado, importa una cooperación en los términos del artículo 46 del Código Penal, atento a la generalidad de la fórmula empleada por la ley. Por las mismas razones invocadas para no encuadrar en las previsiones del artículo 45 a quienes adquirieron armas, se excluye de esa norma el aporte de dos de sus compinches.

Por último, entiendo que resulta ilustrativo efectuar un somero análisis acerca del principio contenido en el artículo 80 de la ley 23.077, que dio sustento a todas las fundamentaciones aquí expuestas y por las que concluyo responsabilizando penalmente a los procesados. El proceso penal es un camino tendiente a esclarecer la verdad real de los hechos en él contenidos, cuya dilucidación debe sustentarse, conforme el sistema de las libres convicciones, en el pleno convencimiento del juzgador. Esta certeza que se cristaliza con libertad en el espíritu del sentenciante, encuentra y exige, como soporte, un análisis racional de los medios probatorios acumulados. Diversos factores confluyen para que aquel juicio se produzca de acuerdo a las normas de la experiencia lógica y psicológica. Así la inmediatez que se logra merced a la oralidad, que caracteriza a procesos como el que nos ocupa, hace posible al decir de Francisco J. D’Albora, que “...ese modo de percepción asegura la asunción directa de los sujetos procesales y [...]

de todo el material probatorio...” (conf. *Curso de Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 99, 1984). De esta manera, con el decurrir de las audiencias y a medida que la prueba se produce, el juez va tomando conocimiento de ésta en forma continua, sistemática y consecutiva logrando aprehenderla en el momento mismo de su producción. Tal como se explica, las versiones de los encartados dadas en distintas audiencias, relativas a la participación que les cupo en los sucesos traídos a juicio –audiencias en la que se expresaron, según el decir de alguno de ellos, con libertad y seguridad por primera vez–, constituyen de manera singular junto con los testimonios vertidos y la restante prueba acumulada –especialmente lo esencial de la documentación–, el contenido de la reflexión y de las operaciones del intelecto que comprenden el método de la sana crítica racional y regulan el correcto discurso (conf. Manuel Ayán, *La actividad probatoria del proceso penal*, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, N° VIII). No cabe duda de que, a lo largo de las numerosas audiencias producidas, el estado subjetivo se fue transformando y fue transitando por los distintos estadios de la certeza que debe imbuir todo pronunciamiento judicial, para llegar finalmente al “...estado de certeza ingraduable –teóricamente– de cuanto se conoce de modo tal que si adquiere la firme convicción de estar en la verdad positiva” (conf. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, t. II, pto. 466, p. 204, 1963).

Debo recordar, para concluir, que según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, ni tampoco a tratar todas las cuestiones planteadas ni a analizar los argumentos de las partes que, a su juicio, no sean decisivos (*Fallos*: 297:333; 300:535 y 1163; 301:602 y 676; 302:235, 1030 y 1191, entre muchos otros), principio que resulta de máxima aplicación en la especie si se atiende a la complejidad de la causa y a los plazos que establece la ley 23.077 para sustentar el pronunciamiento final.

El doctor *Barral* dijo:

Comparto en su totalidad el voto precedente. Sólo quiero destacar que, aun cuando se encarara el tema de la participación desde el punto de vista de la teoría formal objetiva, la solución sería la misma a la que arriba la colega preopinante. En efecto, todos los que ingresaron al cuartel deben responder como coautores de los delitos que se les atribuyen. Ese grado de participación se fundamenta, a mi juicio, en la material realización del propósito criminal que se consumó mediante la intervención directa de los trece procesados; y si bien no puede determinarse con exactitud la concreta actividad desarrollada por cada uno de ellos, es evidente que la concertación del modo de ejecución hace que deba reputarse a todos coautores de los delitos que el conjunto ejecutó. Se trata de un supuesto de autores plurales en convergencia intencional sobre un hecho común, y en esa actividad conjunta todos ellos han querido el hecho como propio. Tal es, por otra parte, el criterio que sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en la causa seguida contra F. G. y otros, donde se expresó que si los autores se habían complotado con anterioridad y concurrieron en realizar el hecho con un plan concertado de antemano, las circunstancias materiales comprendidas en la realización del delito se comunican a todos los coparticipes, aun cuando hayan sido cometidos por alguno de ellos solamente, pues todos han concurrido a la ejecución del hecho, desempeñando cada uno el papel que le fue asignado o el que las alternativas de la ejecución le deparó (*Fallos*: 191:46); doctrina que se reiteró en el caso de *Fallos*: 214:481. Es claro, también, que la situación de quienes no penetraron en el cuartel ha sido resuelta en el voto precedente de modo tal, que sus conclusiones coinciden con la teoría de la participación a la que antes me referí, por lo que nada habré de agregar sobre el punto en mérito a la brevedad. Con estas aclaraciones adhiero al voto de la doctora Herrera.

El doctor *Fossati* adhiere al voto de la doctora Herrera.

#### V. Sanciones aplicables

La doctora *Marta Herrera* dijo:

Para graduar y adecuar las sanciones a imponer he de tener en cuenta la naturaleza de los hechos, sus características y graves consecuencias. Valoraré, respecto del procesado R. F., su papel prepon-

derante en la conducción de la asociación ilícita con su consecuente poder de convocatoria sobre los demás integrantes, la jerarquía de jefe de grupo que ostentó en el ataque al Regimiento, conforme se desprende del rol de combate, su edad e instrucción como así también y en carácter de “plus de participación” el haber encargado la compra de las armas y repartirlas en forma personal, particularidades todas que revelan su alto grado de peligrosidad. Por último tendré en cuenta la condena anterior que registra y la impresión que del encartado me formé en ocasión de la audiencia de conocimiento; todo lo cual permite avizorar ahora un pronóstico de conducta. Por todo ello, votaré por la imposición de una condena de reclusión perpetua más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, accesorias legales y costas. En lo atinente a la procesada C. B. A., meritaremos su edad, instrucción secundaria, falta de antecedentes y la impresión formada en la audiencia de rigor. Tendré en cuenta también su concurrencia a cerrar los contratos de alquiler de una de las quintas que sirvieron de lugar de concentración, lo que marca su mayor compromiso con el hecho delictuoso; pero fundamentalmente, haré mérito de su condición de jefe de uno de los grupos de asalto en los hechos del día 23 de enero, jefatura efectivamente ostentada conforme los testimonios de sus rehenes del Casino de Suboficiales. Por todo ello, votaré la imposición de la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas.

En cuanto a los procesados C. E. M.; J. A. M.; S. M. P.; I. M. F.; M. A. A.; C. N. R.; C. O. V.; J. S. R.; G. A. M.; L. A. D. y L. D. R., valorados sus distintos grados de instrucción, edades, falta de antecedentes e impresión formada en las respectivas audiencias de conocimiento, votaré por la imposición de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas respecto de cada uno de los nombrados, desde que no encuentro circunstancias que motiven la elevación de la coerción por sobre el mínimo que la ley autoriza.

Respecto del procesado J. A. P., ponderaré su carácter de dirigente de la asociación, el grado de participación acreditado (art. 46, Cód. Pen.), su condición de religioso, que debió haberlo motivado para obrar con mayor respeto por la vida humana, el ascendiente moral que como sacerdote ejercía sobre sus miembros; haré mérito también de su espontánea presentación ante la justicia, su falta de antecedentes y el

concepto que de él me formé en ocasión de conocerlo personalmente conforme lo prevé el artículo 41, *in fine* del Código Penal; en base a estas circunstancias analizadas, considero justa la imposición de una pena de 20 años de prisión, accesorias legales y costas.

En cuanto a la procesada D. E. M. tengo en cuenta el hecho de haber sido la encargada de convocar, conducir y dirigir al grupo de agitación; la circunstancia de haber adquirido un arma para el ataque al regimiento, la impresión que de ella tomé en ocasión de la audiencia *de visu* como así también su edad e instrucción; en virtud de lo cual votaré por la imposición de una pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas.

Para graduar la pena a imponer a M. A. F. tendré en cuenta su instrucción universitaria y su consecuente nivel cultural, el plus de compromiso criminal que importa la adquisición de un arma, como así también su falta de antecedentes y la impresión que de él me formé en ocasión de la audiencia normada en el artículo 41, *in fine* del Código de fondo. Por ello propongo la imposición de 13 años de prisión, accesorias y costas.

En cuanto al encartado D. A. G. A. considero su nivel cultural e instrucción, su edad, la compra efectuada de arma, con la significación que ello reviste, su falta de antecedentes y la impresión recogida al conocerlo personalmente; por lo que votaré la imposición de una pena de 13 años de prisión, accesorias y costas.

Respecto de C. A. C., he de tomar en cuenta para una adecuada valoración su edad, nivel cultural, el que en mi opinión es muy superior al que demostraría su grado de instrucción escolar, la impresión que me formara al tomar conocimiento personal de ella, su presentación espontánea al proceso y su falta de antecedentes; por todo lo cual, encuentro justa la aplicación de una pena de 11 años de prisión con más sus accesorias legales y costas.

En cuanto a J. M. B., valoraré su instrucción, su juventud, su falta de antecedentes y el concepto que de él me formé al entrevistarlo, por lo que encuentro adecuada la imposición de una pena de 11 años de prisión, accesorias legales y costas.

En orden a J. C. A., ponderaré su nivel cultural, su instrucción,

su ausencia de antecedentes criminales y por último la impresión que de él me formé en ocasión de entrevistarlo, no encontrando en todo ello elementos que motiven la elevación de la sanción a discernir más allá del mínimo legal; en consecuencia, votaré la imposición de una pena de 10 años de prisión, accesorias legales y costas.

Los doctores *Jorge Eduardo Barral* y *Hugo Rodolfo Fossati* adhieren a las consideraciones y conclusiones que anteceden.

#### VI. *Determinación de los hechos que se estiman acreditados*

Sobre la base del acuerdo precedente, el tribunal estima acreditado –de conformidad con el sistema de valoración de la prueba consagrado por la ley 23.077– que todos los aquí procesados se agruparon en una asociación ilícita, contribuyendo con esa acción a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esa asociación ha sido integrada por más de diez personas, dispuso de armas de guerra y poseyó una organización de tipo militar. El día 23 de enero los procesados R. F., C. B. A., M. A. A., J. A. M., C. E. M., J. M. F., G. A. M., S. M. P., S. J. R., L. D. R., C. O. V., C. N. R. y L. A. D., sustrajeron mediante la ostentación de armas el camión Ford F 7000, dominio .... Con ese vehículo, otros previamente habidos y haciendo uso de las armas antedichas, ingresaron en forma violenta a la sede militar compartida por el Regimiento de Infantería Mecanizada 3 y el Escuadrón de Exploración de Caballería Blindada 1, movidos por la finalidad de derrocar al Poder Ejecutivo Nacional.

En el interior de las unidades y en el lapso que medió entre el ingreso citado y la rendición acaecida el día 24 de enero, quitaron la vida a R. T. T., L. M. D., E. G. G., J. G. A., D. J. G., H. F. C., J. M. S., R. R. E., R. W. O. y R. A. R.

Idéntico propósito tuvieron en relación a M. A. B., H. H. S., J. C. T., C. O. R., P. A. V., M. A. R. O., J. R. L., J. C. F., M. L. N., J. F. C., R. B., R. M., A. O. B., V. R. D., C. A. R., L. A. R., L. A. L., L. S., J. A. B., M. A. R., J. W. B., P. S. P., J. I. L. Z., G. G., E. G. N., E. C. y H. R. C., a quienes, sin embargo, sólo les produjeron lesiones de variada gravedad.

Los homicidios fueron ejecutados con el concurso premeditado de

los justiciables, quienes concretaron tales injustos para preparar, facilitar y consumir otros delitos.

De igual modo, los procesados produjeron las lesiones que sufrieran R. B., L. G., L. H., R. A. O., D. A., R. C., J. D. A., A. R. T., P. A. A., J. C. G. y V. A. D.

Lograron la posesión de los edificios del predio castrense individualizados como Cuadra del Escuadrón, Compañía "B", Logística y Casino de Suboficiales; privaron de su libertad a las personas que se encontraban en tales lugares al momento de la usurpación y como consecuencia de la restricción aludida L. C. y S. M. P. –cautivos en la Compañía "B"– sufrieron graves daños en su salud, del mismo modo que O. C. –cautivo en el Casino de Suboficiales–, perdió la vida. Las acciones descritas tuvieron por objeto forzar a las víctimas y/o a terceros a realizar distintas conductas contra su voluntad.

Los justiciables se apoderaron, también, merced al uso de armas, de armamento y municiones existentes en la Compañía "B" y en la Cuadra de Tropa del escuadrón. Los procesados J. A. P., D. E. M., M. A. F., D. A. G. A., C. A. C., J. M. E. B. y J. C. A. prestaron una cooperación útil aunque no imprescindible para la consumación de tales delitos.

## VII. *De la conducta de algunos defensores*

Párrafo aparte merece la modalidad con que la defensa ha conducido los alegatos sobre la prueba rendida en este debate. A través de ella se pudo observar que algunos de los letrados transitaron desde el agravio indiscriminado e infundado, que pretendía colocar a los miembros del tribunal en una virtual subordinación a algún poder, podía ser político o militar; hasta el reconocimiento de su naturaleza de órgano equidistante que actúa en el ejercicio de la tarea de juzgar.

En esta última circunstancia se apeló reiteradamente a que pusiera las cosas en su lugar, como si repentinamente se hubieran desvanecido los temores anteriores.

Huelga decir que la modalidad del ataque personal nada tiene que ver con la defensa en juicio. No es necesario recordar, porque surge de la compulsión de las desgrabaciones del debate oral, que no es exacta la

afirmación, reiterada a modo de consigna política, de que hubo un cierre abrupto del debate dejando a la defensa privada de prueba sustancial; respecto de la cual nunca se precisó la incidencia que podía tener.

Para esta Cámara, la finalidad de tanta disparidad queda clara. Si admite los postulados defensistas, estará inscrita en los cánones de la dignidad, de otro modo, habrá cumplido con un designio dictado por algún centro de poder, cuya filiación no ha quedado muy clara.

Frente a la ardua tarea que ha significado juzgar hechos que han conmovido los cimientos del país, sólo se pretendía de profesionales del Derecho que en mérito a elementales principios de respeto —para no incursionar en la ética—, reconocieran que con independencia de la valoración que le merezca su resultado, el presente ha sido simplemente un juicio, con todo lo que ello significa.

De igual modo, se han vertido agravios reiterados dirigidos al representante del Ministerio Público que podrían exceder los límites de un adecuado derecho de defensa. Conforme a todo ello, se arriba al fallo obrante a fs. 6112/6115, al que se deberá considerar agregado, como punto VIII bis la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley 6582/58 y como VIII ter el rechazo de las nulidades articuladas por la defensa.

### *Veredicto*

Analizadas las nulidades planteadas por la defensa, sólo fueron tratadas y rechazadas aquellas que el tribunal consideró de interés para el juicio.

En tal sentido, pues, se han tenido por válidos los allanamientos y secuestros practicados por la Instrucción, descartándose las objeciones formales que a su respecto se plantearon.

Mucho se ha insistido a lo largo de los alegatos defensistas, y se ha esgrimido como tacha a la actividad jurisdiccional del tribunal la utilización que se habría hecho como elementos cargosos, de documentación emanada de organismos de inteligencia militar. Y debe destacarse que tal afirmación es absolutamente falaz. Sin perjuicio de la intervención que dichos organismos pudieron considerar necesaria para el esclarecimiento del hecho de autos, y aun de los documentos que

en algún momento adjuntaron al expediente, debe quedar claro que esta Cámara no ha hecho mérito del contenido de ninguno de ellos como elemento cargoso.

Asimismo, no se admitió la articulada como nulidad genérica del proceso, habida cuenta que, entre otros razonamientos, se hizo mérito de que no existió el pretendido cercenamiento del objeto procesal. Ello así por cuanto toda la investigación vinculada con las modalidades con que se llevó a cabo la recuperación del Regimiento atacado y las veintiocho muertes que en esa ocasión se produjeron son investigadas en la causa principal que permanece tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia.

Dicha investigación estaba vedada en este juicio oral y público por la misma ley 23.077, toda vez que sus prescripciones son taxativas en cuanto a las figuras delictivas susceptibles del procedimiento por ella previsto. En el caso, exclusivamente, los delitos de asociación ilícita calificada y rebelión. Por lo tanto, la separación de causas, efectivamente se hizo a sabiendas, pero de las exigencias de la ley.

Resulta claro, pues, que sobre aquellos hechos no se advierte la alegada privación de justicia, que reiteradamente ha invocado la defensa.

Asimismo, se desechó la invalidez del sumario fundada en una ilegítima intervención de las fuerzas armadas en el caso, la que devendría, a juicio de la defensa, de la ausencia de normas que expresamente autorizaran a su comandante en jefe a habilitarlas para actuar. Ello así, por haber entendido el tribunal conforme a una hermenéutica de los preceptos constitucionales pertinentes, conjugada con la situación creada por el hecho de autos, que la conducta en cuestión importó el ejercicio de una potestad que le es propia y fue ejercida dentro de las pautas de razonabilidad que constituyen el objeto del control judicial.

Sobre la base de prueba documental, pericial, testimonial, informativa y confesional, valorada conforme al sistema de las libres convicciones previsto por el artículo 80 de la ley 23.077, el tribunal ha tenido por demostrado que los aquí procesados formaron una asociación ilícita bajo resguardo de integrar un movimiento político legítimo. Tal conclusión se encuentra fundamentalmente avalada por el examen del esquema organizativo adoptado, la conducta de sus integrantes que se manifestó

en la obtención de lugares aptos para la concentración de cuadros, la compra de armas, el cumplimiento puntual de un plan, etcétera.

En efecto, de la documentación secuestrada se desprende con claridad el objeto ilícito de la asociación.

En este sentido se proponía el desarrollo e impulso del trabajo entre las masas con una activa participación en todas las luchas reivindicativas, lo que permitiría dirigir las futuras luchas políticas y militares de esas masas, integrándose al movimiento una estructura paralela de carácter militar, la que junto con la política llevaría a configurar la vanguardia político-militar de un proceso revolucionario. Para ello debían justificarse y propiciar formas de lucha ilegales, con toma de viviendas, tierras, universidades, fábricas, etcétera, haciendo cuestionar a los participantes la legalidad del sistema vigente.

En busca de ese objetivo se orquestó un sistema de dirigentes, cuadros y militantes, iniciándose un proceso de depuración para desplazar a quienes no compartieran la línea trazada. También se previó la formación de escuelas donde se explicarían los criterios organizativos que deben hacer a una organización revolucionaria, sobre la base de la guía científica del marxismo-leninismo y las enseñanzas prácticas de revoluciones triunfantes. De ese modo, se lograría formar un ejército de cuadros en calidad, cantidad y estructura suficiente a las exigencias de la revolución. Para todos, dirigentes y militantes, se previeron inclusive la aplicación de criterios de seguridad para una eventual represión y clandestinidad, tales como la compartimentación entre cada compañero o grupo y los organismos de dirección y a la inversa.

Como modo de lograr su aspiración última de hacerse del poder político del país, se planeó simular un golpe de Estado para —bajo la fachada de una reacción popular— provocar una verdadera insurrección que congregara multitudes de buena fe, a cuyo amparo intentarían concretar aquel cometido. A tal fin se había redactado también un plan de gobierno con las primeras medidas que tomaría desde el poder, entre ellas: declarar disuelto el ejército profesional y reemplazarlo por el pueblo en armas (Frente de Resistencia Popular), anular las leyes de punto final y obediencia debida, disponer aumentos salariales, congelamientos de precios, suspensión de desalojos, nacionalización de la banca y el comercio exterior, reformas constitucionales, expropiación

de bienes, etcétera, de donde se deduce que el alzamiento en armas llevaba las finalidades que prevé el artículo 226 del Código Penal al configurar el delito de rebelión.

También se tuvo por probado, que el día 23 de enero, en cumplimiento de aquellos planes y confluyendo desde distintos lugares donde se habían concentrado, a bordo de varios vehículos y armados, se agruparon en las cercanías del RI 3, donde algunos de ellos simulando pertenecer a un sector del Ejército —mediante un *camouflage* de combate—, se apropió de un camión que les resultaba necesario para irrumpir violentamente en las instalaciones del cuartel, acción que cumplieron todos, a la vez que arrojaban panfletos alusivos a dicho sector y gritaban consignas relativas al mismo.

Una vez dentro de él hicieron uso de sus armas para reducir al personal allí existente y así apoderarse de distintos edificios, procedimiento que facilitaría su objetivo de tomar armamentos y vehículos apropiados, para luego, favorecidos por la antes aludida concentración popular previamente orquestada, intentar deponer alguno de los poderes públicos.

En tal sentido, ha quedado totalmente descartado el pretexto que esgrimen los acusados a fin de justificar su accionar criminoso. Por el contrario, puede concluirse que utilizando los precedentes alzamientos militares, cuya gravedad este tribunal en ningún momento puso en duda, se intentó fraguar un movimiento de este tipo para amparar así la decisión de tomar por asalto un cuartel militar, conforme el plan trazado anteriormente. No otra conclusión puede extraerse de las circunstancias de haberse camuflado de modo que pudiera confundirlos con los integrantes del grupo de militares comúnmente denominados “carapintadas”, como con toda claridad lo dice el testigo L. A. M. al exponer sobre las circunstancias en que fue despojado del camión de transporte de gaseosas que conducía.

Tal confusión, fue apuntalada, además, por los gritos proferidos en ocasión de iniciar su accionar delictivo, de lo que dan cuenta los testigos que presenciaron el ingreso al Regimiento, como también algunos que se encontraban en distintas dependencias del cuartel, cuando mencionan el tipo de vestimenta que llevaban parte de los atacantes.

Finalmente, ello se abona con los panfletos arrojados a su paso al robar el camión mencionado e ingresar al Regimiento.

Otra vez con ellos —que según surge de las pericias practicadas fueron confeccionados con la máquina de escribir de J. B.—, se intentó la simulación de identidades, al mencionarse el ejército de Rico y Seineldín. En consecuencia, se intentó y se consiguió parcialmente mimetizarse en el asalto al Regimiento con un grupo de las fuerzas armadas, lo que sin duda les garantizaba en los momentos iniciales del ataque que la confusión a que han aludido los testigos, disminuyera la respuesta armada, ante la posibilidad de encontrarse frente a fuerzas integrantes de la misma institución.

Pero lo que es más importante como conclusión, es que esa pretensión de confundirse, como ya se dijo, quita todo sustento a la versión de tratarse los asaltantes de un grupo que llevado por su intención de defender la plena vigencia de la Constitución Nacional reaccionó frente a un pretendido golpe de Estado, haciendo uso del derecho de resistencia a la opresión. Lejos de ello no se ha rendido ninguna prueba idónea respecto del pretendido movimiento militar. Por el contrario, se escenificó un golpe o intento de golpe con el objeto de amparar la finalidad criminosa.

En el transcurso del ataque y hasta su posterior rendición, como consecuencia del accionar desplegado en el interior del cuartel y como hechos que la Cámara considera atribuibles al grupo incursor, se produjo la muerte de los soldados R. T. T., L. M. D., H. C. y D. G.; del comisario inspector de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, E. G. G.; del sargento primero de la misma fuerza de seguridad, J. M. S.; del cabo primero del Ejército J. G. A., del mayor del Ejército H. F. C.; del sargento ayudante R. R. E.; del teniente primero R. A. R. y del sargento primero R. W. O.

También se ha tenido por demostrado el propósito homicida que existió en el mecanismo empleado al causar las lesiones que sufrieran el sargento H. H. S., el cabo 1° M. A. B., el sargento ayudante P. A. V., el teniente M. A. R. O., el teniente 1° J. R. L., el sargento J. C. F., el sargento M. L. N., el cabo 1° J. W. B., el soldado P. S. P., el teniente coronel J. L. I. Z., el cabo 1° G. G., el teniente coronel E. G. N., el cabo E. C. y el teniente H. R. C., todos ellos del Ejército

Argentino. A la misma conclusión se arribó en cuanto a los hechos que produjeran lesiones al comisario J. F. C., al cabo R. B., al cabo R. M., al sargento 1º A. O. B., al sargento 1º V. R. D., al agente C. A. R., al subcomisario L. A. R., al cabo L. A. L. y al sargento J. C. T., éstos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, como así también respecto del subcomisario E. L. S. y los suboficiales J. A. B. y M. A. R. de la Policía Federal Argentina. Y por último, a igual conclusión se arribó en lo atinente a las lesiones sufridas por el cabo C. O. R., del Cuerpo de Bomberos de La Matanza.

Se ha tenido por plenamente probado, si bien ya no con el aludido propósito homicida, que como consecuencia del ataque descrito sufrieron lesiones el cabo R. A. O., el cabo D. A., el sargento R. C., el cabo 1º J. D. A., el cabo A. R. T., el cabo P. A. A., el escribiente J. C. G., el empleado civil V. A. D., el teniente primero R. B., el sargento ayudante L. G. y el civil L. H.

Los hechos precedentemente mencionados fueron calificados como asociación ilícita agravada (art. 210 bis del Cód. Pen.), rebelión (art. 226, párrafo primero), robo doblemente agravado (arts. 166 en función del art. 164 del Cód. Pen.), usurpación (art. 181 del Cód. citado), homicidio agravado (art. 80 del Código de fondo), tentativa de homicidio agravado (arts. 42 y 80, inc. 6º y 7º del citado cuerpo legal), lesiones leves (art. 89 del Cód. Pen.), lesiones graves (art. 90 del mismo Código) y privación ilegal de la libertad agravada (art. 142 bis y 142 bis, *in fine* del Cód. Pen.), aplicándose al respecto las normas de concurso real entre los dos primeros delitos y las del concurso ideal entre el último de ellos –rebelión–, y los restantes.

Al analizar la responsabilidad que a los aquí procesados les cupo en los hechos que se han tenido por probados, por las razones antes expuestas y la interpretación que el tribunal otorga a la norma constitucional, se rechazó la invocación del artículo 21 de la Constitución Nacional y cualquier hipótesis de error que pudiera eliminar o disminuir la culpabilidad.

Luego de ello se tuvo por probada la responsabilidad que a todos los procesados les cupo en el delito de asociación ilícita calificada, en virtud de lo cual y a este respecto deberán responder en carácter de coautores (art. 45 del Cód. Pen.).

En cuanto a los demás delitos, los procesados que ingresaron al cuartel fueron considerados coautores (art. 45 del Cód. cit.) en virtud de haber efectuado aportes necesarios a los hechos en las etapas ejecutivas y respondiendo a un plan prefijado.

En lo que respecta a J. C. A., J. M. B., C. A. C., D. A. G. A., M. A. F., D. E. M. y J. A. P., responderán como partícipes secundarios (art. 46 del Cód. Pen.), por prestar una cooperación no imprescindible a los coautores.

Los nombrados, con excepción del procesado J. A. P., respondieron a la convocatoria de los autores, se concentraron clandestinamente en el lugar establecido por éstos, donde conocieron el plan criminal y prometieron su contribución, integrándose desde entonces de manera vinculante a la ejecución del delito y condicionando toda su posterior conducta a la concreción de su aporte, para lo cual pernoctaron en ese sitio y concurrieron oportunamente al lugar de los hechos.

En tales condiciones, el fracaso de su cometido carece de relevancia para descartar su calidad de partícipes, que quedó consumada con el aporte causal referido. En sentido estricto, tanto M. A. F., como D. G. A. y D. E. M., habían contribuido ya al delito desde el momento en que adquirieron armas.

En cuanto a J. A. P., descartadas que fueron sus excusas a través de distintos medios de juicio, el tribunal concluyó que era conocedor y partícipe del accionar ilícito que se gestó en el seno del secretariado que integraba.

Por otra parte, resultó acreditado que efectuó un aporte no imprescindible para la concreción de los hechos acontecidos los días 23 y 24 de enero, con conocimiento de cuanto su contribución significaba.

Por fin, se han valorado las condiciones personales y demás circunstancias previstas por los artículos 40 y 41 del Código Penal de todos los procesados.

Párrafo aparte merece la modalidad con que la defensa ha conducido los alegatos sobre la prueba rendida en este debate. A través de ella se pudo observar que algunos de los letrados transitaron desde el agravio indiscriminado e infundado, que pretendía colocar a los miembros del tribunal en una virtual subordinación a algún poder, podía

ser político o militar; hasta el reconocimiento de su naturaleza de órgano equidistante que actúa en el ejercicio de la tarea de juzgar.

En esta última circunstancia se apeló reiteradamente a que pusiera las cosas en su lugar, como si repentinamente se hubieran desvanecido los temores anteriores.

Huelga decir que la modalidad del ataque personal nada tiene que ver con la defensa en juicio. No es necesario recordar, porque surge de la compulsión de las desgrabaciones del debate oral, que no es exacta la afirmación, reiterada a modo de consigna política, de que hubo un cierre abrupto del debate dejando a la defensa privada de prueba sustancial; prueba ésta respecto de la cual, además, nunca se precisó la incidencia que podía tener.

Para esta Cámara, la finalidad de tanta disparidad queda clara. Si admite los postulados defensoriales, estará inscripta en los cánones de la dignidad, de otro modo, habrá cumplido con un designio dictado por algún centro de poder, cuya filiación no ha quedado muy clara.

Frente a la ardua tarea que ha significado juzgar hechos que han conmovido los cimientos del país, sólo se pretendía de profesionales del derecho, que en mérito a elementales principios de respeto —para no incursionar en la ética—, reconocieran que con independencia de la valoración que le merezca su resultado, el presente ha sido simplemente un juicio, con todo lo que ello significa.

De igual modo, se han vertido agravios reiterados dirigidos al representante del Ministerio Público que podrían exceder los límites de un adecuado derecho de defensa.

### VIII. *Fallo*

En mérito al acuerdo que antecede, por unanimidad el Tribunal *falla*:

I. *Condenando* a R. F., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de reclusión perpetua, con más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, accesorias legales y costas; a C. B. A., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de reclusión, perpetua accesorias legales y costas; a M. A. A.; L. A. D.; I. M. F.; G. A. M.; J. A. M.; C. E. M.; S. M. P.; L. D. R.;

S. J. R.; C. N. R. y C. O. V., de las demás condiciones personales obrantes en la causa, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas; por considerarlos coautores penalmente responsables de los delitos de asociación ilícita calificada, en concurso real con rebelión, el que concurre idealmente con los delitos de usurpación; homicidio doblemente agravado reiterado (10 ocasiones); múltiple homicidio en grado de tentativa doblemente agravado (12 ocasiones); robo agravado por su comisión con armas reiterado (3 ocasiones); privación ilegal de la libertad calificada por haberse cometido como medio de coacción reiterada (4 ocasiones), una de las cuales se agrava también por resultar grave daño en la salud del ofendido y otra por resultar la muerte de la persona ofendida; lesiones graves reiteradas (3 ocasiones) y lesiones leves reiteradas (8 oportunidades) (arts. 12; 29, inc. 3º; 42; 45; 54; 55; 80, incs. 6º y 7º; 89; 90; 142 bis; 142 bis acápite segundo en función del 142, inc. 3º; 142 bis último párrafo; 166, inc. 2º; 181, inc. 3º; 210 bis conforme las características de sus apartados a, b y d, y 226, todos del Código Penal y 86 de la ley 23.077).

II. *Condenando* a J. A. P., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas; a D. E. M., de las demás condiciones personales obrantes en la causa, a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas; a D. A. G. A. y M. A. F., de las demás condiciones personales obrantes en la causa, a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas; a J. M. E. B. y C. A. C., de las demás condiciones personales que lucen en autos, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas; a J. C. A., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas; por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de asociación ilícita calificada y partícipes secundarios de rebelión, que concurre materialmente con la asociación ilícita e idealmente con los delitos de usurpación; homicidio doblemente agravado reiterado (10 ocasiones); múltiple homicidio en grado de tentativa doblemente agravado (12 ocasiones); robo agravado por su comisión con armas reiterado (3 ocasiones); privación ilegal de la libertad calificada por haberse cometido como medio de coacción reiterada (4 ocasiones), una de las cuales se agrava también por resultar grave daño

en la salud del ofendido y otra por resultar la muerte de la persona ofendida; lesiones graves reiteradas (3 ocasiones) y lesiones leves reiteradas (8 oportunidades) (arts. 12; 29 inc. 3º; 42; 45; 46; 54; 55; 80, incs. 6º y 7º; 89; 90; 142 bis; 142 bis acápite segundo en función del 142, inc. 3º; 142 bis último párrafo; 166, inc. 2º; 181, inc. 3º; 210 bis conforme las características de sus apartados a, b y d, y 226, todos del Cód. Pen. y 86 de la ley 23.077).

III. *Declarando*, en atención al tiempo que lleva en detención el nombrado J. A. P. (8 meses y 6 días), que la pena impuesta vencerá el 29 de enero del año 2009 a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12.00 horas de ese día.

IV. *Declarando*, en virtud del tiempo que lleva en detención la nombrada D. E. M. (8 meses y 13 días), que la pena impuesta vencerá el 22 de enero del año 2004, a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12.00 horas de ese día.

V. *Declarando*, en función del tiempo que llevan en detención los nombrados D. A. G. A. y M. A. F. (8 meses y 13 días), que las penas impuestas vencerán el 22 de enero del año 2002 a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectivas sus libertades a las 12.00 horas de ese día.

VI. *Declarando*, en virtud del tiempo que lleva en detención el nombrado J. M. E. B. (8 meses y 13 días), que la pena impuesta vencerá el 22 de enero del año 2000 a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12.00 horas de ese día.

VII. *Declarando*, atento al tiempo que lleva en detención la nombrada C. A. C. (8 meses y 5 días), que la pena impuesta vencerá el 30 de enero del año 2000, a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12.00 horas de ese día.

VIII. *Declarando*, en atención al tiempo que lleva en detención el nombrado J. C. A. (8 meses y 13 días), que la pena impuesta vencerá el 22 de enero del año 1999 a las veinticuatro horas, debiendo hacerse efectiva su libertad a las 12.00 horas de ese día.

VIII bis. *Declarando* la inconstitucionalidad del decreto-ley 6582/58.

VIII ter. *Rechazando* los planteos de nulidad articulados por la defensa.

IX. *Absolviendo* libremente a J. C. A., C. B. A., M. A. A., J. M. E. B., C. A. C., L. A. D., M. A. F., D. A. G. A., R. F., I. M. F., G. A. M., D. E. M., J. A. M., C. E. M., S. M. P., J. A. P., L. D. R., S. J. R., C. N. R. y C. O. V., en orden a los hechos que damnificaron a J. A. R., R. H. S., R. I. P., J. M. M., C. A., R. R., P. P., M. F. A., A. M. G., D. H. V., R. M. R., D. O. D. S. y O. M.; por los que fueran oportunamente acusados.

X. *Ordenando* la remisión de testimonios al juez competente de los alegatos formulados los días 28 y 29 de septiembre por el doctor R. S. y los días 2 y 3 de octubre por el doctor A. R. S., ante la posible comisión del delito de desacato.

XI. *Ordenando* la remisión de los efectos secuestrados en este proceso al Juzgado Federal de Morón, en atención a la tramitación en esa sede de la causa N° 1722 del registro de la Secretaría N° 3.

XII. *Teniendo* presente la reserva del caso federal efectuada por la defensa en oportunidad de su alegato.

XIII. Se fija la audiencia del día martes 10 del corriente a las 15.00 horas para la lectura de los fundamentos de este pronunciamiento. Regístrese, hágase saber y practíquense las comunicaciones de rigor.



## CAPÍTULO II

### SEDICIÓN

SUMARIO: *La sedición*. I. Análisis general. II. Antecedentes. III. Bien jurídico protegido. IV. Tipo objetivo. 1. Armar una provincia contra otra. 2. Alzamiento en armas. V. Tipo subjetivo. 1. Armar una provincia contra otra. 2. Alzamiento en armas. VI. Consumación. 1. Armar una provincia contra otra. 2. Alzamiento en armas. Jurisprudencia. *El motín*. I. Antecedentes. II. Atribución indebida de los derechos del pueblo. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Sujetos. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. III. Alzamiento público. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación. Jurisprudencia.

### LA SEDICIÓN

#### I. Análisis general

El capítulo de la sedición comprende la sedición propiamente dicha, en el artículo 229, que a su vez comprende el armamento de una provincia contra otra y el alzamiento en armas, y la sedición por atribución de los derechos del pueblo (arts. 22 de la Const. Nac.; 230, inc. 1º, Cód. Pen. y el llamado “motín”, art. 230, inc. 2º, Cód. Pen.).

La Constitución habla de sedición en los artículos 6º, 22, y 127.

Artículo 6º: “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”. El artículo 22 expresa que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de sedición”. Y el artículo 127 establece que “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema

de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley". Pues bien, el Código comprende todos estos hechos en los artículos antes mencionados<sup>1</sup>.

Artículo 229: "Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el Gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidos en la ley".

## II. Antecedentes

El proyecto de 1891, en el artículo 273, castigaba con destierro de dos a seis años a los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, se alzaren en armas para impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de las facultades legales de cualquiera de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, o la formación o renovación de estos poderes en los términos y formas legales. La disposición de motivos fundamentó la disposición, diciendo: "El artículo 273 prevé los casos consignados en los artículos 6º y 109 de la Constitución, en el 19 de la ley de 1863 y en los incisos 2º, 3º, 4º y 6º del artículo 226 del Código Penal, es decir, todo alzamiento armado cuyo fin sea impedir el libre ejercicio de las facultades legales de cualquiera de los poderes públicos de una provincia, aunque no sea la misma en que el alzamiento tiene lugar, o la formación o renovación legal de esos poderes. Asimilamos a las provincias a los territorios federales, porque después de la ley de 1863 han sido éstos constituidos con autoridades locales hasta cierto punto análogas a las también contra cualquier alzamiento armado que no llegare a asumir el carácter de rebelión contra el gobierno nacional". "No consignamos los casos de reforma y alteración violenta de las instituciones locales a que se refieren los incisos 1º y 5º del artículo 226 del Código Penal vigente, porque, o ese atentado se propone alterar la forma republicana representativa, prescripta por la Constitución Nacional,

<sup>1</sup> NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 323; MORENO, ob. cit., ps. 97/98.

y entonces está previsto como sedición, si hay alzamiento para impedir el funcionamiento, formación o renovación de alguno de los poderes públicos locales, o como usurpación o abuso de autoridad si el hecho es ejecutado, sin alzamiento armado por alguna de las autoridades. Además, cualquiera de estas circunstancias que concurra, si el hecho no constituye rebelión, no ha habido derrocamiento de las autoridades legales, no es grave, porque sus consecuencias pueden ser fácilmente evitadas mediante la intervención del gobierno nacional, conforme a los artículos 5º y 6º de la Constitución”.

En el proyecto de 1906, el artículo concordante fue redactado en la siguiente forma: “Será reprimido con detención de uno a seis años los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armen una provincia contra otra, se alzaren en armas para deponer a algunos de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales, o su formación o renovación en los términos y formas establecidos en la ley”.

A su vez el artículo 248 decía “Serán reprimidos [...] 1. Los que ejecutaren cualquier acto encaminado a alterar o destruir por medios ilícitos la constitución de una provincia; 2. Los que se alzaren en armas para sustraer a la obediencia del gobierno de una provincia, algún departamento o partido de ésta”.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, procediendo con el mismo criterio que se ha recordado en el capítulo anterior, suprimió el artículo 248 del proyecto de 1906 pero se olvidó de intercalar, como lo hizo con el artículo 226, las palabras “cambiar la constitución local” después de “alzarse en armas”, pero esa omisión fue salvada por la segunda Comisión de Códigos del Senado, quedando el artículo redactado en la forma que tiene hoy después de la pequeña y necesaria modificación<sup>2</sup>.

El texto actual es el original en base a la ley 16.648.

### III. Bien jurídico protegido

El bien jurídico contemplado es el orden institucional provincial

<sup>2</sup> MORENO, ob. cit., t. 6, ps. 98/100.

tanto en las relaciones entre las provincias, como el interno de cada una de ellas. Pero si este alzamiento va más allá de las provincias y afecta a la Nación se estará frente al delito de rebelión.

#### IV. Tipo objetivo

El artículo prevé dos tipos penales distintos. Por una parte, el hecho de armar una provincia contra otra y, por otro, el alzamiento en armas.

##### 1. *Armar una provincia contra otra*

Sostiene Aguirre Obarrio que en este caso se trata de una movilización oficial y hostil dispuesta por las autoridades de una provincia. La cláusula “o invasión a otra provincia” es sobreabundante, ya que está incluida en la primera parte. Con cierta ironía afirma: no es imaginable que se propongan desencadenar una guerra interprovincias para practicar artes marciales y volver cada uno a su lugar dejando todo tal cual estaba, excepto el tendal de muertos, heridos y destrucción<sup>3</sup>.

Núñez por su parte afirma que la fórmula comprende tanto hostilidades de hecho de una provincia contra otra, como la invasión que es motivo de intervención federal. Pero también afirma que estas hostilidades de hecho tienen que tener en cuenta ataques de provincias a provincias como entidad política<sup>4</sup>.

Soler, cuando explica el término, sostiene que “armar una provincia contra otra” es una cuestión metafórica de manera que lo que debe existir son hostilidades de hecho, con invasión o sin ella.

##### 2. *Alzamiento en armas*

Se trata de la rebelión trasladada al ámbito provincial. Núñez es de la opinión de que el delito tanto puede surgir en la propia provincia, como en otra. De modo que vale todo lo dicho con referencia a la rebelión, teniendo en cuenta que acá el objeto atacado son las instituciones provinciales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 276.

<sup>4</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 324.

<sup>5</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 276; NÚÑEZ, ob. cit., p. 324; CREUS, ob. cit., p. 127; MORENO, ob. cit., p. 101.

## V. Tipo subjetivo

### 1. *Armado a una provincia contra otra*

Sostiene Creus que no se pueden traspasar los criterios subjetivos de la rebelión a la sedición, sin perjuicio de que también, en esta oportunidad, se tengan ese tipo de fines. El dolo tiene que ser claro en cuanto no se rebele en contra de la Nación, sino contra alguno de los poderes provinciales o alguno de los fines específicos que la norma trae, con lo cual no hay posibilidad de dolo eventual.

### 2. *Alzamiento en armas*

Nos remitimos aquí a lo expuesto con referencia al delito de rebelión, pero teniendo en cuenta que el dolo tiene por objeto siempre algunos de los poderes públicos provinciales.

## VI. Consumación

### 1. *Armado una provincia contra otra*

El delito se consuma con la realización de las actividades de hecho. La tentativa se castiga como conspiración, de acuerdo a la opinión de Creus.

### 2. *Alzamiento en armas*

El delito se consuma con el alzamiento en armas, sin exigir ningún resultado.

## JURISPRUDENCIA

No comete sedición quien se limita a incitar a la resistencia a la política internacional del Estado, sin caer en la actitud de amenaza y la petición extorsiva.

CFed. de Paraná, 29-11-50, L. L. 61-807

## EL MOTÍN

El artículo 230 del Código contiene casos de sedición, en los cuales sin atentar contra los poderes públicos ni nacionales ni provinciales se los perturba de manera indirecta y de un modo grave para su tranquilidad o la eficacia de sus resoluciones. Afirma Núñez que son casos menos graves que la rebelión y la sedición propiamente dicha del artículo 229, pero que si progresan en su obra los autores podrían convertirse en autores de aquellos delitos. Se trata de lo que tradicionalmente se ha llamado “motín” o “tumulto”.

Artículo 230: “Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

- ”1) Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (artículo 22 de la Constitución Nacional);
- ”2) Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este Código.

### I. Antecedentes

La Exposición de Motivos de 1891 afirmaba: “El artículo 274 del Proyecto contiene casos de sedición en que sin atentarse directamente contra ninguno de los poderes públicos nacionales ni provinciales se perturba directamente o de un modo grave su tranquilidad o la eficacia de sus resoluciones. El primero relativo a toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste. No figura en el Código Penal ni en la ley de 1863, pero está prevista en el artículo 22 de la Constitución”<sup>6</sup>.

### II. Atribución indebida de los derechos del pueblo

#### 1. *Bien jurídico protegido*

Es una usurpación de los derechos del pueblo o de un alzamiento

<sup>6</sup> MORENO, ob. cit., p. 102.

tendiente a impedir la ejecución de leyes o resoluciones. Decía Moreno que el delito de sedición se encuentra mencionado en la Constitución Nacional, la cual, si bien no lo define, como lo hace con respecto a la traición, indica un caso en el que se incurre en ese atentado. El artículo 22, que se refiere al asunto, dice: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”<sup>7</sup>.

La Constitución en el artículo 23, que se refiere al estado de sitio, habla de conmoción interior, la que puede producirse por medio de la rebelión o de la sedición.

Las consideraciones hechas en general para el delito de rebelión se pueden aplicar al de sedición. La diferencia fundamental para nuestra ley, entre uno y otro caso, consiste en que la rebelión constituye un delito contra los poderes públicos de la Nación o contra el Estado nacional, mientras que la sedición se refiere a movimientos locales. Sin embargo, esa diferenciación genérica reconoce excepciones, pues el caso de rebelión del artículo 227 puede ser de jurisdicción provincial cuando se refiera a los gobernadores de provincias y a las correspondientes legislaturas, y el caso del artículo 230, inciso 2º, cuando se trate de las leyes nacionales puede ser de competencia federal. Al examinar los artículos del Código tendremos en cuenta los antecedentes<sup>8</sup>.

## 2. *Tipo objetivo*

La acción típica es atribuirse los derechos del pueblo y peticionar a nombre de éste. Para Núñez las dos conductas del artículo 230 son levantamientos colectivos que por consiguiente demandan la intervención de muchas personas pero su número no está determinado, como sucede en otras legislaciones y en otros tipos delictivos como la asociación ilícita o banda. Las palabras “sedición”, “motín” o “tumulto” significan reunión intimidante que representa una fuerza proporcionalmente suficiente para medirse con la fuerza pública<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> MORENO, ob. cit., p. 98.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 325/326.

Creus sostiene que si bien la ley no habla de alzamiento se exige un levantamiento de personas consistente en que ese grupo de personas, que invoca la representación del pueblo, reviste un determinado grado de imposición fundado tanto en la calidad como en la naturaleza del grupo, de modo que pueda amenazar el orden institucional, a causa de lo cual los organismos públicos se vean en dificultad para contrarrestarlo. Se trata entonces de un abuso del derecho de peticionar, que posee los componentes del pueblo de la República, violando expresamente el artículo 22 de la Constitución. Adviértase que los habitantes de la Nación, según el artículo 14, pueden peticionar a las autoridades, pero lo que no pueden hacer es ocupar el lugar del pueblo todo, que en el sistema constitucional ya eligió a sus representantes<sup>10</sup>.

Como bien dice Núñez, “una reunión de personas no incurre en delito porque peticione algo aduciéndose que se es intérprete de la voluntad popular, sino sólo cuando pretende sustituir al pueblo invocando su soberanía para imponer una petición”<sup>11</sup>.

Con esta característica poco importa que lo que se pida sea lícito o ilícito, ya que esto no es un elemento del tipo.

### 3. *Sujetos*

Los autores pueden ser dos: los individuos de una fuerza armada o de una reunión de personas.

Por fuerza armada se entiende la que pertenece a las instituciones armadas o fuerzas armadas, en sentido de las fuerzas del ejército, marina o aeronáutica, de acuerdo al artículo 876 del Código de Justicia Militar. También se entiende que son fuerzas armadas la Gendarmería Nacional y todo otro cuerpo militarizado que por sus leyes orgánicas o estatuto se encuentre sometido a la jurisdicción militar (art. 872 del Cód. de Justicia Militar). También se incluyen las milicias provinciales y las fuerzas nacionales o provinciales de seguridad<sup>12</sup>. Molinario y Aguirre Obarrio agregan a los policías armados y también un conjunto civil organizado y con armas<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 326; CREUS, ob. cit., p. 198.

<sup>11</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 326; CREUS, ob. cit., p. 198.

<sup>12</sup> NÚÑEZ, ob. cit., ps. 327/328.

<sup>13</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 297.

#### 4. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso que sólo acepta el dolo directo ya que el sujeto usurpa, por decirlo, así la soberanía del pueblo para peticionar en su nombre.

#### 5. *Consumación*

Es un delito que se tipifica con el solo hecho de la petición sin ser necesario que se obtenga el resultado. La tentativa no es posible.

### III. Alzamiento público

#### 1. *Tipo objetivo*

El inciso 2º del artículo 230 del Código Penal opera como una suerte de resistencia, en el sentido del artículo 239 del Código Penal, así como el inciso 1º opera como una especie de atentado del artículo 237. En el primer inciso, el grupo se apodera de la representación del pueblo, en tanto que en el segundo, el grupo resiste la ley o la medida de gobierno.

La acción es alzarse públicamente, esto es grupal y públicamente, organizándose para perseguir la finalidad típica, esto es, impedir ejecución de las leyes nacionales o provinciales, y las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales. El alzamiento puede ser armado o no y, como ya lo había hecho notar Soler en su momento, la medida no se dirige contra la Constitución y los poderes públicos para deponerlos, sacarlos, o colocar otros, sino que se trata de una resistencia a una o varias leyes o resoluciones de la autoridad pública para que no se lleven a la práctica.

Creus exige como presupuesto entonces la necesaria existencia de una ley en curso de aplicación, o de inminente aplicación, o de una orden en ejecución o de inminente ejecución. Por lo tanto no existirá esta acción típica cuando la acción se dirija a impedir que prospere un proyecto de ley, o que el funcionario imparta una orden, que sí puede ser un atentado contra la autoridad del artículo 237.

La acción tiene que tener a un grupo con posibilidad de coaccionar a la autoridad. No hay motín de una sola persona.

## 2. *Tipo subjetivo*

Sólo se admite el dolo directo ya que el sujeto debe saber que interviene en un alzamiento público, con las finalidades consignadas en la ley.

## 3. *Consumación*

El delito se consuma cuando el sujeto se alzare públicamente. Si comete otro hecho delictivo, se aplica la pena del hecho que prevea pena mayor, por expresa disposición de la ley.

### JURISPRUDENCIA

1. En el actual Código de Justicia Militar establecido por la ley 14.029 y sus modificatorias, no obstante la oscuridad del sistema adoptado según la actual redacción, subsiste la distinción entre motín y rebelión, de manera que a los efectos de la prelación a que se refiere el artículo 113 el motín es penado por los artículos 683 y siguientes, con prisión de cinco a veinticinco años respecto de sus promotores, cabecillas y oficiales de mayor graduación o antigüedad (del voto en disidencia del Dr. Petracchi).

2. El motín lesiona la disciplina interna en forma grave y es esencialmente un delito militar de acuerdo con el artículo 108 del Código castrense.

CSJN, 17-12-87, "Recondo, Ricardo", L. L. 1988-B-289

## CAPÍTULO III

### DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

**SUMARIO:** *Intimación a los sublevados y excusa absolutoria.* I. Antecedentes. II. Análisis de la norma. *Promoción de una conspiración.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. La pena. *Seducción de tropas.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación. VI. Pena. *La punibilidad especial. Inhabilitación.* I. Antecedentes. 1. Análisis de la norma. *Omisión de resistencia.* I. Bien jurídico. II. Tipo objetivo. 1. Aspectos generales del tipo. 2. Autoría. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación. *Punibilidad especial. Aumento de las penas. Ley 13.945, artículo 36.* I. Análisis de la norma. II. Jurisprudencia. *Problemas concursales.* I. Antecedentes. II. Análisis de la norma. III. Jurisprudencia.

#### INTIMACIÓN A LOS SUBLEVADOS Y EXCUSA ABSOLUTORIA

Artículo 231: “Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional mas próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello.

”Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos.

”No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas”.

Artículo 232: “En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito”.

## I. Antecedentes

El proyecto de Tejedor no disponía la intimación como el Código vigente pero suponía su concurrencia porque en el artículo de disposiciones comunes a los delitos de rebelión, sedición, motín y asonada afirmaba que en caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que una perturbación momentánea del orden y si las personas se dispersaban espontánea o de común acuerdo o bien por obediencia a la intimación de la autoridad, sólo serían enjuiciados los autores principales. Tejedor recordaba las antiguas leyes de España, en las cuales cuando empezaba el bullicio se intimaba la disolución de los revoltosos, y si éstos obedecían, quedaban todos indultados a excepción de los autores.

El Código de 1886 y el proyecto de Villegas, Ugarriza y García mantenían la idea de Tejedor. La ley de 1863 en su artículo 26 decía: "Luego que se manifieste la rebelión o la sedición, la autoridad nacional más inmediata intimará hasta dos veces a los sublevados que, desde luego, se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ella. Si los sublevados no se retiraran inmediatamente después de la segunda intimación la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlas. La intimación será a toque de tambor u otro instrumento apropiado. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde el momento que los sublevados hagan uso de las armas". El proyecto de 1891 tomó esta idea que pasó posteriormente al proyecto de 1906 y de ahí al Código.

Las concordancias que se citan son las del Código español, artículo 257; chileno, artículo 128; ley 49, artículo 26; proyecto de 1891, artículo 276, y proyecto de 1906, artículo 250<sup>1</sup>.

## II. Análisis de la norma

Según Moreno, se trata de un procedimiento que debe consignarse en la ley de fondo para que se eviten los abusos y se asegure la tranquilidad y el orden público, ya que este procedimiento abarca tanto a la rebelión como a la sedición<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MORENO, *ob. cit.*, t. VI, ps. 106/7.

<sup>2</sup> MORENO, *ob. cit.*, p. 105.

En cambio, Creus sostiene que ninguno de los dos artículos contiene reglas de procedimiento, sino que regulan aspectos de la punibilidad de los delitos de rebelión, sedición y motín, consagrando una excusa absolutoria para los simples intervinientes, y una disminución de pena para los promotores y directores<sup>3</sup>.

Núñez por su parte, también sostiene que se otorga una excusa absolutoria pero que no se funda en el desistimiento de consumar el delito que ya está consumado, sino en llevar a la perfección el delito consumado mediante el logro de los fines comprendidos en el tipo delictivo.

A nuestro juicio el fundamento de la norma está dado por razones de política criminal ya que el retiro de las personas no causa ningún daño al orden jurídico como tal. La ley tiene en cuenta que verificada la disolución, sin causarse más que una perturbación en el orden, "será violento enjuiciar y castigar muchas personas que prestaron concurso pero que se retiraron antes de ocasionar consecuencias, acatando a la autoridad"<sup>4</sup>.

La excusa para los ejecutores vale también para los meros conspiradores si la conspiración no hubiese sido descubierta antes de ponerse en ejecución. Pero se excluye para los promotores o directores.

Por promotor, entiéndase al que induciendo y determinando a la persona inicia, adelanta las gestiones para que exista un concierto rebelde o sedicioso o se aumente el elenco de los implicados en la preparación, ejecución o consumación del delito<sup>5</sup>. Para Creus el promotor no es el instigador del artículo 45 del Código Penal, sino el que hace avanzar los planes rebeldes o sediciosos por cualquier medio que lleve a la formación de un grupo a la provisión de instrumentos necesarios para el hecho. Acá el promotor tiene que realizar acciones y no sólo imponer ideas como el instigador. El promotor tiene análogo sentido al del artículo 125 del Código Penal.

El director es quien manda, dispone, o, en términos más concretos, el que tiene el dominio completo de la situación o de la etapa en que

<sup>3</sup> MORENO, ob. cit., p. 202.

<sup>4</sup> MORENO, ob. cit., p. 108.

<sup>5</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 335.

le corresponde actuar. Los simples ejecutores son precisados por la definición negativa, ya que no son promotores ni directores y no pueden ser enjuiciados directamente.

La norma es clara, en el sentido de que se deberá intimar a los sublevados a la disolución, y si después de pasado un tiempo prudencial no se disuelven ni retiran, se hará una segunda, y solamente después de ésta se procederá por la fuerza. Pero la intimación no será necesaria cuando los sublevados hicieren uso de las armas. En este caso procederá el empleo de la fuerza a los efectos del restablecimiento del orden<sup>6</sup>.

Moreno ya afirmaba que "en el delito de rebelión, lo mismo que en el de sedición, la infracción se perfecciona por el solo hecho del alzamiento, aun cuando los resultados perseguidos no se produzcan. No se podría decir, en consecuencia, que la disolución de los revoltosos o sediciosos pudieran dar lugar a que se considerara el hecho como una tentativa del delito desistido, desde que el tal delito se ha consumado por la sola circunstancia del alzamiento<sup>7</sup>.

La jurisprudencia ha dicho que: "...las intimaciones previstas en el artículo 231 del Código Penal ninguna influencia ejercen sobre la existencia del delito de rebelión, ilícito que ha quedado consumado con el alzamiento en armas para impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de las facultades constitucionales, circunstancia que surge de modo evidente del texto de la ley que comienza afirmando: luego que se manifiesta la rebelión"<sup>8</sup>

"...las intimaciones previstas en el artículo 231 del Código Penal no tienen una forma especial de practicarse como otrora se manifestaban con procedimientos sacramentales expresamente incorporados a los textos legales, que resultarían hoy obsoletos.

"El legislador ha eliminado del Código Penal la previsión de un método específico y determinado de antemano para todos los supuestos, a efectos de concertar las intimaciones, dejando un cierto grado de

<sup>6</sup> MORENO, ob. cit., p. 107.

<sup>7</sup> MORENO, ob. cit., p. 108.

<sup>8</sup> CNFed.CCcorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. s/Inf. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Cód. Pen.", causa 20.518, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 81.

elasticidad a la autoridad interviniente, para que, antes de proceder a hacer uso de la fuerza, pueda seleccionar el que considere más adecuado e idóneo, evaluando para ello las características propias y especiales que cada caso pueda presentar...

"No puede prosperar el pedido de la defensa respecto del beneficio que otorga el artículo 232 del Código de fondo a quienes cometieron el delito de rebelión y desistieron de continuar en dicha actitud sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, toda vez que los imputados realizaron dichos delitos, lo cual impide que su conducta encuadre en la norma descripta"<sup>9</sup>.

"...las intimaciones [...] constituyen una suerte de puente de plata tendiente a que los sublevados se disuelvan o retiren. La ley no ha querido proceder por medios enérgicos para desbaratar una rebelión o sedición sin emplear antes las medidas suaves, los medios de comunicación, que pueden hacer inútiles aquellos otros..."<sup>10</sup>

"Es inadmisibles el recurso extraordinario, respecto a la existencia de una excusa absolutoria por falta de intimación en los términos del artículo 231 del Código Penal, si el recurso no rebata adecuadamente los fundamentos de la sentencia respecto a que no fue necesaria porque los sublevados hicieron uso de armas..."<sup>11</sup>

"Omitidas las intimaciones por la autoridad, si ésta, violando su deber, disuelve el tumulto haciendo uso de la fuerza, sólo procede el enjuiciamiento en los términos del artículo 232, pues, en tal caso, la posibilidad del beneficio concedido por la ley ha sido excluido ilegalmente..."<sup>12</sup>

"El juego armónico de los artículos 231 y 232 del Código Penal, beneficia a quienes no resulten promotores o directores del delito de

<sup>9</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. ..." cit., *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 84.

<sup>10</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. ..." cit., *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 85.

<sup>11</sup> CSJN, 2-12-93, "Baraldini, Luis Enrique y otros s/Causa instruida en virtud del decreto 2540/90 del PEN por los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1990", causa 1197, B. 129 L.XXIV.

<sup>12</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H. ..." cit., *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 79.

rebelión, no porque exista un desistimiento a consumar, sino porque lo que se busca es la evitación de un mal mayor por un medio menos gravoso”<sup>13</sup>.

“La conducta por la cual se procesa a un teniente coronel ante la justicia federal debe encuadrarse prima facie como rebelión agravada por el estado militar del agente y por la ostentación de armas, con la circunstancia atenuante de haberse disuelto el movimiento rebelde sin la causación de otro mal que la perturbación del orden...”<sup>14</sup>

### PROMOCIÓN DE UNA CONSPIRACIÓN

Artículo 233: “El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuese descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar”.

#### I. Antecedentes

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 decía que el artículo reduce a la mitad la pena de los autores y exime de represión a los subalternos y ejecutores cuando el alzamiento termina sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, disposición concordante con lo establecido para el mismo caso por los Códigos de España, Chile, Uruguay, Hungría, Francia, Italia y Bélgica.

El artículo, nos dice Moreno, no se encuentra ni en el Código de 1886, ni en los proyectos anteriores, ni en la ley de 1863. Fue introducido en nuestra legislación por el proyecto de 1891, el que dijo en la Exposición de Motivos:

“El artículo 278 es nuevo. Concuerda con los Códigos de España, Chile, Hungría, Italia, Francia y otros países, y tiene por objeto reprimir la conspiración para cometer los delitos de rebelión o sedición. La

<sup>13</sup> CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, “C., O. H. ...” cit., *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 86.

<sup>14</sup> CSJN, 17-12-87, “Recondo, Ricardo G.”, competencia N° 322.XXI, E. D. 127-337.

falta de una disposición análoga en la legislación argentina, impidiendo la intervención judicial en las conspiraciones, ha dado margen a infinidad de abusos y vejaciones cometidos por la policía contra los conspiradores reales o supuestos, y todos esos atentados de la autoridad contra la libertad se han excusado por la necesidad de mantener la paz pública. Convertida legalmente la conspiración en un delito, ya que es evidente su propósito de conseguir un resultado criminal, la autoridad tendrá medio legal de reprimirla sin echar mano de arbitrariedades incompatibles con nuestras instituciones políticas”<sup>15</sup>.

## II. Bien jurídico protegido

No hay problemas en este punto, y se trata del mismo bien jurídico protegido por el título en general y cada uno de los delitos que se intentan realizar.

## III. Tipo objetivo

1. La acción típica es la de tomar parte en una conspiración como promotor o como director. De manera que a los efectos de que el problema quede claro, hay que analizar qué es la conspiración.

Para Aguirre Obarrio, según el Diccionario “es la reunión de varios contra su superior jerárquico”. Pero, afirma el autor citado, en el lenguaje corriente conspiración significa que existe un acuerdo de voluntades sobre un asunto y que se recurrirá a medios violentos. Con apoyo en el Código Napoleón y el de Zanardelli, se llega a la idea de que “es la concertación de voluntades seguida de una resolución favorable a la ejecución de los actos delictuosos tomados en consideración”<sup>16</sup>. Para Creus se trata de “deliberar de acuerdo para cometer una rebelión, sedición o motín”<sup>17</sup>. Y Núñez afirma que la conspiración es el camino necesario para la rebelión o sedición, pero que no puede ser obra de una sola persona, sino que necesita la preparación conspirativa, el concierto, la unión de voluntades y de varias personas para consumarlo”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> MORENO, ob. cit., p. 109.

<sup>16</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 280.

<sup>17</sup> CREUS, ob. cit., p. 206.

<sup>18</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 337.

La conspiración comprende tanto el concierto en sí mismo como la concertación en curso, que comprende los actos preparatorios de la ejecución del alzamiento, del armamento o motín<sup>19</sup>.

Creus, tratando de limitar la norma, advierte que no se castiga la mera deliberación sobre la conspiración, sino que llegado al acuerdo, ya se tiene la voluntad de cometerlo, se delibera sobre los procedimientos para llevar a cabo la acción. De esta manera, y en este punto, creemos que debe insistirse en que debe existir el acuerdo de los conspiradores para cometer el delito.

Con lo cual se castiga claramente un acto preparatorio, es decir, hay un adelantamiento de la punibilidad a actos que normalmente no se castigan debido a que el Derecho Penal sólo entra cuando hay acciones, y acá la ejecución ya se castiga como tentativa, por una parte, y, por otra, es el punto en donde ya no se puede tipificar este delito, debido a que es su punto máximo<sup>20</sup>.

Aguirre Obarrio aclara que para que se castigue este tipo de conductas debe haber existido un peligro para el bien jurídico, y esto depende del número de intervinientes que se pretende agrupar, las posibilidades de reunirlos, los métodos a utilizar y la fuerza que tendrán. De modo que si estos extremos mínimos, objetivos, no se dan en lo real, la conducta será impune.

2. En cuanto a los autores, la ley pone un límite. Sólo pueden ser autores los promotores y directores de la conspiración, las demás personas que intervienen como partícipes son impunes. Sobre quienes son promotores y directores, nos remitimos a lo dicho cuando tratamos el problema de los artículos 231 y 232.

La ley, de manera distinta al decreto-ley 17.567, que ponía el límite de tres personas, ha insistido en que el número mínimo deben ser dos personas, aunque sólo uno de los intervinientes sea promotor o director.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Los peligros para el Estado de Derecho son evidentes, de ahí la búsqueda de poner algún límite objetivo a este tema (NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 337; CREUS, *ob. cit.*, p. 206; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 280).

#### **IV. Tipo subjetivo**

Obviamente el delito es doloso, y requiere dolo directo, con la finalidad específica de conspirar para cometer otro de los delitos enunciados por el propio tipo penal.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma con el concierto para la conspiración. Si este acto preparatorio se desiste la acción es impune, de acuerdo a las reglas generales, y, además porque la ley exige que se descubra antes de ponerse en ejecución, de manera que si hay desistimiento voluntario, nunca podría haber ejecución<sup>21</sup>.

#### **VI. La pena**

La pena tiene una escala que aparece fijada de acuerdo al delito que se pretende cometer.

### **SEDUCCIÓN DE TROPAS**

Artículo 234: “El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar.

”Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos”.

#### **I. Antecedentes**

La ley de 1863, en los artículos 27 y 28, decía: “Los que sedujeren tropas para cometer el delito de rebelión, sufrirán la pena de trabajos

<sup>21</sup> En igual sentido MOLINARIO, ob. cit., p. 281.

forzados por el tiempo de dos a cuatro años; y los que las sedujeren para la sedición, destierro de dos a cuatro años.

“Si llegara a tener efecto la rebelión o la sedición, los seductores se reputarán promovedores, y respectivamente comprendidos en los artículos que les conciernen”.

De esas dos disposiciones, afirma Moreno, hizo una el proyecto de 1891, el que expresó en la Exposición de Motivos lo siguiente: “El artículo 279 del proyecto reproduce lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la ley de 1863, sobre seducción de tropas para cometer una rebelión o una sedición, y agrega, a ejemplo del Código chileno, la usurpación y retención ilegal de mando político o militar, medio tan eficaz y tan usado como aquél para preparar un alzamiento armado”.

El artículo pasó al proyecto de 1906 y de allí al Código en vigor<sup>22</sup>.

La norma actual es obra del artículo de la ley 23.077.

## II. Bien jurídico protegido

Según Aguirre Obarrio la norma está mal ubicada en las disposiciones comunes, ya que se trata de un acto preparatorio, y más aún, podría ser una tentativa de rebelión o de sedición y aun ser tipificada autónomamente<sup>23</sup>.

Malagarriga había sostenido en su momento que el artículo 234 era inútil, ya que serán los Consejos de Guerra los que se ocupen de actuar, de acuerdo al Código de Justicia Militar, de modo que sólo se aplicará el tipo penal en caso de retención del mando político<sup>24</sup>.

De todas formas, el bien jurídico son los poderes públicos y el orden constitucional, ya que se atenta en contra de las potestades constitucionales de los poderes públicos, en cuanto a la jefatura militar del otorgamiento de potestades políticas o militares<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> MORENO, ob. cit., ps. 110/111.

<sup>23</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 282.

<sup>24</sup> MALAGARRIGA, ob. cit., t. III, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 339. En igual sentido MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 283; Núñez, en cambio, sostiene que el Código de Justicia Militar sólo prevé el delito de rebeliones militares (arts. 642 y ss.). Además, reflexiona que la competencia militar en este caso es una abusiva creación legal (ob. cit., p. 340).

<sup>25</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 340.

### III. Tipo objetivo

Moreno afirmaba que se reprime en este artículo una de las formas usuales de los delitos de rebelión y sedición, consistente en obtener el concurso de tropas o fuerzas a los efectos de la consumación de los planes. Por ende, se prevé el caso de que la rebelión o sedición no se produjeran. En este supuesto, la seducción o usurpación constituirían un acto preparatorio que debe reprimirse, debido a esto de manera especial, con la mitad de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar. Pero si el atentado se consuma y la rebelión o la sedición se producen, cabe la pena de la ley para el delito ejecutado<sup>27</sup>.

Las acciones típicas previstas son tres:

- a) Seducir tropas;
- b) usurpar el mando y
- c) retener ilegalmente el mando.

a) Seducir tropas significa convencer, predisponer el ánimo para realizar la comisión de delitos de rebelión o de sedición. Núñez afirma que no bastan la arenga, las promesas, los ardides, sino que debe llegar a convencer. A nuestro juicio se trata de una palabra que tiene un sentido de convencer de una manera especial. Vendría a ser la seducción real en lo que la doctrina dio en llamar el estupro real. Esta idea parece ser la de la doctrina nacional, ya que si la seducción queda en nada no se dará este tipo penal, lo contrario sería adelantar el momento del delito y poner en manos del Estado un peligroso medio de represión, que puede tornar actitudes equívocas en inequívocas<sup>26</sup>.

El objeto de la seducción es la tropa, que es un conjunto de por lo menos cinco personas en estado militar (arts. 872 y 881 del Cód. de Justicia Militar). La seducción debe ser hecha en el conjunto de la tropa y no importan los medios empleados.

b) Usurpa el mando de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia, el que se apodera ilegítimamente de la autoridad y poder de los lugares antes mencionados. Igual que el delito

<sup>26</sup> MORENO, ob. cit., p. 111.

<sup>27</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 340; CREUS, ob. cit., p. 208.

de usurpación, se exige que exista un despojo del mando, con lo cual no alcanza con atribuirse el mando, sino que se debe detentar como la posesión de la cosa, en aquel delito. Esto implica que para que el llamado “despojo” exista debe haber un desplazamiento del mando de la autoridad legítima. La ley no enumera el medio, de modo que cualquier forma es válida.

c) Retener ilegalmente el mando significa que quien ha cesado en él, se mantiene en el poder, prorrogándolo ilegalmente. El mando puede ser tanto político como militar. El político es el mando de gobierno del Estado. Según Núñez, implica una potestad de imperio sobre las personas o cosas que sólo corresponde a los órganos ejecutivos o legislativos. Pero no se confunde con lo administrativo, como sería el jefe de una repartición pública<sup>28</sup>. El mando militar es la autoridad y poder sobre personas que tienen estado militar (art. 872 del Cód. de Justicia Militar), o de cosas o lugares sujetos a la autoridad militar<sup>29</sup>.

#### **IV. Tipo subjetivo**

Es un delito doloso y solamente se puede admitir el dolo directo. Se exige un elemento subjetivo del tipo, ya que se busca que todos estos hechos sean cometidos para incurrir en una rebelión o sedición, comprensiva ésta del delito de motín.

#### **V. Consumación**

El delito se consuma cuando se logra la seducción de tropas, la usurpación o la retención del mando, sin otro efecto ulterior.

#### **VI. Pena**

La pena es la mitad de la del delito que se intenta cometer, si no se realiza la rebelión o sedición. Pero si estos delitos se cometen, la pena será la del autor del delito de rebelión o sedición.

<sup>28</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 341; CREUS, ob. cit., p. 210.

<sup>29</sup> NÚÑEZ y CREUS, ob. cit.

**LA PUNIBILIDAD ESPECIAL. INHABILITACIÓN**

Artículo 235, párrafo 1º: “Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena”.

**I. Antecedentes**

La disposición tiene antecedentes en la ley federal, en el Código y en los proyectos anteriores. “La ley de 1863 agrava la pena de los autores de rebelión cuando éstos fueren personas constituidas en autoridad; adopta el mismo criterio cuando se trata del delito de sedición” (arts. 15 y 21), y dice en el artículo 29: “Las autoridades de nombramiento directo nacional, que no hubiesen resistido la rebelión o la sedición por todos los medios que estuvieren a su alcance, perderán sus empleos y quedarán inhabilitados por cinco años para obtener cargos públicos”. El proyecto del doctor Tejedor, por su parte, a los empleados públicos que tomaren parte en los delitos de rebelión, sedición, motín o asonada, los castiga con las penas correspondientes y además con destitución e inhabilitación.

En la nota decía: “La responsabilidad del empleado que se asocia a los crímenes o delitos que por sus funciones está obligado a prevenir o castigar, no es la misma que la de cualquiera otro agente, no sólo porque asume la responsabilidad de un crimen común, sino también porque traiciona la misión de confianza que se le había confiado, y se sirve de su autoridad para favorecer actos que debe impedir. Las funciones que la sociedad le confió para que la protegiese, las vuelve contra ella, convirtiéndola en un instrumento para herirla”. Establece también que los empleados que estando encargados de conservar el orden público no combatiesen la rebelión, sedición, motín o asonada con los medios que dispongan, perderán sus empleos y quedarán inhabilitados por unos a cuatro años para obtener cargos públicos<sup>30</sup>.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García trajo las mismas reglas.

<sup>30</sup> MORENO, ob. cit., p. 112.

El Código de 1886 decía en el artículo 232: “Los empleados que estando encargados de conservar el orden público no combatiesen la rebelión, sedición, motín o asonada, con los medios de que dispongan, sufrirán la pena de destitución”.

Con todos esos antecedentes en el proyecto de 1891 se redactó el artículo 280 concordante con el vigente. La Exposición de Motivos dijo al respecto: “El artículo 280 del proyecto agrava la pena de los funcionarios públicos que hubiesen promovido o ejecutado alguno de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, y reprime a los funcionarios que no hubieren resistido a una rebelión o una sedición por todos los medios que estuviesen a su alcance. Quedan así reunidas y armonizadas con el sistema del proyecto las disposiciones relativas a la intervención de funcionarios en los delitos políticos que se hallan dispersas en los artículos 15, 21 y 29 de la ley de 1863 y 232 del Código Penal”<sup>31</sup>.

### *Análisis de la norma*

El artículo se refiere a los funcionarios públicos que hubiesen cometido alguno de los delitos aquí especificados o que no hubieren cumplido con sus deberes frente a la rebelión o sedición<sup>32</sup>, tal como los precedentes de manera impecable lo han analizado.

En cuanto a la inhabilitación especial, es sólo para aquellos funcionarios que hubieran promovido o ejecutado el delito.

Ya hemos explicado el término promoción, aunque Creus afirma que el concepto es más amplio ya que abarca todo tipo de promoción, es decir la actividad encaminada a que alguien cometa el delito, incluyendo la instigación<sup>33</sup>.

Por ejecución se entiende cualquier grado de participación que se tenga, según Creus. En cambio Núñez limita el caso a la tentativa y a la consumación<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> MORENO, ob. cit., ps. 112/113.

<sup>32</sup> MORENO, ob. cit., p. 112.

<sup>33</sup> CREUS, ob. cit., p. 214.

<sup>34</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 345; CREUS, ob. cit., p. 214.

## OMISIÓN DE RESISTENCIA

Artículo 235, párrafo 2º: “Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años”.

### I. Bien jurídico

Se afecta, además del bien jurídico general del título, el deber del funcionario de defender la República, aun a costa de su vida. Como tal está emplazado, en un lugar, por la soberanía del pueblo, por lo que debe responder si viola ese lugar de garantía frente al usurpador. La pena es la adecuada, pero la inhabilitación debería ser perpetua.

### II. Tipo objetivo

#### 1. Aspectos generales del tipo

Se trata de un delito de funcionario público, pero debe quedar en claro que no se trata de la participación en la rebelión o sedición, sino que es un delito que en concreto sólo lo pueden cometer los funcionarios públicos, y que excluye los actos de participación en el delito que no se resistió, que se traslada al artículo 235, § 1º y 3º. Rigen los principios y la opinión dada sobre lo que es un funcionario público en otro tomo de esta obra<sup>35</sup>.

Se trata de una omisión de cumplir con el deber de oponerse al alzamiento, ya sea mediante una actividad o inactividad<sup>36</sup>. Se trata, como en todo delito de omisión, del deber de actuar de quien está obligado a hacerlo y de la manera que pueda dentro de sus posibilidades, de modo que no se exige, como es obvio, el resultado. Por ende abarca sólo a los funcionarios que por su propio objeto tienen el deber de hacerlo, como serían los agentes de la fuerza pública, o

<sup>35</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, ps. 20 y ss.

<sup>36</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 283; NÚÑEZ, ob. cit., p. 43; SOLER, ob. cit., t. V.

el funcionario que está obligado a oponerse a los atentados que se dirigen en contra de la función que le compete<sup>37</sup>.

## 2. *Autoría*

Sólo puede ser autor el funcionario público que en el caso concreto o dentro de su función deba resistir la rebelión o la sedición.

## III. Tipo subjetivo

El delito es doloso, y como toda omisión requiere conocer el deber que tiene de resistir y, además, poseer los medios para poder hacerlo. Toda la discusión sobre el dolo en la omisión se da también en este punto.

## IV. Consumación

El delito se consuma cuando se omite, en el momento en que se debe hacerlo, resistirse de la manera adecuada.

### PUNIBILIDAD ESPECIAL. AUMENTO DE LAS PENAS. LEY 13.945, ARTÍCULO 36

Artículo 235, párrafo 3º: “Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad”.

## I. Análisis de la norma

El agregado fue hecho por ley 13.945/50, y se tiene en cuenta el uso u ostentación de las armas y materiales ofensivos, por parte de los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en los delitos previstos en este título, que deben usar las armas para defender a la

<sup>37</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 343; CREUS, ob. cit., p. 212; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 283/4.

República y sin embargo las usan en su contra. Es una agravante que se justifica, habida cuenta de que el pueblo dio el poder y los medios, y el agente los usa en su contra.

Usa las armas quien las utiliza y las ostenta el que las exhibe. No se requiere ambas conductas, sino que basta con alguna de ellas.

Los sujetos son los jefes, cualquiera sea el grado y mando, y los agentes de la fuerza pública, esto es, los cuerpos militares o militarizados<sup>38</sup>.

### JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha sostenido: "De un alzamiento en contra de las autoridades civiles elegidas por la Constitución Nacional, surgen dos delitos, el de indisciplina a un superior, en este caso el Comandante de las Fuerzas Armadas y presidente de la Nación (delito militar), el otro el delito de rebelión previsto en el Código Penal en forma agravada por la intervención de militares en su ejecución (art. 235, párr. 3º, Cód. Pen.). De acuerdo con lo dicho la calidad de militar se encuentra en ambas figuras, por lo que torna inaplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el delito militar desplaza al común por aplicación del principio de especialidad. Ambos tipos se encuentran en una relación concursal aparente, que debe decidirse en favor del delito más severamente penado, con lo cual, la comparación entre ambos tipos penales (arts. 226 y 265 del Cód. Pen., y 642 y 645 del Cód. de Justicia Militar) resulta que el común es el delito más grave —rebelión— y excluye por lo tanto al militar.

CNFed.CCorr., sala I, 19-12-84, "Videla, Jorge R. s/Excepción de incompetencia", *Boletín de Jurisprudencia*, 1984, N° 3, p. 591

### PROBLEMAS CONCURSALES

Artículo 236: "Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles".

<sup>38</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 347; CREUS, ob. cit., p. 214.

## I. Antecedentes

La norma, que tiene su origen en el proyecto de 1891, se basa en la idea de que no hay razón para hacer en esta materia una excepción a los principios generales<sup>39</sup>.

## II. Análisis de la norma

El tema no es sencillo, como se verá. Malagarriga afirmaba que sería pensable que también se aplicaran las reglas del concurso ideal<sup>40</sup>. Sin embargo, Núñez afirma que la admisión del concurso ideal no se aplica, debido a que si así fuera, dada la unidad del hecho, el otro delito integraría el hecho constitutivo del delito de alzamiento rebelde o sedicioso<sup>41</sup>.

Creus, por su parte, es de la opinión de que se trata de asegurar la aplicación de las leyes del concurso, que podían ser rechazadas por la interpretación, dado el carácter de alguno de los delitos del título que importan el desarrollo de procedimientos que, en sí mismos, pueden constituir delitos tipificados de modo autónomo (lesiones, daños, etc.).

Moreno afirmaba que los delitos que se cometieran durante la rebelión o la sedición, no están comprendidas en ellos. Y diferencia: una cosa es la muerte de una persona causada en combate y otra la de un homicidio común. El primero, sería una consecuencia dolorosa, en cambio el segundo sería un hecho que debería juzgarse como tal y de acuerdo a las reglas generales de la materia<sup>42</sup>. Y ésta es la idea del autor del Código, en base a los antecedentes: la ley de 1863, el Código de 1886 y el proyecto de 1891.

Pero el texto de la ley no dice lo que el codificador expresó, ya

<sup>39</sup> Núñez cita a Pacheco cuando afirma que los delitos comunes que se cometen no son un accidente necesario, ni una consecuencia precisa, ya que se puede rebelarse sin matar o cometer desmanes. Por ende, quien cometió un delito debe responder. El ladrón, afirma, es ladrón, y el asesino es asesino (PACHECO, ob. cit., t. II, p. 205; NÚÑEZ, ob. cit., ps. 346/7).

<sup>40</sup> MALAGARRIGA, ob. cit., t. III, p. 347.

<sup>41</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 347.

<sup>42</sup> MORENO, ob. cit., p. 114.

que no distingue de qué delitos habla, de modo que no hay excepciones a nuestro entender, y se deben aplicar las reglas generales del concurso a ambos ejemplos dados por Moreno.

### JURISPRUDENCIA

1. La simple tenencia de armas y materiales explosivos concurren en forma aparente por consunción con la figura de rebelión. Este tipo de concurso se da cuando la realización de un tipo –generalmente más grave– incluye la realización de otro –menos grave–. Se fundamenta tal aserto, en la circunstancia de que el delito de rebelión implica, necesariamente, la tenencia de armamento, situación que caracteriza al alzamiento. Es imprescindible aclarar entonces, que las armas, municiones y materiales explosivos, con que los imputados efectuaron el copamiento de la aeroestación, fueron tomados en su mayor parte de la sala de armas existente en el lugar y, justamente esa acción fue el comienzo de ejecución de la rebelión, por lo que no existió una tenencia previa y distinta a la acción de rebelarse por parte de los acusados...

2. Concorre materialmente el delito de rebelión con el de entorpecimiento de tráfico aéreo, toda vez que este último no se ha producido como consecuencia necesaria e ineludible del delito de rebelión, ni constituyó un acto imprescindible para consumarlo, sino que, por el contrario, se trató de un hecho independiente que, por lo tanto, obedeció a una mera y distinta resolución criminal de los acusados, inspirada en la consecución de diferentes propósitos delictuosos...

CNFed.CCorr., sala I, 8-7-88, "C., O. H.", *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 2, p. 16

1. La calidad de militar se encuentra en ambas figuras, por lo que torna inaplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el delito militar desplaza al común por aplicación del principio de especialidad. Ambos tipos (rebelión e indisciplina militar) se encuentran en una relación concursal aparente, que debe decidirse en favor del delito más severamente penado, con lo cual de la comparación entre ambos tipos penales (arts. 226 y 265 del

Cód. Pen., y 642 y 645 del Cód. de Justicia Militar) resulta que el común es el delito más grave –rebelión– y excluye por lo tanto al militar.

2. ...son delitos exclusivamente militares o puramente militares, aquellos que son cometidos por un militar, teniendo relevancia únicamente cuando son cometidos por éste. Para verificar si un delito es puramente militar o común basta corroborar si está o no previsto en la ley general. El delito de rebelión no sería esencial o exclusivamente militar pues se halla recogido en el artículo 226 del Código Penal. Lo que caracteriza al delito militar en cualquiera de sus dos especies es que suponga una violación de los deberes militares (art. 508, Cód. de Justicia Militar). Estos deberes militares encuentran su síntesis en la preservación de la disciplina, dado que las Fuerzas Armadas se encuentran al servicio del pueblo para la defensa de la República y de sus instituciones y para proteger la integridad territorial y su soberanía frente a un ataque proveniente del extranjero. Es importante determinar si con motivo del alzamiento, hubo una pluralidad de ofensas a los bienes jurídicos en juego y se vulneraron al propio tiempo el orden constitucional y la disciplina militar, pero en el caso –el ocurrido en marzo de 1976– pone en evidencia que el bien lesionado fue únicamente el orden constitucional tutelado por el artículo 226 del Código Penal y de competencia exclusiva y excluyente de los jueces de la Constitución Nacional...

CNFed.CCorr., sala I, 19-12-84, “Videla, Jorge R.”, *Boletín de Jurisprudencia*, 1984, N° 3, p. 591

1. Existe concurso aparente de leyes entre el delito de rebelión y el delito militar de motín no obstante la coincidencia objetiva de los tipos, toda vez que alzarse en armas (art. 226 del Cód. Pen.) equivale a cometer vías de hecho contra el superior (art. 683 del Cód. de Justicia Militar), en la terminología del ordenamiento castrense, coincidiendo asimismo en cuanto a la pluralidad de militares intervinientes...

2. Por tratarse de una única acción que se subsume en disposiciones que se relacionan en concurso aparente, el delito de rebelión consume el de motín ya que en definitiva, el atentado contra el orden constitucional comporta la más grave de las indisciplinas toda vez

que no sólo produce un agravio al régimen castrense, sino, fundamentalmente, a la comunidad entera...

CNFed.CCorr., sala I, 22-3-88, "Incidente de incompetencia de C., O. y otros s/Inf. art. 142 del Cód. Pen.", causa 20.526, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 1, ps. 12 y 13

El motín es determinado únicamente por actos del servicio militar y es una forma grave de insubordinación, porque es colectiva, concertada y armada, como tal, supone en alto grado la perversión del sentimiento militar, base esencial de disciplina y le acarrea a ésta peligros tan graves e inmediatos que se hace necesario, para evitar los efectos del contagio, castigar pronto y en forma clara, mientras que la rebelión sea el alzamiento armado con fines que se relacionan tan sólo con las instituciones o con la marcha del gobierno, no supone el mismo grado de perversión del sentimiento militar, porque no es hija de la repulsión o de la resistencia a los actos de servicio, sino de una perturbación momentánea producida por un ambiente que actúa sobre todos los espíritus, lo mismo del militar que del particular.

CNFed.CCorr., sala I, 22-3-88, "Incidente de incompetencia de C., O. y otros", *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, N° 1, p. 37

1. Tipifica prima facie el delito de motín la conducta de quien usó las armas contra el director de la Escuela de Infantería y lo desplazó del mando –que a partir de entonces él mismo comenzó a ejercer– obligándolo a abandonar la unidad bajo amenaza de muerte si no acataba su exigencia.
2. Corresponde atribuir competencia a los tribunales militares, toda vez que el delito de motín lesiona la disciplina y es esencialmente militar, de acuerdo con el artículo 108 del Código de Justicia Militar.

CSJN, 17-12-87, "Recondo, Ricardo G.", competencia 322.XXI, *Fallos*: 310:2755, E. D. 127-337

1. Si se puede establecer que los hechos objeto de la causa habrían configurado dos delitos distintos, enderezados a proteger bienes jurídicos diversos y consumados mediante conductas temporalmente diferenciadas –motín y rebelión– es posible distinguirlos a los efectos

de su juzgamiento sin que se produzca la hipótesis del concurso ideal, y en consecuencia sin que se viole el principio *non bis in idem*...

2. Si la rebelión constituye una nueva resolución delictiva adoptada con posterioridad al motín, no existe una absoluta coincidencia del elemento objetivo y subjetivo de las acciones que fuerce a admitir la presencia de un concurso ideal...

3. El motín es determinado únicamente por actos del servicio militar, y es una forma grave de insubordinación, porque es colectiva, concertada y armada; como tal supone en alto grado la perversión del sentimiento militar, base esencial de disciplina y le acarrea a ésta peligros tan graves e inmediatos, que se hace necesario, para evitar los efectos del contagio, castigar pronto y en forma dura...

4. La rebelión, o sea el alzamiento armado con fines que se relacionan tan sólo con las instituciones o con la marcha del gobierno, no supone el mismo grado de perversión del sentimiento militar que el motín, porque no es hija de la repulsión o de la resistencia a los actos del servicio, sino de una perturbación momentánea producida por un ambiente que actúa sobre todos los espíritus, lo mismo del militar que del particular...

CSJN, 17-12-87, "Recondo, Ricardo G.", *Fallos*: 310:2755, E. D. 127-337, disidencia del Dr. Petracchi

## ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO .....	7
---------------	---

### TÍTULO VII

#### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

.....	9
-------	---

#### DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

I. Bien jurídico protegido .....	11
II. El problema de los delitos de peligro .....	17
1. Las ideas básicas de los delitos de peligro .....	17
2. La diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto .....	19
3. El aspecto subjetivo .....	23
4. La crítica a los delitos de peligro abstracto .....	24
5. Síntesis .....	29
III. Los llamados delitos cualificados por el resultado .....	31
IV. El tema del estrago .....	34

### CAPÍTULO I

#### INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

.....	35
I. Antecedentes .....	36
II. Bien jurídico protegido .....	38

III. Tipo objetivo . . . . .	39
1. El incendio . . . . .	39
2. Explosión . . . . .	42
3. Inundación . . . . .	45
IV. Tipo subjetivo . . . . .	46
V. Consumación y tentativa . . . . .	47
VI. Autoría y participación . . . . .	49

**LOS TIPOS PENALES ESPECIALES DEL ARTÍCULO 186  
DEL CÓDIGO PENAL. EL LLAMADO ESTRAGO RURAL**

.....	49
I. Antecedentes . . . . .	50
II. Bien jurídico protegido . . . . .	52
III. Tipo objetivo . . . . .	53
IV. Tipo subjetivo . . . . .	55
V. Consumación y tentativa . . . . .	56

**LOS TIPOS PENALES AGRAVADOS**

I. La agravante del inciso 3º . . . . .	57
II. La agravante del inciso 4º . . . . .	59
1. Tipo objetivo . . . . .	59
2. Tipo subjetivo . . . . .	61
III. La muerte de alguna persona (inc. 5º) . . . . .	62
1. Tipo objetivo . . . . .	62
2. Tipo subjetivo . . . . .	64
3. Tentativa . . . . .	64
4. Participación . . . . .	64
Jurisprudencia . . . . .	65

**EL ESTRAGO**

I. Antecedentes . . . . .	68
II. Tipo objetivo . . . . .	69
1. El estrago . . . . .	69

2. Los medios del estrago . . . . .	70
a) Sumersión de una nave . . . . .	70
b) Varamiento de una nave . . . . .	71
c) Derrumbe de un edificio . . . . .	72
d) Inundación, de una mina . . . . .	73
e) Cualquier otro medio poderoso de destrucción. . . . .	75
III. Tipo subjetivo . . . . .	76
IV. Consumación . . . . .	77

**IMPEDIMENTO O ENTORPECIMIENTO DE LAS TAREAS DE DEFENSA**

I. Antecedentes . . . . .	77
II. Destrucción de ciertas obras . . . . .	78
1. Tipo objetivo . . . . .	78
a) El peligro . . . . .	78
b) Los objetos protegidos . . . . .	80
2. Tipo subjetivo . . . . .	82
3. Consumación y tentativa . . . . .	82
III. Sustracción, ocultación o inutilización de materiales, instrumentos u otros medios de extinción o defensa. El llamado favorecimiento al estrago . . . . .	82
1. Antecedentes . . . . .	83
2. Tipo objetivo . . . . .	83
3. Tipo subjetivo . . . . .	85
4. Consumación y tentativa . . . . .	85

**EL ESTRAGO CULPOSO**

I. Antecedentes . . . . .	86
II. Tipo penal en general . . . . .	88
III. La agravante de la segunda parte del artículo 189 del Código Penal . . . . .	88
1. Análisis general . . . . .	88
2. El tipo penal agravado. El problema del resultado . . . . .	88
Jurisprudencia . . . . .	89

## LA TENENCIA ILEGÍTIMA DE ARMAS Y MATERIALES

.....	91
I. La fabricación o tenencia de materiales explosivos.....	92
1. Antecedentes.....	92
2. Bien jurídico.....	92
3. Tipo objetivo.....	94
4. Tipo subjetivo.....	96
II. La fabricación o tenencia para sabotaje para dañar máquinas y productos.....	97
1. Tipo objetivo.....	97
2. Tipo subjetivo.....	98
3. Consumación.....	98
4. Penalidad.....	99
III. Instrucciones para la preparación de materiales explosivos.....	99
1. Antecedentes.....	99
2. Bien jurídico.....	99
3. Tipo objetivo.....	100
4. Tipo subjetivo.....	101
5. Consumación.....	101
IV. La tenencia ilegítima de armas y materiales. La llamada simple tenencia.....	102
1. Antecedentes.....	102
2. Bien jurídico.....	103
3. Tipo objetivo.....	108
a) La autorización.....	108
b) Objeto de la tenencia.....	108
c) Clases de armas según el decreto reglamentario.....	109
d) Las acciones típicas: tenencia y portación.....	113
d.1) Tenencia.....	113
d.2) Portación.....	115
d.3) Síntesis.....	116
4. Tipo subjetivo.....	118

5. Antijuridicidad .....	119
6. Culpabilidad .....	119
7. Consumación .....	119
V. El acopio de armas .....	119
1. Antecedentes .....	119
2. Bien jurídico .....	120
3. Tipo objetivo .....	120
4. Tipo subjetivo .....	121
5. Consumación .....	121
6. Agravante .....	121
VI. Tenencia y acopio de municiones, piezas o instrumental .....	121
1. Antecedentes .....	121
2. Bien jurídico .....	122
3. Tipo objetivo .....	122
4. Tipo subjetivo .....	122
5. Consumación .....	122
Jurisprudencia .....	123

#### **ENTREGA DE ARMA DE FUEGO A PERSONA INDEBIDA**

I. Antecedentes .....	132
II. Bien jurídico .....	132
III. Tipo objetivo .....	132
IV. Tipo subjetivo .....	133
V. Consumación .....	133

### **CAPÍTULO II**

#### **DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACIÓN**

I. Antecedentes .....	135
II. Bienes jurídicos protegidos .....	138
III. Creación de peligro para transportes acuáticos y aéreos .....	140
1. Antecedentes .....	141

2. Bien jurídico protegido.....	141
3. Tipo objetivo.....	141
4. Tipo subjetivo.....	144
5. Consumación y tentativa.....	144
IV. Los tipos penales agravados.....	145
1. Agravantes por los resultados ocurridos en los medios de transporte.....	145
a) Tipo objetivo.....	145
a.1) Causalidad.....	145
a.2) Naufragio.....	146
a.3) Varamiento.....	146
a.4) Desastre aéreo.....	147
b) Tipo subjetivo.....	147
2. Agravantes por los resultados sobre las personas.....	148

**CREACIÓN DE PELIGRO PARA TRANSPORTE TERRESTRE.  
ATENTADOS CONTRA COMUNICACIONES**

I. Los problemas de las reformas del Código Penal.....	149
II. El atentado ferroviario.....	149
1. Antecedentes.....	150
2. Tipo objetivo.....	150
a) El inciso 1º.....	152
b) El inciso 2º.....	153
c) El inciso 3º.....	153
d) El inciso 4º.....	154
3. Tipo subjetivo.....	154
4. Consumación y tentativa.....	155
Jurisprudencia.....	155
III. Atentado contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril.....	156
1. Antecedentes.....	156
2. Bien jurídico.....	157
3. Tipo objetivo.....	157
4. Tipo subjetivo.....	158
5. Consumación.....	158

IV. Atentados contra trenes o tranvías en marcha .....	158
1. Antecedentes .....	158
2. Bien jurídico .....	159
3. Tipo objetivo .....	160
4. Tipo subjetivo .....	160
5. Consumación .....	160
Jurisprudencia .....	161
V. Entorpecer transportes, comunicaciones y otros servicios .....	161
1. Antecedentes .....	161
2. Bien jurídico .....	162
3. Tipo objetivo .....	162
4. Tipo subjetivo .....	163
5. Consumación .....	163
6. Agravante .....	163
Jurisprudencia .....	163
VI. El abandono de servicio de transporte .....	165
1. Antecedentes .....	165
2. Bien jurídico .....	165
3. Tipo objetivo .....	166
4. Tipo subjetivo .....	167
5. Consumación .....	167
Jurisprudencia .....	168
VII. La forma culposa de causar un descarrilamiento, nafragio u otro accidente .....	168
1. Antecedentes .....	168
2. Bien jurídico .....	169
3. Tipo objetivo .....	169
4. Consumación .....	170
Jurisprudencia .....	173
VIII. Interrupción de la comunicación telegráfica o telefónica .....	170
1. Antecedentes .....	170
2. Bien jurídico .....	171

3. Tipo objetivo.....	171
a) Interrupción o entorpecimiento de la comunicación telegráfica o telefónica .....	171
b) Resistencia violenta al restablecimiento de la comunicación interrumpida.....	172
4. Tipo subjetivo.....	172
5. Consumación.....	172
Jurisprudencia .....	173

### CAPÍTULO III

#### PIRATERÍA

I. Introducción .....	175
1. Problemas terminológicos.....	176
2. Derecho Comparado .....	178
3. La piratería en el Derecho Internacional .....	179
4. Lugar y tiempo de comisión del delito en el Derecho Internacional .....	182
5. Ley aplicable.....	183
II. Bien jurídico protegido.....	184
III. Antecedentes legislativos .....	185
IV. Piratería y corso .....	187
V. Tipo penal: distintas modalidades .....	188
1. Piratería marítima (propriadamente dicha) .....	188
2. Piratería aérea .....	190
3. Usurpación de comando o mando.....	191
4. Connivencia con piratas .....	193
5. Oposición a la defensa contra piratas .....	194
6. Equipamiento de buque o aeronave pirata .....	195
7. Tráfico pirata .....	196
Jurisprudencia .....	197
VI. Figura agravada por muerte .....	198
Competencia.....	198

## CAPÍTULO IV

### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. ENVENENAR O ADULTERAR AGUAS POTABLES O ALIMENTOS O MEDICINAS

.....	201
I. Antecedentes.....	202
II. Bien jurídico protegido.....	204
III. La responsabilidad por el producto.....	205

#### ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE AGUAS POTABLES, O SUSTANCIAS ALIMENTICIAS O MEDICINALES

I. Antecedentes.....	207
II. Bien jurídico.....	208
III. Tipo objetivo.....	209
1. Objeto material.....	209
a) El agua potable.....	209
b) Sustancias alimenticias.....	210
c) Sustancias medicinales.....	210
d) Destinadas al uso público o al consumo público.....	211
2. Las acciones.....	211
3. El peligro.....	212
IV. Tipo subjetivo.....	213
V. Consumación.....	214
VI. Los tipos agravados.....	214
Jurisprudencia.....	215

#### TRÁFICO DE MEDICAMENTOS O MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD

.....	217
I. Antecedentes.....	218
II. Bien jurídico.....	218
III. Tipo objetivo.....	218
IV. Tipo subjetivo.....	220
V. Consumación.....	220
Jurisprudencia.....	220

## PROPAGACIÓN DE UNA ENFERMEDAD PELIGROSA O CONTAGIOSA

I. Antecedentes . . . . .	224
II. Bien jurídico . . . . .	224
III. Tipo objetivo . . . . .	224
IV. Tipo subjetivo . . . . .	226
V. Consumación . . . . .	227
Jurisprudencia . . . . .	227

## EL TIPO CULPOSO

I. Antecedentes . . . . .	229
II. Bien jurídico . . . . .	229
III. Tipo objetivo . . . . .	230
IV. Tipo subjetivo . . . . .	231
V. Agravantes . . . . .	231
VI. Contagio venéreo . . . . .	231
1. Tipo objetivo . . . . .	231
2. El problema de los resultados tardíos . . . . .	232
3. Autoría . . . . .	233
4. Tipo subjetivo . . . . .	233
5. El problema de la denuncia . . . . .	234
6. Consumación . . . . .	234
Jurisprudencia . . . . .	234

## SUMINISTRO INDEBIDO DE MEDICAMENTOS

. . . . .	235
I. Antecedentes . . . . .	236
II. Bien jurídico . . . . .	236
III. Tipo objetivo . . . . .	236
1. Suministro infiel de sustancias medicinales . . . . .	236
2. Suministro indebido por falta de receta o receta no archivada . . . . .	238
IV. Tipo subjetivo . . . . .	239
V. Autoría . . . . .	239
VI. Consumación . . . . .	239
Jurisprudencia . . . . .	239

## EL TIPO CULPOSO

.....	240
-------	-----

### OMISIÓN DE DEBERES DE VIGILANCIA

I. Antecedentes.....	241
II. Bien jurídico.....	241
III. Tipo objetivo.....	241
IV. Tipo subjetivo.....	242
V. Autoría.....	242

### VENTA DE SUSTANCIAS MEDICINALES POR PERSONAS NO AUTORIZADAS

I. Antecedentes.....	243
II. Bien jurídico.....	243
III. Tipo objetivo.....	243
IV. Tipo subjetivo.....	244
V. Consumación.....	244
VI. Problemas de concurso.....	244

### VIOLACIÓN DE MEDIDAS CONTRA EPIDEMIAS

I. Las llamadas infracciones sanitarias.....	244
II. Antecedentes.....	247
III. Bien jurídico.....	248
IV. Tipo objetivo.....	248
V. Tipo subjetivo.....	250
VI. Consumación.....	250
VII. Confluencia de tipos.....	250

### VIOLACIÓN DE LEYES DE POLICÍA ANIMAL

I. Antecedentes.....	251
II. Bien jurídico.....	251
III. Tipo objetivo.....	252
IV. Tipo subjetivo.....	253

V. Consumación .....	253
VI. La reforma de la ley 25.528 .....	253
Jurisprudencia .....	253

### **LA INHABILITACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO**

.....	254
Jurisprudencia .....	255

### **EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA**

I. Curanderismo .....	255
1. Antecedentes .....	255
2. Bien jurídico .....	256
3. Tipo objetivo .....	257
a) El problema de la autoría: la falta de título o autorización ..	257
b) La prescripción o administración .....	259
c) Objeto de las conductas .....	259
d) La habitualidad .....	261
e) La gratuidad .....	262
4. Tipo subjetivo .....	263
5. Consumación .....	263
II. Charlatanismo .....	263
1. Antecedentes .....	263
2. Bien jurídico .....	263
3. Tipo objetivo .....	264
4. Autoría .....	266
5. Tipo subjetivo .....	266
6. Consumación .....	267
III. El prestanombre o préstamo de nombre .....	267
1. Bien jurídico .....	267
2. Tipo objetivo .....	267
3. Autoría .....	268
4. Tipo subjetivo .....	268
5. Consumación .....	269
Jurisprudencia .....	269

**TÍTULO VIII**  
**DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**

..... 271

**CAPÍTULO I**

**INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS**

I. Antecedentes.....	279
II. Bien jurídico.....	281
III. La instigación del artículo 45 del Código Penal.....	281
IV. Tipo objetivo.....	285
V. Tipo subjetivo.....	287
VI. Consumación y tentativa.....	288
VII. El tema del artículo 41 del Código Penal.....	288
Jurisprudencia.....	290

**CAPÍTULO II**

**ASOCIACIÓN ILÍCITA**

.....	291
I. Antecedentes.....	292
II. La participación y la asociación ilícita.....	293
III. Bien jurídico protegido.....	298
IV. Tipo objetivo.....	300
1. La estructura objetiva de la asociación ilícita.....	300
2. La intención o voluntad de intervención de los miembros y el propósito de delinquir.....	306
a) La intención o voluntad de formar parte de la asociación o banda.....	306
b) El propósito de delinquir.....	306
3. Otras características del tipo.....	310
a) Delito permanente.....	310
b) Delito de peligro.....	311

V. Tipo subjetivo .....	311
VI. Autoría y participación .....	312
VII. Consumación .....	312
VIII. Tentativa .....	313
IX. La asociación ilícita y la comisión de otros delitos .....	313
X. Punibilidad .....	314
XI. Agravante de la punibilidad del último párrafo del artículo 210 del Código Penal .....	315
Jurisprudencia .....	316

**AGRAVANTE DEBIDO A QUE SE PONE EN  
RIESGO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

.....	324
I. Las acciones punibles .....	325
II. Carácter de las agravantes .....	326
III. Acción que contribuya a poner en riesgo la Constitución Nacional .....	326
IV. Condiciones de la agravante .....	328
1. Estar integrada por diez o más individuos .....	328
2. Poseer una organización militar o de tipo militar .....	328
3. La estructura celular .....	328
4. Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo .....	328
5. Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país .....	329
6. Que esté compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad .....	329
7. Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior .....	329
8. Recibir apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos .....	329
Jurisprudencia .....	330

**CAPÍTULO III**  
**INTIMIDACION PÚBLICA**

I. Antecedentes.....	331
II. Bien jurídico.....	332

**LA INTIMIDACIÓN PÚBLICA**

I. Bien jurídico protegido.....	334
II. Tipo objetivo.....	336
III. Tipo subjetivo.....	341
IV. Consumación.....	342
V. Tentativa.....	343

**EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 211**

I. Tipo objetivo.....	343
II. Subsidiariedad del tipo penal del artículo 211.....	344
Jurisprudencia.....	345

**INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA**

I. Antecedentes.....	345
II. Tipo objetivo.....	346
III. Tipo subjetivo.....	349
IV. Consumación.....	350
Jurisprudencia.....	350

**CAPÍTULO IV**  
**APOLOGÍA DEL CRIMEN**

I. Antecedentes.....	353
II. Bien jurídico.....	354
III. Tipo objetivo.....	356
IV. Tipo subjetivo.....	358
V. Consumación.....	358
Jurisprudencia.....	358

**CAPÍTULO V**  
**OTROS ATENTADOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO**  
**(Incitación a combatir las ideas)**

I. Antecedentes.....	361
II. Bien jurídico.....	362
III. Tipo objetivo.....	363
IV. Tipo subjetivo.....	365
V. Consumación.....	365
VI. Subsidiariedad.....	365
VII. Agravante por ley 23.592 contra la discriminación.....	365
Jurisprudencia.....	366

**TÍTULO IX**  
**DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN**

.....	367
-------	-----

**CAPÍTULO I**  
**TRAICIÓN**

.....	371
I. Antecedentes.....	372
II. Bien jurídico.....	373
III. Tipo objetivo.....	374
1. Problemas de coincidencia entre el texto legal y la Constitución Nacional.....	374
2. Autores.....	375
3. Presupuestos del delito.....	376
4. Acciones típicas.....	376
a) Tomar las armas contra la Nación.....	376
b) Unirse al enemigo de la Nación, prestándole ayuda y socorro.....	377

IV. Tipo subjetivo .....	378
V. Consumación .....	378

#### **TIPOS AGRAVADOS**

I. Antecedentes .....	378
II. Bien jurídico .....	379
III. Tipo objetivo .....	379
1. Presupuestos .....	379
2. Sometimiento de la Nación .....	379
3. Menoscabo de la integridad e independencia .....	380
4. Promoción de guerra contra la Nación (inc. 2º) .....	380
IV. Tipo subjetivo .....	381
V. Culpabilidad .....	381
VI. Consumación .....	381

#### **CONSPIRACIÓN PARA LA TRAICIÓN**

I. Antecedentes .....	382
II. Bien jurídico .....	382
III. Tipo objetivo .....	383
IV. Tipo subjetivo .....	384
V. Consumación .....	384

#### **EXCUSA ABSOLUTORIA**

.....	384
Fundamentos del artículo .....	385

#### **ACTOS DE TRAICIÓN EN CONTRA DE UNA POTENCIA ALIADA**

I. Antecedentes .....	386
II. Bien jurídico .....	386
III. Tipo objetivo .....	386
IV. Tipo subjetivo .....	387
V. Consumación .....	387

## LOS EXTRANJEROS Y EL DELITO DE TRAICIÓN

.....	387
I. Antecedentes.....	388
II. Ampliación de la autoría.....	388
III. Exclusiones.....	389

## CAPÍTULO II

### DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACIÓN

.....	391
-------	-----

#### ACTOS HOSTILES

I. Antecedentes.....	392
II. Bien jurídico.....	393
III. Tipo objetivo.....	393
IV. Tipo subjetivo.....	395
V. Consumación.....	395

#### VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS Y SALVOCONDUCTOS

I. Antecedentes.....	396
II. Bien jurídico.....	396
III. Tipo objetivo.....	396
IV. Tipo subjetivo.....	398
V. Consumación.....	398

#### VIOLACIÓN DE INMUNIDADES

I. Antecedentes.....	398
II. Bien jurídico.....	398
III. Tipo objetivo.....	399
IV. Tipo subjetivo.....	400
V. Consumación.....	400
Jurisprudencia.....	400

**REVELACIÓN DE SECRETOS POLÍTICOS  
Y MILITARES. LA LEY 13.985 DE 1950**

I. Antecedentes.....	401
II. Bien jurídico.....	401
III. Tipo objetivo.....	402
1. El Código Penal.....	402
a) Revelación de secretos.....	402
b) La obtención de la revelación del secreto.....	404
2. La ley 13.985.....	404
IV. Tipo subjetivo.....	405
V. Consumación.....	405

**ULTRAJE A LA BANDERA, EL ESCUDO O EL HIMNO NACIONAL**

I. Antecedentes.....	406
II. Bien jurídico.....	406
III. Tipo objetivo.....	407
IV. Tipo subjetivo.....	408
V. Consumación.....	408
Jurisprudencia.....	408

**TIPO CULPOSO**

I. Aspectos generales del tipo penal.....	410
II. La pena.....	411

**LA LLAMADA INTRUSIÓN O ESPIONAJE**

.....	411
I. Antecedentes.....	412
II. Bien jurídico.....	412
III. Tipo objetivo.....	412
1. El espionaje en el Código Penal.....	412
2. El espionaje en la ley 13.985.....	413
IV. Tipo subjetivo.....	413
V. Consumación.....	413

VI. La pena .....	414
VII. Exención de pena .....	414
VIII. Sabotaje .....	414

#### **INFIDELIDAD DIPLOMÁTICA**

I. Antecedentes .....	415
II. Bien jurídico .....	415
III. Tipo objetivo .....	416
IV. Tipo subjetivo .....	416
V. Consumación .....	417
Jurisprudencia .....	417

### **TÍTULO X**

#### **DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**

.....	419
-------	-----

#### **DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**

I. Antecedentes .....	421
1. El Proyecto Tejedor .....	422
2. El Proyecto Villegas, Ugarriza y García .....	422
3. El Código de 1886 .....	422
4. La ley 49 .....	423
5. El proyecto de 1891 .....	423
6. El proyecto de 1906 .....	423
7. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. El Código de 1921 .....	423
8. La ley 23.077 .....	424
II. El delito político .....	424
1. Análisis general .....	424

2. Concepto de delito político . . . . .	425
a) El criterio objetivo . . . . .	425
b) El criterio subjetivo . . . . .	426
c) La teoría mixta . . . . .	426
d) La teoría de Jiménez de Asúa . . . . .	427

## CAPÍTULO I

### ATENTADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA

I. Análisis general. Los problemas de la reforma . . . . .	429
II. Ordenamiento de las materias. . . . .	432

#### LA REBELIÓN O ALZAMIENTO EN ARMAS

I. Antecedentes. . . . .	432
II. Bien jurídico protegido. . . . .	433
1. Orden constitucional. . . . .	433
2. La democracia. . . . .	434
III. Tipo objetivo. . . . .	436
1. El alzamiento en armas. . . . .	436
2. Los fines del alzamiento en armas . . . . .	439
a) Cambiar la Constitución . . . . .	439
b) Deponer a alguno de los poderes públicos del gobierno nacional . . . . .	440
c) Arrancarle alguna medida o concesión . . . . .	441
d) Impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales . . . . .	441
e) Impedir, aunque sea temporariamente, la formación o renovación de los poderes nacionales en los términos y formas legales . . . . .	442
IV. Tipo subjetivo. . . . .	444
V. Problemas de antijuridicidad. La justificación. Error . . . . .	444
VI. Consumación . . . . .	445
VII. Tentativa . . . . .	446

## TIPOS AGRAVADOS

I. Agravantes por las finalidades .....	447
II. Agravantes por la calidad de autor .....	448
Jurisprudencia .....	451

## AMENAZA DE REBELIÓN

I. Antecedentes .....	460
II. Bien jurídico protegido .....	461
III. Tipo objetivo .....	461
IV. Tipo subjetivo .....	462
V. Consumación .....	462

## CONCESIÓN DE PODERES TIRÁNICOS

I. Antecedentes .....	463
1. El proyecto de 1891 .....	464
2. Breve análisis de los antecedentes de la Constitución .....	464
II. Bien jurídico protegido .....	466
III. Tipo objetivo .....	467
1. El problema de la Constitución y el texto legal .....	467
2. Las acciones típicas .....	468
3. Objeto .....	469
4. Sujeto pasivo .....	469
IV. Tipo subjetivo .....	470
V. Consumación .....	470
VI. La pena .....	470
Jurisprudencia .....	470

## CONSENTIMIENTO DEL ESTADO DE REBELIÓN

Análisis general de la norma .....	471
------------------------------------	-----

## COLABORACIÓN EN EL ESTADO DE REBELIÓN

Análisis general de la norma.....	473
-----------------------------------	-----

### AGRAVANTE

I. Análisis de la agravante .....	474
II. La prescripción .....	475

### DELITO CONTRA EL PATRONATO

.....	475
I. Antecedentes y análisis de la norma.....	476
II. Derogación .....	476
Jurisprudencia in extenso (art. 226) .....	477
CFed.CCorr. de San Martín, 5-10-89, "A., J. C. y otros s/Rebelión", Secr. Especial N° 15.....	477

## CAPÍTULO II

### SEDICIÓN

#### LA SEDICIÓN

I. Análisis general .....	657
II. Antecedentes.....	658
III. Bien jurídico protegido.....	659
IV. Tipo objetivo.....	660
1. Armar una provincia contra otra.....	660
2. Alzamiento en armas.....	660
V. Tipo subjetivo.....	661
1. Armar a una provincia contra otra .....	661
2. Alzamiento en armas.....	661
VI. Consumación .....	661
1. Armar una provincia contra otra.....	661
2. Alzamiento en armas.....	661
Jurisprudencia.....	661

## EL MOTÍN

I. Antecedentes.....	662
II. Atribución indebida de los derechos del pueblo .....	662
1. Bien jurídico protegido.....	662
2. Tipo objetivo.....	663
3. Sujetos.....	664
4. Tipo subjetivo .....	665
5. Consumación.....	665
III. Alzamiento público.....	665
1. Tipo objetivo.....	665
2. Tipo subjetivo .....	666
3. Consumación.....	666
Jurisprudencia .....	666

## CAPÍTULO III

### DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

#### INTIMACIÓN A LOS SUBLEVADOS Y EXCUSA ABSOLUTORIA

.....	667
I. Antecedentes .....	668
II. Análisis de la norma .....	668

#### PROMOCIÓN DE UNA CONSPIRACIÓN

I. Antecedentes.....	672
II. Bien jurídico protegido.....	673
III. Tipo objetivo.....	673
IV. Tipo subjetivo.....	675
V. Consumación .....	675
VI. La pena .....	675

## **SEDUCCIÓN DE TROPAS**

I. Antecedentes.....	675
II. Bien jurídico protegido.....	676
III. Tipo objetivo.....	677
IV. Tipo subjetivo.....	678
V. Consumación.....	678
VI. Pena.....	678

## **LA PUNIBILIDAD ESPECIAL. INHABILITACIÓN**

I. Antecedentes.....	679
Análisis de la norma.....	680

## **OMISIÓN DE RESISTENCIA**

I. Bien jurídico.....	681
II. Tipo objetivo.....	681
1. Aspectos generales del tipo.....	681
2. Autoría.....	682
III. Tipo subjetivo.....	682
IV. Consumación.....	682

## **PUNIBILIDAD ESPECIAL. AUMENTO DE LAS PENAS. LEY 13.945, ARTÍCULO 36**

I. Análisis de la norma.....	682
II. Jurisprudencia.....	683

## **PROBLEMAS CONCURSALES**

.....	683
I. Antecedentes.....	684
II. Análisis de la norma.....	684
III. Jurisprudencia.....	685



LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2002 EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE