

EDGARDO ALBERTO DONNA

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo II-A



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-A

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Tucumán 2644 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CAF Santa Fe
Arturo M. Bas 284 - Tel. (0351) 428-4418 - X5000KLF Córdoba

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

El presente tomo II-A trata de los delitos contra el estado civil y contra la libertad, contenidos en los Títulos IV y V del Código Penal.

Debo agradecer, de manera especial, las colaboraciones que se han prestado en el presente libro dentro de la sistemática empleada, esto es, un primer borrador, y luego la corrección y ampliación a mi cargo, a los siguientes docentes de la cátedra, salvo el profesor Basílico de la Universidad San Juan Bosco, quien trabajó a la distancia con el empuje que se le reconoce:

María Mercedes Rubio y Andrea Bartos, en todos los temas de este tomo. Ambas profesionales, y esto hay que resaltarlo, no se fijaron si era día domingo o feriado. De allí que se pueda decir que se trata de una colaboración casi imprescindible. Norma Bouyssou y Horacio Dias trabajaron dentro del Título IV, en los Capítulos I y II, respectivamente. Ricardo Basílico, tal como lo dije antes, en el Capítulo I del Título V. Javier de la Fuente trabajó, con la capacidad de siempre, en el Capítulo II del Título V; Gustavo Aboso, en los delitos de incumplimiento de los deberes familiares.

A todos ellos debo pues mi agradecimiento en esta obra, que empieza a tomar forma y que espero, para bien mío, de mis discípulos y de mi familia, podamos terminarla entre este y el próximo año.

Invierno de 2001

E. A. D.

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

SUMARIO: I. Bien jurídico protegido. II. Concepto de estado civil y estado de familia. III. Estado civil. IV. Antecedentes legales.

I. Bien jurídico protegido

La expresión estado civil¹ fue tomada por el legislador argentino del Derecho Privado francés, que tiene su origen en el llamado *status familiae romano*².

Es la posición, cualidad o condición que la persona ocupa en la sociedad de acuerdo con sus relaciones de familia, y fuente de sus derechos y obligaciones. Dicha posición en la familia implica la individualidad del sujeto y, por ende, su identidad determinada con base en una serie de características, que son cualidades constitutivas de ese estado³.

¹ Conf. PACHECO, *Código Penal comentado*, t. III, p. 209, citado por GÓMEZ, *Traído de Derecho Penal. Parte especial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, t. III, p. 267; decía que "el estado civil, frase extranjera pero sencilla, expresiva, de buen origen, comprende todo lo que respecta a la condición social de las personas. El nombre, sus derechos y obligaciones de familia, su posición en el Estado y en la sociedad".

² El viejo concepto romano que abarcaba los aspectos referidos a la libertad, la ciudadanía y la familia, ha quedado reducido a esta última significación, es decir, al estado de familia (conf. ORGAZ, *Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 207).

³ Conf. MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, texto actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 510/11. Por esa razón, señaló Moreno (h) (*El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. III, p. 317) que el derecho atacado en los delitos contra el estado civil es el derivado de la situación de familia que tiene una persona.

Con respecto a los delitos que analizamos, la ley 24.410, sancionada el 30 de noviembre de 1994, ha modificado la rúbrica del Capítulo II, *Supresión y suposición de estado civil por Supresión y suposición de estado civil y de la identidad*, ampliando de esa forma, por lo menos en la intención, el bien jurídico protegido, que hasta ese momento era la posesión de estado civil, por el derecho a la identidad de las personas.

Este tema ha dado lugar a diversas interpretaciones: si bien existen autores que le quitan trascendencia a la modificación y sostienen que no existe ninguna diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto esta última deriva de aquél⁴, otros, por su parte, manifiestan que es trascendente la reforma por cuanto la identidad es un concepto que abarca al estado civil, y sería omnicomprensivo de todo lo relacionado con el tema⁵.

II. Concepto de estado civil y estado de familia

Según Zannoni⁶, en Derecho Privado los conceptos de estado civil y de estado de familia prácticamente se superponen, aunque no son del todo coincidentes⁷.

Laje Anaya define el estado civil como una situación jurídica en la que se encuentra una persona, con respecto a ella misma o con respecto a terceros, a raíz de un hecho que tiene capacidad de crear recíprocamente una relación que para la ley tiene el valor de parentesco o de matrimonio. En este sentido el estado civil se traduce en una serie de datos que, a los fines de la identidad de un individuo, permiten su identificación y su individualización⁸.

Por su parte, Díaz de Guijarro define al estado de familia como la posición que ocupa una persona dentro de la familia. Es un atributo

⁴ AGUIRRE OBARRIO, en actualización de MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, t. I, p. 537.

⁵ ZULITA FELLINI, *Delito de tráfico de niños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

⁶ ZANNONI, Eduardo y otros, *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 356.

⁷ ZANNONI y otros, ob. cit., p. 356, ver nota 29.

⁸ LAJE ANAYA, Justo, *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, 1997, p. 34.

de la personalidad humana y representa mucho más que una relación jurídica, pues constituye un emplazamiento que origina, por directa y espontánea gravitación, múltiples relaciones presentes y posibles, inmediatas y mediatas, efectivas y en potencia.

Y más aún, es fuente propia de derechos y obligaciones, cuyo ejercicio está determinado por el interés familiar, valorado como medio de protección del interés individual dentro del núcleo, sobre la base de que su amparo satisfaga los fines familiares, por lo cual cede el interés individual en caso de colisión⁹.

La importancia de este bien personal que es el estado de familia, dentro de la sociedad, se pone de relieve por la tutela que el orden penal le otorga en el ordenamiento jurídico al erigir en delito determinadas acciones destinadas a lesionar el estado civil.

El bien jurídico protegido en algunos de estos delitos es la posesión de estado civil¹⁰, pero corresponde tener presente que el estado civil de las personas puede verse afectado también por la comisión de otros delitos penales, como ser, algunos delitos contra la fe pública (vgr., falsificación de documentos) reprimidos por los artículos contenidos en el Título XII, Capítulos II y III del Código Penal¹¹, lo que es lógico dado que el estado civil se asienta en documentos públicos.

Autores como Cortés Bechiarelli¹² y Boix Reig¹³ afirman que el estado civil no tiene entidad suficiente como para alzarse como bien jurídico protegido; entre otras razones, porque entonces el Derecho Penal debería tutelar específicamente los extremos relativos a sus distintas manifestaciones: fallecimiento, nacionalidad, emancipación, etcétera, vulnerando, en ese hipotético caso, los principios de intervención mínima. Sin embargo, esto no es del todo exacto, porque basta

⁹ DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, *Datado de Familia*, Tea, Buenos Aires, 1953, ps. 381 y ss.; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, § 13.

¹⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal*, t. III, p. 103; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, Omeba, Buenos Aires, t. IV, ps. 243 y ss.

¹¹ ZANNONI y otros, *ob. cit.*, p. 357.

¹² CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Edersa, Madrid, 1996, p. 43.

¹³ BOIX REIG, J., en VV. AA., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1994, p. 353.

con la protección de aspectos esenciales del estado civil, tales como el derecho a no ser excluido del llamado estado de familia.

Las cualidades del estado de familia están constituidas por una serie de datos, indefectibles algunos (el nacimiento, su lugar y fecha, la filiación natural, el sexo, el nombre y el apellido) y posibles otros (como el estado matrimonial, la filiación por legitimación, reconocimiento, declaración judicial, adopción, ciudadanía por naturalización)¹⁴, que también pueden clasificarse como derivados de hechos naturales, o puros y simples (nacimiento, sexo, etc.), o de actos jurídicos (naturalización, matrimonio, etc.).

Con ello, se advierte su complejidad, en el sentido de que resultan consecuencias de las relaciones que la persona tiene con los seres que la rodean, los grupos que ellas forman y de su propia situación física¹⁵. En verdad, se trata de tres formas de relación de tipo funcional:

- a) Con relación a la familia (soltero o casado);
- b) a la sociedad (nacional o extranjero), y
- c) a la persona (hombre o mujer)¹⁶.

Ya Hegel había advertido esta relación funcional cuando afirmaba que "el concepto de esta idea sólo es espiritual, lo real y lo que se sabe así, si es la objetivación de sí mismo, el movimiento a través de la forma de sus momentos. Es por lo tanto:

"A) Espíritu ético inmediato o natural: la familia. Esta sustancialidad pasa a la pérdida de su unidad, a la duplicidad y al punto de vista de lo relativo, y es así.

"B) Sociedad civil, unión de los miembros como individuos independientes en una universalidad por lo tanto formal por medio de sus necesidades, por medio de la constitución jurídica como medio para la seguridad de las personas y la propiedad, y por medio de un orden exterior para sus intereses particulares y comunes.

¹⁴ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1988, t. III, vol. II, p. 405.

¹⁵ Conf. ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal comentado. Parte especial*, Hammurabi, Buenos Aires, t. I, p. 473.

¹⁶ Conf. MANIGOT, Marcelo, *Código Penal comentado*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 422.

"Ese estado exterior se retrotrae y reúne en C) Constitución del estado fin y realidad de la universalidad sustancial y de la vida pública consagrada a ella"¹⁷.

Y, en el párrafo 160 afirmaba: "La familia se realiza en los tres aspectos siguientes: A) En la figura de su concepto inmediato como matrimonio. B) En la existencia exterior, la propiedad y los bienes de familia y su cuidado. C) En la educación de los hijos y la disolución de la familia".

Por eso lleva razón Bustos¹⁸ cuando afirma que el estado civil pone de relieve la posición participativa de los sujetos en la sociedad, permitiendo el libre desarrollo de la persona y de su dignidad; por ello, cada quien tiene derecho a un estado civil que le debe ser garantizado. No se trata de una cuestión ajena a la persona que pueda vincularse únicamente a la sociedad; ni ésta ni la familia son titulares exclusivos del derecho, sino que es la persona en una sociedad organizada jurídicamente quien tiene el derecho a que se le reconozca.

Una cuestión importante constituye distinguir al estado civil, en sí mismo, de su forma de registrarlo y comprobarlo; en efecto, ello lleva a la necesidad de una doble tutela, para garantizar la institución del estado civil de las personas:

- a) La protección de la posición que cada cual ocupa en la sociedad en cuanto a las relaciones de familia —estado civil *stricto sensu*—.
- b) La tutela de todo lo que hace al registro de los hechos y actos determinantes del estado civil, y a sus pruebas legales¹⁹.

¹⁷ HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho*, § 157, Los Libros de Sísifo, Edasa, Barcelona, España, 1999.

¹⁸ *Derecho Penal. Parte especial*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, p. 116.

¹⁹ Conf. Molinario-Aguirre Obarrio (ob. cit., p. 514), quienes agregan que esta distinción motiva aparentes diferencias, porque algunos autores colocan el acento en el régimen de pruebas y, sin embargo, es claro que éste existe a su vez para proteger al estado civil.

En contra Soler (*Tratado... cit.*, t. III, p. 375), quien estima que la protección penal que se confiere al estado civil se refiere en general al estado civil verdadero, es decir, no a la situación real de la persona, sino a las pruebas legales de esa situación, aunque en el caso de supresión real las dos situaciones se confunden. En la misma dirección, Creus (*Manual. Parte especial*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 265) afirma que la protección se dirige al estado que formalmente tiene la persona, porque,

III. Estado civil

El título de estado civil, que tiene análogo sentido al estado de familia, es el vínculo familiar legalmente constituido, y debidamente acreditado, que origina derechos y obligaciones entre las personas a quienes liga, constituyendo estos vínculos de filiación, matrimonio y parentesco el título de su estado civil, vale decir, la causa jurídica que suscita el nacimiento de derechos y obligaciones entre ellos. Mientras esos vínculos no se hayan objetivado de la manera que la ley requiere, no existirá título sino sólo el presupuesto de hecho para constituirlo. La relación paterno-filial extramatrimonial requerirá el reconocimiento voluntario o la sentencia judicial para constituir un título de estado, y mientras ello no ocurra faltará un requisito indispensable para originar los derechos y obligaciones que la ley atribuye al padre y al hijo.

Por extensión, esta denominación se pretende de aplicación a los documentos capaces de acreditar el vínculo, como son, por ejemplo, las partidas del Registro Civil²⁰. Zannoni distingue el título en sentido material, que es el emplazamiento en un estado de familia, de aquel en sentido formal, que es el instrumento del cual emerge dicho estado²¹.

De uno u otro modo, todos los delitos atentan contra los datos que sirven para individualizar a los individuos y que, normalmente, son objeto de registración por la autoridad pública, razón por la cual se piensa que estarían mejor colocados en el Título XI, *De los delitos contra la administración pública*, aunque termina reconociendo que la tutela se acentúa en la situación jurídica individualizadora, por encima del ataque contra la efectividad y regularidad de las funciones registrables.

Emparentada con ello se encuentra la discusión acerca de si es o no indispensable que la persona cuyo estado civil se altera se encuentre viva, pudiendo en cierto modo ser exacto que los muertos también tienen su estado civil (SOLER, *ob. cit.*, p. 375). En contra, Creus (*ob. cit.*, p. 266) defiende la idea de que la alteración del estado civil de un muerto sólo sería computable para la punibilidad en cuanto significara un daño a los vínculos de familia que repercutieran sobre los vivos.

²⁰ Belluscio (*Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1974, t. I, N° 28) identifica el título con el documento público del que resulta el estado, y Borda (*Tratado de Derecho Civil, Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 31, N° 26), con las partidas del Registro.

²¹ *Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 1989, t. I, N° 52, p. 51. Parece una distinción acertada, pues no se puede afirmar que dos personas casadas, si se omitió elaborar la partida, carezcan de título de estado, aunque falte la materialidad del instrumento que los acredite como tales.

El estado de familia tiene como caracteres los de inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad, imperatividad y oponibilidad *erga omnes*. Prueba de ello es el artículo 843 del Código Civil que prohíbe transigir sobre la validez o nulidad del matrimonio.

IV. Antecedentes legales

El título comprende dos capítulos, el primero referido a matrimonios ilegales (arts. 134 a 137) y el segundo a la supresión y suposición del estado civil (arts. 138 y 139).

Esta distribución de materias se inicia con el proyecto de 1891 (Villegas, Ugarriza y García). El Título VI comprendía los *Delitos contra el orden de las familias y la moral pública*, que abarcaba, en el Capítulo III, *Los matrimonios ilegales*, y en el Capítulo IV *Los delitos contra el estado civil de las personas*. Esta forma de legislar pasó a los proyectos de los años 1906 y 1917.

El proyecto Tejedor y el Código de 1886 les daban títulos distintos al matrimonio ilegal y a la supresión de estado civil, siendo dicha división abandonada con el precitado proyecto del año 1891, con la justificación de que en uno y otro casos se trataba de delitos de la misma naturaleza, puesto que ambos atacaban el estado civil de las personas, alterando su condición en la familia y en la sociedad. El Código de 1886 legisló por separado los matrimonios ilegales y los delitos contra el estado civil de las personas en los Títulos IV y V, respectivamente. Este esquema fue mantenido por la ley de reformas 4189 que, si bien reemplazó totalmente las disposiciones referentes a los matrimonios ilegales, mantuvo la separación de los títulos²². Al respecto dicen los comisionados: "El Código legisla en títulos separados los matrimonios ilegales y la supresión y suposición de estado, estos últimos hechos bajo el epígrafe *Delitos contra el estado civil de las personas*, como si fueran materias completamente distintas. Sin embargo, se trata en uno y otro casos de delitos de la misma naturaleza [...] atacan todos el estado civil de las personas [...] altera(n) la con-

²² Conf. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. V, p. 209.

dición de la persona en la familia y en la sociedad. Por eso, de acuerdo a los códigos españoles y otros, hemos reunido en un título, dividido en dos capítulos, dichos atentados"²³.

Por influjo del Código español, todos los antecedentes argentinos, desde el proyecto Tejedor hasta el proyecto de 1937²⁴, emplean la expresión delitos contra el estado civil.

Los proyectos de Peco (1941)²⁵, de 1951²⁶ y de Soler (1960)²⁷

²³ Conf. LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 217.

²⁴ La Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1937, a este respecto, sólo se limitó a señalar que: "Las disposiciones del título relativo al estado civil no aportan ninguna modificación substancial a las correlativas del Código vigente. Sólo haremos notar que a la simulación de matrimonio la hacemos figurar en capítulo separado del de los matrimonios ilegales, en el que hoy aparece, con visible impropiedad, pues no habiendo matrimonio no es admisible considerar la ilegalidad" (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal*, AZ Editora, Madrid, 1996, t. 4, p. 617).

²⁵ Proyecto Peco de 1941, Sec. 2ª del Libro 2º, Título Único: *Delitos contra los bienes jurídicos de la familia* (arts. 202/208); fuentes: Suiza; Brasil; Perú; España; P. 1891, e Italia, 556. La Exposición de Motivos señaló que: "Los delitos contra la familia mantienen jerarquía propia y en cierto modo tienden un puente entre los delitos contra las personas y los delitos contra la sociedad. La familia debe ser tutelada en su formación, en su pureza, en su descendencia y en sus necesidades materiales. El quebrantamiento de esas normas da lugar a los delitos contra el matrimonio, contra la pureza familiar, contra el estado de familia. Aquí comprendemos los delitos contra el estado civil, que abarcan los matrimonios ilegales, la simulación de matrimonio y la supresión y suposición de estado civil. Cada uno de estos delitos responde al interés social de salvaguardar la familia, base angular de la sociedad. Los matrimonios ilegales quebrantan los cimientos de la familia en cuanto lastiman la institución del matrimonio" (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, *ob. cit.*, t. 5, p. 282).

²⁶ Proyecto de 1951, Mensaje al Honorable Congreso de la Nación: "La Constitución Nacional establece que la familia, como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines, y, en consecuencia, estatuye, entre otros aspectos, la tutela del matrimonio [...] Se reprime en el proyecto al ministro, pastor o sacerdote de cualquier religión que celebre un matrimonio religioso sin exigir la prueba del correspondiente acto civil..." (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, *ob. cit.*, t. 6, p. 108).

²⁷ Proyecto de 1960 (arts. 175 a 179), Exposición de Motivos: "Fuera de la novedad del título, que ya hemos explicado, quedan ubicadas aquí, además de las

no siguen esta sistemática, ya que, si bien admiten que son delitos de la misma naturaleza pues atacan el mismo interés jurídico, a este interés no lo encuentran en el estado civil sino en la familia²⁸.

De todas formas, los matrimonios ilegales son, además, un atentado al estado civil, puesto que lesionan una de las situaciones que lo determinan, y sólo a través de este ataque ofenden a la familia. Por otro lado, la supresión del estado civil vulnera intereses del individuo como tal, lesionables por actos de supresión y de suposición²⁹.

Por último, y para aproximarse a un conocimiento acerca de la problemática en el Derecho Comparado, podemos referir, citando a Buompadre³⁰, que el Código Penal italiano de 1930 tenía previsto el Título XI *De los delitos contra la familia*, compuesto de cuatro capítulos; por su parte, el Código Penal de Portugal de 1982 prevé los delitos contra la familia en la Sección I del Capítulo 1º, que denomina *De los delitos contra los fundamentos ético-sociales de la vida social*. De igual modo, el Código Penal de Brasil los ha previsto bajo el epígrafe *De los delitos contra la familia* –Título VII–. Y finalmente, el Código Penal uruguayo lo establece en el Título X: *De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de familia*, y el peruano de 1991 hace lo propio en el Título III: *Delitos contra la familia*.

figuras modificadas provenientes de los arts. 146, 148 y 149, las formas de incumplimiento de los deberes alimentarios y el deber de asistencia. Suprimimos el adulterio. Para que ese hecho subsista como causal de divorcio, no es necesario incluir en el Código Penal una figura tan carente de aplicación" (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 6, p. 385).

²⁸ Puede añadirse aquí el proyecto de 1953, cuyo Mensaje al Honorable Congreso decía: "La Constitución, en el art. 37.11, considera a la familia como el vínculo primario y fundamental de la sociedad, y por lo tanto, objeto de preferente protección por parte del Estado, tanto en lo que se refiere al matrimonio [...] respondiendo a tales conceptos, el proyecto dedica la Sección Segunda de la Parte Especial a los delitos contra la familia, legislando en el Título I los delitos contra el matrimonio". Este proyecto agrava la pena si el impedimento fuera la bigamia y castiga con mayor pena al oficial público que a los contrayentes (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 6, p. 223).

²⁹ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., ps. 403 y ss.

³⁰ Conf. BUOMPADRE, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 331.

El Código Penal alemán regula en los parágrafos 169-173, en la Sección XII, los delitos contra el estatuto jurídico personal, el matrimonio y la familia. Dentro de este título se castiga el falseamiento de estatuto jurídico, el perjuicio de la falta de alimento, el perjuicio del deber de vigilancia o educación, la bigamia y el incesto entre parientes.

CAPÍTULO I

MATRIMONIOS ILEGALES

SUMARIO: I. Matrimonios ilegales en general. II. Matrimonio ilegal bilateral. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Sujeto. 4. El problema de los impedimentos como elementos del tipo objetivo. a) Impedimento de parentesco. b) Bigamia. b.1) El problema de la prejudicialidad. c) Impedimento por homicidio. d) Otros impedimentos. 6. Tipo subjetivo. 7. Tentativa. 8. Prescripción. III. Matrimonio ilegal unilateral. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. a) Problemas de error. 3. Sujetos. IV. Simulación de matrimonio. 1. Antecedentes legales. 2. El bien jurídico protegido. 3. El tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Autoría y participación. 6. Tentativa y consumación. V. Responsabilidad del oficial público. 1. Antecedentes legales. VI. El tipo penal de los incisos 1º y 2º. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Tentativa y consumación. 5. La pena. VII. El tipo penal del artículo 136, párrafo tercero. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Tentativa. 5. Consumación. VIII. Responsabilidad del representante legítimo de un menor impúber. 1. Antecedentes legales. 2. Bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. 6. Consumación y tentativa. 7. Pena.

I. Matrimonios ilegales en general¹

Para Núñez la ley protege la legalidad del matrimonio civil. Entendiendo por éste, el que es contraído mediante el consentimiento

¹ Concordancias Código Tejedor: 268 a 273; proyecto Villegas, Ugarriza y García: 290 a 294; Código de 1886: 143 a 149; reforma de 1903: 143; proyecto de 1906: 139 a 144; proyecto Coll Gómez: 176 a 185; proyecto Peco: 202 a 208; proyecto De Benedetti de 1951: 284 a 293; proyecto Levene, La Plaza y Maldonado: 242 a 245; proyecto Soler: 175 a 179 (conf. ZAFFARONI y ARNEDE, *ob. cit.*, N° VII, anexo final).

expresado por los futuros esposos ante el oficial público encargado del registro civil². Bajo este capítulo se protege la legalidad del matrimonio civil procurando que su celebración sea válida, tanto en lo referente a las formas como a la existencia real del acto (simulando uno), evitando su celebración con vicios que lleven a la nulidad (matrimonios ilegales), o los vuelvan anulables (consentimiento otorgado indebidamente), así como con referencia a las formalidades que hay que observar para su celebración (violaciones del oficial público)³⁻⁴.

Para poder entender los tipos penales de este capítulo hay que analizar qué es un matrimonio legal, lo que remite, aunque sea de manera sucinta, a la ley de matrimonio civil y a los impedimentos que llevan a su nulidad absoluta, a su anulabilidad, a la realidad del acto de celebración y a sus formalidades.

II. Matrimonio ilegal bilateral⁵

Artículo 134 del Código Penal: "Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta".

² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 407.

³ Ídem nota anterior.

⁴ Concuere básicamente con estos conceptos Fontán (ob. cit., ps. 211/12), quien agrega que entre los antecedentes destacables puede mencionarse que el Código de Tejedor castigaba al que contrajera matrimonio estando ordenado *in sacris*, o ligado con voto solemne de castidad; además, se penaba al que hiciere intervenir al párroco, por sorpresa o engaño, en un matrimonio ilegal, pero válido. De igual modo, el eclesiástico que, a sabiendas, autorizaba un matrimonio ilegal sufría la misma pena que los contrayentes, y el contrayente doloso debía pagar una multa a la mujer engañada.

⁵ Moreno (ob. cit., p. 319) cita las siguientes concordancias: el art. 455 del Cód. español; francés, 340; belga, 391; Proyecto Tejedor, Sec. 2^o, Lib. 1^o, Tít. IV, arts. 1^o, 2^o y 3^o. Proyecto Villegas, Ugarriza y García, 200 y 201; Cód. de 1886, arts. 143 y 145. Ley 4189, 19; proyecto de 1891, 163; proyecto de 1906, 139; Cód. holandés, arts. 237 y 238; italiano 359; uruguayo 306; húngaro 251 y 255; chileno, 382, y alemán 171.

1. Bien jurídico protegido

Lo que se protege en este delito es la legalidad del matrimonio civil⁶.

Bustos Ramírez⁷ ha puesto el acento en que el bien jurídico protegido debe ser el estado civil de la persona, dado que el matrimonio otorga un determinado estado, pero no se trata de la defensa de otra cosa que no sea el derecho de la persona a tener ese estado.

Así, en la bigamia el problema está vinculado al matrimonio monogámico, pero no porque con el delito se proteja a ese tipo de matrimonio, sino en virtud de que es un presupuesto civil el no aceptar la poligamia, con lo cual al contraer un nuevo matrimonio, sin disolver el anterior, se afecta el estado civil⁸.

En opinión de Bustos⁹, y con razón, en virtud de los principios que aconsejan limitar las acciones que se castigan penalmente, la bigamia ha perdido su trascendencia penal, y debería conservar un interés sólo en el ámbito del Derecho Civil.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, el del artículo 135, segunda parte, se trata no tanto de que el matrimonio celebrado sea ilegal, "sino que no se celebra el matrimonio, sino una parodia"¹⁰.

⁶ Conf. Laje Anaya (ob. cit., p. 219), quien añade que en los orígenes este delito sólo aparece referido a la hipótesis de bigamia (ver proyecto del Dr. Tejedor, art. 268, y proyecto de 1881, art. 290). Por su parte, el Código de 1886 agregó a este supuesto la existencia de otro impedimento dirimente no dispensable (art. 143). Dicha fórmula venía del proyecto de 1891, art. 163.I, y en la Exposición de Motivos se puede leer a este respecto: "Reformada la ley que regía el matrimonio, establecido el matrimonio civil en la República, quedó reformado de hecho el título del Código Penal sobre matrimonios ilegales, en todo aquello en que protegía por medio de sanciones, reglas de orden civil o canónico que no han sido conservadas en la nueva ley. De ahí que las enmiendas [...] se encaminen todas a armonizar la ley penal con la actual ley civil sobre matrimonio [...] sustituimos la locución impedimento dirimente no dispensable (porque) [...] en la nueva ley los impedimentos dirimientes son todos indispensables".

⁷ Ob. cit., p. 178.

⁸ Lo protegido es el estado civil, y no una forma de matrimonio (conf. TERRADILLOS, *El delito de celebración de matrimonios ilegales*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, p. 128, citado por BUSTOS, *Manual*, p. 178).

⁹ Ob. cit., p. 178.

¹⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 1, p. 515.

2. Tipo objetivo

Constituye matrimonio ilegal, en sentido penal, el contraído en general conforme a la ley, pero con violación de alguno de aquellos requisitos impuestos bajo pena de nulidad¹¹.

Las condiciones objetivas que requiere el delito son tres:

- La celebración de un matrimonio;
- la existencia de un impedimento que lo anule, y
- el carácter absoluto de dicha nulidad.

La acción típica consiste en contraer matrimonio, sabiendo ambos cónyuges que existe un impedimento que causa la nulidad absoluta¹².

¹¹ Conf. González Roura (*Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo, Buenos Aires, 1925, t. III, p. 131). Asimismo, también este autor, citando a Vélez, explica que el matrimonio más que un contrato es una institución social fundada en el consentimiento de las partes, y base de toda constitución civilizada, tiene en las medidas de carácter penal una protección aunque indirecta más firme y eficaz que en las de naturaleza civil. Empero la protección penal no comprende todos los casos de matrimonios ilegales (ob. cit., p. 131).

¹² Art. 186, Cód. Civ. *De la celebración del matrimonio*. "Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil [...] y presentarán una solicitud que deberá contener: 1º Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieren; 2º Su edad; 3º Su nacionalidad, su domicilio y lugar de su nacimiento; 4º Su profesión; 5º Los nombres y apellidos de sus padres [...] 6º Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución..."

Art. 187 del Cód. Civ.: "En el mismo acto, los futuros esposos deberán presentar: 1º Copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiere anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o ambos futuros esposos, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, en su caso. Si alguno de los contrayentes fuere viudo deberá acompañar certificado de defunción de su anterior cónyuge; 2º [...] Los padres o tutores que presten su asentimiento ante el oficial público suscribirán la solicitud o el acta a que se refiere el artículo anterior [...] 3º Dos testigos que, por el conocimiento que tengan de las partes, declaren sobre su identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio; 4º Los certificados médicos prenupciales".

Art. 188 del Cód. Civ.: "El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil [...] en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales. Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado [...] el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido [...] ante cuatro testigos. En el acto [...] el oficial público leerá a los futuros esposos el contenido de los artículos 198, 199 y

Por ende, lo que se requiere es que ambos contrayentes o codelincuentes, en este caso, llenen las condiciones jurídicas esenciales del matrimonio. Esto es, que exista un varón y una mujer, que den consentimiento válido ante un funcionario y que éste declare que están unidos en matrimonio.

La falta de diferencia de sexo, del consentimiento o la intervención del funcionario público equivalen a la inexistencia del matrimonio. Por lo tanto, al no haber matrimonio, falta el elemento normativo del tipo y, por ende, la conducta no es típica, en este sentido.

En cambio, cuando existen vicios del consentimiento, los impedimentos y los vicios de forma pueden llevar a la nulidad del matrimonio¹³.

El delito se consuma cuando ambos autores contraen matrimonio con las formalidades y requisitos señalados por la ley¹⁴, más precisamente cuando el oficial público los declara marido y mujer (art. 188, Cód. Civ.)¹⁵.

200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio..."

¹³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 408.

¹⁴ Este acto debe probarse con el acta civil del Registro o, siendo el caso, por cualquier medio de prueba (art. 197, Cód. Civ.: "El matrimonio se prueba con el acta de su celebración [...] Cuando existiese imposibilidad de presentarlos, podrá probarse la celebración del matrimonio por otros medios...").

¹⁵ La celebración requiere un breve lapso que se reduce a la manifestación del consentimiento de los contrayentes y a la declaración del oficial público, luego de la cual el matrimonio ya ha sido contraído y consumado el delito. Conf. Rivarola (citado por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 214): la bigamia es el estado del hombre casado con dos mujeres, o de la mujer casada con dos hombres. Así, la bigamia puede ser propiamente un estado, pero no es ese estado lo que constituye delito según nuestra ley, y ésta procede, entonces, prudentemente al no usar en todo su texto la palabra bigamia, porque el delito no lo comete el que está casado con dos esposas, sino el que contrae matrimonio estando casado válidamente. El matrimonio es un estado, pero contraerlo es un acto, y el delito se comete en el acto y no en el estado (*Exposición y crítica*, t. II, p. 183, N° 627).

También en el terreno jurisprudencial se ha sostenido que no es necesaria la consumación del matrimonio para la configuración del delito (CCC, plenario, L. L. 30-335, y J. A. 1943-II-274; CSJ de Tucumán, L. L. 26-828 y J. A. 1942-II-908; CApl. de Río Cuarto, J. A. 1944-IV-114; CApl. de Mendoza, Digesto Jurídico de L. L. IV-Penal-903).

Se trata de un delito de carácter instantáneo y formal¹⁶ que exige una codelincuencia o acción bilateral. En este sentido se ha dicho que "pensar en el matrimonio ilegal bilateral como un delito permanente, sería lo mismo que creer que el homicidio también lo es, tan sólo porque después de matar, la víctima sigue eternamente sin vida"¹⁷.

En igual sentido Núñez cuando expresa que la prolongación del estado matrimonial sustancialmente falso no tiene que ver con el tipo penal y por consiguiente no prolonga su consumación.

3. *Sujeto*

Se discuten en doctrina problemas referentes a la autoría. Autores de este delito son, sin duda, los contrayentes, que están calificados por la propia ley como tales. Sujetos activos de este delito resultan ser los dos contrayentes, de modo que se trata de un delito especial y es discutible si en este caso tal calificación alcanza al oficial público, pero como su intervención es necesaria, podría llegar a revestir la calidad de partícipe primario, en caso de concurrir todos los presupuestos requeridos para ello. Soler, en cambio, afirma que en este delito se necesitan tres sujetos: dos contrayentes y un oficial. Estos sujetos son autores, y todos los demás son verdaderos partícipes¹⁸.

4. *El problema de los impedimentos como elementos del tipo objetivo*¹⁹

El vigente artículo 166 del Código Civil establece en sus nueve incisos los impedimentos dirimentes, que no permiten el matrimonio

¹⁶ "El delito de matrimonio ilegal es instantáneo y formal, y se consuma en el momento de la celebración del matrimonio, por lo cual no requiere la conjunción carnal de los contrayentes" (CCC de Mendoza, 28-11-45, "F. L.", L. L. VII-801).

"No hace falta cohabitación, se trata de un delito instantáneo, sin perjuicio de que los efectos sobre el estado civil sean permanentes" (sentencias del Tribunal Supremo español del 11-6-76 y del 31-1-86, citadas por BUSTOS, *Manual*, p. 180).

¹⁷ Con suma ironía han escrito Molinario-Aguirre Obarrio (ob. cit., p. 520) (MORENO, t. 4, p. 323).

¹⁸ SOLER, t. III, p. 364.

¹⁹ Se entiende por impedimentos a aquellas restricciones a la libertad de contraer matrimonio que el Derecho establece conforme a determinados hechos o situaciones que afectan a las personas (conf. MAZZINGHI, ob. cit., p. 138).

válido²⁰, y cuya violación lleva a la nulidad del matrimonio. Los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º ocasionan su nulidad absoluta, la que puede ser demandada por cualquiera de los contrayentes y por los que hubieran podido oponerse a su celebración²¹. Los restantes impedimentos, derivados de los incisos 5º, 8º y 9º, ocasionan sólo la nulidad relativa²², por lo que su violación no es típica del delito de matrimonio ilegal.

Las causas de nulidad absoluta se reducen de acuerdo al texto legal a tres circunstancias: parentesco entre los contrayentes: en línea recta consanguínea, o por afinidad, y entre hermanos o medio hermanos por consanguinidad, y el vínculo derivado de las adopciones plena y simple, mientras no sea anulada o revocada; el matrimonio anterior mientras subsista, y haber sido uno de los contrayentes autor, cómplice o instigador del homicidio del cónyuge del otro.

En todos estos casos se requiere que verdaderamente existan en la realidad, de manera tal que no es suficiente la creencia de ello; además las dos partes deben conocer el impedimento²³.

a) *Impedimento de parentesco*

La ley prohíbe el matrimonio entre personas vinculadas por distintos tipos de parentesco consanguíneo; esto significa que es nulo el

²⁰ ZANNONI, Eduardo, *Régimen de matrimonio civil y divorcio*, ley 23.515, Astrea, 1987, ps. 22 y ss.

²¹ Art. 177 del Cód. Civ.: "El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete: 1º Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; 2º A los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los futuros esposos; 3º Al adoptante y al adoptado en la adopción simple; 4º A los tutores o curadores; 5º Al Ministerio Público, que deberá deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos".

Art. 219 del Cód. Civ.: "Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio". Concordancias. arts. 166, 177, 239; ley 19.134, arts. 26 y 27.

²² Art. 220 del Cód. Civ.: "Es de nulidad relativa (se refiere al matrimonio) 1º Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5º del artículo 166 [...] 2º Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 8º del artículo 166..."

²³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit. t. I, p. 522.

matrimonio con uno de los padres, abuelos, etcétera, o con uno de los hijos, nietos, etcétera. Pero no serán casos de nulidad absoluta los casamientos entre primos, con el tío²⁴, por afinidad y adoptivo²⁵.

Podemos agregar que el inciso 2° del artículo 166 del Código Civil no distingue entre parientes legítimos o ilegítimos, con lo cual ambos ingresan dentro del impedimento.

En cuanto al parentesco por adopción, se trata de algo lógico, ya que el adoptado por adopción plena tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo. Y por fin, en lo que atañe al vínculo por afinidad, debe decirse que el impedimento es permanente, es decir, no cesa aun cuando muriera la persona por medio de la cual se estableció el parentesco por afinidad²⁶.

b) Bigamia²⁷

Se denomina bigamia²⁸ al matrimonio ilegal, contraído subsistien-

²⁴ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 121.

²⁵ Conf. ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 193, N° 137. También Mereno (ob. cit., p. 324) refiere, al menos en lo que respecta al impedimento por afinidad, que no tiene motivos naturales, sino sociales, y se basa en las reglas de organización de la familia.

²⁶ De otro modo el impedimento por afinidad no tendría razón de ser, el matrimonio del suegro con la nuera no podría celebrarse mientras viviera el marido de ésta, porque en tal caso bastaría con el impedimento de ligamen.

²⁷ Explicaba Moreno (ob. cit., p. 320, con cita de Tejedor) que: "El matrimonio interesa al Estado mismo. En los pueblos que admiten la poligamia, el segundo matrimonio, cualquiera que sea su inmoralidad intrínseca, no acarrea la ruina de la primera familia, ni el perjuicio, ni el adulterio, ni el fraude. En los nuestros, no sólo es una ofensa a la ley que infringe, sino que hiere la moral, desde que produce necesariamente el abandono de la primera esposa, y la violación de la fe jurada, la disolución de la familia y el adulterio, el crimen de falsedad y el fraude respecto de la segunda". Claro está que, con la recepción del divorcio vincular por parte de la legislación civil, estos conceptos quedan bastante matizados.

Asimismo, comenta Cuello Calón (*Derecho Penal Parte especial*, Bosch, Barcelona, 1949, p. 665) que durante el Fuero Juzgo la pena consistía en poner a los culpables a disposición del marido, quien podía disponer de ellos como quisiera. En el fuero real se lo castigó con pena pecuniaria y en *Las Partidas* con el destierro y pérdida de los bienes. Luego en el año 1387 las penas oscilaron entre las marcas con hierro caliente, la exposición a la vergüenza pública y la pena de galeras (se cita a *Pragmática de Felipe II en 1566*, Novísima Recopilación).

²⁸ Carrara (*Programa. Parte especial*, 2ª reimp., Temis, Bogotá, 1969, vol. III,

do un matrimonio anterior válido de un contrayente o de ambos²⁹, de modo que es indispensable que la subsistencia del matrimonio anterior produzca la nulidad absoluta del segundo ligamen³⁰, para lo cual se exige la validez del matrimonio anterior³¹.

No es válido el matrimonio si su nulidad absoluta o relativa es declarada con efecto retroactivo por una sentencia³². Tampoco, si la nulidad absoluta o relativa es declarada con efecto retroactivo por una sentencia conforme al artículo 1104 del Código Civil³³.

Gómez afirma, con cita del artículo 1046 del Código Civil, que el matrimonio celebrado con vicios anulables se reputará válido mientras no sea anulado, y sólo se lo tendrá por nulo desde el día en que la sentencia lo declare. Esto, según él, decide el tema del matrimonio

p. 395, N° 1936) prefería llamar a este delito poligamia, puesto que también abarca casos de varios matrimonios. De igual modo, con cita de Tomás Moro, nos introducía al tema con el siguiente párrafo: "El hombre que se casa es como si metiera la mano en un saco en donde hay cien víboras y un águila, y lo más seguro es que saque una víbora. A pesar de la exactitud de este concepto, que las mujeres muy bien podrían invertirlo en su favor, hay individuos que, con todo y estar todavía sufriendo los efectos de su primer experimento, desean meter de nuevo la mano en ese saco y atrapar allí una segunda víbora, además de la cárcel ya que la ley los declara culpables de bigamia".

²⁹ Conf. Moreno (ob. cit., p. 326): lo que la ley incrimina, entre otras cosas, es el empleo de la autoridad que legaliza las uniones para formalizar una que no ha podido contraerse a causa del vínculo anterior no disuelto.

³⁰ "Configura el delito de matrimonio ilegal la acción del procesado que contrajo nuevas nupcias estando subsistente el primer matrimonio" (CCC, sala V, 19-6-84, "Franco", SAJ, fallo 84060131).

"La conducta del procesado, que reconoció haber contraído nupcias dos veces, sin alegar la nulidad del primer matrimonio, o la muerte del cónyuge, subsistiendo el vínculo legalmente previsto, configura el delito de matrimonio ilegal" (CCC, sala IV, 19-6-80, "A. P.", J. A. del 5-11-80).

³¹ "Para que el delito de bigamia pueda considerarse consumado deben concurrir el elemento material y el intencional [...] los elementos del delito de bigamia son: 1. Contraer un matrimonio en condiciones legales. 2. Que exista un ligamen anterior válido. 3. La existencia de dolo" (CFed. de Bahía Blanca, 21-12-38, L. L. 15-853).

³² Temendo en cuenta que la nulidad versa sobre el matrimonio anterior, es indiferente que ésta sea absoluta o relativa.

³³ NUÑEZ, p. 413.

anterior válido, en el sentido de que se podría ser bigamo sin haberse encontrado legalmente casado³⁴.

El tipo objetivo está constituido en contraer matrimonio, siendo válido y subsistente el anterior matrimonio³⁵. No mediando estas condiciones, el segundo matrimonio será válido, y el hecho de haberlo contraído atípico.

En Derecho Civil se han discutido los efectos que estas disposiciones tienen con respecto a las personas que contraen matrimonio de buena fe, frente a aquel que lo hace de mala fe. Los efectos del matrimonio cesan recién a partir de la sentencia, cuando hay buena fe de ambos contrayentes³⁶, o bien retroactivamente a la fecha de su celebración cuando ambos obraron de mala fe³⁷. De igual modo, si uno obró de buena fe y el otro de mala fe, para el primero el matrimonio es válido, hasta la fecha de la sentencia, en tanto que para el segundo resulta nulo y sin efectos civiles³⁸.

Teniendo en cuenta estas consecuencias, González Roura³⁹ afirmaba que sería excesivo pretender que haya delito en contraer un matrimonio válido, por la sola circunstancia de no haberse declarado previamente la nulidad del anterior.

Carrara⁴⁰ señalaba que si el matrimonio anterior no era válido,

³⁴ GÓMEZ, ob. cit., p. 277.

³⁵ Al respecto deca Groizard (t. V, p. 484; citado por GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., p. 136): "Bigamo es el que está casado a la vez con dos mujeres, y no resulta casado con dos mujeres el que logra demostrar que fue nulo su primer matrimonio, por más que la autoridad haga esa declaración después de celebrado el segundo".

³⁶ Art. 221 del Cód. Civ.: "Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido..."

³⁷ Art. 223 del Cód. Civ.: "Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno..."

³⁸ Art. 222 del Cód. Civ.: "Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe..."

³⁹ Ob. cit., p. 135.

⁴⁰ Ob. cit., p. 396. Además nos trae un caso jurisprudencial (citado por CARMIGNANI, *Elementa*, 1179, N° 1) en el que "Un hombre convicto de haber tenido tres mujeres, fue absuelto en Inglaterra de la pena fijada para los bigamos. Empero

faltaba el primero de los elementos esenciales del ilícito, aun cuando esa nulidad no se conociera, pues en tales casos faltaría siempre la parte material del delito, y la intención no serviría para reemplazarla.

Por otra parte, cabe advertir que conforme lo establece el artículo 213 del Código Civil (texto según ley 23.515), el vínculo matrimonial se disuelve por la muerte de uno de los esposos, por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento, y por la sentencia de divorcio vincular.

1) *El problema de la prejudicialidad*⁴¹

Cuestionada la validez del primer matrimonio, y atacado de nulidad, esta impugnación constituye una cuestión prejudicial⁴² que, referida a la validez o nulidad de aquel matrimonio, sólo puede ser resuelta por la justicia civil⁴³, y que una vez declarada obliga al juez penal⁴⁴.

los motivos de tal decisión no consistieron en que la ley que contemplaba la sola bigamia no era aplicable al caso de trigamia, sino que se fundaron en que el acusado había contraído las segundas nupcias cuando, por error probable, suponía que la primera esposa ya había muerto, y en que había pasado a las terceras nupcias cuando en verdad esta primera esposa sí había muerto; por manera que siendo nulo el segundo matrimonio, el tercero se contrajo legítimamente”.

⁴¹ Según Clariá Olmedo (*Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, vol. I, p. 180), las cuestiones prejudiciales son sustanciales porque se vinculan directamente con la existencia del delito en cuanto a uno de sus elementos, y sus efectos procesales se muestran en: 1. La paralización del trámite. 2. La necesaria atribución de competencia extrapenal. 3. El planteamiento de una limitación al sistema probatorio. Cuando estos efectos no se producen, la cuestión puede ser previa pero no prejudicial.

⁴² Art. 1104 del Cód. Civ.: “Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1° Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2° Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes”.

⁴³ “Le está vedado al juez en lo Penal conocer de las controversias que se susciten acerca de la validez del primer matrimonio, lo que es resorte exclusivo de la autoridad civil, aun cuando la nulidad que se alegue es relativa” (CCC, sala II, 20-3-92, SAJJ, sumario G0008746). En contra GÓMEZ, ob. cit., p. 277.

⁴⁴ Lo que sí no constituye una cuestión prejudicial es la nulidad del segundo matrimonio, pues el delito nace de la celebración del matrimonio subsistiendo uno anterior válido (conf. GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., p. 139). En la misma dirección

Machado afirmaba sobre el punto que "las causas sobre nulidad o validez del matrimonio corresponden al juez civil; él las decide. Si de su sentencia firme resultare algún delito, se pasará al juez del Crimen, y si el acusado alegare que su primer matrimonio ha sido nulo, el juzgamiento de éste corresponde a la jurisdicción civil, y la causa deberá suspenderse hasta la resolución definitiva de aquélla"⁴⁵.

De igual modo, la cuestión civil paraliza la causa penal, y por tanto la prescripción de la acción se suspende hasta la resolución de la cuestión prejudicial⁴⁶⁻⁴⁷.

c) *Impedimento por homicidio*

Sólo existe cuando uno de los esposos ha sido autor voluntario, cómplice o instigador⁴⁸ del homicidio del cónyuge del otro esposo⁴⁹;

ha dicho la jurisprudencia: "La invalidez del segundo matrimonio por la existencia de un impedimento que causa su nulidad absoluta es presupuesto del delito. En tal situación no tiene por qué dilucidarse previamente la cuestión civil. Existe sin embargo, la posibilidad de que el segundo acto sea nulo, pero por otras razones, tales como inobservancia de las formas, etc., y no existiría delito alguno, pero ésta no es una cuestión prejudicial como lo es la nulidad del primero en caso de bigamia" (CCC, sala VI, 28-7-64, "Branca", c. 4825, J. P. B. A. XI).

⁴⁵ MACHADO, *Exposición y comentarios al Código Civil*, t. III, cit. por MORENO, ob. cit., p. 331.

⁴⁶ Art. 67 del Cód. Pen.: "La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso..."

⁴⁷ "Si la nulidad del matrimonio, como cuestión prejudicial, no consta que se haya planteado en la jurisdicción civil, ni tampoco se alega seriamente sobre lo mismo en sede criminal, no puede ser tomada en cuenta dicha excepción en el juicio de bigamia" (SCJ de Tucumán, 17-6-38, "Berenguer", L. L. 11-346). "No existe cuestión prejudicial en el proceso por bigamia si en manera alguna se ha alegado la nulidad del primer matrimonio en forma de artículo. Para que la acción civil de nulidad constituya una acción prejudicial, es necesario que se trate de una demanda seria y no de una maniobra en procura de burlar el procedimiento criminal. Si el acusado dice que el matrimonio anterior es nulo, pero no dice que haya entablado la demanda correspondiente ante la justicia civil, el tribunal de lo Criminal no tiene por qué suspender la sustanciación de la causa porque no hay contienda prejudicial" (CCC de Mendoza, 6-10-38, "D. C. J.", L. L. 12-651).

⁴⁸ Queda excluido el encubridor.

⁴⁹ La legislación actual ha hecho de esta figura un recurso arcaico, explicable cuando sólo la muerte disolvía el vínculo conyugal.

empero, no se daría el caso si uno de los esposos hubiera sido autor o cómplice del homicidio de su propio cónyuge⁵⁰⁻⁵¹.

Cuando la ley habla de homicidio se refiere al hecho consumado (art. 79, Cód. Pen.), causado con dolo, con exclusión de la muerte justificada o inculpable, así como la producida por culpa⁵².

No es necesario que el hecho se haya cometido para casarse con el cónyuge supérstite⁵³.

La exigencia de que el homicidio resulte de una sentencia penal condenatoria es exigida por los civilistas. Para Núñez⁵⁴ la tesis no es exacta, dado que no se trata de una cuestión prejudicial, de lo penal a lo civil, que debería exigir la condenación penal, con fuerza de cosa juzgada relativa a la sentencia civil sobre la nulidad del matrimonio. Las cuestiones prejudiciales son de lo civil respecto de lo penal y deben ser expresas, de acuerdo a los artículos 1104 y 1105 del Código Civil.

Cierta doctrina⁵⁵ repara en que la garantía constitucional de estado de inocencia sólo puede ceder ante una sentencia condenatoria firme, antes de la cual no se podría afirmar que la persona es autora de homicidio.

d) Otros impedimentos

Proponen algunos autores⁵⁶ añadir a los impedimentos enumerados

⁵⁰ Comparte esta idea, entre muchos otros, CREUS, ob. cit., p. 269. En contra, GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., p. 132. Igualmente Salvat (citado por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 482), autor que pensaba que el homicidio del propio cónyuge hacía nacer para el homicida una incapacidad absoluta y definitiva para contraer un nuevo matrimonio.

⁵¹ NÚÑEZ, p. 411.

⁵² Quedan excluidos también los homicidios preterintencionales y los cometidos con exceso en legítima defensa (conf. BUERES y HIGHTON, *Código Civil comentado y anotado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 838).

⁵³ En contra GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., p. 133. Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 484. Este requisito fue incluido en el proyecto de la ley de matrimonio, y excluido expresamente por el Senado al aprobarse la ley 2393 de donde proviene el inc. 7° del art. 166, Cód. Civ.

⁵⁴ Ob. cit., p. 412.

⁵⁵ Ob. cit., p. 485.

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 410; CREUS, ob. cit., p. 269, y LAJE ÁNAYA, ob. cit., p. 222.

por el Código Civil, aquellos derivados de la ley de lepra (11.359, art. 17) y de la ley de enfermedades venéreas (12.331, art. 13)⁵⁷, correspondiendo, entienden ellos, a los médicos determinar si la enfermedad perduraría en el matrimonio, ya que de otro modo no habría razón para la nulidad. La cuestión debe ser debatida, porque están en juego derechos humanos básicos, de modo que frente a la colisión de dichos bienes se debe ser cauteloso.

5. Tipo subjetivo

El delito es doloso y de acuerdo a la estructura del tipo penal sólo se admite el dolo directo⁵⁸⁻⁵⁹, debiéndose rechazar tanto la culpa⁶⁰ como el dolo eventual.

Se exige que ambos contrayentes sepan que están llevando a cabo un matrimonio, y también que existe un impedimento como mínimo que cause la nulidad absoluta⁶¹. Se sostiene que no es necesario que el impedimento conocido por ambos sea el mismo⁶²; también se afirmó que no es necesario que uno de los contrayentes sepa que el otro

⁵⁷ "Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales [...] (que) serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio". Luego la ley 16.668 estableció la obligatoriedad del certificado para los contrayentes del sexo femenino, y finalmente el art. 187, inc. 4° del Cód. Civ., según ley 23.515 enumera entre la documentación que los contrayentes deben presentar los certificados médicos prenupciales.

⁵⁸ "La falta de dolo hace desaparecer el delito de bigamia, por lo que no lo comete quien contrae segundo matrimonio, creyendo, con fundados motivos, y razones atendibles, que el primero había dejado de existir" (CPen. II de Tucumán, 25-2-77, "A. A. R.", L. L. 1978-A-609, 34.461-S).

⁵⁹ "Si el conocimiento de la existencia del vínculo es elemento de este delito, de ello se sigue que el error, no obstante ser vencible, descarta toda imputación" (conf. CARRARA, ob. cit., p. 404).

⁶⁰ También Mir Puig (p. 461) y Muñoz Conde (p. 386), citados por Bustos (*Manual*, p. 180), refieren que no es posible el tipo culposo.

⁶¹ "No comete el delito de matrimonio ilegal, quien de buena fe contrae nupcias con una persona que posee autorización judicial para hacerlo como consecuencia de la declarada disolución del primer matrimonio celebrado en el extranjero" (CCC, sala V, 9-12-69, "Díaz", c. 11.251, J. P. B. A. 21, en igual sentido, L. L. 139-191).

⁶² Conf. Núñez (ob. cit., p. 409), quien agrega que lo que sustenta el hecho criminoso no es la uniformidad del conocimiento de los contrayentes, sino su dolo individual sobre la nulidad absoluta del acto.

también conoce de la existencia del impedimento quien agrega que sólo hay que saber dos cosas:

- 1) El hecho que importa el impedimento, y
- 2) el carácter que tiene ese hecho como causal de nulidad absoluta de matrimonio⁶³.

Soler⁶⁴ afirma que cuando un sujeto en el momento de contraer matrimonio no procedía "sabiendo de la existencia del impedimento, no existirá delito de matrimonio ilegal pues faltaría uno de los elementos del tipo"⁶⁵. Se requiere entonces que el autor conozca específicamente el matrimonio anterior.

El problema de Soler en este caso es que al seguir la distinción entre error de hecho y error de derecho, critica a Núñez porque éste entiende que al existir un elemento subjetivo del tipo, se daría una excepción al principio general de que la ignorancia del derecho no excusa.

Para salir del entuerto, afirma textualmente, que "parece, sin embargo, que la teoría del error de derecho no es aplicable a esta clase de delitos a pesar de la exigencia de la ley penal, en virtud de que la ley dispone en esta materia expresamente: no habrá buena fe por ignorancia o buena fe de derecho de acuerdo a la vieja ley de matrimonio civil, artículo 90"⁶⁶. Y remata su argumento de la siguiente forma: "podrá, pues, admitirse como excusa válida solamente la de buena fe por error de hecho. Éste se rige por los principios conocidos; sabemos ya, en efecto, que no puede identificarse esa sincera ignorancia, que podemos llamar buena fe, con la duda; aun cuando verse sobre un elemento subjetivo del tipo, importa conocimiento, pues en tal caso el sujeto obra no obstante saber que acaso debe tener que abstenerse"⁶⁷.

Sin embargo, y en esto acierta Núñez⁶⁸, las disposiciones que en todo caso pueda hacer el legislador civil, al regular lo referente al error (art. 224, Cód. Civ.), sólo serán válidas para el Derecho Privado.

⁶³ CREUS, ob. cit. p. 267.

⁶⁴ Ob. cit., p. 383, con cita de FRANK, y de LISZT y SCHMIDT.

⁶⁵ SOLER, p. 361.

⁶⁶ SOLER, ob. cit., p. 362.

⁶⁷ Ídem nota anterior.

⁶⁸ Ob. cit., p. 410, nota 11.

pero no en el Penal, que se rige por sus propias reglas del error⁶⁹. De manera que si existe error de tipo, ya sea vencible o invencible, se elimina el dolo, y existiendo error de prohibición inevitable, desaparece la culpabilidad del sujeto.

No se alcanza a ver cuál es la dificultad en el tema de definir si se requiere dolo directo o es suficiente el eventual. Entonces, lo afirmado por Soler es más un problema de duda en los hechos que un problema dogmático que se resuelve por reglas sencillas y ya examinadas en otro lugar.

Se puede analizar este problema de los delitos contra el estado civil desde la perspectiva de los elementos especiales del tipo penal. Para ello, Polaino Navarrete hace un interesante estudio, en el cual manifiesta que hay un grupo de delitos que están integrados por un especial conocimiento del autor, lo que lleva a una exigencia de un específico momento psíquico, que consiste en un presupuesto de índole cognitiva, tal como afirma el autor citado, del cual depende el injusto de la conducta⁷⁰.

La característica psíquico-cognitiva no requiere, ni expresa ni implícitamente, ningún elemento de orientación finalista, ni ningún factor tendencial de carácter motivacional⁷¹. Estos delitos exigen un elemento subjetivo del injusto de naturaleza "impropia", como lo llama el autor citado.

⁶⁹ Sobre la problemática del error ha dicho la jurisprudencia: "El error que consagra el art. 34, inc. 1º, Cód. Pen., es el error de hecho (para la concepción tradicional), o de tipo (para la doctrina moderna) y debe ser esencial, recaer sobre un elemento normativo del tipo y excusable, extremos no dados en autos, teniendo en cuenta que ya fue condenado por el mismo delito que hoy motiva su juzgamiento" (CCC, sala V, c. 16.908, *Boletín Informativo*, N° 2, de 1984).

"El error alegado por el procesado al creer que al tener nueva documentación con un nombre diferente no se presentaría problema alguno, es de los que inciden tan sólo sobre la mensura de la responsabilidad y está conectado a la conciencia de la antijuridicidad del acto, o sea que tratase del denominado error de prohibición, por contraste con el error de tipo, donde se da una falsa apreciación o ignorancia respecto de los elementos del tipo subjetivo. El equívoco era fácilmente superable con la mera consulta a un letrado, o al funcionario del Registro Civil que lo atendió..." (CCC, sala I, 9-9-86, "Aquino", c. 30.681, J. P. B. A. 63).

⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Buenos Aires, 2000, ps. 235 y ss.

⁷¹ POLAINO NAVARRETE, *ob. cit.*, p. 65.

Entre estos delitos ubica Polaino Navarrete a los tipos penales de matrimonio ilegal incriminados en los artículos 134 y 135, inciso 1º, del Código Penal argentino, que exigen la presencia en ambos o en un contrayente de un especial conocimiento, que se concreta en contraer matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta. También esa exigencia se encuentra en la conducta del oficial público que autorice un matrimonio ilegal, que constituye el delito incriminado en el artículo 136, párrafo primero.

6. Tentativa

Hay que distinguir, como es obvio en este tema, los actos preparatorios de los actos de ejecución, propiamente dichos, que se frustran por causas ajenas a los codelincuentes⁷². De manera que al ser un delito de resultado, es posible la tentativa⁷³⁻⁷⁴.

Creus⁷⁵ afirma que no pasan de ser actos preparatorios los anteriores a la celebración. En otra dirección, Soler⁷⁶ afirma que es posible distinguir una serie de actos tendientes a la formación del acta matrimonial, sin que ésta llegue a concluirse. Esos actos, cuando reúnan las condiciones de inequívocidad y proximidad suficiente al acto consumativo, podrán sin duda ser calificados de tentativa. Se requiere llegar por lo menos a la presencia del oficial del registro, bastando con que se le den los datos al oficial que se dispone a labrar el acta.

Gómez sostuvo en su momento que no era posible la tentativa en este delito, argumentando que no se concebía un comienzo de ejecución del cual fuera posible desistir. Pues entonces, para que exista conato, además de la posibilidad de que un tercero por causas ajenas a la voluntad del autor interrumpa el *iter criminis* (art. 42, Cód. Pen.),

⁷² DONNA, *La tentativa*.

⁷³ "No configura tentativa la acción del procesado que llegó junto a su novia y dos testigos a firmar la anotación preliminar que se acostumbra confeccionar previamente al acta, y la boda fue frustrada por la esposa, si el matrimonio no ha tenido principio de celebración, excepcional supuesto en el que podría hablarse de tentativa" (CCC de Mendoza, 22-12-44, "G. M. B.", L. L. VII-801).

⁷⁴ Conf. NIÑEZ, ob. cit., p. 413.

⁷⁵ Ob. cit., §. 270.

⁷⁶ Ob. cit., p. 379.

también debe el actuante tener la oportunidad de desistirlo (art. 43, Cód. Pen.), puesto que si ya no la tiene, el ilícito se reputa consumado.

Pues bien, quien termina consumando el delito es el oficial público. En efecto, luego de que los contrayentes se constituyen ante la oficina del oficial del Registro junto con los testigos, y la documentación a la que hacen referencia los artículos 186 y 187 del Código Civil, el funcionario da lectura íntegra del contenido de los artículos 198, 199 y 200 del mismo cuerpo legal, y tras ello los contrayentes, uno después de otro, declaran que quieren tomarse respectivamente por marido y mujer. Aquí, al menos en lo que respecta al matrimonio ilegal bilateral, se encuentra, por parte de los contrayentes terminados sus actos, ya que lo único que resta, y que consuma el delito, es la manifestación del funcionario de que, en nombre de la ley, los declara unidos en matrimonio (art. 188, Cód. Civ.).

Explicadas así las cosas, y como en toda tentativa, lo que deben hacer los autores para desistir de su delito consiste en realizar eficaces actos positivos orientados a conseguir la interrupción del curso causal⁷⁷.

En el caso concreto, tienen la posibilidad de interrumpir al encargado del Registro en el momento en que éste se dispone a declararlos unidos en matrimonio, ya que después de ello, el acto estará consumado.

En síntesis, la tentativa bien es posible; en primer lugar, porque pueden distinguirse con claridad los actos preparatorios de los ejecutivos, y en segundo término, porque también es factible desistir del hecho.

7. Prescripción

Superada dicha discusión, la prescripción se empieza a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, aceptando que el delito se consuma cuando se termina la celebración del acto respectivo⁷⁸.

⁷⁷ Recordemos que en la tentativa inacabada bastaba para desistirla el hecho de abstenerse con continuar la ejecución.

⁷⁸ Relacionado con la prescripción, la jurisprudencia ha dicho: "El documento en cuestión mantiene su falsedad o ilegitimidad a pesar del tiempo transcurrido y de no haberse sustanciado en término propio el proceso por matrimonio ilegal (este último ya prescripto), pues la prescripción de la acción por el uso del documento comienza a operarse desde la fecha de su presentación en juicio conforme el plenario 'Nos Ronchera', del 24-5-46" (CCC, sala V, 25-8-81, "Soko", BCNCyC 981-IX-191).

III. Matrimonio ilegal unilateral

El artículo 135, inciso 1° del Código Penal⁷⁹, castiga con prisión de dos a seis años, *al que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente*⁸⁰.

1. Tipo objetivo

Según Creus⁸¹, al artículo 135, inciso 1° del Código Penal se lo ha considerado un tipo agravado con relación al 134⁸², cuya mayor pena se justifica porque perjudica al otro contrayente al ocultarle el impedimento dirimente; sin embargo, teniendo en cuenta que aquí queda excluida la codelincuencia, es ello una buena razón para entenderlo como una figura autónoma.

El tipo legal consagra la obligación de hacer conocer la circunstancia que causa la nulidad absoluta, y no cumplir con tal obligación es ocultar, lo que es más grave que el matrimonio ilegal bilateral, porque se actúa vulnerando la buena fe del otro contrayente⁸³.

El delito tipificado en este artículo se diferencia del matrimonio ilegal bilateral, porque es sólo uno de los contrayentes el autor. El

⁷⁹ Las concordancias que señala Moreno (ob. cit., p. 333) son las siguientes: Cód. belga, 391; holandés, 237 y 238; alemán, 171; italiano, 359; uruguayo, 306; húngaro, 251 y 255; chileno, 382; español, 455; francés, 340; proyecto Tejedor, S II, L. I, t. IV, art. 6°; proyecto Villegas, Ugarriza y García, 291; Cód. de 1886, 145 y 149; proyecto de 1891, 163; proyecto de 1906, 140.1; ley 4189, 19.1.1.

⁸⁰ La fórmula actual está tomada del proyecto de 1906 (art. 139), con modificaciones: "no es lo mismo el matrimonio celebrado entre dos personas que conocen el impedimento que aquel en el que una de ellas lo ignora. En el primer caso el daño es a la sociedad, en el segundo es a esta misma y conjuntamente al contrayente engañado" (conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 219).

⁸¹ Ob. cit., p. 271.

⁸² Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 491; se trata de una forma calificada de matrimonio ilegal, ya que la pena se incrementa en razón de que el hecho lesiona no sólo el estado civil, sino que importa también una lesión al contrayente de buena fe. También Núñez (ob. cit., p. 414) afirma que se trata de una forma calificada de matrimonio ilegal, que está dada por su ocultación al otro contrayente, con lo cual la ofensa al estado civil se consume en perjuicio también del engañado

⁸³ Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 523.

sujeto activo le oculta a la otra parte el impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio.

Ocultar significa simplemente no poner de manifiesto algo que el otro contrayente ignora, es decir que la acepción válida debería ser callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir; basta con callar, pero se admite la acción de negación⁸⁴. Incluso, si bien no los supone necesariamente, realizar subterfugios, maquinaciones o mentiras⁸⁵.

Es un delito de comisión en el sentido de no decir algo cuando debía hacerse.

Algunos autores entienden que este ocultamiento implica la violación del artículo 186, inciso 6º del Código Civil, que obliga a los futuros esposos a denunciar el matrimonio anterior⁸⁶. Sin embargo, la norma citada establece la obligación de hacerle saber el ligamen anterior al encargado del Registro, y aquí lo que se reprocha es la omisión de hacerlo respecto del otro contrayente. Sin embargo, Núñez afirma que no constituye la razón de ser del ilícito la ocultación del impedimento a los testigos ni al oficial público, pero ignorándolo el otro contrayente el delito no desaparece porque se lo comunique a los primeros⁸⁷.

En lo que se refiere a las características del delito, vale lo dicho para el matrimonio ilegal bilateral; es decir, es un delito instantáneo⁸⁸, que no requiere cohabitación. De igual modo, también nos remitimos a las explicaciones brindadas en materia de impedimentos dirimentes, prejudicialidad, consumación y tentativa.

2. Tipo subjetivo

Al igual que en el artículo 134, el tipo reclama dolo directo. Esto es, un saber efectivo de que se contrae un matrimonio, que existe un impedimento que causa su nulidad absoluta, y que el otro contrayente

⁸⁴ Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 522.

⁸⁵ Conf. FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 218.

⁸⁶ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 338.

⁸⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 414.

⁸⁸ "El delito de matrimonio ilegal del art. 135, inc. 1º, es un delito instantáneo que se consuma y se agota con el acto de la celebración del nuevo matrimonio, pero cuyos efectos son permanentes" (CCC de Río Cuarto, 4-10-44, "M. A.", L. L. VII-801).

lo ignora. Rige lo dicho sobre los elementos especiales de conocimiento del tipo subjetivo, a lo que remitimos.

a) *Problemas de error*

Se trata de un delito de comisión; la acción típica, al igual que en el caso anterior, continúa siendo contraer matrimonio, aunque con un presupuesto objetivo necesario que constituye una omisión –no hacer saber al otro contrayente el impedimento que causa la nulidad absoluta del acto⁸⁹–.

Ahora bien, qué sucedería si no obstante el ocultamiento, el otro cónyuge llegara a conocer el impedimento.

Una parte de la doctrina –Estrella y Godoy Lemos⁹⁰– cree que el hecho tipificará el artículo 134 del Código Penal.

Bustos Ramírez⁹¹, por su parte, trae un ejemplo en el que los dos contrayentes, quienes se encuentran previamente casados, sin que cada uno lo sepa respecto del otro, se lo ocultan mutuamente, y así contraen matrimonio. Bustos Ramírez resuelve el problema como un supuesto de tentativa de delito imposible.

Nuestra doctrina tradicional entendería que ambos sujetos han cometido el tipo penal del artículo 134, ya que se admite que el impedimento que los contrayentes conozcan, en su caso, puede no ser el mismo (cada uno sólo conoce su propio ligamen anterior).

Molinario y Aguirre Obarrio⁹² trabajan un caso en donde se señala que si uno de los contrayentes reconoció ante el otro que se encontraba casado, aunque este último se tome en broma la aserción, no hay ocultación.

Aquí, la jurisprudencia resuelve el supuesto señalando que el caso debe encuadrar en el artículo 134, porque la duda debe favorecer al imputado⁹³.

⁸⁹ Es la opinión de Núñez (ob. cit., p. 415), quien señala que se trata de un delito de comisión pero su agravamiento consiste en un *no hacer* que, a la vez, puede implicar la omisión del deber jurídico de comunicar el impedimento de un matrimonio anterior.

⁹⁰ Ob. cit., p. 492.

⁹¹ Ob. cit., p. 495.

⁹² Ob. cit., p. 523.

⁹³ CCC, sala III, 14-12-76, "Molfino", SA11, sum. G0004699-E.

Sin embargo, el problema que advierten estos autores consiste en que el citado artículo 134 del Código Penal, beneficia a una de las partes pero perjudica al otro que, en lugar de víctima, pasa a ser coautor.

La cuestión está en un problema de error, por una parte, y de tipicidad por otra. Si el sujeto activo no ocultó, es claro que no puede entrar en el artículo 135 del Código Penal, con lo cual el tipo penal se desplaza al artículo 134. El problema que existe es que el coautor actúa sin dolo, ya que se toma en broma la afirmación hecha por el agente. Por lo tanto, es claro que no se puede tipificar la agravante del artículo 135, inciso 1°, sino que el tipo queda en el artículo 134, pero como tentativa inidónea.

Se ha dicho que el error del agente que recae sobre el conocimiento que el otro contrayente tenía del impedimento puede ubicar el hecho en la figura del artículo 134 del Código Penal⁹⁴. Este ejemplo es parecido al segundo caso, pero al revés. El hombre, quien oculta, cree que la mujer desconoce el impedimento dirimente, pero ella de hecho lo sabe, y a pesar de ello contrae matrimonio con el sujeto.

El tipo de matrimonio ilegal unilateral no puede darse porque ambos contrayentes conocen el impedimento dirimente. En cuanto al tipo de matrimonio ilegal bilateral, debe decirse que, en primer lugar, existe el impedimento y ambos lo conocen, con lo cual se da el tipo objetivo.

Sin embargo, respecto del tipo subjetivo, se requiere que cada uno de los intervinientes conozca el impedimento y, a su vez, que crea que el otro también lo sabe. Empero, aquí lo que ocurre es que el sujeto sí sabe, pero cree que su mujer lo ignora. Es decir, él no quiere, o técnicamente no tiene dolo de realizar un matrimonio ilegal bilateral, sino de llevar a cabo uno unilateral, ocultando el impedimento al otro, cosa que no puede hacer porque el segundo ya sabe lo que se le quiere ocultar.

Se trata de un caso de tentativa inidónea de matrimonio ilegal unilateral.

⁹⁴ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 492.

3. Sujetos

Tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito⁹⁵.

Sujeto pasivo del delito, además de la cónyuge del anterior matrimonio⁹⁶, ahora también lo es el contrayente engañado.

IV. Simulación de matrimonio

Artículo 135, inciso 2º: "Será suprimido con prisión de dos a seis años [...] 2. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella⁹⁷."

1. Antecedentes legales

El precepto fue introducido en la legislación argentina por el artículo 291 del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

Con posterioridad, el Código de 1886 tipificó el delito de esta manera, haciendo también lo propio la ley 4189, y desde allí se continuó repitiendo en los proyectos de 1891 y de 1906, hasta el Código actual⁹⁸.

El proyecto Peco lo situó entre los atentados contra la familia. En cambio, el proyecto del año 1960 eliminó la simulación del matrimonio como forma de atentado contra el estado civil, no incluyéndola en otro capítulo de los delitos contra la familia, dado que la consideraba sólo como un medio de acceder carnal y fraudulentamente a la mujer⁹⁹.

2. El bien jurídico protegido

Núñez¹⁰⁰ dice que si bien es cierto que la simulación del matrimonio no atenta contra el estado civil, en cuanto alteración de las

⁹⁵ El proyecto Tejedor al fijar en este caso una multa a favor de la mujer engañada, suponía que sólo ésta podía ser sujeto pasivo (MORENO, ob. cit., p. 334).

⁹⁶ MORENO, ob. cit., p. 335.

⁹⁷ Las concordancias de la época las cita Moreno (ob. cit., p. 334) y son las siguientes: Cód. alemán, art. 179; chileno, 383; proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 291; Cód. de 1886, 144; ley 4189, 195.j.2; proyecto de 1891, 163.2, y proyecto de 1906, 140.2.

⁹⁸ Conf. MORENO, ob. cit., p. 335.

⁹⁹ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 417.

¹⁰⁰ Ob. cit., p. 417.

condiciones sustanciales o formales del matrimonio, si lo hace al asignarle falsamente a la víctima una situación jurídica determinante de un estado civil que no tiene. La sociedad, la familia y el perjudicado tienen interés en que no se alteren de esa forma los datos estructurados de las relaciones de familia de los individuos.

También en este caso, afirma la doctrina, se crea un estado de perturbación en la organización de la familia y en todas las consecuencias que de ello se derivan¹⁰¹. Se trata de delitos en donde, como se ha visto, existen varios bienes jurídicos lesionados; en este caso, el estado civil, por una parte, y el de la víctima por otro, pero, dado el lugar en que el legislador eligió colocar al delito, pareciera que el principal es el del estado civil.

Trátase de la libertad de decisión del sujeto pasivo mediante el engaño del estado civil de la otra persona¹⁰². Además, puede llegar a pensarse que se tutela la buena fe, ya que el acto debe ser totalmente simulado¹⁰³.

En el matrimonio simulado se tiene en cuenta no sólo la falta de consentimiento, el engaño de la víctima, sino también el empleo, como medio, de las solemnidades, aunque aparentes, prescritas en garantía de una institución social como el matrimonio, invocándola falsamente¹⁰⁴.

Se señala también, tal como lo sostuvo Peco, que el lugar más propio para este tipo penal sería el de los delitos contra la honestidad. Carrara afirmaba que sería menester, por tanto, buscar en otros títulos la represión de este delito, y recurrir al estupro calificado por simulación de matrimonio cuando por este medio se hubiera logrado tener acceso carnal con la mujer, y si faltan esos elementos, recurrir a los títulos de falsedad en donde rija el matrimonio civil, y a los delitos contra la religión donde no se admiten otros matrimonios fuera de los religiosos¹⁰⁵.

¹⁰¹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 273; se presenta aquí un efectivo atentado al estado civil, ya que se asigna falsamente a la persona un estado de familia que en realidad no tiene.

¹⁰² Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 520.

¹⁰³ Conf. SOLER, ob. cit., p. 387.

¹⁰⁴ Conf. GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., p. 141.

¹⁰⁵ CARRARA, cit. por MORENO, p. 336.

Soler, por su parte, insiste en que es preciso distinguir la simulación de matrimonio de las otras formas, porque ella, en verdad, no constituye un atentado al estado civil. Tras ello, agrega que esta figura rompe la arquitectura del título, porque se incrimina un acto que nada tiene que ver con la alteración del estado civil, consistente en engañar a una persona simulando un matrimonio. Se trata de una de las iniciativas poco felices del proyecto de Villegas, Ugarriza y García¹⁰⁶.

3. El tipo objetivo

El delito es una especie de defraudación del estado civil, en la cual el autor simula un matrimonio que juega, en este caso, como elemento normativo del tipo, de manera que la víctima cree que se está casando, cuando no hay otra cosa que una representación de un matrimonio.

La acción consiste en simular un casamiento con el sujeto pasivo, engañándolo sobre la realidad del acto que en realidad se representa, lo cual se hace aparentando las formalidades necesarias para la celebración del matrimonio válido¹⁰⁷.

El tipo penal se refiere a un error de una persona, producido por otra, sobre la existencia del acto matrimonial¹⁰⁸. El error se basa en que el autor hace una apariencia de las condiciones necesarias de la existencia de las condiciones jurídicas esenciales del matrimonio.

Por eso acierta Núñez al decir: "Basta que el autor aparente la existencia de las condiciones jurídicas esenciales del matrimonio. Debe aparentar, por lo tanto, la presencia de un oficial público autorizado para celebrar el matrimonio, el consentimiento del supuesto contrayente y la manifestación del oficial público declarando esposos a la víctima y al autor"¹⁰⁹.

Para Molinario y Aguirre Obarrio¹¹⁰, engañar es dar a la mentira apariencia de verdad, inducir a otro a tener por cierto lo que no lo

¹⁰⁶ SOLER, p. 387.

¹⁰⁷ Si el error no versa sobre esa circunstancia sino sobre otras distintas, no se dará el tipo (conf. CREUS, ob. cit., p. 273).

¹⁰⁸ Existiendo el acto matrimonial, el engaño de un contrayente por otro sobre su identidad física o civil no constituye el delito del art. 135, inc. 2°, del Cód. Pen. (conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 416).

¹⁰⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 416.

¹¹⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 518.

es, reclamándose un despliegue de actividades que tengan esa finalidad y de las que, además, objetivamente puede decirse que sirven para ello¹¹¹.

No obstante, y dentro del esquema que hemos dado a este tipo, que es una especie de estafa a la víctima, hay que tener en cuenta, a los efectos de la idoneidad del ardid o del engaño, la capacidad de la víctima, ya que algunos ardidés pueden llevar a error a algunas personas y no a otras, de modo que en este caso la capacidad concreta de la víctima cobra un valor especial.

A diferencia de lo que ocurría en el matrimonio ilegal bilateral, aquí hay un delincuente y una víctima¹¹². Sin embargo, sujetos activos pueden ser tanto la mujer como el hombre, resultando indiferente que sean solteros, casados o viudos. De todos modos, se piensa que de común la víctima sería la mujer.

4. Tipo subjetivo

Dada la forma en que se ha redactado el tipo penal, y el fin del autor, no hay dudas de que el único dolo posible es el directo. Remitimos en este punto a lo dicho antes sobre el artículo 134.

5. Autoría y participación

Autor es sólo el que simula matrimonio engañando al otro. El individuo que se presta para officiar de encargado de registro resulta partícipe necesario, ya que sin su participación no se hubiera podido cometer el delito. Moreno, por su parte, entiende que él también es coautor¹¹³. Sin embargo, la figura castiga al que simula contraer matrimonio, en tanto que este sujeto simula autorizarlo, que no es lo mismo. Los testigos, salvo que también ellos resulten engañados por el autor, son partícipes. Aunque el problema se soluciona con remisión al artículo 136 del Código Penal.

¹¹¹ Si una señorita cree que se casó por el solo hecho de ponerse un anillo y comer una torta, el Derecho Penal no puede proteger tan deliciosa candidez (conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 519).

¹¹² Si dos personas entre sí, de común acuerdo, simulan matrimonio para engañar a un tercero, el hecho no será típico (conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 493).

¹¹³ MORENO, ob. cit., p. 336.

6. *Tentativa*¹¹⁴ y *consumación*

Hay principio de ejecución punible cuando se comienzan a representar los actos propios de la celebración del acto. El delito se consuma con la sola simulación del evento matrimonial, bastando con que se pongan en escena las condiciones jurídicas esenciales del matrimonio, por tanto, el supuesto consentimiento del autor, la presencia de un oficial público, un local que simule ser la oficina del registro público, y la manifestación de éste de declarar esposos al autor y a la víctima¹¹⁵.

El delito será ordinariamente un medio para lograr otro delito, que tanto puede ser algún abuso sexual como un delito contra la propiedad, que jugarán en concurso real (art. 55, Cód. Pen.).

Sin embargo, este segundo acto no es requerido para la consumación del hecho, bastando con la simulación del acto matrimonial¹¹⁶.

En el caso de matrimonio por poder, Molinario y Aguirre Obarrio¹¹⁷ afirman que el engaño debe recaer sobre la acción de entregar poder, y después sobre la celebración del matrimonio que el certificado acredita.

V. Responsabilidad del oficial público

Artículo 136: "El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

"Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

"Sufrirá multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley" (texto según ley 24.286 del 2-1-95)¹¹⁸.

¹¹⁴ La posibilidad de tentativa, al igual que en los casos anteriores, es negada por Gómez (ob. cit., p. 291).

¹¹⁵ La apariencia de alguna otra formalidad no constituye un objeto indefectible de engaño (conf. NÚÑEZ, idem).

¹¹⁶ Conf. SOLER, ob. cit., p. 388.

¹¹⁷ Ob. cit., p. 516.

¹¹⁸ Concordancias de la época de sanción referidas por MORENO (ob. cit., p.

1. *Antecedentes legales*

Según Moreno¹¹⁹, el proyecto de Tejedor castigaba también al eclesiástico que celebrara un matrimonio ilegal, pero si éste era engañado, sorprendido o forzado, no podía incurrir en delito alguno. Luego, el proyecto de Villegas, Ugarriza y García sólo previó el caso de engaño o intimidación sobre el funcionario.

El Código de 1886 volvió a incriminar al eclesiástico. La ley 4189, siguiendo el proyecto de 1891¹²⁰, adoptó el criterio del Código vigente, y más tarde hizo lo propio el proyecto de 1906, cuyo artículo 141 no tiene ninguna diferencia con la letra actual de la ley¹²¹.

VI. El tipo penal de los incisos 1° y 2°

1. *Bien jurídico protegido*

La ubicación del delito, dentro de los delitos en contra del estado civil, y no en los delitos en contra de la administración pública, sin perjuicio de los posibles concursos, lleva a pensar que el bien jurídico es el estado civil de las personas, aunque también esté en juego la

337), a saber: Cód. holandés, art. 379; alemán, 338; español, 483; proyecto de Tejedor, S. II, L. I, t. IV, art. 5; proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 292; Cód. de 1886, 147, ley 4189, 19.k; proyecto de 1891, 164 y 165, y proyecto de 1906, 141.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 338.

¹²⁰ La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 brinda los siguientes fundamentos: "En el art. 107 de la Ley de Matrimonio Civil, se pena [...] al oficial público que celebrare un matrimonio sabiendo que existe un impedimento que puede causar la nulidad del acto; y en el art. 147 del Código se reprime [...] al eclesiástico (vale decir al oficial público) que autorizare un matrimonio ilegal sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber exigido los comprobantes de que los contrayentes estaban habilitados para el acto. Estas dos disposiciones, con enmiendas de importancia, forman el art. 164 del proyecto. Desde luego, establecemos que, al oficial público que autorizare a sabiendas un matrimonio de los comprendidos en el art. 163, se le impondrá la misma pena prescrita para los contrayentes [...] porque ese oficial será coautor del delito, pues sin su intervención habría sido imposible revestir el acto de solemnidades legales..." (conf. MORENO, ob. cit.).

¹²¹ Conf. MORENO, ob. cit., p. 339; el Código Penal derogó con este precepto el art. 107 de la Ley de Matrimonio Civil, dictada cuando estaba vigente el Código de 1886, que establecía que los eclesiásticos eran funcionarios públicos a los efectos del matrimonio.

administración pública, en este caso, como el correcto funcionamiento de los poderes del Estado¹²².

2. Tipo objetivo

Se trata, como se verá, de un delito especial propio, ya que se refiere, como único autor, al oficial encargado del Registro Civil que autoriza un matrimonio de aquellos enumerados en los artículos 134 y 135, inciso 1º¹²³. Se trata, bien analizado el caso, de una manera de complicidad, que igual estaría castigada, de acuerdo a las reglas del artículo 45 del Código Penal, pero a la que el legislador ha querido darle autonomía, de modo que es también el funcionario público autor, olvidando la pena de inhabilitación, que era la consecuencia lógica y un aumento de pena, habida cuenta la mayor responsabilidad que tiene todo funcionario público.

Para que se dé el tipo penal en cuestión es necesaria la existencia de alguno de los matrimonios ilegales de los artículos 134 y 135, inciso 1º; de modo tal que el tipo penal requiere la comisión de alguno de los delitos ya vistos y, además, el acuerdo entre el oficial del Registro Civil y los contrayentes o del contrayente doloso y el oficial público.

La cuestión es clara, porque la acción típica consiste en autorizar a sabiendas alguno de los matrimonios ilegales, ya que conoce alguno de los impedimentos absolutos de uno o de los dos¹²⁴. Pero no alcanza esto sino que está autorizando alguno de los matrimonios de los artículos 134 y 135 del Código Penal.

De manera que no se trata de una condición objetiva de punibilidad, tal como en su momento se dijo y Núñez ha refutado con acierto¹²⁵.

3. Tipo subjetivo

El tipo penal puede, en este párrafo, ser doloso y con dolo directo, dado el término empleado por la ley que no deja duda, esto es, el "a sabiendas".

¹²² DONNA, *Parte especial*, t. III, *Delitos contra la administración pública*.

¹²³ Aunque no lo aclare, la figura obviamente no se refiere a la simulación de matrimonio (art. 135, inc. 2º), ya que tal parodia es inconciliable con la autorización a la que se pretende incriminar.

¹²⁴ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. IV, p. 418.

¹²⁵ Ídem nota anterior, p. 419.

Se trata de dolo directo, ya que el autor debe haber, tal como se dijo, que se trata de un matrimonio ilegal y típico¹²⁶.

El oficial debe conocer que entre ambos contrayentes media un impedimento absoluto y que los dos, o uno de ellos, sabe que existe. No basta con que sólo el oficial conozca el impedimento, puesto que lo que la ley castiga es la autorización de alguno de los matrimonios ilegales comprendidos en los artículos 134 y 135 que, a no dudarlo, reclaman para su tipicidad el conocimiento de los contrayentes, o de uno de ellos, respecto de esa clase de impedimento¹²⁷.

En opinión de Creus¹²⁸, la duda sobre la existencia de los impedimentos podría dejar la responsabilidad penal del oficial público incluida en el artículo 136, inciso 2º, del Código Penal.

Parte de la doctrina afirma que puede ser el tipo culposo, siempre en el inciso 2º. En ese caso, el delito se comete mediante la violación del deber de cuidado objetivo, que debe tener como resultado, según el esquema del delito imprudente, una relación directa con el matrimonio. En otras palabras, la violación de cuidado lleva a que se tipifique por parte de los autores alguno de los delitos de los artículos 134 y 135¹²⁹.

En opinión de Núñez¹³⁰, la falta de saber también abarca la duda del oficial¹³¹. La cuestión puede ser lógica, si esto entra dentro de

¹²⁶ En contra Soler (ob. cit., p. 375) estima que puede bastar el dolo eventual.

¹²⁷ Conf. NÚÑEZ (ob. cit., p. 419), quien añade que la tesis contraria convierte al conocimiento de los contrayentes en una condición objetiva de punibilidad, lo que es errado, puesto que el oficial es coautor de ambos, o de uno de los contrayentes, y la coautoría exige que el dolo del coautor abarque todos los elementos que estructuran la consumación del delito.

En contra Soler (ob. cit., p. 375) afirma que en el caso del art. 135 del Cód. Pen. basta con que el oficial sepa que existe el impedimento, sin que sea necesario conocer que uno de los cónyuges lo ignora.

¹²⁸ Ob. cit., p. 276.

¹²⁹ Conf. MORENO, ob. cit., p. 340.

¹³⁰ Ob. cit., p. 419.

¹³¹ Creus (ob. cit., p. 267) ataca este concepto y señala que aunque se insista en que se trata de una figura culposa (el mismo legislador lo dice en su comentario), también acepta la doctrina que quedan comprendidos los hechos en los que la responsabilidad del autor se asienta sobre la duda acerca de la existencia del impedimento, situación que sólo de modo figurado se la puede calificar de culposa, pues parece más un dolo eventual.

la violación del deber objetivo que debe tener el funcionario público, en el caso de los matrimonios.

Y esto sucede cuando el oficial ignora que celebró un matrimonio ilegal, pero lo ignora a causa de que no llenó los requisitos legales, de modo tal que resulta evidente la lesión a la administración pública¹³². Por eso suena coherente que se afirme que otra negligencia, que no importe una violación reglamentaria o de los deberes del cargo, no fundamente la imputación culposa¹³³.

En consecuencia¹³⁴, que si la celebración del acto nulo no puede imputarse a esa negligencia, y el oficial es víctima de algún engaño de parte de los contrayentes, no habrá culpa del funcionario.

Parte de la doctrina entiende que el tipo, subjetivamente, requiere culpa con representación¹³⁵; la limitación empieza a tener sentido, dado que es difícil justificar en general la llamada culpa inconsciente, según parte de la doctrina¹³⁶.

4. *Tentativa y consumación*

El delito se consuma cuando el matrimonio se ha celebrado, la actuación del oficial tiene que llegar hasta la declaración de que los contrayentes son marido y mujer.

5. *La pena*

Se ha llamado la atención de que la ley no ha previsto aquí la pena de inhabilitación, pese a que lo hace en el párrafo segundo del artículo. Sin embargo, en el caso sería posible su aplicación en virtud de la norma general del artículo 20 bis, inciso 1° del Código Penal¹³⁷, la que tiene prevista inhabilitación especial para todos los casos en que el delito importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un cargo.

¹³² Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 525.

¹³³ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 419.

¹³⁴ Ob. cit., p. 375.

¹³⁵ Creus (ob. cit., p. 277) señala que tiene que haber sido voluntariamente negligente en la observancia de los deberes.

¹³⁶ KÖHLER, Michael, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-New York, 1997, p. 200.

¹³⁷ Conf. CREUS, ob. cit., p. 276.

VII. El tipo penal del artículo 136, párrafo tercero

1. *Bien jurídico protegido*

La última parte del artículo 136, al castigar al funcionario público que, fuera de los casos del artículo, celebrase el matrimonio sin las formalidades de la ley, viene a proteger que el matrimonio se celebre con la exactitud legalmente debida¹³⁸.

Se tutela el acto mismo de la celebración del matrimonio, con prescindencia de cualquier otra circunstancia, encontrándose el precepto penal destinado a preservar que las normas de orden civil se cumplan¹³⁹.

Molinario y Aguirre Obarrio¹⁴⁰ afirman que lo que se protege es el riesgo de que se realicen matrimonios nulos, debido a la falta de los requisitos que la ley civil ha previsto.

2. *Tipo objetivo*

Se trata de matrimonios que tanto pueden ser nulos como anulables¹⁴¹. Se castiga el no haber cumplido con las formalidades que la ley exige, por el solo hecho de no haber cumplido con las exigencias legales, aun cuando el matrimonio no sea de aquellos en los que mediaran impedimentos¹⁴². En síntesis, este delito consiste simplemente en la inobservancia de las formalidades prescritas por la ley¹⁴³.

3. *Tipo subjetivo*

El delito sólo es imputable a título de dolo pero, en este caso, se admite el dolo eventual. No es admisible el tipo culposo¹⁴⁴, aunque parte de la doctrina lo admite¹⁴⁵.

¹³⁸ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 419.

¹³⁹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 277.

¹⁴⁰ Ob. cit., p. 526.

¹⁴¹ Conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 228.

¹⁴² El proyecto de 1981 decía al respecto: "extendemos (la prohibición) a los diversos casos en que el oficial público omita las solemnidades legales, pues existe el mismo motivo para penarlo por la omisión de una formalidad que por la de las otras" (conf. MORENO, ob. cit., p. 341).

¹⁴³ Conf. SOLER, ob. cit., p. 375.

¹⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 420.

¹⁴⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 525 y 526.

La doctrina ha discutido el concurso con el artículo 248 del Código Penal. Según Molinario y Aguirre Obarrio, la acción comprendería al artículo 248, y éste sería de aplicación, habida cuenta de la pena más grave¹⁴⁶. En contra Creus¹⁴⁷, quien refiere que este tipo absorbe el abuso omisivo del artículo 248, que requiere la voluntariedad de la omisión.

4. *Tentativa*

No es posible para los autores que sostienen que el delito es culposo.

Dada nuestra posición, entendemos que no hay inconvenientes en aceptar el delito tentado, en este caso, ya que se trata de un delito doloso¹⁴⁸.

5. *Consumación*

Para la consumación basta con que el matrimonio se celebre sin las formas exigidas, siendo indiferente la consecuencia jurídica de la inobservancia¹⁴⁹.

VIII. Responsabilidad del representante legítimo de un menor impúber

Artículo 137: "En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo"¹⁵⁰.

1. *Antecedentes legales*

El delito no se encontraba contenido en el Código de 1886 ni en

¹⁴⁶ Conf. MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 526.

¹⁴⁷ Ob. cit., p. 278.

¹⁴⁸ Laje Anaya (ob. cit., p. 228), quien refiere que es dolosa y admite el dolo eventual. Del mismo criterio NÚÑEZ, ob. cit., p. 419; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 228, y CREUS, ob. cit., p. 278.

¹⁴⁹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 278.

¹⁵⁰ Concordancias de la época citadas por Moreno (ob. cit., p. 341): Cód. belga, art. 264; alemán, 537; uruguayo, 311; chileno, 338; proyecto de 1891, 165; ley 4189, 19.k *in fine*, y proyecto de 1906, 142.

los proyectos anteriores. Fue tomado del artículo 165 del proyecto de 1891¹⁵¹, de donde pasó a la ley de reformas.

2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el estado civil de los menores, tratándose de evitar la celebración de matrimonios indebidos a su respecto.

El problema del delito ha sido puesto de relieve por Aguirre Obarrio. El precepto señala que protege al menor impúber que, conforme lo establece el artículo 127 del Código Civil, son los menores que aún no han cumplido catorce años de edad¹⁵².

El problema se suscita porque las sucesivas modificaciones a la ley civil han quebrado su coherencia con la penal. En efecto, el artículo 10 de la ley 2393, antes de la modificación de la ley 14.394, permitía el casamiento de una mujer de doce y de un hombre de catorce años de edad, ambos menores impúberes¹⁵³; luego, la citada ley 14.394 llevó a dieciséis y catorce la edad mínima de varón y mujer para contraer matrimonio, de donde, afirmaba Aguirre Obarrio que un varón de catorce años o quince años no tenía la edad mínima requerida, siendo, no obstante, menor adulto; más tarde se elevó el límite en dos años, que es el requisito vigente¹⁵⁴.

Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que hoy no está abarcada por el delito una ilegal autorización para que se casen mujeres menores de catorce o quince años, ni varones de dieciséis o diecisiete, y que

¹⁵¹ La Exposición de Motivos decía: "En la segunda parte del artículo 165 proyectamos que se aplique la misma pena de multa al representante legítimo de un menor impúber que consintiere en el matrimonio de éste. Un impúber es absolutamente incapaz de contraer matrimonio; no obstante, es posible que su representante consienta en su casamiento. Si esto sucede, el acto merecerá, no sólo la reprobación y la sanción de la ley civil, sino también la de la penal. Por eso, el representante debe ser reprimido".

¹⁵² Se trata de un matrimonio de nulidad relativa, anulable en razón de la edad (art. 220, inc. 1°, Cód. Civ.). Asimismo, el art. 167 deja librado al criterio judicial las causas de la dispensa y no las limita.

¹⁵³ ¡El Derecho Penal no podía castigar lo que el ordenamiento civil permitía!

¹⁵⁴ Art. 166: "Son impedimentos para contraer el matrimonio [...] 5° Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años".

solamente es delictuosa la autorización de menores de doce a trece años¹⁵⁵. Una parte de la doctrina interpreta que puede entenderse por impúberes a todos los que no pueden casarse¹⁵⁶.

Sin embargo, esta interpretación no tiene sustento en la ley habida cuenta de que se trata de un elemento normativo del tipo, que remite a la ley civil, sin poder el legislador penal hacer ampliación alguna del tipo penal. Importó en su momento lo que se ha dado en llamar una analogía *in bonam parte* que hoy día implicaría una inadmisibile extensión de la ley penal¹⁵⁷.

3. Tipo objetivo

La acción típica consiste en prestar consentimiento para que un menor impúber contraiga matrimonio¹⁵⁸.

La interpretación más coherente del artículo la ha dado Aguirre Obarrio, cuando expresa que "el legislador piensa que los matrimonios de quien tengan menos edad que las mínimas, sólo son anulables y, consecuentemente, no deben alcanzarlos el delito porque el tiempo soluciona el problema. De donde resulta que el artículo 137 ya no se refiere a los que la ley civil llama impúberes, sino a quienes por

¹⁵⁵ Ob. cit., p. 527. Como fundamento de ello, sostiene que le parece una interpretación bastante extensiva llamar menor impúber a un bachiller, aunque termina reconociendo que mejor lo hacen los proyectos de 1952 (art. 235), de 1967 (art. 137) y de 1979 (art. 183) que se refieren al representante legal de un menor que diere consentimiento para un matrimonio anulable por razón de su edad.

¹⁵⁶ Conf. SOLER, ob. cit., p. 391; CREUS, ob. cit., p. 279.

¹⁵⁷ También es la opinión de ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 501.

¹⁵⁸ Aquí Fontán Balestra agrega (ob. cit., p. 231) que de no mediar fraude, no será fácil la comisión de este delito sin que el oficial público haya incurrido en inobservancia alguna, con lo que nada valdría en el caso el consentimiento del representante legal.

Sin embargo yerra, porque para que se consume el delito no se requiere que el encargado del registro autorice el casamiento, sino simplemente que él dé el consentimiento, cosa que puede hacer antes del acto de celebración mediante declaración auténtica (art. 189, Cód. Civ.).

Una tercera alternativa sería que se considerara al matrimonio contraído en esas condiciones como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, en primer lugar, de los autores consultados ninguno se representó tal posibilidad y, en segundo, tampoco nosotros la advertimos probable.

tiempo y naturaleza no alcanzaron la pubertad. En este caso, por supuesto, el bien jurídico no guarda la menor relación con el estado civil, sino con el desarrollo de las personas, físico y con los ribetes psíquicos correspondientes¹⁵⁹.

4. *Tipo subjetivo*

Es un tipo doloso, que admite el dolo eventual¹⁶⁰. El sujeto debe conocer la edad del menor, las consecuencias de anulabilidad del matrimonio, en razón de esa edad, y pese a ello querer otorgar el consentimiento¹⁶¹.

5. *Sujetos*

Los sujetos activos pueden ser los padres, dentro o fuera del matrimonio, reconocidos o declarados como tales, y los tutores.

6. *Consumación y tentativa*

El hecho se consuma cuando se presta el consentimiento, antes del acto, mediante declaración auténtica, o en el acto mismo del matrimonio¹⁶².

Se admite tentativa si el acto del otorgamiento ha comenzado y se frustra por razones ajenas a la voluntad del representante del menor¹⁶³.

Los contrayentes no son punibles en ningún caso.

7. *Pena*

La pena de este supuesto es de multa¹⁶⁴.

¹⁵⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 527.

¹⁶⁰ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 422.

¹⁶¹ Conf. CREUS (ob. cit., p. 280), quien, pese a que niega la posibilidad de dolo eventual, luego afirma que la duda equivale a conocimiento.

¹⁶² Art. 189 del Cód. Civ.: "Cuando uno o ambos contrayentes fuesen menores de edad, la autorización que este Código requiere podrá otorgarse en el mismo acto del matrimonio o acreditarse mediante declaración auténtica".

¹⁶³ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 502; CREUS ob. cit., p. 279.

¹⁶⁴ El decreto-ley 17.567 aclaraba que la pena aplicable es la del último supuesto del artículo anterior.

CAPÍTULO II

SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL Y DE LA IDENTIDAD

SUMARIO: I. Planico general. II. Nociones generales. III. Disposiciones legales. IV. Antecedentes legislativos. V. La ley 24.410. Tráfico de menores. Delitos contra la identidad de las personas. VI. Bien jurídico protegido. VII. Concepto de identidad. I. Derecho Comparado. *Supresión de estado civil*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Acción típica. IV. Tipo subjetivo. V. Sujetos. 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. VI. Consumación y tentativa. VII. Problemas concursales. *Suposición de estado civil*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipo objetivo. III. Sujetos. 1. Sujeto activo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Participación. VII. Concurso. *Supresión y alteración de la identidad de menores*. I. Antecedentes legislativos. II. Tipo objetivo. III. Sujetos. 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Concurso. *Promoción, facilitación e intermediación*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipo objetivo. III. Sujetos. 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa. VI. Punibilidad especial de funcionarios y profesionales de la salud.

I. Planteo general

Si algo se puede decir con cierta seriedad sobre este tema es que nuestro país vivió, en las últimas décadas de su historia, hechos que, por su crueldad y por las heridas que han dejado, difícilmente podrán cerrarse.

El llamado proceso militar, basado en la teoría de la seguridad del Estado, sobre el cual hemos escrito en su oportunidad¹, usurpó el

¹ DONNA, Edgardo y CAVIGLIA, Mariela, *La doctrina de la seguridad nacional*, ps. 155-157, en *Perspectivas penales*, dirigida por Jorge Enrique Valencia, Bogotá, mayo de 1984.

poder, basado en la idea de combatir la subversión, que realmente existía en el país, para lo cual se arrogó los derechos del pueblo e intentó justificar su acción con un decreto del Poder Ejecutivo constitucional para realizar la matanza, tortura y desaparición de personas, entre otras cosas, en nombre vaya a saber de qué dioses.

Dos consecuencias, en relación con nuestro tema, tuvo el accionar de las fuerzas armadas. La primera de ellas, fue la desaparición forzada de personas, de las cuales todavía nada se sabe y, lo que es peor, no parece que se tenga alguna información en el futuro, y la segunda, la desaparición de los niños de las personas secuestradas y luego desaparecidas, con lo cual, y esto no se ha estudiado a fondo, todo el sistema de filiación de ese período ha quedado, por lo menos en el inconsciente colectivo, puesto seriamente en duda².

A este grave problema se le suma el robo de bebés y tráfico de menores, ya sea con fines de venta para adopción, ya sea con otros fines, lo que llevó como siempre a una reforma de la ley, que no es del todo feliz y que debió incluirse dentro de una reforma general de la parte especial. De todos modos, las reformas existen y, parte de ellas, serán vistas en adelante.

El legislador, especialmente sensible a la defensa del menor, ha reunido estos tipos penales que quedan hilvanados con el deseo de la protección a la filiación auténtica, que no es sino, en palabras del propio Tribunal Supremo español, "la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores".

El sujeto llamado hijo no debe ser "objeto de derecho, sino sujeto de derecho"³. Como persona que es, tanto en sentido jurídico como en un sentido filosófico, tiene sus propios derechos, que van desde el reconocimiento a su propia dignidad, pasando por el derecho a su intimidad, y fundamentalmente a su identidad social, biológica y cultural.

Esta cuestión no es sencilla, y puede verse en un ejemplo. Los expedientes tutelares de los juzgados de Menores, durante más de cien

² L. L. Antecedentes Parlamentarios, N° 3, 1996, p. 1036, § 87 y 88, opinión del senador Fernando de la Rúa. FELLINI, *Delito de tráfico de niños* cit.

³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos*, en L. L. del 11/12-9-86.

años eran inapelables para todas las partes, con la idea de que el juez y el asesor lo protegían, de manera que todos sus derechos estaban en cabeza del juez, que siempre velaba por su bien, aun cuando se lo internara, se lo sacara del lado de sus padres, etcétera. La idea de fondo es grave. No puede revisarse lo que un funcionario del Estado hace, ya que se presume, casi sin prueba en contra, que siempre el Estado cuida bien al menor. La falacia es por demás evidente y basta con recorrer los institutos de menores para que la verdad termine con tal creencia totalitaria. La cuestión dio un giro a partir de los fallos de la sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial "Escobar, Nahirs/Medida cautelar" (28-4-98, inédito) y "López Martino" (c. 15.861, 11-6-2001, inédito), en los cuales, no sólo se abrió el recurso, sino que se revocó la medida tutelar dispuesta por el juez.

Volviendo al tema de este capítulo, es claro que el derecho a la identidad de la persona surge de la Constitución Nacional; concretamente, entre los llamados derechos implícitos, reconocidos por el artículo 33', y por los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos, de los que nuestro país es signatario, conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, según la reforma de 1994; especialmente, en nuestro caso, la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño avanza en dos cuestiones fundamentales: por una parte, protege intrínsecamente a la vida del niño, y, en segundo lugar, protege su derecho a la identidad. Ésta tiene que ver, no con un derecho nuevo, pero sí con una nueva captación de la misma como valor que hasta la sanción de la ley 24.410 no estaba tratado con el rigor ni la protección que merecía.

En materia de delitos contra el estado civil, debe tenerse en cuenta la presencia en este tema del derecho a tener como progenitores a quienes realmente lo son. Lo contrario sería tolerar una ficción que operaría en el comienzo de la vida humana y se prolongaría en el tiempo, incluso hasta la muerte del sujeto, de modo que éste se nos presentaría con una personalidad irreal. Y esto, con absoluta independencia de la bondad o maldad del móvil transgresor, ya que el derecho a la filiación biológica o a la identidad —que no es una cate-

* BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 527.

goria irreal sino que está protegida por la Constitución— prevalece ante cualquier posición de bienestar que pudiera crearse con la mendaz maniobra.

Es, y en sentido puramente descriptivo, la más paradigmática y grave de las falsedades personales: la de quien pasó por ser quien no era y dejó de ser quien era.

Con la intención de colaborar en el tratamiento de una de las consecuencias del lamentable período referenciado, nos referiremos —exclusivamente desde el punto de vista técnico— a la ley 24.410, que surge de la necesidad de proteger los bienes jurídicos del epígrafe y así evitar que se repitan situaciones que avasallaron derechos inalienables de la persona, como el estado civil y la identidad⁵.

Afirma Fellini que la única referencia al tráfico de niños en nuestra legislación es la ley 24.410, que se implementó como una respuesta a una cantidad de casos que conmovieron a la opinión pública en el año 1993 y que llevó, entre otras cosas, a derogar el delito de infanticidio, la atenuante del artículo 107, agregándose el título de supresión y suposición de estado civil, como así también el concepto de identidad y otras agravantes que se verán⁶.

⁵ En los términos que se transcriben a continuación se manifestaba sobre el tema el senador Alasino, en su exposición como miembro informante de la Comisión del Senado para la Reforma del Código Penal: "El tema de la identidad se tomó importante en la década trágica del gobierno militar. Creo que durante mucho tiempo la alteración de la identidad atacó familias de extracción social baja, porque de alguna manera se burlaba la identidad real de los niños cambiándoles el nombre y apellido y poniéndoles en su cabeza otra identificación.

"Por obra y gracia de la Doctrina de la Seguridad Nacional esta adulteración de la identidad se incorporó a otros sectores de la comunidad nacional. Asistimos entonces azorados a los cambios de identidad de muchos niños.

"Así a los argentinos, el tema de la identidad, nos toca mucho más de cerca, porque además de estar relacionado con aquellas viejas connotaciones a las que hacía referencia se vincula con estas otras recientes, de la represión de la época militar. Por estas razones, tenemos la obligación de avanzar para protegerla. La identidad adquiere otra dimensión. No se trata ya solamente del estado civil, sino que es omnicompreensiva de éste. El estado civil comienza a ser una parte de la identidad y ésta comienza a tener otra identidad jurídica y moral, que es la que queremos incorporar [...] por tratarse de un nuevo elemento valioso lo hemos incorporado en el título sobre supresión del estado civil".

⁶ FELLINI, ob. cit., p. 100.

II. Nociones generales

Según Laje Anaya, los delitos contra el estado civil de las personas representan un modo de ofensa a los derechos de la familia. En este sentido, Carrara es terminante, y al respecto encuentra que, además de los derechos conferidos al hombre en su modo de ser individual, surgió, por necesidad, una serie ulterior de derechos derivados de las relaciones especiales entre él y sus semejantes, que generaba el vínculo de familia que ligaba a los miembros de ésta.

De aquí surgió la necesidad de reconocer una clase especial de delitos en las ofensas que lesionan al hombre, no sólo en su condición de individuo aislado, sino considerado además como individuo ligado a un determinado número de semejantes por vínculos de familia⁷. Por consiguiente, "reconocemos en la lesión de los derechos de familia, la línea que nos señala una clase especial de delitos, refiriendo a la presente clase todos los delitos que son llevados a ella por su respectiva objetividad".

De tal manera, se subdivide esta clase de delitos en tres categorías distintas. En la primera serie, en la que contemplamos los maleficios que lesionan a los derechos del cónyuge y sobre el cónyuge⁸, están el adulterio y la bigamia. En la segunda serie se ponen los delitos que lesionan a los derechos de la prole hacia los padres, en primer lugar, la supresión de estado y todos los demás hechos análogos mediante los cuales se despoja a un niño de los derechos que la ley natural acuerda y la civil reconoce como consecuencia de la procreación. A la tercera serie, esto es, la de los delitos que ofenden en los padres la potestad que, dentro de ciertos límites, les pertenece sobre los hijos, corresponde, en primer lugar, la sustracción de menores y otros hechos análogos⁹.

⁷ LAJE ANAYA, *Delitos contra la familia* cit., p. 29, nota 29.

⁸ Sobre el punto se manifiesta conforme Groizard (*El Código Penal de 1870. Comentado y concordado*, Madrid, 1913, t. V, p. 553), al entender que la bigamia ataca la fe conyugal. En LAJE ANAYA, ob. cit., p. 30, nota 30.

⁹ CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, 3ª ed., Bogotá, 1973, § 1863. No escapa a Carrara el delito de incumplimiento de asistencia familiar, cuya referencia efectúa en la nota 1 del § 1863. Y así dice: "A los delitos contra el orden de las familias debería referirse el hecho del hijo que negase alimentos a la madre viuda, cuando este hecho fuese delito, como lo fue en Atenas. Esta ofensa se perseguía en Atenas mediante acción pública y cualquier ciudadano podía constituirse en acusador..." (en LAJE ANAYA, ob. cit., p. 30, nota 32).

III. Disposiciones legales

El Código Penal, modificado por la ley 24.410, denominada Tráfico de Menores. Delitos contra la Identidad de las Personas, ha estructurado el tema en el punto anterior, en tres artículos, el 138, el 139, incisos 1° y 2°, y el 139 bis.

La ley se refiere a dos formas de delitos: a la primera con la denominación genérica de supresión del estado civil y de la identidad, y a la segunda con la de suposición de ese estado. En la primera podemos agrupar a los artículos 138 y 139, inciso 2°, y en la segunda especie podemos colocar al artículo 139, inciso 1°.

La diferencia esencial entre ambas consiste en que en los hechos pertenecientes a la primera de ellas, la criminalidad reside en la incertidumbre, alteración o supresión, operada por el autor, sobre un estado civil ajeno (art. 138) o sobre la identidad de un menor de 10 años (art. 139, inc. 2°); en cambio, en el hecho perteneciente a la otra clase, la criminalidad reside en suponer en una criatura el estado civil que debió corresponderle a otra no nacida o nacida muerta para beneficiarla (139, inc. 1°).

En la primera forma de tipificación de delitos, el estado civil lesionado es el de la persona que sufre la incertidumbre, alteración o supresión de su estado de identidad; en la segunda, el de la criatura cuyo estado se supone.

El artículo 138 se refiere a la supresión y alteración del estado civil, obviándose tras la reforma el elemento subjetivo —ánimo de causar perjuicio— que tenía el texto reemplazado, y agravándose la pena que fijaba el anterior.

El artículo 139, inciso 1°, se refiere a la figura de suposición de parto¹⁰, protege a la identidad de la persona como bien jurídico y, también en este caso, se agrava la pena, que era de uno a cuatro años de prisión, reemplazándola por la de dos a seis años de prisión.

El inciso 2° del mismo artículo se refiere a la figura de supresión y alteración de la identidad de menores. Se traduce en el ataque contra un bien jurídico, que es la identidad del menor de 10 años.

¹⁰ Ver CARRARA, *Programa...* cit., § 1963; GROIZARD, *El Código Penal de 1870...* cit., ps. 501 y ss.

En el tipo anterior a la reforma, la exposición y ocultación del menor estaban enunciadas como unas formas más de afectar el estado civil. En el texto actual, la redacción de la última parte del artículo ha hecho decir a Creus que existe una viciosa construcción, por la cual aparecen como delitos autónomos, lo cual llevaría a una compleja incongruencia con el texto del artículo 146 del Código Penal¹¹.

En el artículo 139 bis, primer párrafo, la ley 24.410 crea un nuevo tipo penal, que Creus¹² llama "intermediación prohibida", o "intermediación" en opinión de Laje Anaya, estableciendo para los que intermedian, promocionan o facilitan los delitos previstos por el capítulo, penas más graves que para los autores de ellos.

En el párrafo segundo del artículo mencionado se establecen penas agravadas en función de la calidad de los autores.

Los delitos de este capítulo contemplan acciones que toman imposible o muy dificultosa la determinación del estado civil y la identidad de una persona, o que le atribuyen un estado civil que no es el que le corresponde, incidiendo sobre cualquier relación que concierna a dicho estado (filiación, matrimonio, adopción).

Esas acciones pueden estar constituidas por falsedades documentales, materiales o ideológicas (atribuyendo a una persona un estado que no tiene), o por acciones que no impliquen tales falsedades (por ej., simular, ocultar o suprimir noticias de circunstancias que sitúan a la persona en un determinado estado)¹³.

En síntesis, se trata de sacar a la persona del estado de familia que posee, y al que tiene derecho con base constitucional, y colocarla en otro según el criterio y la voluntad del sujeto que lo hace.

En otros términos, todos los delitos de este capítulo sancionan conductas que suponen la adscripción familiar al margen de lo preceptuado legalmente, creando una apariencia falsa de las relaciones jurídico-familiares¹⁴.

¹¹ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 290.

¹² CREUS, *ob. cit.*, p. 291.

¹³ *Idem* nota anterior, p. 290.

¹⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Comentarios al Código Penal*, Mourullo, Jorge Barreiro 650.

IV. Antecedentes legislativos

Los antecedentes de este capítulo vienen del proyecto de 1891. Es que sus redactores entendieron que toda esta materia se hallaba mal legislada en el Código de 1886, en razón de que a las infracciones que ese Código había previsto siempre se les aplicaba la misma pena y con ello se procedía a equiparar hechos de distinta gravedad¹⁵. "Por esto juzgamos —decían— que al regular la materia, se debe establecer un precepto general que abarque todos los casos comunes y enseguida enunciar explícitamente los casos más importantes, por la mayor entidad o el mayor número de los derechos violados y porque ofrecen mayor peligro y denotan mayor criminalidad en el agente, e imponer en estos casos una pena más grave. Se proyecta reprimir a todo el que por cualquier medio o por cualquier acto hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otra persona, porque de cualquier modo que esto sucede lesionará la condición y los derechos ajenos"¹⁶.

El proyecto de 1906 conservó el esquema y, sobre esa base, sus redactores indicaron que, para evitar dudas e inconvenientes, emplearían la fórmula genérica dentro de la cual cabían todos los actos de cualquier naturaleza, que producían por resultado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro¹⁷.

Con posterioridad a la sanción del Código de 1921 comenzó a manifestarse, a tomar cuerpo, salvo en el proyecto de 1937¹⁸, la idea de que los matrimonios ilegales y la supresión y suposición del estado civil, como atentados genéricos, ya no ofendían al estado civil sino a la familia¹⁹.

¹⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 96.

¹⁶ *Proyecto 1891*, 2ª ed., Buenos Aires, 1898, Exposición de Motivos, ps. 170 y ss.

¹⁷ Proyecto de 1906, Exposición de Motivos, p. LIV.

¹⁸ Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 19-9-36 y precedido de una Exposición de Motivos, por los Dres. Coll y Eusebio Gómez; ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina* cit., t. IV, p. 617.

¹⁹ Ya en el proyecto de 1881 tenían ubicación dentro de los *Delitos que atentun contra la moral pública y el orden de las familias*, en el Título 6º del Libro II. Entre ellos se comprenden no sólo los "delitos contra la honestidad" de que se ocupaba el Título 3º del proyecto en revisión, sino también los "matrimonios ilegales", a que se refería el Título 4º, y los "delitos contra el estado civil de las personas", que formaban

El proyecto de 1941²⁰ se aparta del método aceptado desde 1891, cuando ubica a este tipo de delitos dentro de aquellos que estaban dirigidos "contra los bienes jurídicos de la familia"²¹, separándolos de los "delitos contra las buenas costumbres". En la Exposición de Motivos del referido proyecto se hacía referencia al tema de la siguiente manera: "...Los delitos contra la familia mantienen jerarquía propia y en cierto modo tienden un puente entre los delitos contra las personas y los delitos contra la sociedad. La familia debe ser tutelada en su formación, en su pureza, en su descendencia y en sus necesidades materiales [...] los delitos de suposición y supresión de estado civil, garantizan el orden familiar con especial consideración del estado de filiación. Fuera de duda, los matrimonios ilegales y la suposición de estado atacan el estado civil de las personas. No obstante, como un matrimonio ilegal, al igual de la supresión y suposición de estado mudan la condición de la persona en la familia, es más justo denominarlos con esta calificación". Por influencia del Código español todos los antecedentes argentinos, desde el proyecto de Tejedor hasta el proyecto de 1937, usan la expresión "Delitos contra el estado civil".

En síntesis, con el epígrafe de "Delitos contra la familia" se abarcaban los delitos contra la pureza familiar, contra el matrimonio, contra

la materia del Título 5º y los Capítulos 2º y 3º del Título 6º. Ver proyecto de Código Penal presentado por la comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. Todos han debido ser comprendidos bajo una sola denominación, en atención a su naturaleza, siguiéndose en esto el ejemplo de varios códigos modernos, entre otros el de Chile y el de Bélgica, en ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina* cit., t. II, p. 39.

²⁰ Proyecto de Código Penal de José Peco. ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina* cit., ps. 282 y ss.

²¹ En los últimos tiempos la familia tiene gravitación decisiva en estos temas. Ello lo demuestran la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores. En el Código Penal español de 1995 aparece como novedad el título *Delitos contra las relaciones familiares*; esta inclusión debe considerarse acertada, su antecedente último se encuentra en el compromiso constitucional de defensa de la familia y de los hijos (arts. 23 y 39, CE). En el Código anterior figuraban entre los delitos contra el estado civil. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 491.

el estado de familia, contra el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, contra la patria potestad, tutela o curatela. El primero comprendía el incesto; el segundo, la bigamia, la poligamia, otros matrimonios ilegales y simulación de matrimonio; el tercero, supresión y suposición de estado; el cuarto, el incumplimiento de las obligaciones de asistencia, y el quinto, la sustracción y retención de incapaces, así como la inducción a la fuga²².

El proyecto de 1960²³ o proyecto de Sebastián Soler, como el anterior, consideró que los matrimonios ilegales y los atentados contra el estado civil constituían lesiones a la familia²⁴.

Por último, el proyecto de 1979 conservó la misma metodología y consideró que la familia era atacada por los matrimonios ilegales, por atentar contra el estado civil²⁵, por atentar contra la patria potestad y por el incumplimiento de deberes familiares²⁶. La supresión y la suposición de estado civil son maneras particulares de atentar contra éste²⁷.

V. La ley 24.410. Tráfico de menores. Delitos contra la identidad de las personas

Esta ley nació por iniciativa de la Cámara de Senadores, y a su respecto existieron cinco proyectos tendientes a modificar la delincuencia relativa a los delitos que atentaban contra el estado civil y la identidad de las personas.

Al primero lo suscribió el senador Laferriere; al segundo, el senador Romero Feris; al tercero, el senador Molina; al cuarto, la senadora Rivas y al quinto, el senador De la Rúa. Las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios y de la Familia y Minoridad, al producir el dictamen del proyecto, que luego consideraría el Senado, no

²² ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina cit.*, t. V, p. 283.

²³ ZAFFARONI y ARNEDO, *ob. cit.*, t. VI, p. 384.

²⁴ LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 26.

²⁵ En el art. 184 del proyecto encontramos la suposición, la supresión y la alteración del estado civil.

²⁶ LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 26.

²⁷ Parte especial. *De los delitos*, Tit. IV, Cap. 2º, arts. 184 y 185.

siguieron particularmente a ninguno de ellos, sino que, a su vez, elaboraron una nueva propuesta cuyo miembro informante sería el senador Alasino²⁸.

El senador Laferriere en su proyecto proponía incorporar un capítulo referido a los "Delitos contra la identidad, la integridad física, la libertad y la vida de los menores".

En los fundamentos se hacía referencia a la necesidad de defender la identidad del menor que, además de ser un valor reconocido por convenios internacionales ratificados por la Nación, era negada cuando se anotaba como hijo propio a un niño ajeno, o cuando se falseaba dolosamente su identidad, sin ningún procedimiento de adopción o entrega del niño con participación del juez de Menores, en la forma legal pertinente.

Además, la iniciativa tenía por finalidad reprimir uno de los hechos más aberrantes y más difundidos internacionalmente y de mayor gravedad, como lo es, a la par del tráfico de estupefacientes, la sustracción de menores para su comercialización²⁹.

En el proyecto del senador Romero Feris se proponía incluir un capítulo sobre tráfico de menores. Los tipos se hallaban referidos a la entrega y a la venta del hijo menor, y a la promoción o facilitación del tráfico de menores dentro del país. Las penas se aumentaban en caso de que se tratara de una organización internacional, o si el hecho se cometía con fines deshonestos, o para la práctica de la prostitución o corrupción de menores.

El fundamento de su proyecto era la necesidad de cubrir vacíos existentes en el Código Penal, circunstancia que era aprovechada impunemente por particulares, o por distintas organizaciones dedicadas al tráfico de niños de muy corta edad, abocadas al negocio del tráfico de niños³⁰.

El proyecto del senador Molina se limitó a incorporar dentro de los delitos contra la libertad, y como artículo 142 ter, la sustracción,

²⁸ Procedieron a suscribir ese dictamen los senadores Cabana, Solana, Rivas y Figueroa. En disidencia parcial lo hicieron los senadores Genoud, Storani, De la Rúa y Laferriere (L. L. Antecedentes Parlamentarios, N° 3, 1996, p. 1007).

²⁹ Ídem nota anterior, ps. 1010 y 1011.

³⁰ Íbidem, ps. 1011 y 1012.

retención u ocultación de una persona con el fin de generar una filiación diferente de la que le correspondía. En su forma básica, la conducta era reprimida con tres a diez años de prisión, mientras que a la forma agravada le correspondían entre cinco y quince años de prisión, y en caso de muerte se preveía la reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo previsto por el artículo 52 del Código Penal.

Fundamentaba su proyecto expresando que, no obstante haber robustecido la humanidad su conciencia respecto de los derechos humanos, al generar legislaciones e instituciones tendientes al resguardo del patrimonio de la libertad de las gentes, aún se siguen desarrollando prácticas derivadas del desprecio por la entidad humana, como la llamada compraventa de niños que conmueve con preocupante asiduidad³¹.

El proyecto de la senadora Rivas, como el anterior, pretendía legislar la materia dentro de los delitos contra la libertad. El artículo 146 era sustituido y se creaba la figura del artículo 146 bis, que contemplaba la conducción de un menor al extranjero sin la autorización de sus padres, con el propósito de someterlo a su poder o al de otro.

El artículo 148 era sustituido y el artículo 149 tenía una nueva redacción.

Al igual que la ley 23.747 el proyecto estimaba como agravante el perpetrar el hecho en las cercanías de distintos lugares donde concurren menores con fines educativos, asistenciales, deportivos, sociales o sanitarios³². Finalmente el artículo 149 quinto castigaba a quien intervenía en cualquier acto de contenido económico proveniente de los delitos enunciados.

En los fundamentos hacía referencia al tráfico de niños que suele organizarse en la sustracción o compra de ellos por personas u organizaciones que a su vez proceden a transferirlos dentro o fuera del país, para satisfacer apetencias de maternidad o paternidad por parte de personas o familiares generalmente carentes de descendencia propia.

El proyecto del senador De la Rúa estaba destinado a introducir sustituciones en los artículos 138 y 139 del Código Penal, y establecía una nueva norma que se incorporaría como artículo 139 bis.

³¹ Ibidem, p. 1012.

³² Ver, ley 23.737, art. 11, b.

En los fundamentos se recordaba que en nuestro país las bandas que se dedicaban al tráfico de niños habían "exportado" entre 4.000 y 40.000 niños al primer mundo durante los últimos diez años, haciéndose referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la opinión de los expertos pertenecientes a las Naciones Unidas³³.

Finalmente, el proyecto fue remitido con media sanción a la Cámara de Diputados. Ésta lo aceptó con reservas, introduciendo algunas modificaciones que luego no pasaron al texto vigente³⁴. Los artículos vigentes son los que se propusieron en el proyecto de la Cámara de Senadores, y que oportunamente analizaremos.

VI. Bien jurídico protegido

Con respecto a los delitos que analizamos, la ley 24.410, sancionada el 30 de noviembre de 1994, ha modificado la rúbrica del Capítulo II *Supresión y suposición de estado civil por Supresión y suposición del estado civil y de la identidad*, ampliando de esa forma el bien jurídico protegido, que hasta ese momento era la posesión de estado civil, al derecho a la identidad de las personas.

Este tema ha dado lugar a diversas interpretaciones: si bien existen autores que le quitan trascendencia a la modificación, y sostienen que no existe ninguna diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto esta última deriva de aquél³⁵.

Otros, por su parte, manifiestan que es trascendente la reforma por cuanto la identidad es un concepto que abarca al estado civil, y sería omnicomprensivo de todo lo relacionado con el tema.

VII. Concepto de identidad

A partir de que la ley 24.410 erigió el derecho a la identidad de la persona como bien jurídico protegido³⁶, resulta importante definir su concepto para así diferenciarlo del estado civil.

³³ Ver L. L. Antecedentes Parlamentarios, N° 3.

³⁴ Ver L. L. Antecedentes Parlamentarios, N° 3, 1996, p. 1041.

³⁵ AGUIRRE OBARRIO, en actualización de *Los delitos*, de Alfredo Molinario, t. I, p. 537. De ahora en más Molinario-Aguirre Obarrio.

³⁶ DONNA, E., *Teoría del delito y de la pena*, t. II, p. 54. "El bien jurídico, es

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de identidad biológica se encuentra estrechamente vinculado al derecho de conocer la verdad biológica.

El derecho a la identidad es el que tiene más estrecha relación con el derecho a la vida, porque al comenzar el ser, se tiene derecho a ser reconocido como tal.

El niño tiene derecho de vivir con su familia de sangre, razón por la cual nuestro sistema jurídico plasma el principio de la verdad biológica³⁷ y el de la identidad en todo su concepto, admitiendo las pruebas genéticas en la indagación de los vínculos familiares.

Por su parte, la doctrina de los derechos biológicos, entendiendo por tales aquellos cuyo goce es reconocido por las personas, en cuanto son sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y de su medio ambiente, reconoce, dentro de las categorías establecidas, el derecho a gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutible³⁸.

Por lo expuesto, consideramos que el derecho a la identidad abarca a la nacionalidad, al nombre y al derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos³⁹, de modo que se trata de un bien jurídico que debe ser protegido por el Derecho Penal.

Si se entiende bien el estado de familia como la posición que ocupa una persona dentro de la familia, que, como ya se dijo, es un atributo de la personalidad humana e implica un emplazamiento que es fuente de derechos y obligaciones, está claro que la identidad forma parte de ese concepto de estado de familia, que tiene sin duda alguna protección constitucional.

A partir de la reforma constitucional de 1994, como una suerte

una unidad funcional valiosa para la sociedad, que se rige de acuerdo a la Constitución, que protege los derechos fundamentales del individuo”.

³⁷ CARRARA, *Programa...* cit., vol. III, p. 415, § 1950. “Todo hombre que nace, no importa cuál sea su cuna, tiene derecho a ese estado, en virtud de la ley natural”.

³⁸ MATTOZZO DE ROMUALDI, L., *La biotecnología y el derecho a la identidad*, en E. D. 166-979.

³⁹ L. L. Antecedentes Parlamentarios, Inserciones, N° 3, 1996, p. 1036, § 90, del voto del senador Fernando De la Rúa.

de abanico, se han ido incorporando a nuestro ordenamiento interno, con jerarquía superior a las leyes, un torrente de derechos fundamentales que hacen a la dignidad humana, reconocidos internacionalmente y que han quedado plasmados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional⁴⁰.

Estos tratados pasaron a constituir el Derecho interno privilegiado, a los efectos de su protección, y no pueden ser vulnerados por leyes nacionales o provinciales con contenidos derogatorios de los principios allí consagrados⁴¹.

Esta circunstancia ha enriquecido así el orden público en el Derecho de Familia, pero no para limitar ni coartar los principios de autonomía, dignidad e inviolabilidad de la persona sobre los que se asienta nuestro orden jurídico, sino para ampliarlos y potenciarlos⁴².

El derecho a la identidad es un derecho reconocido constitucionalmente, dentro de los derechos no enumerados a que se refiere el artículo 33 de la Constitución Nacional⁴³, ahora legalmente expresado desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas (conf. la ley 23.849, arts. 7.1 y 8.1 y 2 de la Convención)⁴⁴.

En este orden de ideas resulta concluyente Bidart Campos cuando asevera que: "la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene fuerza normativa, es decir, que como derecho positivo resulta de aplicación directa y sus normas son vinculantes para todos los poderes públicos impidiéndoles que lo violen por acción u omisión"⁴⁵.

⁴⁰ CSJN, 4-12-95, C. 91.XXIV, recurso de hecho, en "Miara, S. y otra".

⁴¹ PEÑA, G. y GIL, A., *Situación jurídica del niño abandonado en el Derecho argentino. Algunas consideraciones histórico-legales a propósito de la actividad jurisdiccional y la reforma constitucional del '94*, en L. L. del 29-10-98, p. 3.

⁴² DALLA VÍA, A., *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal*, en Rev. Jur. de UCES, p. 161.

⁴³ CSJN, 13-11-90, L. L. 1991-B-470, con nota de MAZZINGHI, J., *Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional*. La novedad del fallo reside en la coincidencia de todos los ministros opinantes en el reconocimiento de la jerarquía constitucional del derecho a la identidad. Comentado por MÉNDEZ COSTA, María J., *Encuadre constitucional del derecho a la identidad*, en L. L. 1992-D-536.

⁴⁴ CSJ de Santa F, 19-9-91, "A., M. c/L., C. L.", L. L. 1992-D, 90.780.

⁴⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Constitución, tratados y normas infraconsti-*

El articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 nos demuestra un importante salto cualitativo y cuantitativo a favor de sus derechos.

La misma habla, en el artículo 7º, del derecho del niño a ser inscripto desde su nacimiento, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la medida de sus posibilidades, y, sobre todo, avanza en cuanto a la identidad, ya que no se circunscribe a la nacionalidad y al nombre, como hablaba la Declaración de los Derechos del Niño, sobre las relaciones familiares⁴⁶, estableciendo, además, la obligación de los Estados partes de velar por la aplicación de este Derecho de conformidad con la legislación nacional.

Agrega, asimismo, el artículo 8º que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Conforme a lo expresado por el artículo, podríamos conceptualizar la identidad como el derecho que tiene toda persona a ser ella misma, y ser ella misma frente a los demás, sin injerencias ilícitas.

1. *Derecho Comparado*

En España, el derecho a la identidad es llamado derecho a la filiación biológica. Así es como el Capítulo II del Título XII del nuevo Código Penal, *De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*, contiene sólo delitos contra la filiación biológica. La preocupación puesta de manifiesto por el constituyente en el artículo 39.2 de la Carta Magna por el conocimiento auténtico de la filiación se traslada al ordenamiento penal con la sistematización de estas figuras, algunas antiguas y otras de nueva creación⁴⁷.

Este expreso interés, prima facie, tiene una natural explicación puesto que es irrenunciable el derecho que todos tienen a saber, de facto⁴⁸, quiénes son sus verdaderos progenitores.

tucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño, en *El Derecho y los chicos*, comp. María del Carmen Bianchi, Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 36.

⁴⁶ PIERINI, Alicia y otros, *El derecho a la identidad*, Eudeba, 1993, p. 39.

⁴⁷ CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación...* cit., p. 40.

⁴⁸ Ídem nota anterior.

Es clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en consonancia con lo expuesto, se ha referido con extremado acierto al derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica⁴⁹.

En Italia, el derecho a la identidad personal ha tenido un amplio desarrollo tanto doctrinario como jurisprudencial. Así, por ejemplo, se ha sostenido que: "La identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado [...] por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros, e idéntico sólo a sí mismo. O sea que la persona tiene la titularidad de un derecho, que es propiamente el ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual"⁵⁰.

En la terminología constitucional alemana (art. 2º, inc. 1º de la ley fundamental de ese país) el derecho a la identidad es el derecho que tiene el individuo al "libre desenvolvimiento de su persona", el cual se materializa en la facultad de ejercer un control en lo referente a la búsqueda, almacenamiento, utilización y difusión de sus datos personales; en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, de fecha 15 de diciembre de 1983⁵¹.

Ese control supone necesariamente que existe el derecho (prioritario en un orden lógico) de acceder a esos datos personales, de entre los cuales el concerniente a la ascendencia biológica se advierte relevante, por su esencial relación con la propia identidad del sujeto⁵².

SUPRESIÓN DE ESTADO CIVIL

Texto anterior, artículo 138: "Se aplicará prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio".

⁴⁹ S. T. S., sala I, 6-2-91 (R. A. 1147), 6-6-91 (R. A. 4423): "La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de investigación de la paternidad [...] ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica".

⁵⁰ BAVETTA, Giuseppe, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, t. XIX, p. 953; *Fallos*: 313.1144.

⁵¹ (BverfGE 65 I), transcripto en la obra de KRIELE, Martin, *ESJ Grundrechte*, München, 1986, ps. 482/521.

⁵² CSJN, *Fallos*: 313:1146.

Texto según ley 24.410, artículo 138: "Se aplicará prisión de uno a cuatro años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro".

I. Antecedentes

La reforma ha suprimido "el propósito de causar perjuicio", que establecía su redacción anterior. O sea que, antes, la criminalidad de la supresión era esencialmente subjetiva, pues residía en el propósito de perjudicar a otro⁵³, que podía ser la víctima o un tercero, dejando impunes los atentados al estado civil realizados para beneficiar a la víctima o a terceros, así como los subjetivamente indiferentes (Núñez, ps. 427 y ss.).

Es dable destacar que el perjuicio no puede consistir en la ofensa al estado civil en sí, sino que ésta debe ser utilizada como medio para que el autor pueda lograr otro objetivo. Circunstancia ésta no compartida por algunos autores. Aguirre Obarrio⁵⁴ manifiesta que con la nueva redacción se podría llegar a interpretar que debería pensarse también a quien tenga el propósito de causar un bien, y se pregunta si en los casos en que la alteración del estado civil ocurre, y no se causó perjuicio para nadie, también habría que aplicar pena.

El proyecto Peco de 1941 había propuesto que se quitara la frase "con el propósito de causar perjuicio" y hablaba de ella en estos términos: "La coletilla final, referente al propósito, no tiene arraigo ni en los antecedentes nacionales, ni en la legislación comparada. No tiene albergue en ningún código, ni antiguo ni moderno. Tomada en sus términos literales conduce a la impunidad de un buen contingente de delitos contra el estado civil.

"Quien obra por piedad, quien por afecto, quien por el honor.

⁵³ CNFed.CCcorr., sala II, 12-2-99, "M., E. I.", L. L. del 26-6-2000, SP, p. 22, fallo 100.448, con nota de Marcelo Colombo. "Los tipos penales establecidos en los arts. 138 y 139, inc. 2°, Cód. Pen., en su redacción anterior a la ley 24.410, exigen que el agente haya realizado la conducta típica con el propósito de causar perjuicio, el cual debe trascender de las propias acciones alteradoras o supresoras del estado civil".

⁵⁴ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 535.

"El propósito no es causar perjuicios a los herederos o a los suyos, sino, a menudo, aliviar una situación angustiosa.

"Sin embargo puede causar perjuicio aunque no lo animara tal designio.

"Con la locución agregada al artículo 138 del Código Penal se procura solucionar la adopción de expósitos, cuando la persona no tuviere heredero. La función del Estado es garantizar la auténtica filiación. La ley no puede legitimar actos de usurpación de funciones estatales. El perdón judicial o la libre atenuación de la sanción es más conducente.

"Además, en el genérico artículo 138 se requiere el propósito de causar perjuicio, mientras en las circunstancias calificativas del artículo 139 no se exige tal requisito. El artículo 139 aumenta la sanción considerablemente, luego si el legislador creyó indispensable el agregado debió extenderlo al mencionado artículo. La congruencia entre los artículos 138 y 139 forzaba el régimen único"⁵⁴.

Finalmente, la ley 24.410 deroga la frase "con el propósito de causar perjuicio", ampliando de esta forma el tipo penal.

II. Bien jurídico protegido

Resulta evidente que el interés de la ley es proteger el derecho que tiene toda persona a la certeza de su estado civil⁵⁵, por lo tanto es indispensable que la acción sea idónea para atacar ese estado civil. La usurpación de estado civil mediante la invocación de su identidad (hacerse pasar por otro) no constituye este delito mientras no importe privarlo de ese estado o tomarlo incierto⁵⁶.

⁵⁴ Proyecto de Peco, 1941, ps. 290/291, de la Exposición de Motivos, en ZAFFARONI-ARNEDO, ob. cit., ps. 294/295.

⁵⁵ CARRARA, *Programa...* cit., § 1952/1954, "A la comprobación del genuino estado civil de un individuo no tiene derecho exclusivamente ese individuo. También tienen derecho los padres, los parientes y todavía pueden tenerlo eventualmente los extraños. Por lo tanto cuando la ley impone la comprobación genuina del estado civil y erige en delito toda alteración que del mismo se cometa tiene en mira proteger el derecho de todos aquellos que tengan interés en él".

⁵⁶ *Ídem* nota 3, p. 282.

Para Núñez hay que distinguir entre bien jurídico protegido, en cuanto al estado civil, su posesión por las personas, de su registro público. En este capítulo se le otorga atención a la primera y se deja la protección del segundo para el capítulo de la falsificación de documentos. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que la falsedad documental se da a los efectos de cambiar o atentar el estado civil de las personas⁵⁶. De ahí que, en síntesis, hay que distinguir la posesión del estado civil que toda persona tiene desde el nacimiento, que se continúa con hechos y actos jurídicos, como la asignación de nombre, reconocimiento, legitimación, adopción, matrimonio, naturalización o adopción de la nacionalidad, que no son otra cosa que los datos que determinan el estado civil de la persona. Esa posesión de estado se registra públicamente de acuerdo a las leyes específicas. De modo que la posesión de estado sí depende de su registración pública en los casos de actos jurídicos registrables, como sucede con el matrimonio, el reconocimiento, la legitimación, entre otros⁵⁷.

Jurisprudencialmente se ha expresado que el bien jurídico protegido por el artículo 138 del Código Penal no es otra cosa que la posesión del estado civil, no debiendo ser confundido éste con el registro mismo de tal estado. En tal sentido se ha sostenido que "...la afectación al registro de un determinado estado civil constituye un atentado al asiento registral de ese estado, y por su naturaleza importa un delito contra la fe pública y no contra el estado civil mismo..."⁵⁸⁻⁵⁹

Para la doctrina española, el estado civil no puede ser considerado como bien jurídico⁶⁰, entre otras razones, porque el Derecho Penal debería tutelar específicamente los extremos relativos a sus distintas manifestaciones: nacionalidad, vecindad, ausencia, fallecimiento,

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 423.

⁵⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 424.

⁵⁸ CNFed.CCarr., sala II, 16-2-93, "C. Ruffo, Eduardo y otro s/Arts. 293, 138 y 139, Cód. Pen.", reg. 9626.

⁵⁹ CNFed.CCarr., sala II, 18-4-89, "Lavallén, Rubén s/Infracción arts. 139 inc. 2°, 292 y 293 del Cód. Pen.", reg. 6440; idem, 19-12-95, "Miara, Samuel y otra s/Suposición de estado civil", reg. 12.661.

⁶⁰ BOIX REIG, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial* cit. p. 53, donde afirma que el estado civil no tiene entidad suficiente como para erigirse en bien jurídico protegido.

emancipación, etcétera, vulnerando, en ese hipotético caso, los postulados básicos del principio de intervención mínima⁶¹.

Según Cortés Bechiarelli se trata de un delito contra las relaciones familiares, pues la filiación establece la base de la relación original entre padres e hijos, y de la que, a su vez, se generan innumerables consecuencias que no sólo deben ser valoradas desde el punto de vista jurídico sino también convivencial⁶².

III. Tipo objetivo

1. *Acción típica*

Desde el punto de vista material, la acción consiste en que el autor, valiéndose de cualquier modo, o ejecutando cualquier acto, produzca que el estado civil de otro se altere, pase a ser incierto o se suprima.

Los tres supuestos determinan, además, como resultado, que el estado civil ya no se conozca con certeza, o que, simplemente, no se conozca. Por ello, la infracción es material⁶³.

Para Aguirre Obarrío⁶⁴, aparentemente, la acción no está definida, por cuanto el texto reza: "por un acto cualquiera"; pero sí su naturaleza y el propósito; sin embargo, lo que parece ser resultado es acción: hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro.

La propia fórmula legal, "por un acto cualquiera", del artículo 138, u "otro acto cualquiera", del artículo 139, inciso 2º, ya señala que no sólo se puede atentar contra el estado civil por el delito documental.

Según Nuñez⁶⁵, el Código Penal distingue aquí, a los efectos de la protección del estado civil, la posesión por las personas, de su registro público. Se protege a la primera y se reserva la protección del segundo para el título de los delitos contra la fe pública, en el capítulo de la falsificación de documentos⁶⁶. Por otra parte la ciencia ha admitido

⁶¹ CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación* .. cit., p. 44.

⁶² CORTÉS BECHIARELLI, *ob. cit.*, p. 44.

⁶³ LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 99.

⁶⁴ AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 530.

⁶⁵ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, vol. II, p. 423.

⁶⁶ En el mismo sentido CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 280.

la independencia entre el atentado contra la posesión del estado civil y el atentado contra su documentación pública.

Para Creus, este tema plantea la difícil cuestión de relacionar ambos órdenes de delito, particularmente si se considera que algunas de las figuras de falsificación prescriben mayor pena que las previstas en este capítulo.

A veces, cuando el agente ha recurrido a falsedades documentales para cometer la alteración del estado civil, al decidir sobre la existencia del delito, se reduce toda la consideración al aspecto documental, sin advertir que éste es sólo un medio para alterar la situación real de la posesión del estado civil, por parte del autor.

También se puede volver incierto el estado civil de una persona todavía no inscrita⁶⁷, o sea, cuyo estado no se ha registrado oficialmente.

Tanto Soler⁶⁸ como Gómez⁶⁹ reconocen que la falsedad en las actas de Registro Civil es sólo una de las maneras de atentar contra el estado civil. Éste puede existir sin la falsedad documental (por ej., supresión de las circunstancias reales que refieren el estado registrado a su titular) y puede no existir a pesar de ella (cuando el falsificador del registro no disimula las circunstancias reales que señalan la posesión del estado registrado).

Si el hecho llegara a recaer sobre documentación que careciera de la fuerza legal probatoria, que la ley le acuerda al documento público, el estado civil en nada se habría visto vulnerado, sin perjuicio de que el hecho se desplazaría a la falsedad⁷⁰.

Para Laje Anaya⁷¹, si para lesionar el estado civil de un tercero, la falsificación ha tenido lugar en el instrumento público probatorio de él, los dos atentados se hallarán regidos por el concurso real, en razón de que la indivisibilidad no es de derecho, sino que, al ser de hecho, esta circunstancia determinará, por gozar los dos hechos de su propia autonomía, que se aplique el artículo 55 del Código Penal⁷².

⁶⁷ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. III, p. 485.

⁶⁸ SOLER, *ob. cit.*, t. III, N° 103.

⁶⁹ GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, N° 736.

⁷⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 392.

⁷¹ LAJE ANAYA, *ob. cit.*, p. 100, nota 203.

⁷² NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 429.

Sin embargo algunos autores, como Soler⁷³, parecen seguir a Carrara⁷⁴, al entender que la falsedad en documento público puede eventualmente absorber al otro título, de acuerdo con la teoría de la pre-
valencia.

Hacer incierto significa tornar dudoso el estado civil de alguien; también puede ser, como ejemplifica Creus, constituir en un estado civil dudoso a quien no lo tenía acreditado todavía (un mayor de diez años cuyo nacimiento aún no ha sido registrado), lo cual puede efectivizarse haciendo recaer la acción sobre los documentos probatorios o sobre la persona misma⁷⁵.

Para Núñez hace incierto el estado civil de otro el que por cualquier acto modifica las circunstancias que sirven para determinar el estado civil que posee y lo vuelve inseguro. Es decir, se introduce la duda sobre la posesión de estado; es el caso de quien modifica la fecha o el lugar de nacimiento⁷⁶. Aguirre Obarrio sostiene que sería el caso de la sustitución de recién nacido ya que hace incierto el estado civil de la criatura⁷⁷.

Alterar es cambiar o sustituir el estado civil que posee la víctima, o sea que se requiere la asignación de un estado civil falso al sujeto pasivo, variando uno o un conjunto de datos (edad, sexo, etc.); la acción tiene como objetivo cambiar el estado de la persona, asignándole otro distinto del que realmente posee.

Núñez afirma que es la sustitución de todos o algunos de los datos determinantes del estado civil poseído por la víctima cambiándose por otro⁷⁸. O, en definitiva, es atribuir un estado civil diferente del que le corresponde a una persona⁷⁹.

Suprimir es quitarle a la persona su verdadero estado civil, sin atribuirle otro, de manera que se encuentre sin saber a qué familia pertenece⁸⁰.

⁷³ SOLER, ob. cit., p. 400.

⁷⁴ CARRARA, ob. cit., § 1953.

⁷⁵ CREUS, ob. cit., t. I.

⁷⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 426.

⁷⁷ MOLINARJO-AGUIRRE OBARRIO, t. I, p. 531.

⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 427.

⁷⁹ MOLINARJO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 533.

⁸⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 427; AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 533.

Según Laje Anaya⁸¹, la diferencia que media entre hacer incierto el estado civil y su supresión es que, en la primera acción, no se sabe con certeza quién es quién; en la segunda, se ignora quién es quién, lo que implica que el otro no tenga a otros, o que carezca de otros, y que en ésta, el otro es otro. Todo hecho que deje intacto el saber o el conocer, o sea, que permita que se siga sabiendo o conociendo verdaderamente quién es quién, no resultará atentatorio contra el estado civil.

IV. Tipo subjetivo

El tipo penal, tal como está redactado, y más allá de la reforma de la ley 24.410, sólo admite el dolo directo, ya que no es posible realizar este tipo de actos si no es con la intención expresa de modificar el estado civil de las personas, aunque tenga otros fines.

Cuando se eliminó con la ley 24.410 "con el propósito de causar perjuicio", se pudo haber entendido que con ello se ampliaba el tipo y se abarcaba aquellos casos en que aún se mejoraba la condición social de la persona, que van a ser supuestos que van a traer problemas reales a la justicia. Como por ejemplo el hombre que se casa con una mujer soltera que ya tiene un hijo con otra persona y que, a los efectos de que herede, lo reconoce como propio. Claro está que en este supuesto la solución puede estar por otro razonamiento dentro de la teoría del delito. Pero el caso demuestra que, en principio, son verdaderas las palabras de Aguirre Obarrio cuando afirma que no es posible que alguien se dedique a alterar estados civiles por el gusto de alterarlos y sin una mira ulterior. Porque si tal cosa sucediere es probable que la persona fuere internada conforme al artículo 34, inciso 1º⁸².

V. Sujetos

1. *Sujeto activo*

El delito de supresión de estado civil puede ser cometido por cualquier persona, pero si llegara a ser un funcionario público o profesional

⁸¹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 102.

⁸² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 534.

de la salud, se aplicaría lo previsto en la última parte del artículo 139 bis, que tiene como consecuencia la pena de inhabilitación especial.

2. Sujeto pasivo

Antes de la ley 24.410, se entendía que "el otro", como sujeto pasivo de este delito, tenía que ser una persona mayor de diez años, porque si era menor de esa edad, se aplicaba el tipo penal del artículo 139, inciso 2° del Código Penal, inciso éste que se hallaba en una relación de especialidad con el artículo 138⁸³.

Con la reforma, el hecho previsto en el inciso 2° del artículo 139 consiste en alterar, hacer incierta o suprimir la identidad de un menor de 10 años. Con lo cual la afirmación de Núñez de que este inciso "no es un delito de exposición, ocultación o sustitución de niño o infante, sino un delito de contenido más amplio, de incertidumbre, alteración o supresión del estado civil, especializado y agravado por la edad del ofendido"⁸⁴, quedaría ahora puesta en duda, y es posible que cuando se trate de la comisión de cualquier acto mediante el cual se haga incierto, se altere o se suprima el estado civil de un menor, que no sea su identidad, pueda el hecho, según se dé a la palabra identidad un significado distinto al de estado civil, quedar en los límites del artículo 138.

Esto si se mira la cuestión rápidamente porque, en el fondo, como bien opina Aguirre Obarrio, la cuestión no ha cambiado, "porque, ¿cómo se hace para cambiar la identidad de otro sin modificar su estado civil, es decir, su *status familiae*?"⁸⁵

De modo que la cuestión sigue, desde esta perspectiva, siendo la misma: el sujeto pasivo sólo podrá ser el niño mayor de 10 años.

La acción debe recaer sobre el estado civil de otro, por lo tanto, no son punibles las realizadas sobre el propio estado civil, sino cuando los hechos constituyen, a la vez, falsificaciones documentales que quedan comprendidas en los artículos 292 y siguientes del Código Penal⁸⁶.

⁸³ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 101.

⁸⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 431.

⁸⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 537.

⁸⁶ CREUS, ob. cit., p. 283.

Según Creus⁸⁷, el delito puede cometerse sobre una persona viva haciendo recaer la acción material sobre los datos del estado civil que tuvo una persona que ha fallecido (por ej., si se hace desaparecer una partida de matrimonio de los padres premuertos de la persona viva cuyo estado civil se hace incierto o se altera).

Soler, por su parte, estima que no es necesario que al momento del hecho el "otro" esté vivo, basta con que lo haya estado⁸⁸.

VI. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el autor ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil. Como se trata de un delito material, admite tentativa, o sea, cuando el acto ejecutivo no alcanza a lograr los resultados en las acciones típicas (por ej., el que comenzara a alterar la fecha de nacimiento en una partida y fuera sorprendido por algún empleado del Registro).

Se trata de un delito de resultado ya que se requiere que el autor logre la incertidumbre, la alteración o la supresión. Es también un delito instantáneo, porque no requiere que el efecto logrado se mantenga. Se consuma el delito cuando se realiza y agota el fin que el autor se había propuesto, antes enunciado. Los actos inmediatamente previos a hacer incierto, alterar o suprimir caen en la tentativa⁸⁹.

VII. Problemas concursales

Según Aguirre Obarrio, cuando las acciones que afectan el estado civil recaen sobre las actas que específicamente sirven de prueba, muchas veces se puede encuadrar el hecho, también, como delito de falsedad documental. Sin embargo, considera que los delitos contra el estado civil son específicos e incluyen entre sus posibilidades "un acto cualquiera", que podría ser una falsedad documental. Es por ello que considera que se trata de un concurso aparente de leyes y no de un

⁸⁷ *Idem* nota anterior.

⁸⁸ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 396; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 425, en contra.

⁸⁹ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. IV, p. 429; DONNA, *La tentativa*, ps. 36 y ss.

concurso ideal⁹⁰. En igual sentido, para Soler, esta figura absorbería la de las falsedades documentales y no habría ningún caso de concurso ideal⁹¹.

Otra parte de la doctrina opina que se trata de un concurso ideal, por cuanto considera que los delitos contra el estado civil son específicos e incluyen entre sus posibilidades "un acto cualquiera", que podría ser una falsedad documental, las acciones de que se vale el autor son un medio para cometer el delito que estamos tratando, ello trae aparejado distintas discusiones sobre el tipo de concurrencia de las figuras.

Para Fontán Balestra, Creus y parte de la jurisprudencia, se produciría entre ellas un concurso ideal cuando el hecho de la alteración o supresión del estado civil está constituido por la misma alteración o supresión del documento registral, siempre refiriéndose a los documentos que están destinados a acreditar el estado civil de las personas, y no a los destinados a acreditar la identidad de las personas, cuyas alteraciones quedan comprendidas exclusivamente en los tipos de falsedades documentales⁹².

Si para consumir la incertidumbre, la alteración o la supresión del estado civil, el autor puede valerse de otros delitos, por ejemplo, de un atentado contra la libertad del ofendido, en estos casos, los delitos concurren materialmente, porque esos medios constituyen un hecho distinto e independiente del hecho constitutivo del delito contra el estado civil. Una cosa es la que el autor hace alterando las actas del Registro Civil y otra cuando, por acciones concurrentes, logra afectar el estado civil de la víctima, pues ninguno de los delitos utilizados como medio es suficiente por sí para lograr el resultado⁹³.

SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL

Este tipo penal, también llamado suposición de parto, aunque la

⁹⁰ AGUIRRE OBARRIO, en actualización de *Los delitos de Molinario*, t. I, p. 540.

⁹¹ SOLER, ob. cit.

⁹² CREUS, ob. cit., p. 281.

⁹³ *Idem* nota 2, p. 429.

doctrina española ha preferido llamarlo suposición de niño⁹⁴ –puesto que parto es tanto la acción de parir, como el producto del nacimiento–, se encuentra previsto por el artículo 139, inciso 1º del Código Penal.

Texto anterior: “Se impondrá prisión de uno a cuatro años:

“1º) A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito”.

Texto de la ley 24.410: “Se impondrá prisión de dos a seis años:

“1º) A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan”.

Resulta evidente el aumento de pena fijado para el delito, además de eliminar al médico y a la partera que cooperaren a ejecutarlo. Esto último resulta en función de la creación del artículo 139 bis, segundo párrafo.

I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por la figura resulta ser el derecho a la identidad de la persona. Según Cortés Bechiarelli⁹⁵, se trata de un delito contra las relaciones familiares y, más precisamente, contra la filiación.

La filiación establece la base de la relación original entre padres e hijos, de la que, a su vez, se generan innumerables consecuencias que no sólo deben ser valoradas desde el punto de vista jurídico sino también convivencial.

La identidad es el proceso psíquico que permite que un individuo sea igual a sí mismo, más allá del paso del tiempo y de los avatares de la vida; tiene que ver con la ubicación en el mundo que nos rodea y al cual pertenecemos⁹⁶.

⁹⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 1993, t. I, ps 402 y ss. Del mismo modo RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte especial*, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 263, se suman sin más a las opiniones de GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, ob. cit., p. 450.

⁹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, ob. cit., p. 48.

⁹⁶ GRAD DE RAMOS, Delia, *Otra mirada a una sentencia de adopción, identidad, trauma y duelo*, en L. L. *Doctrina Judicial*, Año XV, N° 20, p. 149.

Laje Anaya⁹⁷ considera que como atentado a la identidad el delito debió haber sido estructurado, no ya en el ataque a la identidad, como medio para otorgar derechos o quitarlos a su vez a quien correspondían, sino en la identidad como atributo jurídico de las personas.

"La identidad del niño no significa únicamente el derecho de los menores a conocer su realidad biológica, sino también a la facultad de conservar este atributo de su personalidad -en el caso se trata del derecho del menor a conservar el apellido de su familia biológica-, tal como se desprende del artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el compromiso de los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas" (del voto del procurador general que la Corte hace suyo)⁹⁸. Y, "...a juicio de esta Corte, el punto guarda relación directa e inmediata con el derecho natural de los padres de sangre para decidir la crianza y educación de sus hijos, ejerciendo a ese fin derechos de guarda y vigilancia, derecho éste que en un régimen republicano de gobierno, que excluye por esencia toda pauta totalitaria de organización social y estatal, puede considerarse reconocido en forma implícita en los términos del artículo 33 de nuestra ley suprema..." (Fallos: 285:279)⁹⁹.

En síntesis, la suposición del estado civil es una alteración como ya se dijo del estado civil o del estado de familia del niño, a cuyo favor el autor supone otro estado. Como afirma Núñez, es una alteración del estado civil agravada, especializada por el autor, por el modo de consumarla y la finalidad que tiene. Se tiene en cuenta en esta agravante el propósito de la autora, que es peligroso para los derechos de terceros¹⁰⁰. El tema ha sido presentado por Aguirre Obarrio de la siguiente forma: "En la práctica se tratará de una mujer que, tras tener relaciones con un hombre le hace creer que está embarazada para que él, por ejemplo, reconozca al hijo"¹⁰¹.

⁹⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 128, nota 264.

⁹⁸ CSJN, 15-2-2000, "T. A. D.", L. L. de 6-8-2000, p. 10, fallo 100.370.

⁹⁹ Del voto del Dr. Cattani en CNFed.CCorr., sala II, 19-12-95, "Miara, Samuel y otra s/Suposición de estado civil", reg. 12.661.

¹⁰⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 433.

¹⁰¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 538.

II. Tipo objetivo

La acción típica es la de fingir, o sea simular¹⁰² estado de preñez o parto, atribuyendo a un niño el estado civil de hijo, que no tiene.

Según Creus¹⁰³, puede fingirse. 1) la preñez o parto cuando no existió aquélla y presentarse al niño como su producto; 2) el parto cuando realmente existió preñez que se interrumpió antes de llegar aquél, presentando a un niño como nacido en el fingido parto; 3) pueden haber existido realmente la preñez y el parto, presentándose a un niño con vida, cuando el nacido en aquél había sido muerto; 4) presentando a un niño distinto al que verdaderamente nació en el parto.

Según el autor citado la ley no se refiere aquí sólo al fingimiento del parto sino también al fingimiento de las circunstancias de ese parto con respecto a la persona que ha nacido en él.

Lo que no se da en este tipo son los casos en que la preñez y el parto son reales y el niño que se presenta es el nacido de éste, aun cuando se finjan otras circunstancias que hacen al nacimiento, sin perjuicio de que puedan caer bajo la tipicidad de otras figuras.

Del contenido del tipo surge que la suposición del parto consiste en la simulación de haber dado a luz un niño vivo y, por tanto, en presentar a un niño como fruto de un alumbramiento inexistente. También la expresión puede querer decir como fingimiento de un ser nacido. Si éste es el sentido, solamente puede ser sujeto activo la mujer, y éste parece ser el sentido que la ley le ha dado.

Tanto la simulación de la preñez como la del parto no son otra cosa que medios para simular el hecho real de la parición por la autora del niño cuyo estado civil altera¹⁰⁴. Por lo tanto debe haber un niño existente al momento del hecho ya que el delito no se tipifica solamente con el fingimiento de la preñez o parto sino con la presentación del presunto fruto de ellos. Bien afirma Núñez que no alcanza con que

¹⁰² RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 1985, p. 244; RODRÍGUEZ DEvesa y SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 263; LUZÓN CUESTA, ob. cit., p. 106; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 463; BOIX REIG, ob. cit., p. 354.

¹⁰³ CREUS, ob. cit., t. I, p. 286.

¹⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 433.

se finja la preñez, ni tampoco que se ha parido un niño muerto, ni con la inscripción en el Registro Civil de un niño imaginario, sino que lo que requiere el tipo penal es que se simule todo el proceso del embarazo y del parto, o que habiendo sido real el parto se frustre, de modo que se simule el éxito del nacimiento del niño con vida de manera que sea el titular de derechos que no le corresponden porque son de un tercero¹⁰⁵.

No es típica la conducta si no existe un niño vivo que es a quien se le altera su estado civil; en caso de fingir la preñez o parto y anotarse un niño inexistente, dará lugar a la aplicación de otros delitos.

El presente tipo penal no admite la sustitución de niño, en razón de que esta forma excluye la posibilidad de que se finja la preñez o el parto, ya que tanto la una como el otro deben haber sido reales y verdaderos. La sustitución de niño se encuentra regulada por el inciso 2º del artículo 139, por ser un acto mediante el cual se hace incierta, se altera o se suprime la identidad de un menor de 10 años¹⁰⁶.

No debemos olvidar que el fingimiento de preñez o parto ha de presentarse con un fin determinado: el de dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. El fraude que acompaña a los actos de suposición de parto debe ser eficaz para conseguir la adscripción del niño a unos progenitores diferentes a los auténticos.

III. Sujetos

1. *Sujeto activo*

Se trata de un delito especial propio, ya que autor sólo puede ser una mujer¹⁰⁷, cualquiera sea su estado civil, que finge preñez o parto. Según Núñez, la suposición del estado civil a favor de un recién nacido realizada por otra persona que la supuesta madre, para darle derechos que no le corresponden, es una alteración del estado civil en los términos del artículo 139, inciso 2º.

¹⁰⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 434.

¹⁰⁶ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 129.

¹⁰⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, vol. II.

IV. Tipo subjetivo

El tipo penal exige el dolo directo, ya que es el único compatible con el fin último de la madre. Esto es, el haber querido fingir preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden. El elemento subjetivo típico elimina cualquier posibilidad de pensar en un dolo indirecto o eventual¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

La jurisprudencia ha sostenido que "Si la imputada fingió embarazo o parto con la intención de que el supuesto hijo lleve un determinado apellido para que el mismo no se extinga, tal accionar no encuadra en el delito de suposición de estado civil, en tanto no importa un otorgamiento de derechos autónomos de los inherentes al estado mismo"¹¹⁰. Admite sólo dolo directo. "No se configura el delito de suposición de estado civil si el agente sólo ha tenido en cuenta una situación personal en la que el supuesto hijo no va a adquirir derecho alguno autónomo de los exclusivamente inherentes a la constitución del falso estado, tales como edad, sexo y apellido"¹¹¹.

V. Consumación y tentativa

Según Laje Anaya¹¹², el delito no se consuma ni con la simulación de la preñez ni con la simulación del parto, porque éstos como tales son actos que preparan el delito.

Para Creus¹¹³, la consumación tendrá lugar cuando la mujer que fingió preñez o parto proceda a presentar al niño, que falsamente se atribuye como nacido del parto o de la preñez fingida¹¹⁴. Para González Rus¹¹⁵, la consumación no requiere la inscripción en el Registro

¹⁰⁸ CPen. de Vera, 30-8-96, "Ereira, Marcelo H. y otros", L. L. Litoral 1997-842. "El dolo indirecto y el dolo eventual no resultan suficientes para tener por configurado el delito de suposición de estado civil".

¹⁰⁹ En el mismo sentido NÚÑEZ, ob. cit., t. III, vol. II, p. 434. En contra GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., t. III, p. 150.

¹¹⁰ CPen. de Vera, 30-8-96, "Ereira, Marcelo H. y otros", L. L. Litoral 1997-842.

¹¹¹ Ídem nota anterior.

¹¹² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 130.

¹¹³ CREUS, ob. cit., p. 288.

¹¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 434.

¹¹⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 498.

Civil¹¹⁶, que en ocasiones, sin embargo, puede ser suficiente para integrar el delito; no obstante, de producirse la inscripción, podrá darse lugar al concurso con el correspondiente delito de falsedades.

El delito admite tentativa, en razón de que el recibimiento del niño fuera impedido por circunstancias ajenas a la autora. Creus¹¹⁷ opina que el mero fingimiento de la preñez o parto, sin la presentación de un niño vivo, puede llegar a constituir, en ciertos casos, tentativa.

Es posible el desistimiento, no obstante haberse simulado preñez o parto, porque la mujer puede rechazar o negarse voluntariamente a recibir al niño que es objeto de la simulación, una vez comenzada la entrega que un tercero hace de aquél¹¹⁸.

VI. Participación

El delito es compatible con cualquier especie de participación. El artículo en su antigua redacción castigaba al "médico o partera que cooperare en la ejecución del delito" con la misma pena que a la autora, aunque su participación fuese secundaria. Con la reforma de la ley 24.410, y conforme a la redacción del artículo 139 bis, los cómplices necesarios o no necesarios pasan a ser considerados autores¹¹⁹ sólo en cuanto a la pena, por el hecho de facilitar, promover o de cualquier modo intermediar en la perpetración de los delitos comprendidos en el capítulo, previéndose una pena que va de tres a diez años de prisión.

VII. Concurso

Según Cortés Bechiarelli¹²⁰, este delito presenta rasgos parecidos a la falsedad desde dos puntos de vista diferentes: por un lado, la acción típica consiste en la presentación como cierto de un aconteci-

¹¹⁶ CARRARA, ob. cit., § 1971. En contra, cuando dice que si el niño nunca hubiese sido inscripto a nombre de los falsos padres, el delito nunca se habría podido consumir por más que el niño hubiese crecido en la posesión del falso estado.

¹¹⁷ CREUS, ob. cit., p. 288.

¹¹⁸ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 130.

¹¹⁹ Ídem nota anterior, p. 128, nota 268.

¹²⁰ CORTÉS BECHIARELLI, ob. cit., p. 56.

miento no veraz, y, por otro, la ficción de alumbramiento o preñez podrá acompañar una posterior inscripción registral también falsa.

No debemos olvidar que el origen histórico de este delito fue concebido en el Derecho Penal Romano y en *Las Partidas* como un tipo más de falsedad como consecuencia de la vigencia de la *Lex Cornelia de Falsis*.

La suposición de parto tiene como fin el reconocimiento de una filiación distinta a la biológica para dar al supuesto hijo derechos que no le corresponden. Y no es posible la eficacia jurídica de esa simulación sino mediante la constitución documental de la falsedad, de manera que pueda surtir efectos frente a terceros¹²¹.

La suposición tiende a la inscripción, porque sólo así alcanza su verdadera razón de ser, ya que la inscripción en el Registro Civil constituye, en opinión de Groizard y Gómez de la Serna, "el documento oficial más adecuado para hacer pasar como verdadera la falsa filiación"¹²².

Núñez opina que, si bien por regla se piensa en derechos de carácter patrimonial¹²³, la ley no hace esta limitación, pues no requiere que el tipo legal se integre necesariamente con un atentado contra la propiedad ajena. En caso de que esto suceda, existirá una estafa independiente, pues el atentado contra el estado civil se consuma con la presentación del niño y el solo ánimo de darle los derechos de un tercero. Si la mujer va más allá, intentando o logrando hacer valer efectivamente esos derechos, concurriría una tentativa de estafa o su consumación¹²⁴.

SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DE LA IDENTIDAD DE MENORES

El delito está previsto en el artículo 139, inciso 2° del Código Penal.

Texto anterior: "Al que por medio de exposición, de ocultamiento

¹²¹ Idem nota anterior, p. 59.

¹²² Ob. cit., p. 454.

¹²³ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, vol. II, p. 435, nota 93. "El ejemplo usual es el de la viuda sin hijos, que pretende darle a un hijo supuesto los derechos sucesorios que, en tal situación, corresponden a los padres de su marido".

¹²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, vol. II, p. 435.

o de otro acto cualquiera, ~~hiciere incierto~~, alterar o suprimiere el estado civil de un menor de 10 años".

Texto según la ley 24.410: "Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare".

I. Antecedentes legislativos

La exposición de infante no ha sido extraña a nuestros antecedentes legislativos. Ya el proyecto Tejedor se ocupó en su artículo 275 de castigar el hecho de exponer u ocultar a un niño para hacerle perder su estado de familia. No como un robo de persona, de niños o de infantes, sino como un robo de estado civil¹²⁵. A su vez, el Código derogado reprimía la exposición y la ocultación de un niño para hacerle perder su estado de familia, o los derechos que por él le correspondían, con prisión de uno a tres años.

Como hecho particular, la exposición dejó de ser mencionada en el proyecto de 1891, lo cual no significó, por cierto, que tal conducta dejara a su vez de ser punible. Lo que ocurrió es que los redactores de ese antecedente prefirieron alejarse de la casuística del Código de 1886, para comprender en la expresión "por un acto cualquiera" a esa particular conducta lesiva del estado civil.

El proyecto de 1906 consideró oportuno volver sobre la exposición pero, esta vez, como forma agravada de suprimir, hacer incierto o alterar el estado civil de un menor de 10 años¹²⁶. Lo cierto fue que el Código de 1921 aceptó expresamente a la exposición como una agravante del delito contra el estado civil.

Para algunos autores, como Aguirre Obarrio, esta figura es una agravante de la del artículo 138, en caso de que el sujeto pasivo sea un menor de 10 años. Creus, por otra parte, sostiene que ya no se puede considerar a esta figura como agravante, cosa que sí se podía hacer antes de la reforma, por cuanto ahora estamos ante un nuevo

¹²⁵ Proyecto, nota al art. 278.

¹²⁶ En la Exposición de Motivos, p. LV, se lee: "...y la exposición u ocultación, que no son más que actos tendientes a aquel fin, las legislamos como meras circunstancias agravantes".

delito, que se traduce en el ataque a un bien jurídico mucho más amplio que el estado civil: la identidad de un menor de 10 años. En esta argumentación se afirma entonces que no es necesario afectar el estado civil del sujeto pasivo; ello ahora no es indispensable ya que se puede afectar la identidad del menor sin afectar su estado civil (por ej., cambiándole la edad).

Aguirre Obarrio considera que no existe ninguna diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto se pregunta, ¿cómo se hace para cambiar la identidad de una persona sin modificar su estado civil, es decir su *status familiae*? Y agrega que no es posible suprimir la identidad sin alterar el estado civil porque la identidad deriva de aquél.

Es evidente que la intención del legislador fue proteger más ampliamente el derecho de los menores, pero el mero cambio de palabras no alcanza para concretar el deseo del legislador, ya que de acuerdo al concepto de estado civil que hemos dado se identifica con la identidad de la persona.

De todas formas, no está mal decir que el bien jurídico protegido en este delito es la identidad¹²⁷ del menor de 10 años.

Cada persona, a raíz de su nacimiento, posee un estado civil rudimentario, pues tal hecho ya proporciona datos para individualizarla en el conglomerado social. Luego, la realización de ciertos hechos y actos jurídicos, como la asignación de su nombre, su reconocimiento, legitimación o adopción en su caso, el matrimonio, la naturalización o la adopción de la nacionalidad, llevarán a la plenitud el conjunto de los datos que determinan el estado civil.

"El derecho a la identidad tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁸ conforme al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional se materializa en el derecho a establecer la filiación para que toda persona obtenga aquella que le corresponde en el orden biológico y la misma aparezca instrumentada en los registros correspondientes"¹²⁹.

¹²⁷ Ver, en este mismo capítulo, lo que exponemos con respecto al bien jurídico identidad.

¹²⁸ El derecho y la garantía se encontraban ya en la Constitución Nacional en el art. 33.

¹²⁹ Del voto de la Dra. Brilla de Serrat: CNCiv., sala J, 2-1-2000, "M., N. C. c M. N. A.", L. L. del 26-10-2000, p. 5, fallo 101.077; D. J. 2000-2-1195.

En síntesis, se puede afirmar, en base a la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, que los artículos 33 y 75 de la Constitución Nacional reiteran, que hay un derecho de toda persona de conocer su identidad de origen. "En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura"¹³⁰.

II. Tipo objetivo

La acción típica se refiere a alterar, hacer incierta o suprimir la identidad por "un acto cualquiera", o sea, cualquier acto idóneo para producir el resultado típico, que puede recaer sobre la persona del menor o sobre los documentos que acreditan su identidad.

Con respecto a las acciones de retención u ocultación del menor que aparecen agregadas al final del inciso en el tipo actual, y no, como en el anterior, enunciadas como acciones para afectar su estado civil, debemos interpretar como que las mismas están dirigidas a introducir incertidumbre, alterar o suprimir la identidad de aquél, o en última instancia a continuar ese estado.

Ese "acto cualquiera" sólo será compatible con el contenido del artículo 139, inciso 2º, cuando a su vez no sea tenido en cuenta por la ley para determinar un desplazamiento del hecho a otro título delictivo¹³¹.

Por último la ley habla de retener u ocultar. Retiene el que tiene en su poder al menor e impide que éste recupere el estado anterior, que cesó por la comisión de cualquier acto tendiente a hacer incierta, alterar o suprimir su identidad.

Ocultar el que, teniendo al niño, impide que otro u otros conozcan, sepan o se enteren de la presencia de ese menor en el lugar en que

¹³⁰ Del voto en disidencia del Dr. E. Petracchi, consid. 9, Fallos: 313:1143.

¹³¹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 116; CREUS, ob. cit., p. 290.

se encuentra. Y también oculta el que, sin esconder al menor, procede a ocultar fraudulentamente su persona, por ejemplo disfrazándolo¹³².

Para Núñez se oculta un niño cuando la incertidumbre, la supresión o alteración de la identidad se realiza disimulando su existencia con ese fin. Pero no oculta el que omite registrarlo civilmente¹³³.

La retención u ocultación que no esté dirigida en ese sentido quedará, en principio, comprendida por el artículo 146 como delito contra la libertad, que por la reforma de esta misma ley -24.410- impone una pena de cinco a quince años.

Es dable destacar que el aumento de la pena mencionada para el delito previsto por el artículo 146 no guardaría congruencia con la pena prevista por el artículo que estamos tratando, por cuanto en éste, además de haber ocultación y retención del menor, existe incertidumbre, alteración o supresión de su identidad, y la pena se rebaja sustancialmente, de dos a seis años de prisión.

III. Sujetos

1. *Sujeto activo*

Con respecto a la primera parte del inciso, cualquier persona, incluso los padres del menor expuesto, puede ser autor. Y con respecto a la segunda parte del inciso, quien tiene al menor para retenerlo u ocultarlo, con el fin de suprimir, alterar o tornar incierta su identidad. En síntesis, no hay ningún inconveniente en quién pueda ser autor del delito.

2. *Sujeto pasivo*

Es el menor de 10 años, al que mediante la comisión de cualquier acto se le altere, se le haga incierta o se le suprima la identidad¹³⁴. La infracción puede ser cometida hasta el límite de edad que fija la disposición.

¹³² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 120.

¹³³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 432.

¹³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 430. Observaba acertadamente en la nota 75 que una reforma legislativa debía advertir que la indefensión de un menor de 10 años, que antes de la reforma era el fundamento de la agravante, debía incluir los supuestos de incapaces de más edad.

Según Laje Anaya¹³⁵, la pena de la disposición tiene su razón de ser en virtud de las posibilidades de mayor defensa que pueden tener los menores que superan ese límite de edad. Además, entiende que en el caso de menores que superaran esa edad el hecho se desplazaría al artículo 138, el cual regularía esa exposición porque se encontraría comprendida en la cláusula "cualquier acto". En este caso, el autor habrá hecho incierta, suprimido, la identidad mediante la duda del estado civil de ese menor, o habrá determinado, por exposición, que la víctima no tenga ninguna identidad, y se le aplicará la pena del artículo 138.

IV. Tipo subjetivo

Es un tipo doloso que solamente acepta el dolo directo, ya que el comportamiento del agente debe estar dirigido a hacer incierta, alterar o suprimir la identidad del menor de 10 años¹³⁶.

Con respecto al que retiene u oculta, no sólo debe saber que tiene en su poder a un niño, sino comprender que lo hace para hacer posible el atentado contra la identidad del menor. González Rus, sostiene que la figura sólo admite dolo directo por cuanto requiere un elemento subjetivo, la retención u ocultación debe hacerse para "alterar, suprimir o tomar incierta la identidad". Creus opina en el mismo sentido¹³⁷. En contra, Laje Anaya¹³⁸.

V. Consumación y tentativa

Ambas modalidades del tráfico admiten la posibilidad de que el delito pueda quedar en grado de tentativa. Según Laje Anaya¹³⁹, puede ocurrir que en el momento de la entrega del menor el hecho de recibirlo para retenerlo u ocultarlo se haya visto interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del receptor.

¹³⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 125.

¹³⁶ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 121; en el mismo sentido CREUS, ob. cit., p. 290.

¹³⁷ CREUS, ob. cit., p. 290, estima que como las conductas tienen que estar dirigidas a afectar la identidad, lo cual circunscribe la dirección del dolo, ello dificulta la admisión simple y llana del dolo eventual.

¹³⁸ LAJE ANAYA, ob. cit.

¹³⁹ Ídem nota anterior, p. 120.

VI. Concurso

Laje Anaya¹⁴⁰ considera que si el autor recurriera al abandono de persona como medio para lesionar la identidad, la concurrencia delictiva ya no sería ideal sino que, por el contrario, sería real. En el mismo sentido se manifiesta Soler¹⁴¹, mientras que tanto Núñez¹⁴² como Fontán Balestra¹⁴³ piensan que es de aplicación el concurso ideal.

PROMOCIÓN, FACILITACIÓN E INTERMEDIACIÓN

La ley 24.410 introdujo un nuevo artículo, el 139 bis: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

"Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo".

I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por este tipo es tanto la posesión del estado civil como la identidad, si se encuentra alguna diferencia, o directamente el estado civil de las personas, pues la conducta que se penaliza comprende facilitar, promover o intermediar en todos los delitos previstos por el capítulo¹⁴⁴.

Conforme a Laje Anaya, la ley 24.410 ha introducido en este artículo la posibilidad de incriminar, a título de autor, conductas de terceras personas. Dicho así, la cuestión parece tautológica, porque quien facilitaba, promovía o de cualquier modo intervenía en la co-

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 126.

¹⁴¹ SOLER, *ob. cit.*, t. III, p. 398.

¹⁴² NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. IV, p. 432.

¹⁴³ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal cit.*, t. V, p. 245.

¹⁴⁴ Remitirse a los párrafos correspondientes.

misión de los delitos comprendidos en el Capítulo II del Título IV no resultaba impune, puesto que su situación se hallaba regulada por los principios comunes y generales de la participación¹⁴⁵. Como cosa lógica, se tiene que afirmar, entonces, como lo hacen Gavier¹⁴⁶ y Creus¹⁴⁷, que el facilitador a que hace referencia el artículo 139 bis es, en realidad, un cómplice.

Por eso, desde esta perspectiva, resulta evidente que este artículo está penalizando la participación en los delitos previstos en los artículos 138 y 139 del Código Penal, pero los autonomiza atribuyéndoles carácter de delitos propios con pena superior a la del autor de esos otros delitos¹⁴⁸.

Es importante destacar que debemos diferenciar el accionar del que facilita o promueve el tráfico de menores con respecto al que pueda participar en los delitos previstos por los artículos 138 y 139 del Código Penal.

Está claro que el artículo 139 bis no deroga los principios de la participación con respecto a ciertas personas que así actúan, ya que se puede ser cómplice del autor de los delitos antes explicados, sino que ha tipificado nuevas conductas que, a su vez, permiten la complicidad. El sujeto que conduce a una mujer al lugar donde cometerá el delito del artículo 139, inciso 1º, es un cómplice. Pero si la lleva como intermediario, o porque se encuentra afectado al servicio de éste, ya no será cómplice de aquélla sino intermediario dentro del contenido del artículo 139 bis¹⁴⁹.

La cuestión puede ser distinta, atento al tenor de las penas, si se lee que en este artículo se castiga a la persona que tiene el dominio del hecho de la cuestión, es autor y logra con ello algunos de los resultados previstos en el capítulo, de modo que no es un mero cómplice sino un autor que domina la situación. Entendemos que el legislador, si bien legisló para el futuro, estaba contemplando las situaciones que

¹⁴⁵ LAJE ANAYA, *Delitos contra la familia* cit., p. 132.

¹⁴⁶ GAVIER, E., en LAJE ANAYA y GAVIER, *Notas al Código Penal*, t. II, p. 208.

¹⁴⁷ CREUS, ob. cit., p. 291.

¹⁴⁸ *Ídem* nota anterior.

¹⁴⁹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 134, nota 288.

se habían dado en el tiempo del proceso militar de 1976, en el cual, intermediario, esto es, el que dirigía el campo de detención o directamente la zona en donde estaban las personas secuestradas, era el que dirigía la operación de entrega de los menores, de manera que, está más que claro, era el que dominaba el hecho en toda su amplitud. Más allá de las críticas que hemos hecho últimamente a la teoría de Roxin, se daría el caso de que quien recibía al niño era fungible, en el sentido de que si no era él podía ser un tercero¹⁵⁰.

II. Tipo objetivo

La acción típica consiste en facilitar, promover o de cualquier forma intermediar en los delitos comprendidos en este capítulo.

Facilitar, gramaticalmente hablando, es hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin¹⁵¹. El facilitador no es sólo el que allana los obstáculos para la comisión de los delitos referidos sino también el que proporciona medios, de cualquier naturaleza, para que el o los autores asuman las acciones propias de aquellos delitos, o quien mediante omisiones de la actividad a que está obligado permite las respectivas acciones¹⁵².

A diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 125, que expresamente castiga el promover o facilitar la prostitución o la corrupción, porque ni una ni otra son delitos en sí mismas, en el presente se exige que lo facilitado sea delito: "los delitos comprendidos en este Capítulo". Si bien esto ya estaba castigado por la reglas de la participación, es evidente que ahora la mayor pena se debe a que la persona pasa a tener el dominio del hecho, con lo cual el facilitar, promover o intermediar es una conducta vital en el delito, con lo cual la situación aparece como correcta¹⁵³.

Intermediar es poner en contacto a los sujetos activos de esos

¹⁵⁰ DONNA, conferencia dictada en el Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Educación a Distancia, España, 2000, en prensa en estos momentos.

¹⁵¹ DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 130.

¹⁵² CREUS, ob. cit., p. 291.

¹⁵³ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 539.

delitos. Para Aguirre Obarrio¹⁵⁴, si bien esta terminología es novedosa en el ámbito penal, es absolutamente innecesaria porque está comprendida en la acción de "facilitar". Sin embargo, la intermediación, desde nuestra perspectiva, puede tener un ámbito esencial en el delito, pensando siempre en la autoría.

Promover, de acuerdo a la interpretación gramatical, es iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro. Promueve quien despierta en alguien el propósito de cometer los delitos enunciados por los artículos 138 ó 139, inciso 1º, o inicia las diligencias o adelanta los medios para que estos delitos puedan ser perpetrados. Laje Anaya¹⁵⁵ manifiesta que se encuentra admitido por la doctrina que el promotor no deje de serlo cuando incita, procura o cuando organiza y suministra los medios destinados a lograr los efectos propios del delito. Cuando la ley habla de "promoción" no se refiere a la difusión de medios posibles para perpetrar los delitos. No se trata de una mera intermediación entre sujetos que pueden ser sus autores sino de poner a su disposición aquellos medios, ya preparados para la perpetración¹⁵⁶. Con lo cual, según manifiesta Creus, podría llegar a discutirse si existe la consumación de este delito, aunque no se dieran las conductas previstas por los artículos 138 y 139 del Código Penal.

Aguirre Obarrio, en contra¹⁵⁷.

El texto del artículo 139 bis aclara que la punibilidad del facilitamiento, promoción o intermediación se dará "haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad". Todas estas circunstancias, que normalmente son agravantes, aparecen, en una nueva forma de legislar, al solo efecto de decir que no son agravantes, lo que pareciera, más que una ley, un consejo o una reflexión sobre el tema. Se olvidó el legislador de razonar cómo debe hacerlo, esto es: si describe conductas, es a los efectos de imponer una consecuencia y no para decir que no tiene consecuencias, cuestión ésta resuelta por el ámbito de libertad de los artículos 18 y 19 de la

¹⁵⁴ Ídem nota anterior.

¹⁵⁵ LAJE ANAYA, *Delitos contra la familia* cit., p. 134, nota 289.

¹⁵⁶ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 292.

¹⁵⁷ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 539.

Constitución Nacional. De todas formas, tales circunstancias deberán ser tenidas en cuenta como una forma de mayor injusto, a los efectos de la imposición de la pena, de acuerdo a los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Según Creus¹³⁸, la consecuencia dogmática que se origina atañe al concurso aparente de delitos, o sea que los medios comisivos no originarán un concurso ideal sino que el tipo del artículo 139 bis, párrafo primero, absorberá por especialidad a los tipos de delitos que prevean esos medios comisivos.

III. Sujetos

1. *Sujeto activo*

El delito del primer párrafo del artículo 139 bis puede ser cometido por cualquier persona, debido a la forma de su redacción.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 139 bis, se agrava la pena en función de la calidad de funcionario público o profesional de la salud del sujeto activo. De modo que la calidad del sujeto sólo sirve a los efectos de la agravante.

2. *Sujeto pasivo*

Puede ser cualquier persona que reúna las características necesarias para ser sujeto pasivo de alguno de los delitos del capítulo.

IV. Tipo subjetivo

Es un delito doloso. La figura requiere dolo directo. El autor debe haber obrado sabiendo que facilitaba, promovía o intermediaba en la perpetración de los delitos comprendidos en el capítulo.

V. Consumación y tentativa

Se consuma el delito cuando el autor facilita, promueve o intermedia en la perpetración de los delitos del capítulo, y no surge del

¹³⁸ CREUS, ob. cit., p. 292.

contenido del tipo penal que no pueda ser tentado el delito, tal como parece sugerir parte de la doctrina¹⁵⁹.

VI. Punibilidad especial de funcionarios y profesionales de la salud

La última parte del artículo que analizamos comprende al funcionario público o profesional de la salud que llegara a cometer alguna de las conductas previstas en el capítulo, aplicándoles inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

La doctrina no es conteste con respecto al alcance de esta norma. Si bien existen autores, como Caballero¹⁶⁰, que sostienen que esta agravante sólo sería aplicable a la figura del artículo 139, inciso 2º, la mayoría de la doctrina le acuerda un alcance más extenso. Laje Anaya¹⁶¹ considera que lo que la disposición quiere alcanzar son los hechos del artículo 138, los del artículo 139, inciso 2º, y los del 139 bis; por cuanto el funcionario público o profesional de la salud nunca podrá ser autor de la conducta prevista en el artículo 139, inciso 1º, sin perjuicio de que hubiese obrado como facilitador, promotor o intermediario en su comisión. Gavier¹⁶², por su parte, sostiene que comprende a todas las conductas del capítulo y en igual sentido opina Aguirre Obarrio.

La hermenéutica correcta está en la propia ley. El inciso afirma que los funcionarios públicos, o profesionales de la salud, tendrán las penas del artículo anterior, más la pena de inhabilitación, cuando cometan las conductas previstas del capítulo. Esto es, sólo cuando actúen como facilitadores, promotores o intermediarios de las conductas del capítulo. De lo contrario, a primera vista, hay una contradicción con el artículo 139, inciso 1º, en la cual sólo es autora la mujer. No creemos que la ley haya hecho travestismo en este caso. Ésta es la forma, a

¹⁵⁹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 136.

¹⁶⁰ CABALLERO, Pedro, *La supresión y alteración del estado civil y la identidad, después de la reforma de la ley 24.410, en Semanario Jurídico de Córdoba*, N° 1053, ps. 25 y ss.

¹⁶¹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 137.

¹⁶² GAVIER, Enrique, *Reformas introducidas al Código Penal por la ley 24.410*, Foro de Córdoba, Córdoba, 1996, año VI, N° 31, p. 43.

nuestro juicio, respetuosa del principio de legalidad, que no debe violarse argumentando la torpeza del legislador para hacer las leyes. A mayor torpeza, mayor responsabilidad del intérprete y del juez en hacer respetar las garantías individuales.

Para González Rus, literalmente, el tipo se refiere a "quienes cometan las conductas descriptas en el capítulo", por lo que, en rigor de verdad, la previsión sólo sería aplicable a los autores. Sin embargo, según el mencionado jurista parecería lógico entender que la pena también puede imponerse, por lo menos, a los partícipes equiparados a los autores¹⁶³.

El aumento de la pena prevista por el artículo 139 bis se demuestra realmente grave si la consideramos en orden a la participación de las personas mencionadas, si sólo se entiende, como lo afirma la doctrina, que son meros cómplices. Por ejemplo una colaboración secundaria prestada por el médico o la partera en la figura del artículo 139, inciso 1º, puede quedar abarcada por la pena prevista por el artículo 139 bis, segundo párrafo, del Código Penal.

Afirma Aguirre Obarrio que en el caso de intervención de un funcionario público o profesional de la salud es explicable la aplicación de la pena de inhabilitación, pero no tanto que se igualen las escalas penales correspondientes a las distintas figuras.

Asimismo, manifiesta, y con razón, que si en el capítulo hay figuras penadas de uno a cuatro años, de dos a seis años y de tres a diez años de prisión, como ocurre en el artículo que estamos analizando, es evidentemente injusto que en todos los casos, si el autor tiene determinadas características, la pena aplicable sea la misma.

Además efectúa otra crítica con respecto a que la referencia a "todo funcionario público" es equivocada. No puede interpretarse que el funcionario público pueda ser cualquiera; la función de éste debe estar relacionada con el sistema de registro de datos que hacen al estado civil, a la documentación personal y al lugar donde ha ocurrido el hecho, como puede ser un hospital¹⁶⁴. En el mismo sentido, González Rus¹⁶⁵ afirma que la pena de inhabilitación no será aplicable si la participación en el delito hubiera sido como simple partícular.

¹⁶³ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 503.

¹⁶⁴ Ídem nota 12.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 503.

Laje Anaya sostiene que por funcionario público debe entenderse la persona que, con arreglo al artículo 77 del Código Penal, participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas. Nosotros hemos agregado que para que exista un funcionario público, para este tipo de delitos, se requiere que exista una relación funcional con el bien jurídico, de manera que si se dan los requisitos del artículo 77 del Código Penal, más otros que hemos enumerado, y una relación directa con el bien jurídico, recién entonces podrá imponerse la pena agravada. Por lo tanto, según el autor, nos encontramos en presencia de un delito funcional; lo que significa que el sujeto activo deberá, además de su calidad de tal, encontrarse en el desempeño de la función pública y cometerlo en el ejercicio de ésta. En contra, con un criterio demasiado tradicional de funcionario público, Estrella y Godoy Lemos¹⁶⁶.

En opinión de Laje Anaya¹⁶⁷, con referencia al profesional de la salud, quedan comprendidos no sólo los médicos y los obstetras sino los auxiliares de la medicina, y hasta las enfermeras, porque precisamente éstas, por su profesión, se encuentran en la posibilidad de abusar de su oficio para cometer alguno de los delitos del capítulo. Al igual que el funcionario, el hecho de que se trate debe ser cometido en el ejercicio o en el desempeño de su tarea¹⁶⁸, porque la inhabilitación no será aplicable si su participación en el delito hubiera sido como simple particular¹⁶⁹.

¹⁶⁶ En especial, hemos fijado nuestro concepto de funcionario público en el t. III de esta obra; ESTRELLA y GODOY LEMOS, *Código Penal comentado* cit., ts. I y II.

¹⁶⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 138. Son profesionales de la salud, además de los mencionados en el texto, los practicantes, kinesiólogos, terapeutas, dietistas, auxiliares de radiología, psiquiatría, anestesiólogos y fonaudiólogos. Ver ley 17.312. Estrella y Godoy Lemos consideran incluido al farmacéutico, pero en la citada ley no figura como profesional de la salud.

¹⁶⁸ J. Laje Anaya. *La sola calidad debe ser descartada. Si así no fuera, el odontólogo que como padre interviniera de alguna manera para que fuere posible el cambio de niño con el objeto de darle una falsa filiación debería ser punible por este artículo, cuando en realidad, como profesional de la salud, no ha intervenido abusando de ella.*

¹⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 503.

TÍTULO V
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

SUMARIO: I. El problema del bien jurídico del presente título. II. Antecedentes. III. Antecedentes nacionales. IV. Distribución de las figuras tipificadas. V. Reducción a servidumbre o condición análoga. 1. Disposición legal. 2. Antecedentes. 3. Bien jurídico. 4. Tipo objetivo. a) Conceptos generales. b) La reducción a servidumbre. c) Situación análoga. d) Medios de comisión. e) Sujetos. 5. Consumación y tentativa. 6. Tipo subjetivo. VI. Privación ilegal de la libertad personal. El tipo básico. 1. Antecedentes. 2. El bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. a) Generalidades. 4. Sujetos. a) Sujeto activo. b) Sujeto pasivo. 5. Ilegalidad de la privación de libertad. 6. El consentimiento. 7. Tipo subjetivo. 8. Autoría y participación. 9. Consumación y tentativa. VII. Figuras agravadas de la privación ilegal de la libertad (art. 142, Cód. Pen.). 1. Agravantes por la intención del autor. a) Violencia o amenazas. b) Fines religiosos. c) Fines de venganza. 2. Agravamiento por el vínculo. 3. Agravante por el resultado. 4. Agravante por simulación de autoridad. 5. Agravamiento por el tiempo. VIII. El tipo penal del artículo 142 bis. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. 6. Agravantes. a) Agravante en caso de que la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años. b) Agravantes genéricas. c) Muerte de la víctima. IX. El delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionarios públicos. 1. Antecedentes históricos. La pena del artículo 143. 2. Retención ilegal de una persona detenida. a) Antecedentes. b) Tipo objetivo. c) Tipo subjetivo. d) Sujetos. e) Consumación. 3. Prolongación indebida de la detención. a) Antecedentes. b) Tipo objetivo. c) Tipo subjetivo. d) Sujetos. e) Consumación. 4. Incomunicación indebida. a) El bien jurídico. b) Tipo objetivo. c) Tipo subjetivo. d) Sujetos. e) Consumación. 5. Recepción irregular y colocación indebida de reos. a) Bien jurídico. b) Tipo objetivo. c) Tipo subjetivo. d) Sujetos. e) Consumación. 6. Recepción ilegal de presos. 7. Omisión en hacer cesar o denunciar una detención, o denunciar una detención ilegal. a) Tipo objetivo. b) Sujetos. c) Tipo subjetivo. d) Consumación. 8. Circunstancias agravantes. X. Detenciones ilegales, vejaciones y apremios ilegales (art. 144 bis). 1. Privación ilegal de la libertad con abuso funcional o sin las formalidades legales (144 bis, inc. 1º, Cód. Pen.). a) Antecedentes. b) Bien jurídico. c) El tipo objetivo. d) La privación de libertad abusiva. e) La privación de libertad por ilegalidad formal. f) Tipo subjetivo. g) Sujetos. h) Consumación. 2. Vejaciones o apremios ilegales en acto de servicio. a) Antecedentes. b) Bien jurídico. c) Tipo objetivo. d) Tipo subjetivo. e) Sujetos. f) Consumación. 3. Imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos. a) Tipo objetivo. b) Tipo

subjetivo. c) Sujetos. 4. Agravantes. XI. El delito de torturas. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Legislación comparada. 4. El delito de torturas (ley 23.097) propiamente dicho. a) Imposición de torturas. El tipo básico. b) Tipo objetivo. b.1) Concepto. b.2) Las acciones reprimidas. c) Tipo subjetivo. d) Sujetos. d.1) Sujeto pasivo. d.2) Sujeto activo. e) Consumación y tentativa. f) Pena. XII. Agravantes. 1. Muerte y lesiones graves. XIII. Omisiones funcionales penadas. 1. Omisión de evitar la comisión del delito de tortura. 2. Omisión de denunciar el delito de tortura. 3. Punibilidad para los médicos. 4. Omisión de denunciar el delito de tortura calificada por el autor. 5. Agravantes genéricas. XIV. Omisión funcional. Figura culposa. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Sujeto activo. 4. Consumación y tentativa. XV. La prueba obtenida mediante tortura. XVI. Conducción fuera de las fronteras de la República. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación y tentativa. XVII. Delitos vinculados con niños y adolescentes. 1. Introducción. 2. La Convención sobre los Derechos del Niño y los delitos en cuestión. XVIII. La sustracción de menores. 1. Bien jurídico. 2. Antecedentes. 3. El tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. a) Sujeto activo. b) Sujeto pasivo. 6. Consumación y tentativa. 7. La pena. XIX. La no presentación de menores. 1. Bien jurídico. 2. Antecedentes. 3. El tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. a) Sujeto activo. b) Sujeto pasivo. 6. Consumación y tentativa. XX. Inducción a la fuga. 1. Bien jurídico. 2. Antecedentes. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. 6. Consumación y tentativa. XXI. Ocultación de menores. 1. Bien jurídico. 2. Antecedentes. 3. Tipo objetivo. 4. Tipo subjetivo. 5. Agravante. XXII. Impedimento u obstrucción de contacto de los padres con sus hijos no convivientes. Ley 24.270. 1. Introducción. XXIII. Impedimento u obstrucción de contacto. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Sujetos. 4. Consumación. XIV. Agravantes. 1. Menor de diez años e incapacitado. 2. Mudanza del niño sin autorización. XXV. Otras disposiciones de la ley 24.270. XXVI. Los delitos de amenazas y coacciones. 1. Antecedentes y generalidades. XXVII. El delito de amenazas. 1. El bien jurídico tutelado. 2. Tipo objetivo. a) El concepto de amenaza. b) El problema de la injusticia de la amenaza. c) Sujetos. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. XXVIII. Tipos agravados. 1. Utilización de armas. 2. Amenazas anónimas. XXIX. Coacciones. 1. El bien jurídico tutelado. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. XXX. Coacciones agravadas. XXXI. Tipos de agravantes. 1. Coacción agravada por el uso de armas o por ser anónima. 2. Coacción agravada por el fin que persigue el autor. 3. Concursos. 4. Utilización de amenazas con el propósito de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de residencia habitual o de trabajo. Jurisprudencia.

1. El problema del bien jurídico del presente título

El Código Penal en su Título V, del Libro II, trata los llamados delitos contra la libertad, que agrupa, en una primera mirada, delitos que no tienen directamente a la libertad como bien jurídico.

Esto ha llevado a que la doctrina argentina, de manera mayoritaria, haya sostenido que encontrar un bien jurídico común a todos ellos sea sumamente dificultoso, y es más, en algunos casos no es la libertad lo que se está protegiendo.

La manera de darle un contenido autónomo y sistemático a estos delitos, bajo el nombre de delitos contra la libertad, tiene razones históricas, que surgen en el momento en que la libertad del hombre pasa a ocupar un lugar dentro de los valores humanos, lo que explica, en parte, la agrupación de la manera en que lo ha hecho la ley.

Aunque, como veremos, la falta de sistematización es más aparente que real, si se analiza el tema bajo la óptica de los derechos y garantías constitucionales. Con ello se evita, también, la crítica hecha al título en cuanto a la dificultad de definir qué es la libertad, como bien jurídico protegido¹.

Por eso, se debe afirmar que los delitos que se incluyen en este título, que responden al bien jurídico libertad, tienen que ver con la idea de libertad protegida constitucionalmente. Esto lleva a que deba ser entendida en un sentido muy amplio, como las defensas del individuo frente al Estado y, a veces, contra el propio particular. Se trata, entonces, de diversas formas de atentar contra la libertad, en las cuales las personas se ven sometidas a las acciones de otro, de manera negativa, o no pueden realizar su voluntad ya que un tercero se interpone, sin perjuicio de que también estén en juego otros bienes jurídicos, que asimismo son lesionados o puestos en peligro².

De esta manera, la libertad del hombre aparece tutelada y defendida tanto frente a otros hombres como frente al Estado. La libertad así entendida, debe ser considerada como un atributo esencial de la persona

¹ Soler (ob. cit.) pone el ejemplo de delitos como la violación, "hoy perfectamente identificados como referidos a un bien jurídico concreto y distinto, que durante largos periodos históricos han sido considerados con relación al bien de la libertad". Esto se explica en su opinión en virtud de que la libertad, en relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica.

² La idea tiene que ver con lo expuesto por DÍEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 222; del mismo autor, *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 23. También en nuestra doctrina se puede ver SOLER, ob. cit., p. 2

humana, como forma de expresión de la autonomía de la voluntad, en el sentido kantiano de la palabra, lo que recién ocurre con el advenimiento de la ilustración, en el siglo XVIII, y más precisamente con la revolución francesa y, si se quiere, con la revolución inglesa³.

Esta protección recién es posible cuando se afirma la autonomía de la voluntad, como expresión del reconocimiento del individuo como tal, distinto y diferente del Estado y de la Iglesia, frente a los cuales puede oponer su propio pensamiento y su propia decisión. En ese momento, la libertad y cualquiera de sus manifestaciones deben ser protegidas como uno de los valores más importantes del hombre, tan importante como la vida. La idea del hombre de la ilustración sería que la vida tiene sentido si hay libertad.

Esta idea es la que ha pasado a la Constitución de 1853, por obra de su autor principal, Alberdi, hijo de su época y de su generación de 1837, que llevó a la inclusión de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, impensables en la Edad Media, más allá de que se haya sostenido lo contrario⁴.

En este punto, y en contra de ciertas opiniones, es notoria la influencia de autores como Kant, Rousseau, Locke, Hobbes, entre otros. Como afirma Hegel, hay que tener en cuenta que ni aun con el cristianismo cesó la esclavitud. De modo que la protección de la libertad se inscribe dentro de la idea de la historia universal, como el progreso en la conciencia de la libertad⁵.

Sin embargo, después de la reforma constitucional de 1994, y antes de abrir opinión sobre ella, hay que avanzar un poco más y sostener enfáticamente que el bien jurídico que unifica casi la totalidad de los tipos penales, y que deberá ser criterio rector en una futura reforma, así como debe servir a los efectos de la interpretación de los tipos penales actuales, son las garantías constitucionales.

Como bien ha dicho Tomás Vives Antón, las garantías constitu-

³ DONNA, *Teoría del delito y la pena cit.*, t. I, Cap. VI.

⁴ SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975. En este caso la idea es buscar el origen en la filosofía tomista.

⁵ HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, 1980, p. 68.

cionales son una especie de contrainstinto, por las cuales, frente a ciertos hechos que aparecen como atentados al individuo o a la sociedad, que llevan instintivamente a buscar una respuesta rápida del Estado o de sus propios habitantes, se pone un límite, se les dice a las demás personas: "No, cuidado, no se debe detener sin orden judicial; toda persona es inocente; no se puede entrar al domicilio de otra persona sin orden de allanamiento, hay formas de buscar la verdad dentro del proceso, y siempre ésta será relativa...", etcétera, porque con ello se está protegiendo la dignidad del hombre y de alguna manera la suya propia⁶.

Sobre el punto, ha sido Ferrajoli quien ha analizado el tema con mayor profundidad en los últimos tiempos. Dentro de las cuatro tesis sobre los derechos fundamentales, nos interesa desarrollar la cuarta, esto es, aquella que tiene que ver con la relación entre los derechos y las garantías⁷. En este aspecto, sostiene el autor citado "que los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convento en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias"⁸.

Y en lo que nos interesa, sobre nuestro punto, es importante la siguiente afirmación: "Ningún contrato, se ha dicho puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia"⁹.

⁶ VIVES ANTÓN, Tomás, conferencia dictada en el III Congreso Iberoamericano de Estudiantes de Derecho Penal: *La responsabilidad en el ejercicio de la función pública y ámbitos asimilados*, realizada en Zaragoza, entre los días 25 al 27 de abril de 2001.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999, p. 42 y especialmente p. 43.

⁸ FERRAJOLI, ob. cit., p. 43.

⁹ FERRAJOLI, ob. cit., p. 51.

En este sentido, se puede afirmar que frente al abuso del poder, que es una tendencia, por decirlo de alguna manera, normal en el Estado, tal como se ha hecho notar desde Hobbes hasta nuestros días, debe el Derecho buscar la limitación de esos abusos, y una manera es dándole mayor protección y castigando con sanción penal la violación de esos abusos.

Si bien se puede afirmar que el Código debería ser adecuado a esta idea, y que la protección es incompleta, habida cuenta de que las penas no tienen en algunos casos relevancia, en relación a los valores protegidos, ello no es motivo para que ésta sea la auténtica interpretación desde un punto de vista constitucional.

Con esta idea de protección de las garantías constitucionales se supera aquella idea que sostenía que las categorías de delitos legisladas bajo este título tienen características heterogéneas e imprecisas¹⁰.

De modo que en aquellos casos en donde se había observado que, si bien algunos delitos entran en la idea genérica de libertad, otros, en cambio, no lo son, tales los delitos de apremios ilegales, vejaciones, y tormentos. Tampoco entran dentro de la idea de libertad, por lo menos de manera inmediata, los delitos de robo o no devolución de menores y los relacionados con ellos, así como la violación de secretos, entre otros.

La interpretación propuesta lleva, a nuestro juicio, a una más justa y completa visión de este título que, como se verá, ya estaba, aunque no de manera directa, en la mente de la mayoría de los autores modernos.

De acuerdo a lo afirmado ya en nuestra parte general, siguiendo en esto a Rudolphi, los bienes jurídicos protegidos se desprenden de la Constitución, de manera que el título reflejaba ya antes de la reforma constitucional la protección de la libertad que surgía de ella. Así, se podía afirmar que el concepto de libertad se inscribía en este contexto, en los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre. La Constitución contiene dentro de su filosofía, la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es,

¹⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 1; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, p. 1956; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II.

con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros. Dicha noción tenía su fundamento en los artículos 18, 19 y 33 de la ley fundamental¹¹.

Ahora bien, una vez reformada la Constitución y llevados los pactos a la misma jerarquía que la Constitución, el título en cuestión refleja a éstos especialmente en los artículos 6° y 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 8° y 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo afirmado hasta ahora no excluye que se pueda compartir lo dicho por la doctrina en cuanto el fenómeno de la libertad puede estudiarse desde tres ejes: el psicológico, el político-social y el jurídico.

Desde el primer punto, la libertad "es un atributo de la voluntad que se desarrolla en dos niveles: la libertad en la formación del acto voluntario y la libertad en la manifestación del acto voluntario ya formado"¹². Al concebirse a la libertad como un atributo de la voluntad, se explica por qué desde Binding se habla de delitos contra la voluntad. "La voluntad sólo es genuina si está libremente formada; si se altera la libertad en la formación de la voluntad, ésta no será expresión de los reales deseos del sujeto, no será expresión ni de su personalidad ni de su esencia humana: se ha dicho con razón, que negar la libertad es negar la personalidad del ser humano"¹³.

Desde el punto de vista político-social, como afirma Muñoz Conde, la libertad como objeto de protección tiene un carácter político, frente a la actividad del Estado "materializada en las actuaciones de un funcionario que en el ejercicio de su cargo puede conculcar la libertad"¹⁴.

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán José, *La Constitución argentina*, Lerner, Córdoba, 1966, p. 29. En este autor se puede ver una noción más clásica del concepto, aunque justo es reconocer que en las últimas obras ha variado fundamentalmente su idea sobre el tema. Véase en este aspecto el *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino* cit., t. III, *Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1991.

¹² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte especial* cit.

¹³ CARBONELL MAJEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Tiranti lo Blanch, Valencia, 1999, p. 167.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 135.

Otros autores, con otras palabras, han llegado a igual conclusión. Así, se ha dicho que la individualización de la libertad, como bien necesitado de tutela penal autónoma, supone el corolario de la más general inteligencia por la ideología liberal de que el individuo y sus derechos constituyen la esencia de la organización social y el núcleo fundamental del ordenamiento jurídico¹⁵.

Jurídicamente comprende las garantías básicas del individuo, como bien protegido, y, al mismo tiempo, "el objeto inmediato de ataque, diferenciándose en esto de otros delitos que atacan también la libertad, pero de un modo indirecto y como medio para conseguir otros fines" (ej. robo con intimidación, agresiones sexuales)¹⁶.

Entendido el problema desde esta perspectiva, los problemas de este título no sólo se comprenden y se aclaran, sino que tienen una cierta coherencia.

II. Antecedentes

En el Derecho Romano la figura que se relacionaba con este tipo de delitos era el denominado crimen *vis*, constituido por las amenazas y coacciones, alcanzando precisión recién en la época del imperio¹⁷.

Así, el Derecho imperial recoge dos formas de crimen *vis*, toda vez que, por una parte, castigó algunas formas de coacción pública, de tumultos, de porte de armas, y, por otra parte, también reprimió

¹⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 20.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 152. Polaino Navarrete opina que la libertad constituye "un bien consustancial al ser humano, sin cuyo reconocimiento social y titularidad personal no puede concebirse la convivencia humana en condiciones de respeto de la dignidad del hombre, en cuanto portador de bienes y valores espirituales que son conformadores de su personalidad y que están a su libre disposición con las garantías legales propias de los sistemas de pluralismo ideológico, político y jurídico. La cualidad personal de la libertad individual encuentra en la convivencia social límites básicos en las exigencias derivadas del reconocimiento y respeto de las libertades ajenas".

¹⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 304.

gran cantidad de formas de coacción privada y de ejercicio arbitrario de las propias razones junto con la antigua forma de la turbación de la posesión¹⁸.

Las leyes julias (relativas a la coacción) tienen un criterio más amplio que el de la ley *plautia*, originada para reprimir tumultos y sediciones. Así dadas las cosas e individualizada la coacción como forma de vulnerar el libre despliegue de la actividad, era necesario que dentro de esta ley se abarcaran ciertas formas de abuso de autoridad, detención ilegal, exacción, extorsión, rapto, cárcel privada y estupro violento¹⁹.

Sin perjuicio de la amplitud del crimen *vis*, aparecían otras formas de ofensa a la libertad, así se da el delito de *plagium*, el cual al decir de Soler, citando a Mommsen, no era considerado desde el punto de vista de la libertad, sino de la violación de los derechos dominiales, más allá de que se refería no sólo al esclavo, sino que abarcaba la compra y la venta del hombre libre²⁰.

No puede dejarse de mencionar la influencia ejercida por el Derecho germánico, ya que juntamente con el plagio, el rapto y la violación incorpora con un papel bien definido la violación de domicilio, no conocida en el Derecho Romano como infracción autónoma²¹.

Como siempre, ha sido Feuerbach quien, en su tratado, en el Título Tercero y bajo el título *Delitos contra el derecho de los ciudadanos a la libre disposición de su cuerpo*, en el § 251, afirma que: "En general, el hombre tiene derecho sobre su cuerpo, como también a la libre disposición del mismo. El que cancele o limite este derecho de autodisposición ajeno en forma arbitraria, se hará culpable de una lesión jurídica. Las leyes reconocen como crimen contra este derecho, tres clases de lesiones: el plagio, el rapto y el estupro"²².

Carrara, por su parte, afirmaba que para poder individualizar una infracción, como ofensa a la libertad, había que valerse de un doble

¹⁸ SOLER, ob. cit., p. 5.

¹⁹ SOLER, ob. cit., p. 5, citando a MOMMSEN.

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 5.

²¹ SOLER, ob. cit.; en el mismo sentido FONTÁN BALESTRA.

²² FEUERBACH, Anselm V., *Tratado de Derecho Penal, Hammurabi*, Buenos Aires, 1989, ps. 185/186.

criterio: debe tratarse positivamente de un impedimento a la libertad, pero negativamente, se excluyen los hechos en los cuales aquella lesión no constituye más que un medio para una lesión ulterior²³.

III. Antecedentes nacionales

El Código Penal argentino de 1886 no tenía en su texto un título específico que abarcara los delitos contra la libertad. Los tipos penales que hoy encontramos bajo ese título estaban bajo el nominado *Delitos contra las garantías individuales*, que es, a nuestro entender, el más exacto. Así, entre los artículos 155 y 176 inclusive, se comprendía a la detención privada, la sustracción de menores, abandono de niños, violación de domicilio, amenazas y coacciones, y descubrimiento y revelación de secretos. En el Título II, *De los delitos peculiares a los empleados públicos*, Capítulo II, *Abuso de autoridad*, artículo 243, se abarcaban los atentados contra la libertad personal, realizados por funcionarios públicos, hoy contenidos en el artículo 143 del Código Penal vigente²⁴.

El proyecto de Código Penal de 1891, bajo el título de *Delitos contra la libertad*, agrupó los artículos 168 a 196 que regulan las disposiciones protectoras de la libertad individual, de inviolabilidad del domicilio, del secreto epistolar e industrial, de la libertad de trabajo, de la libertad de reunión, de la libertad de cultos y de la libertad política.

²³ SOLER, ob. cit., p. 8, citando a CARRARA. "Es muy claro el Maestro de Pisa cuando expresa que para esta clase de delitos "no basta el primer aspecto, meramente positivo, cuyo modo de ser tiene fisonomía genérica en el impedimento de la libertad, sino que es preciso contemplarla también desde un segundo punto de vista, que es propiamente negativo, en cuanto a que excluye de esta categoría un gran número de hechos, que sin embargo lesionan la libertad individual, y los excluye porque, al unirse a ellos la lesión de un derecho ulterior, en la que casi siempre consiste el fin de la acción perversa, surge precisamente de esa lesión ulterior el criterio que determina la clase del delito, que de esa manera queda excluido de la serie de los delitos contra la libertad, no porque ésta no haya sido lesionada, sino porque esta lesión de la libertad va unida a la de otro derecho, a la cual aquella le sirve de medio" (CARRARA, *Programa de Derecho Criminal* cit., t. 4, vol. 1-1), p. 326, § 1559).

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 2, *Código Penal de 1886*, AZ, 1996, ps. 50 y ss.

El fundamento dado por los autores del proyecto (Piñero, Rivarola y Matienzo) está dado por la idea de que "todas esas disposiciones tienen un sólo objeto: garantizar la libertad del hombre"²⁵.

El proyecto de 1906 mantiene el criterio anterior en lo que hace a la unificación en un solo título de los atentados contra la libertad, realizando agregados a algunas figuras de las contempladas en el proyecto de 1891.

El proyecto de 1917 suprime, diferenciándose de los proyectos de 1891 y 1906, el capítulo de los delitos contra la libertad política y las figuras de coacción, de amenaza pública o de delito, y de violencias o amenaza en general²⁶. Fundaba, el proyecto de 1917, en su Exposición de Motivos de la siguiente manera: "El proyecto de 1906 preveía con el título de *Delitos contra la libertad política*, aquellos que se cometieran contra la libertad del sufragio, es decir, articulaba penalidades que actualmente se encuentran contenidas en la ley electoral. Ha considerado la Comisión que era inconveniente mantener estas sanciones en el Código y que es superior el sistema actual, que se reduce a colocarlas en la ley general de elecciones"²⁷.

El proyecto Peco, incluye dentro de los delitos contra la libertad (arts. 163 a 185) al rapto, circunstancia que luego no fue receptada en el Código Penal vigente²⁸.

El Código Penal vigente distribuye bajo el título de *Delitos contra la libertad*, seis capítulos conteniendo: *Delitos contra la libertad individual*, *Violación de domicilio*, *Violación de secretos*, *Delitos contra la libertad de trabajo y asociación*, *Delitos contra la libertad de reunión* y *Delitos contra la libertad de prensa*.

²⁵ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 150.

²⁶ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. IV, p. 18.

²⁷ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 4, p. 114.

²⁸ ZAFFARONI y ARNEDO, t. 5, ps. 600 y ss. El rapto es contemplado en los arts. 170 (rapto con mira matrimonial), art. 171 (rapto con mira lasciva), art. 172 (rapto con mira lasciva o matrimonial), por último el art. 173 enuncia una circunstancia calificativa de atenuación: "La sanción se disminuirá en la mitad, si el autor ha restituido espontáneamente a la víctima a la libertad o la coloca en lugar seguro, a disposición de la familia, sin haber practicado ningún acto lascivo" (art. 173 del proyecto Peco).

IV. Distribución de la figura tipificadas

El Título V que agrupa los *Delitos contra la libertad*, se divide en *Delitos contra la libertad individual*²⁹, que congloba los delitos de reducción a servidumbre o condición análoga (art. 140), la privación ilegal de la libertad personal (arts. 141, 142 y 142 bis), atentados contra la libertad personal llevados a cabo por funcionarios públicos (arts. 143, 144, 144 bis, ley 14.016; 144 tercero, 144 cuarto, 144 quinto, ley 23.097), conducción fuera de las fronteras de la República (art. 145), sustracción de menores (art. 146), no presentación de menores (art. 147), inducción a la fuga (art. 148), ocultamiento de menor (art. 149), amenazas y coacciones (arts. 149 bis y 149 ter).

V. Reducción a servidumbre o condición análoga

1. Disposición legal

El artículo 140 de nuestro Código sustantivo expresa: "Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella".

2. Antecedentes

El tipo penal guarda concordancia con el Código Penal italiano (art. 145), con el Código holandés (art. 274), el Código alemán (§ 234) y el Código húngaro (art. 324, inc. 2º).

El Código italiano habla de "esclavitud" y no de servidumbre; en lo demás la figura es similar a la descrita en nuestro ordenamiento penal³⁰.

Nuestra Constitución Nacional expresa claramente en el artículo 15 que en la Nación Argentina no hay esclavos³¹. "Todo contrato de

²⁹ Conf. Buompadre, quien opina que la libertad debe tomarse en su doble aspecto, como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (acción sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo).

³⁰ SOLER, ob. cit., p. 24.

³¹ Art. 15, Const. Nac.: "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta

compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice"³².

El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor y el Código de 1886 no incorporaron disposición alguna al respecto. Es el proyecto de 1891 el que incorporó en su artículo 168 este tipo penal, imponiéndoles pena de penitenciaría de tres a quince años. El texto castigaba al que redujere a una persona a servidumbre u otra condición análoga, y al que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella"³³. La Exposición de Motivos del proyecto afirmaba que "La Constitución Nacional, en su artículo 15, califica de crimen la esclavitud, y, sin embargo, el Código vigente no establece pena alguna para el que pusiere o mantuviere a una persona en servidumbre o en otra condición análoga. Nosotros hemos previsto el caso en el artículo 168 del proyecto, cuyos términos son análogos a los del artículo 145 del Código italiano y concuerdan con disposiciones contenidas en los Códigos de los Países Bajos, el Imperio Alemán y Hungría"³⁴.

El proyecto de Código Penal de 1906, en el artículo 145, contenía la disposición adoptada por el Código de 1921, colocando las penas de prisión y de reclusión alternativamente"³⁵.

El proyecto de 1960 reprimió como delito tanto la reducción a esclavitud como la realización de cualquier contrato de compraventa de personas"³⁶.

de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

³² MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. IV, p. 632.

³³ MORENO, *ob. cit.*, p. 363.

³⁴ Exposición de Motivos del proyecto de 1891, p. 115. Puede verse la opinión de Aguirre Obarrío sobre el punto en MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. II, p. 40.

³⁵ Art. 145, proyecto de Código Penal de 1906: "Serán reprimidos con prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella".

³⁶ ZAFFARONI y ARNEDO, *ob. cit.*, p. 460. El art. 186 del Título V, *Delitos contra la libertad*, Capítulo I, *Delitos contra la libertad individual*: "Serán reprimidos con reclusión de tres a quince años, los que redujeran a una persona a esclavitud o a otra condición análoga, los que la mantuvieren en ella y los que realizaren cualquier contrato de compra y venta de personas".

3. *Bien jurídico*

Se trata de un ataque al hombre libre que, según la idea existente en la Constitución, como dice Soler, se refiere a un interés fundamental del Estado al que no se puede renunciar³⁷.

Tal como lo ha sostenido Moreno, y citamos: "En el título que proyectamos, *Delitos contra la libertad*, ponemos el caso del que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga, como ha ocurrido alguna vez, y del que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella, hechos calificados de crímenes por la Constitución Nacional"³⁸.

4. *Tipo objetivo*

a) *Conceptos generales*

El delito es pasible de cometerse de dos maneras: en primer lugar, reduciendo a una persona a servidumbre, y en segundo término, reduciéndola a otra condición análoga³⁹. También se prevé la conducta de aquel que recibe a la persona en esa condición para mantenerla en ella.

b) *La reducción a servidumbre*

I. El problema en la doctrina argentina está en qué se entiende por servidumbre, esto es, su alcance. Reduce a una persona a servidumbre, afirmaba Moreno, quien la somete a su poder y propiedad⁴⁰. El problema es sencillo, en el sentido de si servidumbre equivale a esclavitud o son términos distintos.

Por la primera posición están Molinario y Aguirre Obarrio, y por la segunda, de manera clara, Núñez.

Aguirre Obarrio parte de la idea de que los autores del proyecto de 1891 se equivocaron al no transcribir directamente el artículo 15 de la Constitución, ya que cuando la ley fundamental define un delito, se lo debe reproducir⁴¹. En este contexto y de acuerdo a los antece-

³⁷ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 39.

³⁸ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 363.

³⁹ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 364.

⁴⁰ Ídem nota anterior.

⁴¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 41.

dentes, servidumbre equivale a esclavitud. "El siervo —dicen los autores citados— es ante nada un esclavo. Servidumbre es el estado o condición de siervo y por extensión, el trabajo o ejercicio propio del siervo"⁴². En contra de la doctrina nacional mayoritaria, afirman que reducir a servidumbre es hacer esclavo a alguien. Para fundar su idea recurren a la idea de que salvo el caso de esclavitud por nacimiento, no hay leyes para hacer esclava a una persona. Tanto se esclaviza haciendo prisionera a una persona, y de ese modo obligarla a hacer una tarea, como comprándola a otra persona o, en definitiva, logrando que una ley diga que los hijos de esclavos son esclavos⁴³.

De manera que esclavo es quien:

- a) No puede salir de la esfera de custodia del amo, ya que de lo contrario será obligado a volver o será castigado, muerto o vendido.
- b) Debe hacer las tareas que se encomiendan, lícitas o ilícitas, ya que si no tendrá igual castigo.
- c) La paga queda a voluntad del dueño.
- d) Es comprado, vendido o permutado a gusto del patrón⁴⁴.

Y concluyen los autores afirmando que "sostener que reducir a servidumbre es una suerte de abuso de una relación laboral, que permite aprovechar de una persona haciéndole ejecutar tareas que siempre se consideraron propias de esclavos no es lo mismo [...] servidumbre es sinónimo de reducir a esclavitud y que implica absorber la personalidad de alguien, en cuanto es tratado como cosa"⁴⁵.

Núñez por su parte había sostenido de manera enfática que "la reducción a la servidumbre no equivale a la reducción a la situación jurídica de esclavitud. Éste es un estado jurídico que no puede tener vigencia en nuestro país. En la Nación Argentina no hay esclavos (art. 15, Const. Nac.). El artículo 140, cuando se refiere a la reducción a la servidumbre, tiene en vista la ofensa que se le causa a la libertad individual, reduciendo a un individuo a la condición material de ser-

⁴² *Ibidem* nota anterior.

⁴³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵ *Ibidem*.

vidumbre. No se puede decir, por consiguiente, que con arreglo a ese artículo, servidumbre y esclavitud sean sinónimos. El estado jurídico de esclavo podía existir con o sin estado de hecho de afectación de la personalidad real y de la libertad individual del que lo padecía, pues la propiedad de un hombre sobre otro y la privación jurídica de los derechos civiles al hombre objeto de ese derecho, eran perfectamente compatibles con el mantenimiento del esclavo en una condición real respetuosa de aquellos atributos naturales⁴⁶.

Y cuando define qué es la servidumbre, lo hace de la siguiente manera: "El individuo [...] está sometido a servidumbre cuando ha sido adaptado o sujetado al trabajo u ocupación propio del siervo, estado que implica su posesión, manejo y utilización incondicional por el autor, de la misma manera como éste usa, goza y dispone de la propiedad, sin correlativo para ello"⁴⁷.

Planteada la cuestión en estos términos, no hay duda de que llevan razón Molinario y Águirre Obarrio, ya que la descripción que da Núñez, más allá de la palabra que utiliza –lo que llevaría al problema a una discusión casi semántica–, no es otra cosa que un esclavo, aunque éste sea tratado con cuidado, y hasta con cierta dignidad, porque lo que rechaza la Constitución y la ley, en este caso, es la utilización del hombre como cosa, como objeto, que es la forma de esclavitud más abyecta.

Por eso la discusión que se había planteado en la doctrina, ahora entre Soler y Núñez, tampoco tiene mucho sentido a la luz de este razonamiento. El tema central de discusión pasaba por si la servidumbre importa o no un dominio psíquico. En este sentido, Soler entiende que "se trata de un sometimiento y enajenación de la voluntad de la persona, algo más que un dominio físico; la servidumbre implica el apoderamiento de la persona para reducirla a la condición de cosa"⁴⁸, en contra de la posición de Núñez que reiteraba que esa relación de dominio psíquico no era necesaria, afirmando que ni el significado etimológico, ni el jurídico (?) autorizan a no ver en la esencia de la servidumbre una modalidad viciosa y abusiva de una relación de servicios, cuya propia manera de ser presupone en el señor un menoscabo

⁴⁶ NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, p. 25.

⁴⁷ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 26.

⁴⁸ SOLER, t. IV, p. 39.

de la persona y de la personalidad del siervo, pero sin que sea indefectible la concurrencia de ese verdadero dominio psíquico⁴⁹.

Como bien se ha dicho, la acción de reducir a servidumbre consiste en someter a otra persona al poder y a la propiedad de otro. El sujeto pasivo carece de toda libertad individual y se encuentra reducido a la calidad de cosa o animal doméstico⁵⁰. La reducción a servidumbre a que se refiere nuestra ley sustantiva es, entonces, equivalente a la situación de esclavitud, ya que la ley al referirse a reducción a servidumbre tiene en cuenta el daño o la ofensa que se le causa a la libertad individual, reduciendo al individuo a la condición de objeto o de cosa, prohibido no sólo por la Constitución, sino por todo el ordenamiento jurídico, especialmente por los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución⁵¹. Y tan cierta es esta posición que el propio Moreno afirma que "nuestra ley emplea la palabra servidumbre, pero no en el sentido de servicio que supone contrato y libertad, por consiguiente, sino en el de esclavitud"⁵².

Para dar un argumento más a lo antes dicho, el diccionario afirma que servidumbre, entre otras acepciones, tiene una que significa "obligación o carga dura e inexcusable. La segunda es la condición de siervo, es definido como esclavo, por una parte, y por otra como persona sometida a la potestad del señor"⁵³.

La reducción a servidumbre no equivale siempre a una privación de libertad personal prevista en el artículo 141 del Código Penal, ya que la persona puede encontrarse privada de libertad y no encontrarse en condición de servidumbre⁵⁴, cuestión que es cierta pero con la relatividad que el término tiene, ya que un esclavo, aunque tenga libertad física, no la tiene espiritualmente.

⁴⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 26, nota 18.

⁵⁰ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 364.

⁵¹ La reducción a esclavitud o servidumbre se encuentra expresamente prohibida en varios ordenamientos internacionales contemplados en el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna nacional, tal por caso: Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 6°), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4°), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8°).

⁵² MORENO, ob. cit., t. IV, p. 364.

⁵³ SECO, Manuel, *Diccionario del español actual*, p. 4109.

⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 26.

En este sentido, una persona se encuentra reducida a servidumbre en el caso de haber sido adaptada o sujeta al trabajo u ocupación propios del siervo, estado que conlleva la posesión del sujeto, la utilización incondicional por parte del autor y su manejo⁵⁵.

El tipo penal requiere que la servidumbre a la que está sometida la víctima haya sido impuesta por el autor, ya que quien la recibe en esa condición y la mantiene es otra forma delictiva prevista en la ley.

II. La acción de reducir: El diccionario que estamos utilizando en esta obra define, como acepción 7ª de la palabra reducir: "Someter o dominar (a alguien o a algo) que ofrece resistencia. Someter a una situación no deseada a una persona"⁵⁶.

c) *Situación análoga*

La norma ha sido adoptada siguiendo al Código Penal italiano de 1889⁵⁷. En este sentido, Moreno ha dicho que "situación análoga" significa someter a otra persona a situación "semejante"⁵⁸. Estrella y Godoy Lemos explican que el agregado se debe a la imposibilidad de describir todas las formas posibles de la conducta que se incrimina por la norma, confiriendo amplitud al tipo penal, alcanzando la ampliación referida a toda situación o estado parecido o semejante a la servidumbre en sus elementos esenciales⁵⁹. Buompadre pone el ejemplo del comercio de mujeres, la explotación de niños en tareas laborales que se desarrollan en condiciones infrahumanas, la práctica de mendicidad o prostitución en las calles, la explotación de inmigrantes, entre otras⁶⁰.

En cambio Molinario y Aguirre Obarrio afirman, siguiendo a Majno

⁵⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 26. Nos dice Núñez que el individuo está adaptado a esa condición cuando por persuasión, fraude u otro medio, el autor ha logrado su acostumbramiento a ella. La víctima está simplemente sujeta cuando, no acostumbrada, espiritualmente rebelde, se encuentra subordinada, como siervo a la voluntad del autor por violencia o fraude que excluye su libre y consciente determinación.

⁵⁶ SECO, Manuel; OLIMPIA, Andrés y RAMOS, Gabino, *Diccionario del español actual*, t. II, p. 3852.

⁵⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 44.

⁵⁸ MORENO, ob. cit., p. 364.

⁵⁹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial* cit., t. 2, p. 47.

⁶⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 30.

cuando comentaba una disposición similar en el Código de Italia, que "rara vez se encontrará una disposición tan enigmática como ésta"⁶¹. La crítica, además, consiste en que la palabra servidumbre es por sí misma comprensiva de todas las situaciones que se pueden llegar a incriminar, de manera que el agregado es innecesario y se corre el riesgo de aplicar una norma penal de manera analógica⁶².

De todas formas y siguiendo esta posición, no habrá inconveniente en incluir dentro del tipo del artículo 140 del Código Penal los casos que Naciones Unidas ha enunciado, como el harén de la esclava, la venta de mujeres, de niñas, deudores, etcétera. En todos estos casos, la persona termina siendo una cosa, un objeto en manos de otra⁶³.

III. El tipo de recibir y mantener en estado de servidumbre: El otro tipo enunciado por la figura consiste en la acción de quien recibe a una persona en tal condición (servidumbre o condición análoga) para mantenerla en ella. Recibe quien toma a la persona de manos del agente, que la ha reducido a servidumbre o condición análoga, o de un tercero, entrando en su tenencia cualquiera sea el motivo de la transferencia y el modo de realización, pudiendo ejercerse directa o indirectamente⁶⁴. Basta que el autor reciba a la persona en estado de servidumbre para que se consume el delito.

La figura necesita, para que se dé, la concurrencia del elemento subjetivo, tal es la intención del sujeto activo de mantener a la persona sometida a servidumbre en la misma condición que la recibió. De modo que si se recibe para liberar la acción es atípica⁶⁵.

d) Medios de comisión

La ley no especifica ninguna forma en especial, de modo que si se logra la servidumbre o se recibe en ese estado, cualquiera sea el medio, se consuma el hecho. Generalmente se utiliza la violencia, que puede ser psíquica o física. La ley no se refiere a una forma específica.

⁶¹ MAJNO, L., *Commento al Codice Penale italiano*, t. II, p. 11, citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 45.

⁶² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 45.

⁶³ *Ibidem*, ps. 44/45.

⁶⁴ CREUS, ob. cit., p. 276.

⁶⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 47.

Se puede dar con fuerza, amenaza, engaño, ardid, persuasión o astucia. No importa el medio empleado si el autor logra el objetivo propuesto, tal es lograr el sometimiento de la víctima⁶⁶.

En este sentido debe prestarse atención al consentimiento y a su validez. En general el consentimiento, en estos casos, no debe admitirse, ya que va en contra de la dignidad del ser humano, base del orden jurídico.

e) *Sujetos*

La ley no hace distinción con respecto al agente pasivo o víctima del delito; basta que se realice la conducta contra una persona, cualquiera fuere su edad. La norma incrimina no sólo a quien ejecuta la acción para aprovechar la servidumbre sino también a aquel que lo hiciere para entregar la persona a otro. En la última parte castiga a quien recibe a una persona y la mantiene en servidumbre⁶⁷.

El consentimiento del sujeto pasivo, a diferencia de lo que ocurre con la privación ilegal de la libertad simple, en la figura que analizamos (plagio), no excluye la ilicitud del acto.

El consentimiento del ofendido para ser reducido a una situación de servidumbre resulta ineficaz para excluir la ilicitud del acto lesivo.

Sin perjuicio de ello, opinan Fontán Balestra y Soler que, cuando surja claro que el sujeto pasivo hace lo que quiere hacer, el hecho no será típico, puesto que no se tendría "el total sometimiento del sujeto pasivo a la voluntad del agente, y no porque se le otorgue eficacia justificante al consentimiento"⁶⁸.

Por su parte Creus opina que en virtud de tratarse de un delito contra la libertad, "quedan excluidos de la tipicidad los casos en que la situación de servidumbre no ha sido impuesta por el agente a la víctima, sino que proviene de una convención libremente asumida"⁶⁹.

De manera que cuando se preste el consentimiento libremente, para quedar en lugar de esclavo, en principio no se estaría frente al tipo penal en cuestión⁷⁰.

⁶⁶ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 364.

⁶⁷ *Idem* nota anterior, p. 364.

⁶⁸ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 49.

⁶⁹ CREUS, ob. cit., p. 275.

⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 26.

Sin embargo, la cuestión no es sencilla, porque si existen bienes jurídicos indisponibles, y atento a la prohibición de esclavitud en la Argentina, tal consentimiento no tendría relevancia, de acuerdo al concepto de dignidad de la persona que maneja el orden jurídico argentino. Quizás esto y al no equiparar con la esclavitud fue la confusión que llevó a Núñez a hacer la primera de las afirmaciones.

5. Consumación y tentativa

El delito analizado en la figura del artículo 140 es material y permanente. La consumación se produce cuando se ha logrado de manera efectiva reducir a una persona a servidumbre o a condición análoga, y se mantiene mientras ésta continúe. El delito admite la tentativa.

En cuanto a quien recibe a una persona "para mantenerla en tal condición", existe una diferencia con la figura anterior, ya que el delito es instantáneo, consumándose cuando el agente recibe al sujeto pasivo víctima⁷¹.

6. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, y está claro que se trata de dolo directo, dada la estructura del tipo en cuestión, ya que los actos para someter a alguien a servidumbre, o recibirla para mantenerla en esa condición, no admiten otra forma del dolo⁷².

El aspecto subjetivo se ve completado con el ánimo o propósito de mantener a la persona en la condición en que se la recibió⁷³.

En ambos casos descriptos por la figura se requiere el dolo directo.

VI. Privación ilegal de la libertad personal. El tipo básico

El artículo 141 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal".

En el capítulo se prevé un tipo básico de la privación ilegal de la libertad personal (art. 141), en tanto en el artículo 142 se tipifican

⁷¹ En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 31.

⁷² En el mismo sentido BUOMPADRE y CREUS, ob. cit.

⁷³ FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., t. V, p. 267.

las figuras agravadas. El artículo 142 bis, en su párrafo primero, prevé el delito de secuestro y en el segundo párrafo los tipos agravados. La incorporación de las figuras citadas se debe a la ley 20.642.

1. *Antecedentes*

La libertad personal se encuentra garantizada en el artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, donde se regulan los derechos de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Así también en el artículo 15, en lo que hace a la abolición de la esclavitud. En el artículo 18, cuando se establece que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. El artículo 19, en cuanto principio de reserva. El artículo 23 de la Carta Magna nacional fija los límites para el caso del estado de sitio. En el artículo 29 se desconocen las facultades extraordinarias que establezcan supremacías y destruyan derechos⁷⁴.

Encontramos esta forma de legislar la privación ilegítima de libertad en otros códigos, algunos de ellos en su forma original, fue tomada por el legislador argentino⁷⁵, como ser el tipo del artículo 300 del Código Penal de Perú y también los artículos 405 y 406 del Código Penal español. Cabe hacer la salvedad de que el Código referido en último término reprime el hecho de encerrar o detener a otro privándolo de su libertad, haciendo referencia a circunstancias agravantes y atenuantes⁷⁶.

⁷⁴ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 369.

⁷⁵ Moreno cita los arts. 495 del español; 146, Italia; 323, Hungría; 239, del alemán; Chile, 141, entre otros.

⁷⁶ Art. 405 del Código Penal español: "El que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

"En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

"Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiera, ni haberse comenzado el procedimiento las penas serán prisión correccional y multa de 20 à 200 duros".

Art. 406: "El delito de que se trata en el artículo anterior será castigado con la pena de reclusión temporal:

"1° Si el encierro o detención hubiese durado más de veinte días.

"2° Si se hubieren ejecutado con simulación de autoridad pública.

"3° Si se hubiesen causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida, o se hubiere amenazado de muerte" (PACHECO, Joaquín F., *Código Penal. Concordado y comentado*, 5ª ed., Madrid, 1881, t. III, ps. 247 y ss.).

El delito en cuestión tiene amplios antecedentes en la legislación nacional, tal como lo hace notar Moreno, en contraposición al artículo 140 del Código Penal⁷⁷.

El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor reprimía con la pena de tres años de prisión al que privara a otro de libertad, "encerrándolo o deteniéndolo", así como a quien proporcionara casa o lugar para la detención o el encierro⁷⁸. Se afirmaba en el proyecto que "el delito que se pena aquí -dice Pacheco- ha sido en otro tiempo vulgar y diario en las sociedades europeas. Hoy no lo es. Como todos los actos de violencia y grosería, van desapareciendo ante la moderna cultura, y dejando un lugar a los que penden del refinamiento y del cálculo. Puede disputarse si se gana o se pierde, si se obtienen ventajas o desventajas en esta variación: la variación en sí misma no puede ofrecer ninguna dificultad. Estos atentados tan comunes en el siglo pasado son muy raros en las presentes circunstancias. Sin embargo, no son imposibles, no dejan a veces de suceder. Si en nuestras modernas casas no hay calabozos como en las antiguas torres, todavía hemos visto alguna secuestro pasajera de la libertad, y hasta algún emparedamiento horroroso. Los ladrones, para extraer mayores cantidades, suelen encerrar a las personas que caen en sus manos. No es imposible que pretextando, que suponiendo un extravío de la razón, se sujete como enfermo a quien está en realidad en su cabal juicio. Cuando esto se hace, a mal hacer, cométese, sin duda, un atentado contra la libertad humana"⁷⁹.

El Código Penal de 1886 agregaba al proyecto precedentemente mencionado que el encierro o la detención de una persona debía ser contra su voluntad y suprimía, a su vez, lo expresado en cuanto a la previsión del que proporcionara casa o lugar para la detención o encierro (art. 155).

⁷⁷ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 365.

⁷⁸ MORENO, ob. cit., p. 365. Se refería el proyecto Tejedor a los siguientes casos: "1° Si la secuestro dura más de un mes; 2° Si se hubiese ejecutado simulando autoridad pública; 3° Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quienes se deba un respeto particular; 4° Si se hubiese amenazado de muerte al secuestrado $\left\{ \right.$ irriñósele alguna lesión que no merezca pena de presidio o penitenciaría".

⁷⁹ PACHECO, citado por MORENO, t. IV, p. 366.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García guardaba similitud con el cuerpo legal del proyecto Tejedor, con la diferencia de que en el proyecto de mención se reprimía la privación de libertad de una persona mayor de nueve años⁸⁰.

Los proyectos de 1891 y 1906 no modificaron sustancialmente la conducta típica.

2. *El bien jurídico protegido*

El bien jurídico en este tipo penal, en su forma básica, es la libertad de movimiento, que supone una concreción de la libertad personal a partir de la variable atinente a la esfera social en que aquélla se desenvuelve, que en este caso posee una clara connotación espacial⁸¹. De este modo lo que protege es la libertad física de las personas en su sentido amplio, siendo éste entendido como la libertad de movimiento corporal y la de trasladarse de un lugar a otro⁸².

Sin embargo, esta privación de libertad tiene sus limitaciones dentro del propio tipo legal, debido a la propia estructura del tipo básico. Por lo tanto, lo que se castiga son conductas que tienen relación con el encierro, con la detención, de manera que como bien dice Díez Ripolles, el objeto de protección "se configura como la libertad de la persona para abandonar el lugar en donde se encuentra. En consecuencia, no se tutela frente a conductas en que se impide el acceso a un determinado lugar, o se compele a abandonar éste"⁸³.

3. *Tipo objetivo*

a) *Generalidades*

La estructura del tipo básico había sido determinada por Moreno,

⁸⁰ El proyecto de 1891 establecía en su art. 169: "El que ilegalmente privare a otro de su libertad personal, será reprimido con penitenciaría de un mes a un año". Por otra parte el art. 146 del proyecto de Cód. Pen. de 1906 resulta similar a la redacción del Cód. Pen. de 1921 (MORENO [h], ob. cit., p. 367).

⁸¹ DÍEZ RIPOLLES, J. L., *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, dirigido por Díez Ripolles, Gracia Martín y Laurenzo Copello, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. I, p. 714.

⁸² En el mismo sentido, Soler, Núñez, Creus, Buompadre y Estrella.

⁸³ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., t. I, p. 716.

cuando afirmaba que el tipo penal supone la privación de la libertad personal, por una parte y, por la otra, la ilegitimidad de esa privación⁸⁴.

Es suficiente para la concreción de la figura que se restrinja cualquier libertad de movimiento, "aunque quede a disposición de la víctima cierto grado de libertad ambulatoria"⁸⁵. De este modo, el delito se tipifica de una manera positiva o negativa, en el sentido de que se puede privar o limitar la acción de locomoción de la víctima, por una parte, o imponerle una acción o locomoción. "Por lo tanto, se lesiona la libertad personal de otra persona tanto si se impide la libre acción de sus miembros o de cualquier parte de su cuerpo o le impide ir de un punto a otro, como el que le impone un determinado movimiento corporal o ir en una dirección o un lugar determinado"⁸⁶. En este sentido, el propio Núñez da algunos ejemplos que explicaban el concepto: el conductor que no permite que el pasajero se baje, al no detener su marcha. El pasajero que obliga al chofer a seguir en una determinada dirección. Pero con acierto, afirma que no es delito si le obliga a ir más rápido⁸⁷.

En síntesis, la privación ilegítima de la libertad puede darse trasladando a la víctima a otro sitio o no, encerrándola en algún lugar, impidiendo que la víctima efectúe ciertos movimientos corporales o su locomoción o imponiéndole determinados movimientos.

En este tipo básico —afirma Soler— "es fuerza reconocer que puede privarse a alguien de la libertad de locomoción, como ocurriría si a un sujeto se le colocaran esposas cerradas en las muñecas"⁸⁸.

Entre los medios posibles de comisión del delito podemos encontrar el encierro⁸⁹, también por la coerción o el engaño. Así también

⁸⁴ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 367.

⁸⁵ CREUS, ob. cit., p. 277. Pone el ejemplo del que impide el movimiento de los brazos, pero no el de las piernas.

⁸⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 34.

⁸⁷ Ídem nota anterior, nota 48.

⁸⁸ SOLER, ob. cit., p. 35.

⁸⁹ Encerrar, nos dice Polaino Navarrete, "equivale a situar a una persona en lugar no abierto y de inaccesible franqueo por parte de la misma". El encierro puede producirse por conducta activa u omisiva (POLAINO NAVARRETE, *Curso de Derecho Penal* cit., p. 195).

Moreno opina que la restricción de libertad no se limita tampoco al encierro, dando el ejemplo que no se precisa que la víctima sea colocada en una habitación, sino que se le impida transportarse a donde ella quiera, ilegalmente y por acción de otro⁹⁰.

La privación ilegítima de la libertad es un delito material, que se consuma tan pronto como el impedimento que lesiona la libertad de la víctima adquiere carácter significativo, en palabras de Núñez, aunque agrega un párrafo que causa sorpresa, especialmente teniendo en cuenta la tesis causalista del autor. Efectivamente, afirma que el impedimento debe alcanzar categoría suficiente para demostrar la intención del autor⁹¹. Y la afirmación es casi una petición de principios, o una liberación del inconsciente, ya que si esto es así, lo que está diciendo es que el tipo penal no se completa sin la intención del autor, cosa que por otra parte es cierta.

Según parte de la doctrina, el delito puede también cometerse por omisión, en el caso de no hacer cesar la privación de libertad preexistente, cuando se está obligado a ello por la ley. La cuestión en este caso es problemática, ya que previamente habrá que definir qué tipo de delito es la privación de libertad. La cuestión está en analizar si se trata de una participación o de un comienzo de un nuevo delito.

Parte de la doctrina, sin un análisis concreto del tema, afirma que el delito puede cometerse por comisión por omisión, afirmando que tal es el caso de aquel que no hace lo que estaba obligado a hacer en virtud de una situación preexistente⁹². Claro está que no define qué es la omisión impropia, por una parte, ni tampoco si ella es constitucional, debido a la falta de una norma sobre la omisión impropia, o se trata de una equivalencia con el hacer.

4. *Sujetos*

a) *Sujeto activo*

El sujeto activo del delito analizado puede resultar cualquier persona. En el caso de tratarse de un funcionario público que se encuentra

⁹⁰ MORENO, ob. cit., p. 368.

⁹¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 36.

⁹² ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 53.

en uso de sus funciones la conducta realizada ingresa dentro de las mandas del artículo 144 bis, inciso 1º, del Código Penal.

Como se analizó en otra parte de esta obra, existe la posibilidad de que los particulares puedan detener a otra persona, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 237 y 239 del Código Penal⁹³. También los códigos procesales han tratado el tema⁹⁴.

b) *Sujeto pasivo*

En principio, sujeto pasivo es toda aquella persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento, "esto es, referida a la determinación de su situación en el espacio físico, con independencia de si esa capacidad natural es además jurídicamente relevante o si está en general en condiciones de captar el sentido o el significado de su decisión"⁹⁵. Esto implica que pueden ser sujetos pasivos del delito de privación de libertad los menores, los incapaces y aun los incapaces de culpabilidad.

La cuestión reside en quiénes no pueden ser sujetos pasivos de este delito. En principio la doctrina argentina ha sostenido que puede ser sujeto pasivo toda persona que, en el momento del hecho, pueda expresar libremente su voluntad, por eso se ha descartado a los niños de pocos meses y el caso de la persona que se encuentra inconsciente, no teniendo la posibilidad de actuar con voluntad⁹⁶. Sin embargo, hay que aclarar que lo esencial, en este punto, como ha sostenido Díez Ripolles, "es analizar la capacidad volitiva natural de movimiento y no la capacidad de ponerle en práctica autónomamente"⁹⁷, de ahí que puedan ser sujetos pasivos los que necesitan ayuda para moverse por parte de terceras personas, o medios auxiliares, como por ejemplo las muletas o la silla de ruedas, en la medida que se les prive de ellas.

⁹³ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III.

⁹⁴ Los casos en donde se exime de reproche penal a los particulares que practiquen la detención de una persona en los términos autorizados por los códigos rituales (art. 290, CPP de Corrientes; art. 256, CPP de Chubut).

⁹⁵ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., I, §. 716.

⁹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 35.

⁹⁷ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 716.

5. *Ilegalidad de la privación de libertad*

La ley expresamente se refiere a la ilegalidad, que configura un elemento normativo del tipo penal⁹⁸. Se trata de aquellos elementos del tipo cuya concurrencia presuponen una valoración. En estos elementos se debe hacer una distinción entre aquellos que tienen una valoración jurídica de otros que tienen una valoración cultural⁹⁹.

De manera sencilla se puede afirmar, en principio, que para que se tipifique el delito en cuestión es necesario que el autor, o el agente que ha limitado la libertad de otra persona, no tenga, en el momento del hecho, derecho para hacerlo. De esta manera, tanto será autor el particular, es decir, la persona que no tiene facultades para privar o limitar la libertad de otro, como también el funcionario público que no tenga facultades para hacerlo y realice la detención de otra persona o la mantenga en ese estado¹⁰⁰.

Ahora bien, este elemento normativo del tipo ha llevado a distintas opiniones de la doctrina, tal como en su momento se ha hecho notar. Frank había destacado que se trataba de una ley penal en blanco, mientras que Florian había afirmado que es un elemento esencial al delito, de manera que, si la detención es legítima, desaparecería la ilicitud del acto, aunque el autor no lo supiese¹⁰¹. Soler, por su parte, diferencia este caso de la causa de justificación —que desde su óptica sólo exige elementos objetivos para que convierta a la conducta como jurídica—, ya que en este supuesto, se requiere que el hecho sea subjetivamente ilícito, por lo que el autor debe proceder arbitrariamente, tanto objetiva como subjetivamente. La consecuencia que extrae Soler de esta afirmación es que este tipo de enunciado influye en la culpabilidad (se referirá al dolo) y le imprime a esta figura características especiales que descartan toda posibilidad de aceptarse la privación ilegal de libertad de manera culposa¹⁰².

A nuestro juicio, este elemento tiene relevancia con respecto al

⁹⁸ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II.

⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Cívitas, 1997, t. I, N° 53, § 10.

¹⁰⁰ Conf. MORENO, ob. cit., ps. 368/369.

¹⁰¹ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 43.

¹⁰² *Idem* nota anterior, p. 44.

error, y si éste es de tipo o de prohibición. Si el juicio de antijuridicidad se refiere al íntegro acontecimiento de la acción, se trata de un elemento de la antijuridicidad, que se encuentra fuera del dolo, de modo que se aplican los principios del error de prohibición. En cambio, si este tipo de elementos se refiere a un aspecto típico singular, se trata de un elemento del tipo, objeto del dolo y, por ende, se aplican los principios del error de tipo¹⁰³.

Pero cualquiera sea la idea de estos elementos, para que la acción se justifique, tanto lo debe ser desde un aspecto objetivo como subjetivo, contrariando en este punto, como es obvio, la posición de Soler.

En el plano subjetivo es necesario que el autor actúe con conocimiento de que su acción es abusiva y con la voluntad de restringirla en ese sentido.

6. *El consentimiento*

En oposición al artículo 140 del Código Penal, que no permite el consentimiento, en el artículo 141 del Código Penal, el consentimiento, en tanto éste sea dado libremente, elimina el tipo penal. En efecto, se trata de un delito cuya esencia está en ir en contra de la voluntad de la víctima, que se manifiesta en la voluntad de oposición, y más aún en la ausencia de una voluntad favorable. Por ende la oposición puede ser presunta¹⁰⁴. Esto implica, sin dudas, que el consentimiento vuelve atípica la conducta. El consentimiento tendrá eficacia desde el momento en que se presta y por el tiempo que se conceda¹⁰⁵.

En igual sentido de que se trata de una causa de atipicidad, se encuentran Carbonell Mateu y González Cussac, quienes afirman que hablar de detención legal consentida importa una contradicción terminológica, tratándose de una causa de atipicidad¹⁰⁶. En igual sentido, Córdoba Roda y Bustos Ramírez.

¹⁰³ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, par. 23, I. 10.

¹⁰⁴ Díez Ripolles, ob. cit., t. I, p. 734.

¹⁰⁵ Ídem nota anterior, p. 735; DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, § 59

¹⁰⁶ CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y otros, ob. cit., p. 172. La opinión de los autores también se encuentra contemplada en sentencia del Tribunal Supremo del 10-9-92. En el mismo sentido Serrano Gómez, Bustos Ramírez y Díez Ripolles.

Por su parte Polaino Navarrete, Muñoz Conde y Bajo Fernández entienden que el consentimiento de la víctima configura una causa de justificación¹⁰⁷.

7. Tipo subjetivo

La privación ilegal de la libertad es un delito doloso. El autor debe actuar con conciencia de su accionar ilegal y con la voluntad de realizar la privación de la libertad de la persona víctima. Núñez, como también lo hace al analizar la figura del artículo 248 del Código Penal, requiere, además, que el autor realice la acción (proceda) "a sabiendas" de que no se encuentra autorizado jurídicamente para realizar el hecho¹⁰⁸. De igual manera Soler, pero haciendo jugar el elemento normativo del tipo, como ya se vio en su momento.

Agustín Jorge Barreiro afirma que la jurisprudencia española ha sostenido que se requiere en este delito el mal llamado dolo específico, ya que tendría un elemento subjetivo del injusto. Tal elemento no es exigido por la ley, de modo que en este punto coincidimos con el profesor madrileño¹⁰⁹.

Por lo tanto no parece quedar descartado el dolo eventual, cuando el agente duda de la legalidad y, sin embargo, continúa con su acción, ya que "el dolo abarca consecuentemente la conciencia y la voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley"¹¹⁰.

Excepcionalmente se ha admitido por algunos autores españoles

¹⁰⁷ Polaino Navarrete entiende que "el consentimiento del ofendido sustenta relevancia típica, derivada de la propia naturaleza del objeto jurídico protegido, en cuanto bien individual plenamente disponible por su titular, cuya privacidad permite hacer extensible el ámbito de la relevancia justificante" (POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 202).

Sobre el tema nos hemos expedido en *Teoría del delito y de la pena*, t. II, § 59. También, sobre el consentimiento, Zipf (MAURACH y ZIPF, t. I).

¹⁰⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 36. Se cita para fundar la posición un fallo (J. A. 1959-VI-511): "La acción se debe cumplir en forma manifiestamente contraria a la ley y demostrativa del propósito ilícito con que se obra, sin justa causa. No sucede esto si la internación del demente revela la intención de procurar una asistencia médica eficaz".

¹⁰⁹ BARREIRO, Agustín Jorge, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 467.

¹¹⁰ LANDROVE DÍAZ, ob. cit., p. 65.

(Polaino Navarrete y Rodríguez Devesa) la posibilidad de que la figura admita la modalidad culposa, cuando se trata de las detenciones ilegales¹¹. Sin embargo, esta solución no es admisible en el Derecho argentino.

8. Autoría y participación

No hay problemas mayores en este tema, ya que al no ser un delito especial propio o de propia mano, tanto se puede dar la autoría directa como la mediata.

Serán cómplices los que ayuden al autor, como, por ejemplo, el que facilita un lugar para mantener a la víctima.

9. Consumación y tentativa

Se trata de un delito material y se consuma en el momento en que se produce la privación de libertad, siendo suficiente que dure un mínimo espacio de tiempo¹². Núñez dice que no basta con que la privación de libertad se haya producido sino que la misma debe ser "significativa"¹³.

Se trata de un delito permanente, esto es, que estamos "ante una infracción en la que el proceso ejecutivo y el estado antijurídico creado se prolonga en el tiempo, más allá del momento de la consumación y hasta que cese el estado de privación de libertad ambulatoria de la víctima"¹⁴. La cuestión es de vital importancia porque permitiría even-

¹¹ Polaino Navarrete (ob. cit., p. 204) analizando la figura de detención ilegal reflexiona expresando que "El tipo de detención ilegal no es un tipo de los subjetivamente configurados. Pero no tiene que ser necesariamente un tipo doloso, puesto que ningún elemento subjetivo exige la presencia del dolo. La estructura del tipo dogmáticamente admite tanto el dolo como la culpa. Es una cuestión político-criminal dilucidar si se incrimina la conducta típica de la privación de la libertad sólo cuando tal acción se realice dolosamente o si se ha de considerar también punible, aunque por supuesto conminada con menor pena, cuando la conducta se cometa culposamente". Concluye después que actualmente "La forma culposa de concreción del tipo se mantiene impune, se deja en la atipicidad, carece de relevancia penal. La tipicidad de la privación de la libertad de movimiento personal es únicamente referida a la conducta dolosa del autor que lesiona tal bien jurídico protegido".

¹² BALFREIRO, ob. cit., p. 465.

¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 36 (en contra Buompadre).

¹⁴ BARREIRO, ob. cit., p. 466.

tualmente, hasta la liberación, la legítima defensa. La doctrina nacional ha opinado en el mismo sentido, en cuanto a que se trata de un delito que puede ser permanente, es decir, que la acción se prolonga mientras no cesa la privación de libertad¹¹⁵.

El tipo admite la tentativa, tanto la acabada como la inacabada, pero, como se ha observado, al ser un delito permanente tales grados de ejecución sólo pueden ser posibles en las etapas previas de la consumación y no en la fase de permanencia posterior¹¹⁶.

VII. Figuras agravadas de la privación ilegal de la libertad (art. 142, Cód. Pen.)

El artículo 142 del Código Penal agrava el tipo básico descrito en el artículo 141 cuando se dan circunstancias especiales, que de manera general se puede decir que lo son, tanto en la comisión del hecho delictivo de privación ilegal de la libertad como si el autor tiene fines o características especiales, por la duración de la privación y por los daños que se puedan ocasionar a la víctima.

En todos los casos que se analizarán, se parte de que son agravantes a la privación de libertad que, como es obvio, debe ser ilegal, y deben tener, al ser agravantes del tipo penal básico, los elementos de éste más los que llevan a que la pena sea de dos a seis años de prisión o reclusión.

El artículo 142 establece que: "Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

"1º. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza.

"2º. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

"3º. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor.

¹¹⁵ NÚÑEZ y CREUS, ob. cit., ps. 36 y 278, respectivamente.

¹¹⁶ Díez RIPOLLES, ob. cit., t. I, p. 747.

"4°. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública.

"5°. Si la privación de la libertad durare más de un mes".

1. *Agravantes por la intención del autor*

El inciso 1° expresa: "Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza".

Se describen en este inciso cuatro formas de agravamiento, pudiendo algunos concurrir, lo que, si bien no produce una nueva agravante, sí aumenta el injusto de la conducta, que tendrá consecuencias en la medición de la pena, al haber también una mayor culpabilidad.

a) *Violencia o amenazas*

La primera agravante es cuando la privación de libertad se comete con violencia¹¹⁷.

La violencia puede ser en este caso física, que se ejercita sobre el cuerpo de la víctima como sobre terceros que tratan o pueden llegar a impedir el hecho, corporalmente y utilizando fuerza.

La violencia, entendida como despliegue de una energía física sobre otro, puede ser sobre el cuerpo de la víctima o de un tercero que trata de impedir o repeler el hecho. Se admiten también los medios equiparados a la energía física (art. 78, utilización de medios hipnóticos o narcóticos)¹¹⁸.

La violencia absorbe sólo aquellas lesiones necesariamente presupuestas por la misma (equimosis, pequeñas escoriaciones). De modo que lo que supere este tipo de daño corporal concurre materialmente, aunque hay que estar atento debido a lo dispuesto por el inciso 3° que agrava cuando se produce un grave daño a la salud¹¹⁹.

La amenaza (*vis compulsiva*) debe entenderse como el anuncio de un mal grave para la víctima o un tercero, esto es, un peligro

¹¹⁷ SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra la libertad*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 27; CREUS, ob. cit., t. I, p. 301.

¹¹⁸ CREUS, ob. cit., p. 280. En el mismo sentido Solsona y Buompadre.

¹¹⁹ SOLER, ob. cit., p. 39. En la misma dirección Creus: "no parece dudoso que la figura agravada absorbe esas lesiones" (ob. cit., t. 2, p. 302).

cualquiera que es capaz de determinarlo a obrar de una manera orientada a los fines de no ser sometido a ese mal anunciado¹²⁰.

b) *Fines religiosos*

La privación de libertad se produce con fines religiosos, esto es, el autor tiene, además del dolo, una idea de origen religioso que debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de cualquier privación de libertad que se encuentre inspirada en un móvil religioso¹²¹.

El fin religioso, como bien se ha expresado, tanto puede ser el encerrar a una persona en un monasterio o el mantenimiento en un lugar similar, en contra de la voluntad de la persona, como también si el fin fuera contra la religión, esto es, para que la persona no entrara en un monasterio o para impedirle ir a un lugar de culto¹²². Núñez opina que existe un fin religioso si el delito tiene por objeto excluir o limitar, o si tiende a perturbar los actos o ceremonias de un culto, cualquiera que éste sea. También se daría en el caso de que el objeto fuera el apoyo o beneficio de una religión. Concluye que nada hace pensar que el legislador al referirse a "fin religioso" solamente haya tenido la intención de mencionar la finalidad que se propuso el sujeto activo, sino sólo el móvil religioso del autor¹²³.

La ley se refiere a cualquier religión y no a alguna específicamente. El tipo no requiere que el fin propuesto se logre¹²⁴.

c) *Fines de venganza*

Dentro de este contexto deben interpretarse los fines de venganza que agravan el tipo básico. Debe diferenciarse la venganza del odio, ya que el segundo no es suficiente, es decir, que la ley requiere, para parte de la doctrina, que el delito sea "la reacción del autor frente a

¹²⁰ MORENO, ob. cit., p. 371.

¹²¹ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 40.

¹²² SOLER, ob. cit., t. IV, p. 46.

¹²³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 38.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 281. El hecho se encontraría consumado aunque el sacerdote a quien se lo privó de libertad con la finalidad de que no oficiara misa, lograra liberarse y llevara adelante el oficio religioso.

un daño o agravio supuesto o existente, cualquiera que fuera su índole o medida"¹²⁵. También se admite la venganza transversal¹²⁶.

2. *Agravamiento por el vínculo*

El inciso 2º agrava el tipo básico: "Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular".

La doctrina ha sostenido de manera mayoritaria que la agravante no se funda en el vínculo de sangre, como había pretendido primigeniamente Moreno, ya que la ley excluye descendiente. De modo que tal como está redactada la norma, especialmente en su última parte, la razón de la agravante encuentra fundamento en la situación de respeto que el autor debe a la víctima y que vulnera menospreciándola al privarla de su libertad¹²⁷.

La agravante se encuentra circunscripta a los ascendientes, hermano y cónyuge, no alcanzando la agravante al parentesco por afinidad, ni al vínculo por adopción, pero sí respecto de los hermanos, unilaterales o bilaterales¹²⁸.

Cuando se habla de cónyuge, la agravante no alcanza a las relaciones de concubinato, ni tampoco los matrimonios simulados o aparentes, efectuados sin la debida presencia del oficial público que legitima el acto¹²⁹. Pero acierta Soler que el tipo abarca a ambos cónyuges, ya que el marido no tiene derecho a limitar la libertad de la mujer¹³⁰.

¹²⁵ LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial* cit., citando a NÚÑEZ, vol. I, p. 128.

¹²⁶ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 41. Núñez nos dice que respecto del "fin de venganza" no basta, por consiguiente, el simple odio o el despecho del autor respecto del sujeto pasivo o de otra persona, sino que es un requisito indispensable que el delito sea la reacción del autor frente al daño o agravio supuesto o existente, cualquiera fuese su índole o medida. Tampoco basta la concomitancia del delito con un daño o agravio inferido al autor o a otra persona, sino que es necesario que aquél responda a éste (NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 39).

¹²⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 304; SOLER, t. IV, ps. 46/47.

¹²⁸ Conf. BUONPADRE, ob. cit., p. 41.

¹²⁹ Todas aquellas uniones que se realizan fuera de lo dispuesto en la ley 23.515.

¹³⁰ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 47.

Al igual que en la agravante del artículo 80, inciso 1º, del Código Penal, entendemos que el aspecto subjetivo del tipo se completa con el conocimiento del autor, en el sentido de que sabe que desarrolla su acción contra una persona que es su ascendiente, cónyuge o hermano¹³¹. El error o la ignorancia elimina la agravante.

En referencia a la persona o "individuo a quien se deba respeto particular", se incluye toda persona que entre en esta idea, como lo serían los tutores o los maestros, es decir, toda aquella persona a la que el autor le deba un "respeto especial", que es mejor decir, como lo hace Núñez, un "acatamiento personal"¹³².

3. *Agravante por el resultado*

El inciso 3º afirma: "Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor".

La redacción de este inciso debe ser analizada y realizar una interpretación dogmática armónica con otras disposiciones del Código, tanto en este título como en otros, especialmente el de las lesiones. Soler, preocupado por este problema, sostuvo que se trata de una figura preterintencional, debido a la expresión "si resultare". Por lo tanto, el daño a la salud debe ser producido por la privación de libertad y no con intención de provocar esas lesiones¹³³. Siguiendo esta idea, la doctrina mayoritaria excluye la producción dolosa de lesiones graves o gravísimas (arts. 90 y 91)¹³⁴. La figura hace referencia a la producción de un resultado preterintencional. Los resultados referidos por la figura deben ser consecuencia de la privación ilegal de libertad¹³⁵. El otro argumento de Soler es que si la expresión grave daño se refiere a las lesiones graves, producidas para lograr el secuestro, el inciso 3º estaría autoexcluyéndose en todos los casos, dada la penalidad contenida en

¹³¹ En el mismo sentido Vázquez Iruzubieta y Duompadre.

¹³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 41. En el mismo sentido Solsona, quien agrega a los benefactores particulares (SOLSONA, ob. cit., p. 29).

¹³³ SOLER, t. IV, p. 47.

¹³⁴ Cabe acotar que la cuestión no es tan sencilla, ya que las lesiones graves no tienen pena mayor (6 años), que es la pena de este artículo.

¹³⁵ Conf. Núñez, Fontán Palestra y Soler.

el artículo 90; resultado que sería impedido, por otra parte, por el inciso 1º, que habla del hecho cometido con violencia¹³⁶.

Fontán Balestra, coincidiendo con Soler, entiende que "la ley se refiere a las lesiones preterintencionales que resulten de la privación de la libertad, no abarcadas, directa ni indirectamente, por el dolo"¹³⁷.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, los autores ponen como ejemplos de este inciso la enfermedad contraída por el lugar en que se dejó a la persona, el aborto sufrido por shock, y más aún el daño a la persona, por ejemplo al encerrar a una mujer en un prostíbulo¹³⁸.

Para Creus, en cambio, las lesiones gravísimas terminan en el inciso 3º¹³⁹.

El grave daño a los negocios importa el perjuicio patrimonial que haya resultado para la víctima a consecuencia de la privación de libertad. Comprende el daño emergente y el lucro cesante¹⁴⁰.

4. *Agravante por simulación de autoridad*

El inciso 4º establece: "Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública".

No se trata en este inciso del artículo 142 de que la privación de libertad sea llevada a cabo por un funcionario o autoridad pública, sino que se cometa por alguien fingiendo poseer tal condición o contar con una orden proveniente de una autoridad o funcionario público para privar de libertad a una persona¹⁴¹. De este modo la ejecución

¹³⁶ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 47.

¹³⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 284.

¹³⁸ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 48.

¹³⁹ CREUS, ob. cit., t. I, p. 396.

¹⁴⁰ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 284. Moreno por su parte opina que "es indudable que se pueden perjudicar grandemente con la detención del dueño de los mismos (refiriéndose a los negocios). Todo esto, naturalmente, no excluye la exigencia para la reparación del daño pecuniario" (MORENO, ob. cit., p. 373).

¹⁴¹ Conf. BUONPADRE, ob. cit., p. 42. Moreno nos dice en su comentario que "El Código castiga en el capítulo correspondiente al que usurpa autoridad, o sea al que ejerce funciones que no le corresponden. En esta parte la usurpación de funciones no constituye el delito principal, sino el medio para cometerlo. El agente que se vale del mismo engaña a la víctima, la cual cede a la creencia de que se realiza con ella

de la privación de libertad se hace más fácil, lo que demuestra el mayor desvalor del acto¹⁴².

La simulación implica una especie de ardid que se utiliza para hacer caer en error a la víctima y privarla de su libertad. La autoridad y la función pública a que se hace referencia tienen que ver con lo ya afirmado en esta obra, pero, en el caso concreto, deben ser aquellas autoridades o funcionarios que tengan competencia para detener. Por eso ha podido decir Díez Ripolles que deben ser funciones públicas cuya relación con las competencias de detención tenga, según la percepción social cotidiana, una base firme, aunque no tenga base legal, y despierte racionalmente en la víctima la idea de que esa persona puede detener¹⁴³ (por ej., un juez de instrucción o de garantías, un policía). La agravante no concurre si la autoridad que se simula no es de aquellas que tienen competencia, por lo menos racionalmente y dentro del contexto dado, para privar de libertad a los individuos.

La orden de que se vale la persona que realiza la conducta también debe ser simulada, es decir, tiene "que imitar la comunicación de la disposición de la autoridad competente que imparte la orden de privación"¹⁴⁴.

Por último, para que se dé la agravante, debe haberse suscitado un error en la víctima a través del engaño que conlleva la simulación, ya que si la víctima conoce que se trata de una situación fingida por el sujeto activo no nos encontraríamos frente a la agravante descrita en esta figura.

5. *Agravamiento por el tiempo*

El inciso 5º expresa: "Si la privación de la libertad durare más de un mes".

un acto, si no justo, por lo menos legítimo, al que debe obediencia, manteniendo la seguridad de que las cosas se aclararán y mantendrán en su verdadero quicio". Pone Moreno el ejemplo de quien "...se disfraza, por ejemplo de agente de la autoridad para consumar su delito, comete, en rigor, dos infracciones, y de ahí la mayor severidad en la represión. El Código incrimina, no sólo al que simula ser autoridad, sino al que invoca la orden de aquélla" (MORENO, ob. cit., p. 373).

¹⁴² DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., t. 1, p. 751.

¹⁴³ Ídem nota anterior, p. 752.

¹⁴⁴ CREUS, ob. cit., p. 281.

La figura es clara en cuanto a que la privación ilegal de la libertad debe ser superior a un mes. El plazo debe contarse tal lo dispuesto en el Código Civil (arts. 25 y 26) en relación con el artículo 77, segundo párrafo, del Código Penal¹⁴⁵, por lo que Soler aclara que un mes no equivale a treinta días.

La privación de libertad, a los efectos de la agravante, debe exceder de un mes, cualquiera fuese el plazo que supere ese tiempo. Creus nos dice, acertadamente, que la privación de libertad que dura exactamente un mes, sin superar ese lapso, no sale de la figura básica¹⁴⁶.

Muñoz Conde, en referencia al Derecho Penal español, explica la significancia de que en aquel ordenamiento se trate de un tipo cualificado (art. 163, inc. 3º, Cód. Pen. español), entendiendo que la prolongación en el tiempo de la detención, que es un delito permanente, lleva a que la privación de libertad se pueda prolongar indefinidamente. Es por ello que la norma mencionada supra impone la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días¹⁴⁷.

VIII. El tipo penal del artículo 142 bis¹⁴⁸

El artículo 142 bis establece que: "Se impondrá prisión o reclusión

¹⁴⁵ Moreno nos aclara que el artículo castiga "especialmente la mayor duración de la detención, adoptando los principios ya consagrados en el proyecto del Dr. Tejedor y en el Cód. de 1886. La detención por más de un mes tiene los caracteres de un secuestro, y es lógico que el Código aplique una pena mayor, considerando al hecho como más grave" (MORENO, ob. cit., ps. 373/374). El proyecto Tejedor en el art. 279 preveía: "El que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo, y el que proporcione casa o lugar para la detención o encierro, sufrirá prisión de tres años: 1º Si la secuestración dura más de un mes..." "Los antecedentes que se citan son el art. 300 del Código peruano y los arts. 405 y 406 del Cód. Pen. español. Por el primero la detención ilegal que dura menos de veinte días sin circunstancia agravante, tiene pena de prisión mayor, y por el segundo, de reclusión temporal si pasa de veinte días, o reúne las otras condiciones de los incs. 2º y 3º de este artículo" (ZAFFARONI y ARNEDEO, ob. cit., t. 1, p. 394). El art. 155 del Cód. Pen. de 1886 en su inc. 4º se refería a la "secuestración" con duración mayor de un mes (Código Penal de 1886; ZAFFARONI y ARNEDEO, ob. cit., t. 2, p. 50).

¹⁴⁶ Conf. CREUS, ob. cit., p. 282.

¹⁴⁷ Conf. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 154.

¹⁴⁸ En el Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación de

de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”.

“La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

“1. Si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad;

“2. En los casos previstos en el artículo 142, incisos 2º y 3º de este Código.

“Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua”.

1. *Antecedentes*

El nuevo tipo penal, que no es otra cosa que una forma especial de privación de la libertad, tiene, en parte, como antecedentes, el decreto-ley 21.338, que lo había incorporado en el artículo 142, inciso 6º, y que tenía a su vez como antecedente la ley 20.642, del 28 de enero de 1974¹⁴⁹.

No se puede dejar de mencionar como antecedente de la norma el decreto-ley 18.701, del 2 de junio de 1970, sancionado por el gobierno militar debido al secuestro y muerte del teniente general Aramburu, que a su vez fue derogado por el decreto-ley 18.953. Especialmente en la última parte en que se castiga la causación de la muerte con lesiones gravísimas a la víctima.

No puede dejar de recordarse tampoco que el primero de los decretos imponía la pena de muerte o la reclusión perpetua, y que ya la

fecha 6-12-73 y en referencia a la incorporación del art. 142 se expresa que: “La sanción del proyectado art. 142 bis es de vastos alcances y, con las circunstancias calificativas de agravación que contiene obedece a la necesidad de reprimir severa y adecuadamente conductas que al presente, por su notable auge, no es posible disimular y han llevado a la zozobra de la población. Con él se logra ampliar el tipo penal correspondiente en lo relativo a la acción material y en lo que concierne a su elemento subjetivo; agravar la sanción en todos los casos, llevándola a límites que por supuesto, impiden la excarcelación y resultan ajustados a la extrema peligrosidad demostrada por sus autores, y agravarla aún más cuando las víctimas fueren mujeres, menores de dieciocho años de edad, parientes o personas merecedoras de respeto particular o se ocasionen graves daños o la muerte del ofendido” (*Diario de Sesiones*, ps. 2922/2923, Cámara de Senadores de la Nación, 20-12-73).

¹⁴⁹ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *La reforma penal. Ley 21.338, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1977, p. 115.

norma en ese momento¹⁵⁰ había sido severamente criticada por la doctrina, y que nunca tuvo aplicación práctica, ya que oficialmente no hubo pena de muerte dictada por ningún juez, ni por esta ni por ninguna otra ley semejante en la Argentina¹⁵⁰, en esa época.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente cabe hacer notar que de a poco y después del año 1983 en que ha vuelto la democracia en la Argentina, se han ido incluyendo tipos penales que habían sido incorporados, en su momento, por las distintas dictaduras que venía sufriendo el país. Esto sucede por la reticencia que el legislador ha tenido para realizar una revisión completa del Código Penal y adecuarlo a las circunstancias actuales. Con lo cual siguen siendo todos parches que se van colocando al Código Penal, que tal como se expuso en su momento, es más la confusión que se lleva a este tipo de delitos que la aclaración que el bien jurídico merece.

2. Bien jurídico

Se trata de una privación de libertad cuya pena lleva a sostener que el bien jurídico es más que la libertad de la persona, que es más amplio, ya que se protege, además de la libertad física, la libertad de determinación de la persona, que, debido a su privación de la libertad, es además obligada a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad.

Por lo tanto no es una agravante del artículo 141 del Código Penal sino que, por la redacción, queda como un tipo penal autónomo, especialmente porque las conductas son distintas y los fines del autor también.

La valoración que ha hecho el legislador sobre la conducta, en este caso, es altamente desvaliosa, ya que el tipo básico tiene una pena de cinco a quince años y las agravantes, en los casos que la víctima sea menor de dieciocho años o sea mujer, elevan la pena a prisión o reclusión perpetua, si resultare la muerte de la persona ofendida.

3. Tipo objetivo

Ya hemos afirmado que no se agravan las circunstancias del ar-

¹⁵⁰ MORAS MOM, Jorge y DAMIANOVICH, Laura, *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1972, ps. 109 y ss.

tículo 141, esto es, el tipo penal en cuestión no es el tipo del artículo 141 del Código Penal, sino que se trata de conductas distintas, como se puede ver con la sola lectura del delito en cuestión.

El legislador no habla de "privar de libertad", simplemente, sino que utiliza tres verbos: sustraer, retener u ocultar¹⁵¹.

El delito se tipifica, por lo menos desde el punto de vista objetivo, en primer lugar "sustrayendo", con un fin determinado. Esto implica conducir al sujeto pasivo a un lugar diferente de donde se encontraba, por supuesto, en contra de su voluntad. Basta con el apartamiento de la persona de la esfera donde se desarrolla su vida en libertad, aunque el autor no consolide el dominio sobre ella, al decir de Creus¹⁵². Y esta interpretación que la doctrina le ha dado tiene sentido con el significado de la palabra, ya que sustraer significa, en su tercera acepción, "apartar a alguien de algo, o hacer que lo evite"¹⁵³, aunque el autor no consolide el dominio sobre ella. Puede darse el caso de que se logre sustraer a la persona y luego se pierda contacto con ella, o ésta sea nuevamente sustraída por un tercero, lo que no le quitará el carácter de típica a la conducta.

La sustracción tanto se puede hacer mediante ardid o de manera violenta, ya que la ley no especifica vía alguna.

El otro verbo típico utilizado es el de "retener", es decir, mantener al individuo víctima del hecho en un sitio donde no quiere permanecer. Creus opina que la acción de retener implica hacer permanecer a la víctima fuera de la esfera donde se desarrolla su vida en libertad, durante un lapso más o menos prolongado de tiempo¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

"Ocultar" a la víctima significa esconder al sujeto pasivo o hacerlo desaparecer temporalmente¹⁵⁶ de la vista de terceros¹⁵⁷. Creus afirma

¹⁵¹ En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 44, y CREUS, ob. cit., p. 287.

¹⁵² CREUS, ob. cit., t. I, p. 310.

¹⁵³ SECO y otros, *Diccionario del español actual* cit., t. II, p. 4226.

¹⁵⁴ CREUS, ob. cit., p. 288.

¹⁵⁵ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 762: Este autor insiste en el elemento subjetivo implícito, que es el fin de conseguir u obtener algo más, que no siempre es patrimonial.

¹⁵⁶ SOLSONA, ob. cit., p. 32.

¹⁵⁷ Buompadre opina que las últimas dos conductas típicas (retener y ocultar) "carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona sustraída" (ob. cit., p. 45).

que ocultar es llevar a cabo cualquier actividad que impida o dificulte la posibilidad de que la víctima sea reintegrada a la esfera de la que ha sido sustraída por medio de la acción de terceros que quiebren la custodia que el agente ejerce sobre ella¹⁵⁸, agregando que para que la conducta entre en este artículo, en el caso de que la retención o la ocultación sean realizadas por un agente que no intervino en la sustracción, debe saber o tener conocimiento de la previa sustracción.

La exigencia de hacer o no hacer, o tolerar algo, no convierte a este tipo penal en un delito de resultado, sino que el delito se consuma en el instante que se priva de "libertad para". En este sentido, los comentaristas del texto anterior afirmaban que no es preciso que el coaccionante consiga que se haga, no haga o se tolere lo que se exige, ya que la finalidad perseguida con el obrar es lo que cualifica al tipo. Por eso, Fontán Balestra y Millán concluían que se trata de un delito de privación de libertad dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico¹⁵⁹.

4. Tipo subjetivo

El delito es doloso y, atento al elemento subjetivo del tipo que se encuentra en la norma, no hay otra alternativa que admitir el dolo directo. En otras palabras, el autor sustrae, retiene u oculta con un fin determinado: "obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

Creus hace una comparación entre el tipo penal actual y el que fue dictado por el decreto-ley 18.953, que en este aspecto afirma que la palabra "obligar" es distinta a la expresión *compeler* que estaba en la fuente; por lo tanto, "obligar" puede ser tanto la coacción psíquica o la puramente física¹⁶⁰.

En cuanto a tolerar algo contra su voluntad también difiere con la fuente que hablaba de "a lo que no estuviese obligado". En su momento, la doctrina había dicho que esta última era la expresión correcta, ya que, al definir la coacción en el artículo 149 bis, segunda

¹⁵⁸ CREUS, ob. cit., t. I, p. 310.

¹⁵⁹ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 116.

¹⁶⁰ CREUS, ob. cit., p. 310.

parte, se refiere el Código expresamente a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, y se afirmaba expresamente: "és un error de la ley 20.642, no se trata aquí de la voluntad de la víctima sino de su obligación y del derecho del autor. Alguien puede no tener voluntad de devolver algo que recibió a título de consignación o depósito y no podría acusarse de coacción a quien entregó la cosa por amenazar a quien la tiene con mandarlo a la cárcel si no la devuelve"¹⁶¹.

En este sentido se debe diferenciar de la coacción (art. 149 bis), pues en ésta la amenaza recae sobre un mal futuro, mientras en el tipo penal en estudio, el mal que es la privación de la libertad ya se ha producido y con el ilícito sustento de ella se ejerce coacción¹⁶².

5. *Sujetos*

El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que la ley no ha especificado al autor del hecho.

El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona, aunque acá sí la ley ha hecho una distinción, ya que la exigencia de hacer, no hacer o tolerar algo puede ser a la persona privada de libertad o a un tercero.

6. *Agravantes*

El segundo párrafo del artículo 142 bis agrava el delito elevando las penas en su máximo y en su mínimo, quedando establecida de diez a veinticinco años de prisión o reclusión. Así también en la última parte se establece la pena de prisión o reclusión perpetua si resultare la muerte de la persona ofendida.

a) *Agravante en caso de que la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años*

Esta agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima. Cuando se refiere a mujer, no se establece un límite de edad¹⁶³.

¹⁶¹ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 116.

¹⁶² Ídem, ps. 116/117.

¹⁶³ Buompadre señala que si la víctima (mujer) se encuentra casada con el autor el hecho se desplaza a la figura agravada del art. 142, inc. 2°.

No se entienden bien los motivos por los cuales se agrava el tipo penal en los casos de ser mujer, dada la igualdad de los sexos prevista por la Constitución Nacional.

Sí se entiende la agravante en los casos de la minoridad de edad, aunque tampoco es lógico que se haya dejado de lado al incapaz. Esta agravante se basa sin duda alguna en el desvalor de acción del comportamiento del autor debido a la situación de superioridad física y mental en que se encuentra el sujeto activo frente al sujeto pasivo, lo que lleva a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho¹⁶⁴. Menor de edad es sólo el menor de dieciocho años, contrariamente a lo establecido en el Código Civil (arts. 126 y 128), que prevé la minoridad de edad en los veintiún años.

b) *Agravantes genéricas*

En este caso el artículo remite a las agravantes de los incisos 2º y 3º del artículo 142, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas oportunamente al tratar esa figura.

c) *Muerte de la víctima*

En la última parte del artículo se agrava la pena si resultare la muerte de la persona ofendida¹⁶⁵⁻¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

La muerte ocasionada a la víctima (persona ofendida por el hecho), cuando ésta es independiente o desvinculada de la privación de libertad no tipifica la agravante.

¹⁶⁴ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 753.

¹⁶⁵ CREUS, ob. cit., t. I, p. 304.

¹⁶⁶ Buompadre habla de una "reagravante" (ob. cit., p. 46).

¹⁶⁷ Resultan ser antecedentes de esta norma los decretos-leyes 18.707, 18.953 y 21.338. "La primera sancionada el 2-7-70, imponía pena de muerte cuando con motivo u ocasión de una privación ilegal resultaba una muerte o lesiones gravísimas para alguna persona. La segunda amenazaba con la pena de muerte o reclusión perpetua, con más la aplicación facultativa de la medida de seguridad del art. 52, si con motivo u ocasión del secuestro se causare la muerte o lesiones gravísimas de la víctima. La última ley había establecido en el artículo 142 ter del Código Penal, pena de muerte o de reclusión perpetua cuando con motivo u ocasión de la privación de libertad se causare a la víctima la muerte o lesiones gravísimas y mediaren, en este último caso, fines subversivos" (FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Parte especial*, act. por Ledesma, p. 319).

Cuando se comentó en su momento el decreto-ley 21.338, los autores discutieron qué relación tenía la muerte con la acción de privación de la libertad. La idea era que la muerte debía ser consecuencia de las condiciones en que se cumplía la privación de la libertad, de su duración, o por la acción desplegada por el autor para consumir dicha privación de la libertad¹⁶⁸.

También se incluía la muerte si la víctima había querido escapar o si había sufrido agresiones, siempre producto de la privación ilegal de la libertad. Otros autores habían sido más duros con la norma y habían sostenido lo siguiente: "Se incorpora a nuestro Derecho Penal, un nuevo delito calificado por el resultado, categoría sobre la cual tanto se ha escrito para fundar, precisamente, la necesidad de su eliminación. Resabio de las legislaciones fieles a la responsabilidad objetiva, el legislador parece olvidar en ciertos tipos penales, la necesidad de una coincidencia, entre los alcances de la culpabilidad y la responsabilidad penal resultante, y hace variar la cuantía y gravedad de ésta según la mayor extensión del daño que la acción ha provocado..." Y terminaban afirmando: "La fórmula, con motivo u ocasión, explicativa de las circunstancias en que ha de producirse la muerte de la víctima ensancha la esfera de aplicación del precepto, en que aquélla no ha sido causada por la acción típica de privar a otro de su libertad personal"¹⁶⁹.

Por eso la doctrina sostuvo que el síncope cardíaco acaecido durante el cautiverio, el incendio del lugar donde estaba capturada la víctima, la evolución normal de una enfermedad, no constituyen circunstancias agravantes¹⁷⁰.

Como un resultado debe imputarse tanto subjetiva como objetivamente está claro que el resultado muerte de la persona ofendida, que conlleva pena de prisión o reclusión perpetua, tiene que tener relación directa con la privación de libertad, de manera que causas accidentales no pueden ser imputadas al autor.

¹⁶⁸ LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, R.1, p. 134; CARRERA, *Delitos contra la libertad individual*, en J. A. Doctrina 1972-170; NÚÑEZ, *Análisis de la ley 21.338*, p. 47.

¹⁶⁹ MORAS MOM y DAMIANOVICH, *ob. cit.*, p. 111.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 114.

Ahora bien, desde un punto de vista subjetivo la imputación sólo tiene que ser a título doloso, incluyéndose el dolo eventual, pero de ninguna manera se debe aceptar la culpa.

No ha sido ésta la interpretación doctrinaria, ya que Creus y Ledesma entienden que la agravante abarca los homicidios culposos, los preterintencionales y los dolosos, quedando excluidos los casos fortuitos.

Núñez por su parte entiende que la agravante alcanza a los homicidios dolosos y los preterintencionales, excluyendo los culposos.

Cuando el agente quiere la muerte de la víctima ya privada ilegalmente de la libertad y la produce, ambas figuras concurrirían materialmente (art. 55, Cód. Pen.).

IX. El delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionarios públicos

1. *Antecedentes históricos*

La original disposición del artículo 143 del Código Penal fue duramente criticada, con justa razón. Se afirmaba que bajo una única escala penal, se entremezclaron hechos diferentes, no sólo en cuanto a su contenido, sino a su gravedad. Se había tomado como base el proyecto de 1891. Fundamentalmente coincidía la doctrina en destacar la poca pena impuesta para estos delitos¹⁷¹.

Soler había dicho que aparecían "mezcladas pequeñas faltas u omisiones con crímenes de extraordinaria gravedad y, en general, abusos de autoridad que resultaban privilegiados con relación a la figura genérica del abuso de autoridad (art. 248, Cód. Pen.), precisamente cuando además incidían en uno de los más preciados bienes jurídicos, constituyendo la manifestación más repudiable de la prepotencia y del menosprecio a las libertades civiles"¹⁷². Se ha subrayado como incomprensible que mientras la figura genérica del abuso de autoridad del artículo 248 del Código Penal establece una pena de un mes a dos

¹⁷¹ Art. 143 en su composición la pena establecida es de "un mes a un año de prisión e inhabilitación por doble tiempo".

¹⁷² SOLER, ob. cit., p. 43, citando Exposición de Motivos del proyecto de 1891.

años e inhabilitación por doble tiempo, en el caso de ataques a la libertad (art. 143, Cód. Pen.) cometidos con abuso de autoridad, la pena prevista era de un mes a un año de prisión e inhabilitación por doble tiempo.

Es así que con el ánimo de subsanar los errores expuestos se sanciona la ley 14.616 de 1958. El contenido en lo esencial fue mantenido por el decreto-ley 21.338, con algunas modificaciones en la normativa dada en la ley 23.077, modificándose por ley 23.097 del 28 de septiembre de 1984, la que formuló reformas al artículo 144 del Código Penal, incrementando la escala penal, introduciendo, a su vez, modificaciones en lo relativo a los sujetos activo y pasivo, así como a la descripción del tipo. Por último agregó los artículos 144 cuarto y 144 quinto.

La pena del artículo 143

La pena prevista por el artículo en el caso de los seis incisos es la de "reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo".

2. Retención ilegal de una persona detenida

"1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar"¹⁷³.

a) Antecedentes

En el proyecto de Tejedor el delito se encontraba previsto y penado en el libro destinado a los delitos que cometiesen los empleados pú-

¹⁷³ El precepto de nuestra ley se encuentra en términos análogos en los proyectos de 1891 y 1906. En el Código de 1886 se consigna en el primer inciso del art. 143 y entre los delitos de abusos de autoridad, como en el proyecto del Dr. Tejedor.

"La disposición comprende dos casos: la del funcionario que no ordena la libertad que se encuentra obligado a pronunciar y la del funcionario que no cumple con la orden que haya recibido". En ambos casos, como apuntaba la nota del Proyecto Tejedor, "...no hay que ceñirse a la letra estricta, y entender que el juez o el empleado son delinquentes por una ligera demora más o menos justificada. El delito existe ante el dolo o el descuido manifiesto" (MORENO, ob. cit., p. 379, citando el Código Penal español de Joaquín Francisco Pacheco).

blicos y en el capítulo de los abusos de autoridad¹⁷⁴. Es interesante recordar la nota que, citando a Pacheco, afirmaba que era indispensable para penar al juez que se justificara gran ignorancia o notorias malas intenciones, y decía: "Por meras equivocaciones, por puntos en que pueda haber diferencia de pareceres, por liberaciones o prisiones dudosas, claro está que no han de decretarse los castigos de este artículo"¹⁷⁵.

El inciso comentado se encontraba ya en los proyectos de 1891 y 1906, así como en el Código de 1886 (art. 143, inc. 1º)¹⁷⁶.

b) Tipo objetivo

Según Molinario y Aguirre Obarrio, siguiendo en esto a Moreno, el tipo contempla dos situaciones distintas, la del funcionario que no ordena la libertad que se encuentra obligado a pronunciar y la del funcionario que no cumple la orden que haya recibido¹⁷⁷.

El ámbito del delito no es la privación ilegal irregular, sino que es la privación de libertad que se prolongue, con causa legal para ello, sin respetar las garantías institucionales de rango constitucional y legal¹⁷⁸.

Queda claro en el texto, como se verá, que se trata de cualquier forma de privación de libertad a un ciudadano. Pero lo esencial está en que el texto remite a los plazos y garantías constitucionales o legales, de manera que, como se ha afirmado, en este punto se encuentra el núcleo del desvalor de la infracción como tal. Con lo cual, la remisión a textos constitucionales, tal como se ha visto en el bien jurídico, es indispensable.

b.1) La primera cuestión es la del funcionario público que tenga competencia para disponer la libertad de una persona y no decreta la libertad o soltura en los casos en que la ley le obliga a hacerlo¹⁷⁹. En este supuesto, el funcionario retiene a una persona que estaba legal-

¹⁷⁴ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 379.

¹⁷⁵ Ídem nota anterior.

¹⁷⁶ Íbidem.

¹⁷⁷ Íbidem.

¹⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Delitos contra el orden constitucional*, en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Rodríguez Mourullo y otros, p. 1317.

¹⁷⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, ps. 64/65.

mente detenida y la mantiene en ese estado, pero debía el funcionario hacerla cesar. La detención es legítima pero la "retención" es ilegal. La doctrina entiende que también se alcanzan los casos como el de los contraventores, por faltas que se encuentran a disposición de los jueces competentes¹⁸⁰.

Parte de la doctrina, como se verá, opina que cuando se habla de detenido se quiere expresar la persona que se encuentra procesada o no, pero que no ha sido condenada. El preso es la persona que se encuentra condenada por sentencia firme.

b.2) La del funcionario público que es subordinado del primero y brazo ejecutor de sus decisiones. En este caso el funcionario incurre en el delito no ejecutando la orden de soltura decretada por el primero, contemplándose tanto la situación del funcionario judicial, como la del funcionario administrativo, que deben decretar o ejecutar la soltura del detenido o del preso y no la decretan o ejecutan en los casos que legalmente corresponda¹⁸¹.

En general y aceptando la distinción antes mencionada, el tipo objetivo está dado por "retener" a la persona, es decir, mantener la detención del individuo, más allá de existir la obligación, en el funcionario, de disponer la libertad del sujeto, ya sea por decisión propia o por el no cumplimiento de la orden emanada de otro funcionario competente para ello.

La persona (funcionario) investida para decretar la libertad de un individuo es el juez en el ejercicio de su función¹⁸². Ejecuta la libertad, generalmente, el personal policial en cumplimiento de la orden de soltura¹⁸³. La omisión de esta obligación representa para el personal

¹⁸⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 55.

¹⁸¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 65.

¹⁸² También puede tratarse del jefe de una dependencia policial u oficial de servicio cuando ha pasado el término por el cual se ha privado de libertad a una persona para identificación por "antecedentes y medios de vida" (por ej., diez horas en la Provincia del Chubut, ley 815). Ello más allá de la constitucionalidad o no de la ley provincial.

¹⁸³ Creus pone el ejemplo del director de la cárcel de encausados que recibe una orden de libertad expedida en un incidente de libertad provisional; el alcalde de una cárcel de penados que recibe del director una orden de ejecutar la soltura de un interno que ha cumplido su pena. En todos los casos debe tratarse de un funcionario que tenga bajo su guarda al sujeto pasivo (conf. CREUS, ob. cit., p. 290).

policial, no sólo una eventual sanción por responsabilidad penal, sino también una responsabilidad administrativa.

c) *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, y se requiere el conocimiento de la situación de la víctima (detenido o preso) de que procede la libertad o el conocimiento de la orden de soltura, y la voluntad de no disponer la libertad o de no ejecutar la orden.

Núñez opina que "se requiere la intención directa, indirecta o eventual de no liberar al detenido o preso"¹⁸⁴. Creus afirma que el tipo es compatible con el dolo eventual pero hace notar que el autor debe saber que la persona que retiene lo es de manera ilegal¹⁸⁵. El ejemplo que propone se acerca más al dolo directo que al eventual, ya que si tiene que liberarlo y envía al detenido o al preso lejos, para que no llegue la liberación, no hay duda de que se está actuando con dolo directo.

No se encuentran admitidas las formas culposas, pero debe tenerse en cuenta, como se ha hecho notar, que también está tipificado el artículo 270 del Código Penal, que es un delito contra la administración pública, y que en principio puede ser culposo¹⁸⁶, aunque Creus insiste que por especialidad se aplica este último¹⁸⁷.

d) *Sujetos*

d.1. Sujeto activo sólo puede ser el funcionario con competencia para dictar la soltura por sí mismo. En este sentido Creus pone como ejemplo al policía preventor que arresta a quien estaba en el lugar del hecho, cuando había transcurrido el plazo que autoriza la ley. El director de la penitenciaría que no dispone la libertad cuando se ha cumplido la pena; el director de la cárcel que recibe orden de libertad de un detenido y no lo hace. Pero Creus hace la aclaración de que el requisito es que el funcionario debe tener bajo su guarda al sujeto pasivo, en cumplimiento de funciones que son de su com-

¹⁸⁴ ESTRELLA, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁸⁵ CREUS, t. 1, p. 313.

¹⁸⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. II, p. 65.

¹⁸⁷ CREUS, *ob. cit.*, t. 2, p. 313.

petencia. Si sujeto pasivo está bajo otro funcionario, entonces el tipo penal es el del artículo 143, inciso 6° del Código Penal¹⁸⁸.

d.2. Sujeto pasivo: Tal como está redactada la norma sólo puede ser sujeto pasivo el detenido o el preso. Por detenido debe entenderse cualquier persona privada de su libertad legalmente, por orden de autoridad competente. En cambio, por preso, se entiende a la persona penada, esto es, que está cumpliendo una sentencia¹⁸⁹.

e) *Consumación*

El delito se consuma al momento que surge la obligación, que no se cumple, del funcionario en lo referente a disponer la soltura o ejecutar la orden. No es admisible la tentativa¹⁹⁰.

3. *Prolongación indebida de la detención*

"2°. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente"¹⁹¹.

a) *Antecedentes*

Todo funcionario que detiene a una persona tiene el deber de ponerla a disposición del juez competente, afirmaba Moreno, agregando que en el proyecto de Tejedor se fijaba un plazo de 24 horas, y el funcionario incurría en delito cuando el detenido no era puesto dentro de ese término a disposición del juez competente¹⁹². El proyecto de Villegas, Ugarriza y García y el Código de 1886 suprimieron el plazo¹⁹³.

Moreno afirmaba que la palabra retuviere, que era la usada en el Código, es suficientemente comprensiva. Si ha habido retención indebida o demora lícita la cuestión es de hecho y debe definirse en cada caso de acuerdo con la prueba¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Ídem nota anterior, p. 312.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 313.

¹⁹¹ MORENO, ob. cit., p. 380. Tanto el proyecto Villegas, Ugarriza y García como el Código de 1886 no siguieron con el plazo impuesto en el Código Tejedor y suprimieron el término.

¹⁹² MORENO, ob. cit., t. IV, ps. 379/80.

¹⁹³ Ibidem, p. 380.

¹⁹⁴ Ibidem.

b) *Tipo objetivo*

Se trata, según Soler, de una ilegalidad por incompetencia del funcionario público¹⁹⁵.

De nuevo, en esta norma, aparece como base del ilícito la violación de los derechos y garantías de las personas, que están establecidos en la Constitución y en las leyes. La idea esencial es que solamente se puede detener a una persona por orden de juez competente y, cuando eso no es así, la autoridad policial tiene un plazo legal para poner a disposición del juez competente.

En principio y en base a los artículos 18, 23 y 61 de la Constitución Nacional, son las normas procesales las que determinan los límites y plazos temporales que tiene la autoridad administrativa para poner al detenido a disposición del juez, de manera que son los códigos de procedimiento penal provinciales y el Código Procesal de la Nación. Se entiende por detención, a los efectos de darle un sentido a la norma, "el acto y subsiguiente estado de privación transitoria de libertad de una persona por ser sospechada de participación en un delito o por exigencias de obtención de pruebas, para retenerla o ponerla a disposición del tribunal de la causa, y cumplida con o sin orden de éste según los casos"¹⁹⁶. En este sentido el Código Procesal de la Nación expresa, en el artículo 280, que el arresto, que se produce cuando en las primeras investigaciones de un delito no se puede determinar al autor, no puede durar más de ocho horas. Se puede prorrogar el arresto por otras ocho horas, por auto fundado, y luego, vencido ese plazo, deberá ordenarse la detención del presunto culpable¹⁹⁷. De modo que, incumplidos estos plazos, el responsable es el juez que interviene.

El artículo 284 del CPPN autoriza a los funcionarios y auxiliares de la policía a detener en los casos de intento de delinquir, fuga,

¹⁹⁵ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 46.

¹⁹⁶ CLARÍA OLMEDO, act. por CHIARA DÍAZ, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. II, p. 361.

¹⁹⁷ El Código de Procedimiento de la Provincia del Chubut, en su art. 255, dispone que "El funcionario o auxiliar de policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial competente". Una norma similar obra en el CPP de Corrientes

indicios vehementes y flagrancia. Pero pone un límite que tiene que ver con el delito en cuestión, ya que el artículo 286 del CPPN exige que el funcionario o auxiliar que haya practicado una detención sin orden judicial deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda las seis horas, ante la autoridad competente¹⁹⁸.

Se trata de un delito de comisión por omisión consistiendo la acción en prolongar la detención de una persona, omitiendo ponerla a disposición del juez competente (por ej., el juez de instrucción), dentro de los plazos legales.

c) Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, de manera que la prolongación de la detención de la persona, sin ponerla a disposición del juez competente, por culpa, no está castigada. Caben en este caso, con más claridad, las hipótesis de dolo eventual. El error de tipo elimina el dolo, aunque sea vencible, pero es muy factible que en estos casos se den casos de errores de prohibición, que siguen las reglas generales, ya expuestas anteriormente¹⁹⁹. Creus, quien sigue con la anterior clasificación de error de hecho y error de derecho, sostiene que "el error *juris* puede recaer sobre la competencia del juez, a quien se tiene que comunicar la detención, a los efectos de poner al detenido a su disposición"²⁰⁰.

d) Sujetos

No hay nada en particular, en este caso, siempre que se tenga claro que se trata de un delito especial propio, en el sentido de que autor sólo puede ser el juez o el funcionario público que puede actuar, esto es, prolongar la detención de una persona sin llevarla ante el juez competente.

¹⁹⁸ El desarrollo del tema y bibliografía, en DONNA, Edgardo A. y MAIZA, María C., *Código Procesal Penal. Comentado*, Astrea, Buenos Aires, 1994, ps 315 y ss.

¹⁹⁹ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, § 91 y ss

²⁰⁰ CREUS, ob. cit., p. 292. No se dan ejemplos sobre el caso, pero puede suceder en las competencias ampliadas de los jueces de niños y adolescentes en donde, para el caso de que un hecho sea cometido por mayores y hayan participado en el mismo menores, deben ser puestos a disposición del juez de niños y adolescentes, siendo fuera de atracción, lo que puede plantear en las etapas de transición de los nuevos ordenamientos procesales ciertas confusiones en los operadores del sistema penal.

e) *Consumación*

El delito se consuma cuando, vencido el término para poner al detenido a disposición del juez competente, el funcionario público no ha cumplido con su obligación. Puede ser discutible la tentativa.

4. *Incomunicación indebida*

"3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido"²⁰¹.

a) *El bien jurídico*

El problema que se suscita con este tipo penal es encuadrarlo dentro de los delitos contra la libertad. Sin embargo, se trata de la protección de garantías constitucionales; en este caso, el derecho que tiene toda persona detenida a estar comunicada. Por eso expresa Cancio Meliá que en este sentido queda afectada la libertad individual de una persona²⁰². De todas formas, es válida la crítica de Soler en cuanto sostiene que en este caso se trata de una forma de apremio ilegal, que sólo se justifica en este ámbito y se afirma que la protección es más amplia que la libertad individual²⁰³.

b) *Tipo objetivo*

La incomunicación es una medida de coerción personal de carácter excepcional²⁰⁴, que sólo puede ser ordenada por las razones expresa-

²⁰¹ La disposición contenida en este inciso ya se encontraba contenida en los proyectos de 1891 y 1906. El art. 171 en su inc. 3º del proyecto de 1891 (Piñero, Rivarola y Matienzo) establecía: "El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido" (guarda relación con el art. 496 2º, Cód. español, art. 152, Cód. Pen. uruguayo y art. 437, Cód. belga. El art. 148 del proyecto de 1906 disponía en su inc. 4º "el funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido" (la pena era de prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo)" (ZAFFARONI y ARNEDEO, ob. cit., t. 2 y 3, ps. 604 y 351, respectivamente).

El proyecto Tejedor castigaba al empleado público que comunica a una persona, sin decreto judicial, a los reos sometidos a juicio, o que levanta la incomunicación ordenada por el juez (conf. MORENO, ob. cit., p. 380).

²⁰² CANCIO MELIÁ, ob. cit., p. 1319.

²⁰³ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 46, § 105.

²⁰⁴ Zaffaroni opina, creemos que con buen criterio, que "la incomunicación de una persona detenida compromete simultáneamente varios derechos humanos: la integridad física y psíquica (*stress*), el derecho a declarar libre de toda coacción, el

mente establecidas en el Código Procesal y dentro del límite establecido por la ley. Las causas que permiten la incomunicación, que deben tener base real y no ser meras opiniones subjetivas del juez que decreta la incomunicación, son que existan sospechas de que el imputado se contacte para ponerse de acuerdo con terceras personas y evitar el entorpecimiento de la investigación, de modo que se obstaculice la averiguación de la verdad real²⁰⁵.

El Código Procesal Penal de la Nación fija un plazo de cuarenta y ocho horas, prorrogable por otras veinticuatro, mediante auto fundado. La ley 25.434, de junio de 2001, ha ampliado de seis a diez horas el plazo de incomunicación policial (art. 184, inc. 8°). Si se ejerció esa facultad el juez sólo podrá prolongar la incomunicación hasta un máximo de setenta y dos horas (art. 205, CPPN). Siempre se deberá tener presente que esta incomunicación no entorpezca el derecho de la defensa.

Es que hay que tener en claro que la incomunicación es una medida de excepción, ya que en la mayoría de los casos, la detención de una persona no conlleva su incomunicación, toda vez que la libertad de comunicarse es una garantía de raigambre constitucional consagrada en las Constituciones provinciales y en las normas procesales penales, disponiéndose plazos muy exigüos para ella, veinticuatro a cuarenta y ocho horas²⁰⁶.

En base a lo expuesto, el tipo penal consiste en incomunicar a una persona de manera indebida, esto es, fuera de los casos en que la ley lo permite. La acción se lleva a cabo "incomunicando indebidamente" a una persona detenida, por parte del funcionario que impide la comunicación de esa persona con terceros, careciendo de compe-

derecho a ser tratado dignamente; el principio de inocencia y el derecho de defensa. Todo ello sin contar con que, en la práctica, es la ocasión propicia para la tortura y los apremios ilegales. En Latinoamérica hay textos legales que regulan expresamente la incomunicación de detenidos. Así, en Colombia puede durar hasta tres días, al igual que en Uruguay (art. 124), hasta seis días en Paraguay (arts. 214 y 215), etc." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl [coord.], *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 154).

²⁰⁵ DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 243.

²⁰⁶ Arts. 205, CPN; 213 del Código de Procedimientos de la Provincia de Corrientes; 181 del Código de Procedimientos de la Provincia del Chubut, etc.

tencia necesaria para disponer la incomunicación del individuo, por una parte, y no existiendo la orden respectiva, por otra parte²⁰⁷.

c) *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, de manera que no se admite el tipo culposo, tal como lo hace el Código español (art. 532), creándose en este sentido una laguna de punibilidad.

El autor debe conocer que está ante un detenido a quien incomunica fuera de las posibilidades legales.

Como es obvio, el error elimina el dolo, si es de tipo, y en caso de que sea vencible, al no existir el tipo culposo, deja a la conducta impune. Si es sobre la ilicitud, está en juego la culpabilidad del autor.

La doctrina ha señalado la posibilidad del dolo eventual, y no hay elementos para negar tal posibilidad²⁰⁸.

d) *Sujetos*

La ley habla del funcionario que tiene la guarda de un detenido. De modo que se trata de un delito especial. En base a estos argumentos, no dichos de manera expresa, la doctrina ha sostenido que el funcionario o el juez que sin tener la guarda del detenido (como en el caso del policía) decreta una incomunicación indebida, incurrirá en abuso de autoridad previsto y reprimido en el artículo 248 del Código Penal²⁰⁹.

e) *Consumación*

El delito se consuma cuando se hace efectiva la incomunicación, poniendo a la persona detenida en situación de no poder comunicarse o no permitiéndole la comunicación en un caso concreto. También se consuma cuando se deja a la persona ofendida en situación de no

²⁰⁷ CREUS, ob. cit., t. II, p. 315.

²⁰⁸ Ídem nota anterior, p. 316.

²⁰⁹ Creus (ob. cit., p. 293) pone el ejemplo del "secretario del juzgado que dispone ilegalmente la incomunicación de un detenido que se encuentra en la alcaidía de jefatura. La incomunicación tiene que ser indebida legal y reglamentariamente. No permitir que el detenido reciba visitas fuera de las horas reglamentarias destinadas a ese efecto, no constituye este delito, aunque el detenido esté en calidad de comunicado".

poder comunicarse, a pesar de existir orden en contrario, o cuando han vencido los plazos de incomunicación. En los primeros casos planteados puede admitirse la tentativa²¹⁰.

5. *Recepción irregular y colocación indebida de reos*

210. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto²¹¹.

a) *Bien jurídico*

El recibir a una persona sin testimonio de sentencia firme, que se trata de un típico delito contra la libertad, ya que para que el jefe de una prisión o quien lo reemplace pueda recibir a una persona en el establecimiento como condenado, debe tener la copia certificada de una sentencia firme, de lo contrario se estaría privando ilegalmente de la libertad a una persona, ya que sólo la sentencia firme acredita la posibilidad de detención. En este sentido, hay que afirmar que la base para iniciar la ejecución de una pena es una sentencia firme, esto es, una decisión jurisdiccional que debe ser válida, de modo que, como ha sostenido Manzini, la sentencia firme, que equivale al título ejecutivo, más la capacidad de la persona de someterse a la ejecución, constituyen los presupuestos de la ejecución penal²¹².

²¹⁰ Conf. CREUS, ob. cit., p. 315.

²¹¹ El proyecto Tejedor contenía un inciso análogo al ahora vigente en el Código Penal. En aquél "se castigaba al jefe de la penitenciaría o al que hiciera sus veces, que recibiera algún reo sin tener testimonio de la sentencia ejecutoriada en que se hubiese impuesto tal pena". El Código Penal de 1886 trae un precepto análogo pero tal como en el proyecto Tejedor en el título que trata los abusos de autoridad (conf. MORENO, ob. cit., p. 382). El art. 242, inc. 6º del Código de 1886 establecía: "Los jefes de los presidios, penitenciarías y demás establecimientos de condenados, como los que hagan sus veces, que reciban algún reo sin testimonio de la sentencia ejecutoriada en que se les hubiera impuesto pena..." (conf. ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 2, ps. 2 y 249).

²¹² DONNA y MAIZA, *Código Procesal Penal* cit., p. 491; MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, p. 315.

b) *Tipo objetivo*

Se tipifican en el presente inciso dos supuestos diferentes:

- a) Lugar la recepción indebida de reos, y
- b) la colocación de un reo (condenado) en lugar indebido.

El primer supuesto se concreta cuando se "recibe" a la persona (sujeto pasivo del delito) sin contar con anterioridad o en el momento del ingreso de una copia auténtica o testimonio de la sentencia firme²¹³. También se tipifica cuando el testimonio no procede de autoridad competente, cuando carece de las especificaciones legales correspondientes²¹⁴, y en los casos de invalidez o fallas en la autenticación.

En el segundo supuesto, la acción es la de colocar (internar, alojar, etc.) al reo en un establecimiento que no es el que corresponde, o no es el destinado por la ley para el caso de la persona privada de libertad a alojar. En este sentido la acción es la de colocar a la persona en lugares que lesionen la libertad del condenado y no que la favorezcan, ya que en este caso no se está violando la libertad de la persona, que de eso se trata. En este sentido hay que tener cuidado, en este punto, ya que las acciones en este título son protectoras de la libertad del individuo, de modo que no es un delito contra la administración pública²¹⁵.

A la luz de este inciso deben analizarse ciertas conductas de los jefes de prisión en dos casos que pueden darse y a los cuales no se ha prestado suficiente atención. Son los supuestos de que menores sean alojados con mayores, en contra de lo dispuesto por las leyes, y los casos en que personas acusadas o condenadas por delitos sexuales sean colocadas en lugares en que, según las "leyes carcelarias", es posible prever la violación del interno. Además de la posibilidad de autoría por omisión impropia, se debe analizar la conducta del funcionario a la luz de este inciso.

²¹³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 49.

²¹⁴ Creus pone como ejemplo "el testimonio que no expresa el monto de pena o el cómputo"; ejemplo similar cita ESTRELLA, ob. cit., p. 89.

²¹⁵ En este mismo sentido NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 48.

c) *Tipo subjetivo*

En el aspecto subjetivo, se trata de un delito doloso, necesitando que el autor tenga conocimiento de la ausencia del testimonio, o que el mismo es inválido, y la voluntad de recepcionarlo. Es posible el dolo eventual, según una parte de la doctrina²¹⁶, aunque es difícil pensar el supuesto de este tipo de dolo en estos casos en que hay que aceptar una serie de controles burocráticos, de modo que insistimos que debería reformarse la ley y punirse la forma culposa, si no se quiere dar al dolo eventual una amplitud desmesurada.

En el segundo supuesto de la norma, el autor sólo puede ser el jefe de prisión o de otro establecimiento para el que esté habilitado a este fin.

d) *Sujetos*

En ambos casos el sujeto activo del delito debe ser el jefe de la prisión u otro establecimiento penal, o la persona que lo reemplace en su función y que se encuentre obligada a verificar o comprobar la presentación del testimonio extendido válidamente o copia certificada de la sentencia donde conste la pena impuesta a la persona a alojar. En el segundo caso, cuando el mismo sujeto activo coloca a la persona del reo en un lugar que no sea el lugar del establecimiento señalado al efecto.

La ley no habla del jefe o director de la cárcel aunque, según Núñez, queda comprendido, debido a que entra en el concepto de empleado con facultades de recibir presos en el establecimiento a que alude la ley²¹⁷.

e) *Consumación*

El delito se consuma cuando el reo queda alojado sin cumplir el requisito expresado en el tipo, de manera que es un delito instantáneo que se consuma en el momento del alojamiento. Afirma Núñez que no es típica la conducta de mantener alojada a la persona sin conservar

²¹⁶ En el mismo sentido Núñez; en contra Creus que opina que "no parece concebible el dolo eventual" (ob. cit., p. 295).

²¹⁷ NÚÑEZ, t. V, p. 49.

el testimonio de la sentencia o la orden de detención. Alojada legítimamente la persona, queda descartada toda delincuencia por readmisión, debido a la fuga o a otra interrupción temporal de la ejecución de la pena²¹⁸.

Resulta admisible la tentativa, ya que puede haber actos ejecutivos que lleven al alojamiento, que sean cortados en su finalidad.

6. *Recepción ilegal de presos*

"5°. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito"²¹⁹.

Se contempla una situación similar a la presentada en el caso anterior. La acción consiste en la cárcel de detenidos y seguridad a una persona o personas privadas de libertad sin las formalidades legales.

La norma establece un trámite de excepción para los casos de flagrancia; ello implica que no es punible el caso de la recepción de una persona sin la correspondiente orden escrita de autoridad competente en el caso de que haya sido aprehendida en flagrante delito.

Las situaciones de flagrancia pueden estar dadas por el Código Procesal de la Nación según son descriptas en el artículo 285. Ahora bien, según los códigos modernos se puede hablar de la flagrancia propiamente dicha, como de la cuasi flagrancia y de la flagrancia presunta²²⁰.

La flagrancia propiamente dicha es la que se produce en el momento de la comisión del hecho delictivo. De allí que, como se dijo, los supuestos que la ley ha establecido son los casos previstos por el Código italiano de 1955, esto es: la flagrancia, el estado de flagrancia y la cuasi flagrancia. La flagrancia es, para el Código italiano, el delito que se comete actualmente, de allí que el delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia. El estado de flagrancia se

²¹⁸ Ídem nota anterior, p. 50.

²¹⁹ En el proyecto Tejedor se disponía de una figura similar a la actual, donde también se encontraba la salvedad en caso de flagrancia. La disposición es similar en el Código de 1886 y en los proyectos de 1891 y 1906 (conf. MORENO, ob. cit., p. 382).

²²⁰ Toda esta parte de flagrancia se extrae y además puede consultarse en DONNA y MAIZA, ob. cit., ps. 325/327.

refiere a quien es sorprendido en el acto de cometer un delito y la llamada cuasi flagrancia trata de quien es inmediatamente perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o por otras personas, o bien es sorprendido con cosas o huellas por las cuales aparezca que ha cometido un delito.

En base a este esquema la ley procesal ha propuesto una clasificación propia.

a) *Flagrancia propiamente dicha*. Es cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del hecho, o inmediatamente después, así como en los casos de tentativa, entendiéndose en el momento de iniciada la ejecución del acto. La consecuencia según la jurisprudencia de la Capital Federal es que no es nula la diligencia de requisa y secuestro practicada por personal policial si el imputado fue sorprendido en flagrancia a horas de la madrugada y en un lugar escasamente transitado, dándose las notas de urgencia e imposterabilidad que autorizaban a la policía a la requisa y secuestro sin orden, pues entre las facultades está la de investigación por iniciativa propia, para impedir que los hechos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los autores y reunir pruebas para la acusación²²⁰⁻¹.

b) *Cuasi flagrancia*. El segundo caso es cuando después de producido el hecho, los partícipes son perseguidos, ya sea por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público. Esto presupone que los implicados se han alejado del lugar de los hechos. Se requiere que sea inmediatamente después o que, aunque haya pasado cierto tiempo, la persecución se produzca sin solución de continuidad.

c) *Flagrancia presunta*. El último supuesto es cuando la persona tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que ha participado en un hecho delictuoso. Esta apreciación es subjetiva y queda a criterio del aprehensor sin perjuicio de la valoración del juez. Este criterio fue seguido por la Cámara 5ª del Crimen de Córdoba, cuando sostuvo que "hay flagrancia mientras el autor tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito"²²⁰⁻².

²²⁰⁻¹ CNCCorr., sala III, 30-8-92, c. 30.813.

²²⁰⁻² C5ªCrim. de Córdoba, 1-7-87, "Elizalde, Osvaldo", B. J. C. T. XXXI, vol. 3, 1987.

El sujeto activo del delito puede ser el jefe del establecimiento (alcaide), del mismo modo puede ser también el empleado que tuviere competencia para recibir o alojar personas detenidas. No podrá ser sujeto activo el empleado que no cumpla esa función.

Se trata de un tipo doloso que requiere el conocimiento de la ausencia de la orden de autoridad competente o que la misma resulta inválida.

Es un delito instantáneo, consumándose en el momento de la recepción de la persona detenida en el establecimiento penal. Se admite la tentativa.

7. *Omisión en hacer cesar o denunciar una detención ilegal*

"6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver"²²¹.

a) *Tipo objetivo*

La idea de este inciso es que existe una detención ilegal, en la cual el autor del hecho no ha participado, ya que de lo contrario estaríamos dentro del plano de la participación. Por ende, acierta Creus al afirmar que el presupuesto de este delito es que el funcionario haya tomado conocimiento de la detención ilegal, a cargo de otro funcionario²²². La doctrina nacional ha aceptado que se puede estar en presencia de una detención ilegal desde un principio o legítima en su inicio, que se convirtió en ilegal más tarde²²³.

Son tres las situaciones posibles: no hacer cesar la ilegal privación

²²¹ Este inciso no se encontraba ni en el proyecto de Carlos Tejedor ni en el Código Penal de 1886, habiendo nacido con el proyecto de 1891 cuyos fundamentos obran en la Exposición de Motivos diciendo: "En el inc. 10 hemos establecido, como varios códigos extranjeros, una pena contra el funcionario competente que omitiere, retardare o rehusare hacer cesar o comunicar a la autoridad respectiva cualquier detención ilegal de que tuviere noticia. Quedará así mejor garantida la libertad individual" (conf. MORENO, ob. cit., ps. 383/384 y p. 152 de la Exposición de Motivos, citada en p. 424 por ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 2).

²²² CREUS, ob. cit., t. II, p. 321.

²²³ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 93.

de libertad, estando autorizado por ley para hacerlo, esto implica que el funcionario puede pero no quiere, y que además conoce de esa privación ilegal; retardar, esto es demorar la libertad, una vez que tiene conocimiento cierto y real de la situación de arresto o privación ilegal provocada por otro funcionario; rehusar, esto es, ante un pedido expreso se niegue a liberar a la persona detenida ilegalmente; por último, en caso de incompetencia para poder poner en libertad, la norma sanciona a quien no da cuenta a la autoridad para que ordene la libertad.

b) *Sujetos*

Sujeto activo lo será el funcionario competente para hacer cesar una detención ilegal de la que tiene noticias y omite (no la hace cesar), retarda o rehúsa hacerla cesar maliciosamente²²⁴.

Si el funcionario no fuere competente para hacer cesar la detención su conducta resulta típica si omite, retarda o se rehúsa a dar cuenta a la autoridad competente para hacer cesar la detención de la persona que se encuentra en esa condición ilegalmente.

Fontán Balestra opina que este inciso, al referirse al autor, se refiere al funcionario público, lo que implica, tal como se encuentra redactada la norma, que alcanza a las dos conductas descriptas precedentemente, no resultando clara dicha exigencia. Ello es así ya que, "si el funcionario es competente para hacer cesar la detención, debe hacerlo, y en cambio, para dar cuenta a quien debe resolver, no necesita competencia alguna, puesto que todo funcionario público que tenga conocimiento de un hecho delictuoso —detención ilegal en este caso—, tiene la obligación de denunciarlo a la autoridad competente"²²⁵.

En opinión de Buompadre, el precepto contempla una sola hipótesis delictiva que se caracteriza por conductas alternativas²²⁶.

²²⁴ En el mismo sentido Núñez.

²²⁵ FONTÁN BALESTRA (act. por Ledesma), ob. cit., p. 326.

²²⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 63. En todos los casos manifiesta el autor: "el funcionario debe ser competente para hacer cesar la detención ilegal y, en el marco de esta competencia, llevar a cabo los comportamientos previstos como típicos. Si no fuera competente o no estuviera obligado legalmente a comunicar a otro funcionario para que resuelva sobre la privación ilegal de libertad de la persona, su conducta encuadraría en el encubrimiento del art. 277 del Cód. Pen."

c) *Tipo subjetivo*

Se trata de un tipo doloso que requiere el conocimiento de la detención ilegal y la voluntad de omitir, retardar o rehusarse a cesar esa detención ilegal o dar cuenta a la autoridad con capacidad para resolver, que descarta toda vinculación con la culpa.

d) *Consumación*

Se consuma en el momento que se llevan a cabo las acciones típicas descriptas, no resultando posible la tentativa.

8. *Circunstancias agravantes*

El artículo 144 del Código Penal contiene las agravantes del artículo 143 que hemos analizado precedentemente.

La norma mencionada establece que: "Cuando en los casos del artículo anterior concurre alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 142, el máximo de la pena privativa de libertad se elevará a cinco años".

Los hechos cometidos por funcionarios públicos previstos en el artículo 143 se agravan incrementando la pena hasta cinco años de prisión, no aumentándose el mínimo de la pena, que se mantiene en un año.

Las agravantes concurren por el modo de comisión cuando mediaren violencias o amenazas, cuando el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular, atendiendo a las circunstancias que sobre el particular se consideraron al analizar la figura del artículo 142.

Por el resultado ocasionado, en el caso de resultar un grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor. También en este caso, exigimos una relación subjetiva, que puede ser culposa. Lo que no se admite es la agravante por sí, cuando se dé un resultado sin conexión subjetiva alguna.

También se agravan los tipos debido al tiempo de duración de la privación de libertad, en este caso (inc. 5º) debe ser por más de un mes.

Según Núñez, también se agrava la pena de inhabilitación, ya que su duración continúa subordinada a la pena principal privativa de libertad²²⁷. Sin embargo, ello no surge del texto, que sólo eleva el máximo de la pena privativa de libertad y no habla, como en otros casos, de la pena de inhabilitación. De este modo, se crea una pena ilegal.

X. Detenciones ilegales, vejaciones y apremios ilegales (art. 144 bis)

El artículo 144 bis del Código Penal comprendió en un artículo una serie de distintos supuestos, que van desde la privación abusiva de libertad hasta los llamados apremios ilegales y las vejaciones, para luego, en el artículo 144 tercero, referirse a las torturas. El sistema, tal como se dijo, sigue siendo anárquico y merecería una reforma y tratar de poner los tipos en cierto orden.

El texto legal dice: "Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

"1º. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.

"2º. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales.

"3º. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales".

1. *Privación ilegal de la libertad con abuso funcional o sin las formalidades legales (144 bis, inc. 1º, Cód. Pen.)*

"El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal".

a) *Antecedentes*

Decía Moreno que la detención ilegal, por parte de los funcionarios, no se encontraba en el proyecto de Tejedor ni en el Código de

²²⁷ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 51.

1886, apareciendo recién en el proyecto de 1891, de donde pasó al de 1906 y de allí al Código de 1921. El tipo penal halla su antecedente, pues, en el proyecto de los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891, quienes lo incorporaron en el Título IV, en el artículo 171, inciso 1°.

Precisamente, el artículo 171, inciso 1° del proyecto contemplaba la privación ilegal de libertad, por abuso, y se afirmaba en la Exposición de Motivos: "En el artículo 171, inciso 1°, hemos establecido la pena de penitenciaria de un mes a un año con inhabilitación especial por doble tiempo, para el funcionario que, con abuso de sus funciones ó sin las condiciones ó las formalidades prescriptas por la ley privare a alguno de su libertad personal. Esta disposición es necesaria para asegurar la garantía declarada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Nos hemos servido de términos semejantes a los del artículo 147 del Código italiano, concordantes con los Códigos de Hungría, España, Chile, Uruguay, Alemania y Bélgica"²²⁸.

Moreno, explicando el tipo en cuestión, acude a Crivellari, quien, refiriéndose al artículo 147 del Código italiano, afirmaba que las hipótesis fundamentales de artículo son dos:

1. La privación de la libertad cometida sin las condiciones establecidas en las leyes.
2. La privación de la libertad sin las formalidades prescritas por las leyes.

En el primer caso, afirmaba Moreno, el funcionario público abusa de sus funciones. A ese respecto es claro que "todo funcionario tiene señaladas atribuciones y marcada la extensión de las mismas con límites más o menos precisos. Para que sus mandatos sean obedecidos tiene también fuerza a su servicio, pues si careciere de la misma no daría órdenes obligatorias, y sus mandatos no pasarían de ser insinuaciones o consejos. Cuando el funcionario procede dentro de sus facultades, nada hay que observar, pero cuando sin tenerlas procede y aplica los

²²⁸ Exposición de Motivos. Proyecto de Código Penal de 1891, p. 51, recogido y compilado por ZAFFARONI y ARNEDEO, ob. cit., t. 2, p. 423.

medios que le han sido dados para el ejercicio legítimo, comete el delito que el inciso se refiere"²²⁹.

En el segundo caso, la privación de libertad se produce sin las condiciones establecidas por la ley. En este sentido los códigos de procedimientos establecen las condiciones en que se puede proceder a la detención de una persona, y "tanto aquéllos como los diversos reglamentos policiales contienen reglas referentes a este punto. Un funcionario que proceda sin ajustarse a esas normas, que sirven para tutelar la libertad personal frente a la arbitrariedad siempre posible, incurrirá en delito"²³⁰.

El tercer caso, según Moreno, se refiere a aquel en que la libertad se ha restringido sin las formalidades requeridas por las leyes. "Las leyes de forma contienen disposiciones relativas a los requisitos a emplearse cuando se trata de limitar la libertad individual. Esas formalidades deben cumplirse por el funcionario encargado en cada caso"²³¹.

b) *Bien jurídico*

La libertad individual se encuentra garantizada contra procedimientos arbitrarios por la Constitución Nacional, más aún con la incorporación en la Constitución de 1994, en el artículo 75, inciso 22, de los tratados internacionales que protegen las garantías individuales contra cualquier acto funcional o particular vulnerante²³².

Los tratados de derechos humanos, incorporados a ella: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 9º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (art. 7º) tienen reconocida la libertad de persona, de manera que

²²⁹ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 377.

²³⁰ Ídem nota anterior.

²³¹ Íbidem.

²³² Así, dentro del art. 75, inc. 22 de la Const. Nac. y en relación con el tema tratado se abarca la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 9º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7º) que expresamente manifiesta que "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

nadie puede ser privado de ella, si no es por orden escrita de autoridad competente. De modo que sigue vigente lo afirmado por los autores del proyecto de 1891, en el sentido de que la disposición del Código es indispensable²³³.

Vale la pena hacer en este punto una reflexión sobre el abuso de los funcionarios y la libertad del individuo. El poder tiende, normalmente, a sobrepasar los límites legales, y los funcionarios públicos, especialmente en la Argentina, más. La libertad de las personas es lo que el Estado debe garantizar, de modo que si el abuso proviene del propio Estado la cuestión reviste una gravedad que es intolerable para el orden jurídico. En esta época de crisis del Derecho, en el sentido de que es importante cualquier cosa menos el derecho del otro, que si es pobre es más vulnerable, no debe el jurista dejar pasar la ocasión sin decir de manera enfática su verdad. Ni la demagogia, ni el populismo, ni las modas deben dejar de lado los principios fundamentales, más aún después de lo ocurrido en la Argentina en el período de la dictadura militar, en donde estos principios fueron sistemáticamente violados.

Ahora bien, el concepto de "arrestado", utilizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, debe entenderse como sinónimo de privado de libertad de locomoción y libertad física, abarcando las formas de coerción personal previstas en los ordenamientos rituales (códigos de procedimiento penal) y que importan: detención, citación compulsiva, arresto, prisión preventiva e internación. En estos casos, como bien se sabe, la orden de detención debe ser por escrito y ser emitida por el juez.

Por eso, cuando se habla de autoridad competente, el término debe referirse, sin duda alguna, al del "juez natural", consagrado también por el artículo 18 de la Constitución Nacional, en consonancia con otras normas de organización del Poder Judicial de la Nación y las provincias (arts. 5º, 75, inc. 12, y 118). Por lo expuesto, son los jueces "la autoridad competente" para extender la orden escrita que puede privar de libertad a una persona²³⁴.

²³³ MORENO, ob. cit., t. IV, ps. 377/78.

²³⁴ Resulta relevante el fallo comentado por Bidart Campos y Herrendorf al tratar el tema de la inconstitucionalidad de las detenciones por averiguación de antecedentes.

Esto no quita que en algunos supuestos las autoridades policiales, dentro del estricto cumplimiento de sus deberes, se encuentren obligadas a proceder a la detención de sujetos sin orden de autoridad competente. Señala Moreno que es el caso de cuando se comete un delito y se requiere la medida inmediata y falta el tiempo para reclamar la orden escrita del juez. El funcionario no puede presenciar impasible la fuga del delincuente, y debe proceder de inmediato. Se entiende en esos casos que se obra a nombre del juez, a quien se le da cuenta de inmediato de la medida tomada ante el hecho²³⁵.

Se trata, en síntesis, de la protección de garantías constitucionales, en especial la libertad de la persona, frente a los abusos de poder de los funcionarios públicos. Como se ha dicho por parte de Landrove Díaz: "Con la tipicidad de detención ilegal, integrada por los verbos nucleares de encerrar o detener, se protege a uno de los derechos básicos de la persona: la libertad de movimiento locomotriz o ambulatoria. Supone, pues, tal delito la privación a su víctima —en razón de la inmovilización a que se la sujeta— de la facultad de desplazarse a donde quisiera o el compelimiento a dirigirse a donde no desea ir, en definitiva el despojo coactivo de toda iniciativa personal en cuanto a la libertad de movimientos o posibilidad de desplazamiento"²³⁶. Y si se prefiere la difundida formulación de Córdoba Roda, la privación de la "capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico".

El antecedente en lo esencial expresa: "El art. 6° de la ley 23.098 faculta a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, cuando la limitación de la libertad física se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional".

"El art. 10, inc. b, de la ley provincial 7395, que regula la facultad policial de detención por averiguación de antecedentes, no resulta congruente con el estado de inocencia emanado de la Constitución Nacional, ni con el art. 3° del CPP que establece que nadie será considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal y en consecuencia no se ajusta a nuestra Constitución que garantiza la libertad física de las personas, por lo que deviene inconstitucional y así se declara" (E. D. 134-A-276, *Detener personas en averiguación de antecedentes por orden policial es inconstitucional*).

²³⁵ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 372.

²³⁶ LANDROVE DÍAZ, ob. cit., p. 74.

c) *El tipo objetivo*

La acción típica consiste, en general, en privar a una persona de su libertad, debiendo llevarse adelante dicha privación de libertad ya sea mediante abuso funcional o mediando incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley.

La privación ilegal de libertad implica la restricción de la libertad física, es decir, la libertad ambulatoria o de locomoción. Como se ha expresado por la doctrina, no es necesaria la privación total de la libertad, "basta con restringirla ilegalmente sin que pueda hacer lo que tiene derecho mediante movimientos. Aunque sea breve si es efectiva se consuma el delito"²³⁷.

El tipo abarca, como hemos visto, dos supuestos perfectamente determinados. El primero se trata de la privación de libertad personal con abuso de la función pública y, en segundo lugar, la privación de libertad, sin ese abuso, pero sin las formalidades prescritas por la ley. Como afirma Núñez, en ambos casos se trata de abusos funcionales específicos, que atienden a la garantía constitucional del artículo 18 de la ley fundamental²³⁸.

d) *La privación de libertad abusiva*

La figura típica de privación de libertad con abuso de funciones se da cuando el funcionario público carece de la facultad para detener a una persona en el caso concreto, ya sea por defecto total, en palabras de Núñez, como ser el inspector municipal que para labrar un acta de infracción priva de libertad al infractor, el policía militar que detiene a una persona civil al margen de sus potestades reglamentarias; sea por exceder la medida de la facultad que sí posee, como ser el juez de paz que detiene a la persona sin haberla notificado antes para que apele; como si teniendo la facultad, abusa de ella actuando con arbitrariedad, como ser el policía que detiene a una persona en averiguación de antecedentes, a una persona a la que conoce bien o que sabe que no es reclamada por la autoridad²³⁹.

²³⁷ SOLSONA, ob. cit., p. 41.

²³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 52.

²³⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 52; los ejemplos han sido sacados de Núñez y CREUS, ob. cit., t. II, p. 323.

e) *La privación de libertad por ilegalidad formal*

El delito en este caso es debido a que se priva de la libertad a una persona sin las formalidades prescriptas por la ley para proceder a la detención²⁴⁰. No actúa con las "formalidades prescriptas por la ley" cuando el funcionario priva a una persona de su libertad sin contar con una orden escrita de autoridad competente. Pero Núñez aclara que también se comete el delito cuando teniendo la orden, no se la exhibe a la persona a detener. También cuando la orden tiene defectos formales, como ser la individualización de la persona a detener²⁴¹⁻²⁴².

La generalidad de los códigos procesales provinciales admiten que los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, es decir, pueden proceder a la detención de una persona, sin orden judicial, en los casos de flagrancia:

- a) Cuando se intenta un delito, en el momento de disponerse a cometerlo.
- b) Al que fugare estando legalmente detenido.
- c) Detener a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de haber participado en un hecho punible.
- d) A quien se ha sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad²⁴³.

f) *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso, necesiándose el conocimiento de que se está privando de la libertad a otra persona, abusando concretamente de la función, en el caso, o por defectos en las formalidades prescriptas por

²⁴⁰ CREUS, ob. cit., t. II, p. 324.

²⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 53.

²⁴² Las formalidades de la orden de detención se encuentran dadas por los ordenamientos procesales tal por caso el art. 258 del CPPN al que ya se ha hecho referencia. Además los arts. 285 y ss. del Código Procesal de Corrientes —citados por Buompadre—, y art. 252 del CPP de Chubut. Se hace la salvedad en algunos códigos como el mencionado precedentemente de que: "Sin embargo en los casos de suma urgencia, el juez podrá impartir la orden verbalmente [...] haciéndolo constar" (conf. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Chubut, texto según ley 4198).

²⁴³ Se cita como ejemplo el art. 253 del Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut.

la ley para privar a alguien de la libertad. El error elimina el dolo, y como no existe el tipo culposo, la conducta será impune en los casos de error de tipo vencible.

Es admisible el dolo eventual, y en este tipo es claro que se puede dar la situación de que el sujeto se represente que su conducta es abusiva, en general, e igual actúe.

g) *Sujetos*

El sujeto activo del delito debe ser un funcionario público, de modo que se trata de un delito especial propio.

El sujeto pasivo puede tratarse de cualquier persona. Creus, al referirse al consentimiento de la víctima, expresa que tratándose de un delito contra la libertad y no contra la administración pública, "el que voluntariamente concurre a la oficina pública acompañando al funcionario que requiere su presencia en ella, no puede decirse que haya sido privado de su libertad"²⁴. Sin embargo, la cuestión no es sencilla, porque puede haber ignorancia o miedo en el particular que elimine el consentimiento. Pero además, a nuestro juicio, el consentimiento no es posible debido a la desigualdad de las partes. Sería un bien, en este caso, indisponible.

h) *Consumación*

El delito se consuma con la privación de libertad, rigiendo los principios antes mencionados.

2. *Vejeciones o apremios ilegales en acto de servicio*

El artículo 144 bis, inciso 2º, establece: "El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales".

a) *Antecedentes*

No hay antecedentes concretos de este inciso sino que fue incorporado por la ley 14.616.

²⁴ CREUS, ob. cit., p. 301.

b) *Bien jurídico*

Como se ha hecho notar por la doctrina, nada tiene que ver con la privación de la libertad la imposición de vejaciones, apremios o severidades ilegales a la persona que está detenida. Es más, la privación de libertad, en su caso, concurrirá realmente con el delito en cuestión²⁴⁵.

En realidad lo que se protege, nuevamente, son las garantías que toda persona detenida tiene, que surgen del artículo 18 de la Constitución en cuanto prohíbe toda especie de tormento y los azotes, y que determina de un modo taxativo el límite de la coerción penal.

Soler dice que éste es lo estrictamente necesario como precaución. Sin embargo, la cuestión va más allá, ya que la pena y, en su caso, la detención, tienen fines muy concretos. De manera que cualquier medida de la autoridad que exceda esos fines, al apartar a la persona de la sociedad, en el caso de la pena privativa de la libertad, o la exclusión a la espera de proceso, cae dentro de los tipos penales en cuestión.

De modo que: "Cualquier transgresión a esos límites constituye delito siempre que, de acuerdo con el precepto constitucional represente una mortificación para el detenido".

c) *Tipo objetivo*

La acción típica consiste, por parte del funcionario público cuando desempeña un acto de servicio, en cometer, es decir aplicar, infligir o imponer a una persona vejaciones o apremios ilegales.

Vejar significa tanto como molestar, perseguir, maltratar o hacer padecer a una persona. Las vejaciones pueden consistir en todos los actos humillantes que puedan perjudicar psíquicamente a la persona. Creus agrega que se ataca también la dignidad o el respeto que la persona merece como tal²⁴⁶. Según Núñez, son los tratamientos mortificantes para la personalidad por indecorosos, agraviantes o humillantes. Tanto pueden ser actos materiales, como empujones, o rea-

²⁴⁵ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 50.

²⁴⁶ CREUS, ob. cit., p. 302. Acota además que "en la vejación pesa más un menoscabo psíquico que físico (por ej., la exigencia de adoptar actitudes indignas ante la presencia de funcionarios o de terceros)".

lización de tareas humillantes e indecorosas, como palabras, exigencias indebidas, etcétera²⁴⁷.

En síntesis, vejar a otra persona significa maltratar, molestar, perseguir a uno, perjudicarlo o hacerle padecer²⁴⁸.

Por apremios ilegales hay que entender los rigores que son usados para forzar a una persona a confesar, a declarar algo o a influir en sus determinaciones²⁴⁹.

Apremiar significa tanto como apretar u obligar a otro a que haga alguna cosa²⁵⁰. El apremio ilegal va más allá que el vejamen, toda vez que lo que se intenta es obtener una confesión o declaración, violando de este modo a todas luces el artículo 18 de la Constitución Nacional. Aclara Solsona que: "En la vejación se busca humillar, en el apremio ilegal se buscará, ilegalmente, una declaración o confesión, etcétera"²⁵¹.

Según Aguirre Obarrío, es la acción y efecto de apremiar, y apremiar, en la segunda y tercera acepciones que el diccionario da a este vocablo, es oprimir, apretar, compeler u obligar a uno, con mandamiento de autoridad, a que haga alguna cosa²⁵².

Para Aguirre Obarrío la vejación siempre es ilegal y puede ser física o moral porque se atenta contra la dignidad de la persona humana. El apremio, en cambio, puede ser legal, y la ilegalidad es lo que se ha tipificado en este artículo²⁵³.

Se trata, como bien se ha hecho notar, de la relación que surge en todo acto de autoridad en presencia del particular, cualquiera que sea la oportunidad en que se produzca. Esto tiene importancia porque delimita el ámbito de aplicación de la norma ya que abarca tanto a quien ya está detenido como a la persona que está siendo detenida o en el acto de la detención. Por lo tanto, es igual que el sujeto pasivo esté o no bajo la custodia del funcionario. Esto tiene que ver con que la ley no ha limitado ni al sujeto activo, ni al sujeto pasivo, en el

²⁴⁷ Ob. cit., t. V, p. 54.

²⁴⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 72.

²⁴⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 54.

²⁵⁰ Conf. FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 329.

²⁵¹ SOLSONA, ob. cit., p. 43.

²⁵² Ob. cit., p. 72.

²⁵³ Ob. cit., ps. 72/73.

sentido funcional. Por lo tanto, lo delictivo en el caso, tanto existe en una mortificación u ofensa de la privación lícita o ilícita de la libertad, como cualquier circunstancia o modalidad del acto que lesione a los particulares frente a actos funcionales de la autoridad. Las garantías constitucionales preservan al individuo de cualquier acto funcional vejatorio o compulsivo que no sea estrictamente necesario a los fines de la imposición de la ley²⁵⁴.

d) *Tipo subjetivo*

La doctrina es unánime en aceptar que el tipo penal (tanto la vejación como el apremio) exige el dolo directo, ya que es imposible apremiar o vejar a un tercero con ninguna otra intención que no sea la de este tipo de dolo.

e) *Sujetos*

Resulta sujeto activo de este delito cualquier funcionario público; lo que se exige del funcionario es que cometa el hecho ilícito en un "acto de servicio", es decir, que debe estar en actividad funcional al momento de la comisión. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, la que puede encontrarse detenida o no al momento del hecho²⁵⁵.

f) *Consumación*

El delito se consuma en el momento en que se apliquen los apremios o se realice el trato vejatorio.

3. *Imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos*

El artículo 144 bis, inciso 3º establece: "El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales".

²⁵⁴ NÚÑEZ, t. V, p. 56.

²⁵⁵ Soler limita en este punto la figura al caso, en lo que al sujeto pasivo se refiere, poniendo un ejemplo: "La hipótesis del inc. 2º se daría cuando un funcionario de investigaciones, al interrogar en el lugar donde el sujeto está detenido y al cuidado de otro funcionario, realiza las acciones vejatorias. La otra puede producirse en el acto mismo de la detención, por el modo abusivo y agravante de practicarla" (conf. SOLER, ob. cit., p. 52).

a) *Tipo objetivo* 3 |

En cuanto a las vejaciones y los apremios nos remitimos a los términos expresados precedentemente.

Las severidades son las rigurosidades excesivas en el trato que tienen incidencia directa sobre el cuerpo de una persona (por ej., castigos corporales, privación de descanso o alimentación)²⁵⁶. Estrella se refiere a las "mortificaciones innecesarias y abusivas, privaciones ilegítimas de derechos o beneficios"²⁵⁷.

La doctrina expresa que el término severidades puede inferirse de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, siendo el fundamento del tipo penal en análisis. La severidad es una "mortificación innecesaria, abusiva, que va 'más allá' —como expresa la Constitución— de lo permitido como precaución en la relación con los detenidos. Son tratos rigurosos y ásperos que pueden consistir en atentados contra la integridad personal, o en particulares modos de colocación o mantenimiento del preso, o en ilegítimas o irrazonables restricciones, o, en suma, cualquier ataque contra su dignidad humana"²⁵⁸.

Por severidades, Núñez señala los tratos rigurosos y ásperos que pueden servir contra atentados a la dignidad personal o particulares modos de colocación o mantenimiento de presos con ilegítimas e irrazonables restricciones. Los ejemplos que se citan de severidades son los castigos corporales, el engrillamiento, el cepo, el aislamiento indebido, la privación de alimentos, el mantenimiento en lugares insalubres, la privación de derechos como ser los recreos, las visitas, etcétera²⁵⁹.

El sujeto activo de la figura es todo funcionario público que tenga a su cargo, aun accidentalmente, la guarda o custodia de personas detenidas legalmente²⁶⁰.

²⁵⁶ En el mismo sentido CREUS, ob. cit., p. 392.

²⁵⁷ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 102.

²⁵⁸ TARRIO y HUARTE PETITE, *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, p. 77. Ponen como ejemplo de severidades "el aislamiento en celdas de dimensiones ínfimas, oscuras, insalubres, sanciones de tipo disciplinario no previstas o más rigurosas que las del reglamento, castigos corporales, privación de alimentos o de visitas"

²⁵⁹ Ob. cit., p. 54.

²⁶⁰ Se pone el ejemplo de celadores, custodios de manera directa, y alcaldes o directores de institutos penitenciarios, de manera indirecta (Creus).

El sujeto pasivo del delito es el detenido, la doctrina se refiere al preso, tomando la noción en sentido amplio, como comprensiva de personas demoradas, detenidas, arrestadas o condenadas²⁶¹.

b) *Tipo subjetivo*

El delito es doloso y, a nuestro entender, se requiere dolo directo, esto es, la intención de aplicar severidades, vejaciones o apremios a la persona que está presa.

c) *Sujetos*

En este caso, el sujeto activo es el funcionario que guarda a los presos, quien los tiene a su cargo. Es decir, el que toma a su disposición a la persona.

Sujeto pasivo es la persona arrestada, detenida o condenada, frente a los funcionarios que directa –guardián o celador– o indirectamente –alcaide– son los que los tienen privados de la libertad, o vigilan o gobiernan su conducta²⁶².

4. *Agravantes*

Estas situaciones se encuentran previstas en el artículo 144 bis, último párrafo, en cuanto el mismo establece: “Si concurren alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años”.

Ha de notarse que resultan ser las mismas circunstancias agravantes consideradas para el delito de privación ilegal de la libertad que analizáramos al momento de estudiar la figura del artículo 144 del Código Penal, análisis al cual nos remitimos.

²⁶¹ Conf. NÚÑEZ, *op. cit.*, t. V, p. 53.

²⁶² NÚÑEZ, p. 53; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 73.

XI. El delito de torturas

1. Antecedentes

A partir de 1812, la comisión nombrada para elaborar una Constitución incluyó una cláusula por la cual se abolía el tormento.

Posteriormente, la Asamblea General Constituyente del Año XIII, el día 21 de mayo de 1813, ordenó "la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación para el esclarecimientos de la verdad de investigación de los crímenes; en cuya virtud será inutilizado en la Plaza de Mayo por mano del verdugo"²⁶³.

La Constitución Nacional de 1853, en el artículo 18 expresa: "Quedan abolidos para siempre [...] toda especie de tormento", que se compagina con la idea de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, principio que contiene otro más importante, que nadie puede ser condenado por mentir, ya que ello sería la aplicación del Derecho en el ámbito de la moral, del pecado, lo que está prohibido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Esta idea del artículo 18 está contenida en el autor de la Constitución Nacional. En efecto, en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Alberdi afirmaba: "El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en toda circunstancia [...] El fin de esta disposición es abolir la penalidad de la Edad Media, que nos rige hasta hoy y los horribles castigos que han empleado durante la Revolución"²⁶⁴.

El Código de 1921 contenía en el artículo 143 nueve incisos, que tipificaban una serie de acciones; fue criticado por la doctrina argentina, ya que eran acciones de diversa gravedad, pero que tenían igual pena²⁶⁵.

Por este motivo, en el año 1958, mediante la ley de 14.616, se modificó el artículo 143 del Código Penal. Se reformó el artículo 143, y tres incisos, 1º, 5º y 8º, pasaron a ser el artículo 144 bis. A su vez, tipificó el artículo 144 ter el delito de tormento, elevando las penas y, en el fondo, diferenciando entre las llamadas vejaciones y los apre-

²⁶³ TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 24.

²⁶⁴ Ídem nota anterior.

²⁶⁵ TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 25; SOLER, I. V. p. 78; NÚÑEZ, t. V, p. 44.

mios ilegales, de los tormentos o torturas²⁶⁶. El artículo 144 ter disponía: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, cualquier especie de tormento" (texto según ley 14.616).

Soler, cuando analizaba esta ley, afirmaba que, en general, tortura era "toda inflicción de dolores con el fin de obtener determinadas declaraciones. Cuando esa finalidad existe, como simple elemento subjetivo del hecho, muchas acciones que ordinariamente podrían no ser más que vejaciones o apremios, se transforman en torturas"²⁶⁷.

Se admitía, además, la comisión de este delito con independencia de todo fin de prueba o de procedimiento. La disposición en análisis establecía que la pena se elevaba hasta quince años en el caso de que la víctima fuera perseguido político. La pena se agravaba igualmente si resultaba la muerte de la persona torturada²⁶⁸.

Posteriormente, la ley 23.097 ha incorporado al Código Penal, dentro del Título de *Delitos contra la libertad*, los artículos 144 tercero, cuarto y quinto regulatorios del delito de tortura, como se observará luego en detalle.

El tipo penal básico se encuentra en el artículo 144 tercero, inciso 1º, y los tipos agravados están contenidos en el artículo 144 tercero, inciso 2º. En el artículo 144 cuarto, inciso 1º, se ha tipificado la omisión funcional de evitación y en el inciso 2º, la omisión de denuncia calificada. En el artículo 144 cuarto, inciso 3º, la omisión de persecución

²⁶⁶ TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 26.

²⁶⁷ SOLER, Sebastián (obra act.), *Derecho Penal argentino*, 10ª reimp., Tea, Buenos Aires, 1992, t. 4, p. 55.

²⁶⁸ Soler opina al respecto, en cuanto a la ley en análisis, que: "En general estas reformas repentistas han respondido a razones muy ocasionales, sea que consistieran en la ocurrencia de algún hecho resonante (circunstancia que aún en la actualidad sigue ocurriendo) o a alguna resolución judicial poco afortunada. El reproche más frecuente contra la ley ha sido casi invariablemente el de su inconsulta benignidad. Cuando se dictó esta ley contra los torturadores, toda pena parecía poca, olvidando que torturar a un preso hasta determinar su muerte puede ser un homicidio calificado por sevicias, pues la figura calificada puede darse cuando existe la intención referida a la sevicia y mera indiferencia con respecto a la muerte (dolo eventual). Ése será en realidad el caso ordinario, y la pena es prisión o reclusión perpetua" (de la opinión de SOLER, ob. cit. actualizáu, p. 56).

calificada, esto es la omisión de denuncia calificada del juez. Por último en el artículo 144 cuarto, incisos 2º y 4º, se trata de las penas especiales²⁶⁹. El artículo 144 quinto tipifica la omisión culposa del funcionario público.

Tal como emerge del análisis de la misma ley 23.097, la tortura es "la imposición de graves sufrimientos físicos, o la imposición de sufrimientos psíquicos suficientemente graves"²⁷⁰.

2. *Bien jurídico*

La tortura es el desconocimiento de la otra persona como tal. Se pueden hacer varias reflexiones sobre el tema, por ejemplo que la tortura es exactamente lo contrario de la dignidad del hombre. Si algo no debe ser admitido, en nuestra conciencia jurídica, es la imposición de tormentos. Es, quizás, fácil analizar el tema en abstracto. Pero es mucho más fácil ver el problema en concreto. Un ser humano lesiona, daña, le arranca las uñas a un tercero, le retuerce los dedos, le saca los ojos, y el lector puede agregar todo lo que quiera, para darse cuenta de que estos actos no deben ser tolerados por el orden jurídico y que esos hechos deben tener en la gravedad de las sanciones, una pena similar al homicidio, más aún cuando se trate de un funcionario público, esto es, que aquel que está por la Constitución para cuidar la vida, la libertad y el honor de las personas se dedique a destruirlas.

En la tortura se da la situación extrema, que han hecho notar los autores cuando se referían a los campos de concentración, esto es, el momento en que el dilema es seguir o no siendo un ser humano. Frente a esta situación el margen de libertad y de elección real es inexistente, de modo que cualquier cosa que se diga o se haga, en este extremo, está fuera de cualquier juicio ético, por una parte, y por otra, la validez frente al derecho es inexistente²⁷¹.

²⁶⁹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 306.

²⁷⁰ LAJE ANAYA, Justo, *Algunas consideraciones sobre el delito de tortura*, en J. A. Doctrina 1986-I-857. En la opinión de este autor: "Este concepto jurídico permite aceptar que, aunque la tortura traduzca la acción de atormentar, el tormento traduce una especie de género tortura que, como tal, se objetiviza en la imposición de graves sufrimientos físicos".

²⁷¹ AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz*, Homo Sacer III, Pretextos, Valladolid, España, ps. 56/57.

Por eso es cierto el argumento, que se puede deducir de esta idea, de que "la tortura está en contradicción con los principios más simples de la lógica, porque, en efecto, ¿cómo puede ser prueba de la verdad un medio que induce violentísimamente a mentir?" Además, "máxima o axioma de la moral es que acciones forzadas no son imputables, esto es, que nadie es responsable de lo que hace o ejecuta involuntariamente. Como la voluntad es la norma de la imputabilidad, y hay casos en que concurren unidas la voluntad y la coacción, es preciso que haya reglas y principios seguros por donde se venga en conocimiento de la mayor o menor imputabilidad que corresponde a estas acciones mixtas, que son en parte forzadas y en parte voluntarias"²⁷². El tormento, prosigue Forner, es una coacción que lleva a muchas acciones malas, cuando se miente con ello. Ahora bien, con el tormento, también se viola "la primera y suprema obligación del hombre con respecto a sí que es atender a su propia conservación, no atentar jamás contra ella; precepto que ha dado origen a aquella regla vulgarísima de que nadie está obligado a delatarse a sí mismo". Y agrega nuestro autor: "Si el reo, pues, confesando no hace una acción buena, porque es coacta o forzada, y en la confesión se delata a sí mismo, arrojándose con despecho a la muerte, ponerle en tormento, ¿qué otra cosa es que obligarle a que quebrante la ley fundamental de la naturaleza humana? ¿Qué otra cosa es forzarle a que en algún modo se haga suicida? ¿Qué otra cosa es instarle a que se haga autor de su destrucción?"²⁷³

No queremos dejar de citar a Cesare Beccaria, porque siempre ha sido lectura obligatoria de nuestras cátedras, y porque es, sin duda, uno de los autores clásicos sobre este tema. En el Capítulo 16 de su libro *De los delitos y de las penas* expresa su opinión sobre el punto. En primer lugar se plantea el derecho que tiene el juez para imponer pena a una persona que no ha sido condenada. Ésta es la pregunta básica, de modo que el tema no es nuevo, en el sentido de que desde el siglo XVIII se viene argumentando en contra de la tortura. Quede claro que no se trata de un tema moderno, ligado, como pretenden algunos, a cierta ideología. El autor que hemos citado en primer término, Forner, nació en 1715, y *De los delitos y de las penas* fue publicada en 1764.

²⁷² FORNER, ob. cit., ps. 102/103.

²⁷³ Ídem nota anterior, ps. 104/105.

Pues bien, a la pregunta antes formulada, Beccaria contesta de la siguiente forma: "o el delito es cierto o incierto: si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados"²⁷⁴.

Tampoco es aceptable la tortura como medio de purgar la infamia, afirma Beccaria. El origen es sin duda religioso, y se relaciona con el sacramento de la confesión. Tampoco es aceptable que se aplique al reo tormento por ser contradictorio en sus dichos. La idea de buscar la verdad por medio de la tortura desconoce, en el fondo, los mecanismos psicológicos del hombre y termina por proteger al más fuerte, en contra del más débil.

Además, el inocente torturado queda en peor posición que el culpable, porque a la larga se declarará culpable de lo que no ha hecho²⁷⁵.

El lector será considerado, y deberá aceptar que transcribamos parte del prólogo al texto de Forner, que Rivacoba y Rivacoba dedicó al tema: "La lucha contra la tortura, muy lejos de poder solazarse y darse por concluida con su terminante victoria de finales del dieciocho o comienzos del diecinueve en el plano formal de las leyes, con la que el tormento pasó a los senos tenebrosos de la historia, ha de continuar develando sin tregua en la realidad su persistencia en la aplicación del Derecho, como espantosa práctica policial extendida en sinnúmero de países y aceptada por muchos jueces para la averiguación de los delitos y de cuantos intervienen en su perpetración, agravada al presente, por una parte, con el aprovechamiento en ella de los adelantos y descubrimientos de la técnica, y, por otra, con la nueva modalidad, desconocida en sus tiempos clásicos y aún más vil y repulsiva que las tradicionales, de lo que tenemos denominada tortura indirecta u oblicua, es decir, la que se emplea sobre quien consta que es inocente o que no sabe nada respecto de lo que se indaga, no, por tanto, para

²⁷⁴ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Buenos Aires-Madrid, 1968, Cap. 16, *Del tormento*, p. 52.

²⁷⁵ Todos estos son argumentos de BECCARIA, ob. cit., ps. 54 y ss.

provocar su deposición, sino para que, por evitar sus sufrimientos o ponerles fin, se decida a entregarse o a declarar la persona que interesa que lo haga"²⁷⁶.

La tortura judicial –había sido autorizada y defendida, si no véase la opinión de don Pedro de Castro en España, contra quien dirigió sus críticas Fomer, en el libro antes mencionado– fue abolida en Europa por Federico el Grande de Prusia en 1754, por María Teresa de Austria en 1776, en el Gran Ducado de Florencia en 1776, en la República de Venecia en 1787 y en España por la Constitución de Cádiz en 1812²⁷⁷.

En nuestro país la tortura fue abolida, por lo menos oficialmente, en la Asamblea del Año XIII, y luego en la Constitución de 1853; en su parte dogmática, en el artículo 18, expresa que “quedan abolidas [...] toda especie de tormento y los azotes”.

Lamentablemente, basta con analizar el libro *Nunca más*, y la sentencia a los comandantes, para observar que la tortura no ha desaparecido de hecho en la Argentina. Las pocas sentencias que existen sobre el tema tampoco dicen nada, debido a los problemas de prueba, de miedo y de desidia.

Para asegurar que la tortura, por lo menos legalmente, no tenga entrada en los ordenamientos legales de Estados de Derecho, y se reconozca que entre los delitos que un ser humano puede cometer es uno de los más despreciables, la comunidad internacional ha dado documentos sobre este punto. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 5º, establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7º, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3º), la CE de Derechos Humanos en su artículo 15, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.2), se expresan de manera similar a la Declaración Universal.

²⁷⁶ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, en prólogo al libro de FORNER, Juan P., *Discurso sobre la tortura*, Edeval, Valparaíso, 1990, p. 32.

²⁷⁷ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 182.

Pero lo que da un marco específico al tema, y como antecedente inmediato de la Convención sobre la Tortura, es cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución R/3452 (XXX), en 1975, adopta la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10-12-84), entre otras convenciones sobre derechos humanos, fue incorporada a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22, luego de la reforma de 1994.

"Artículo 1º – 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

El bien jurídico, entonces, no tiene que ver con la libertad propiamente dicha, sino con la dignidad fundamental de la persona, para algunos autores²⁷⁸, la integridad moral de todos los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción²⁷⁹.

3. *Legislación comparada*

En España el delito está legislado en el artículo 174.1 del nuevo Código de 1995. En él se ha modificado la estructura del delito de

²⁷⁸ TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 29.

²⁷⁹ SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 184; LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan A., en *Comentarios al Código Penal*; RODRIGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., p. 506.

torturas. En el anterior ordenamiento se sancionaba la tortura, pero integrada al Título II, referente a la seguridad interior del Estado, como delito cometido por funcionarios públicos, contra los derechos fundamentales del individuo. Ahora (Código de 1995) pasa a ocupar el título de los delitos contra la integridad moral.

Comete tortura la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otra circunstancia, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o de cualquier modo atenten contra su integridad moral.

En Alemania no existe un delito autónomo. Sin embargo, por las lesiones que produzca un funcionario público, en ejercicio de su servicio o en relación a su servicio, es sancionado con pena de tres meses a cinco años. En el parágrafo 343 se reprime el delito de declaración bajo coacción en el caso del funcionario público que, en un procedimiento penal, en un procedimiento para la disposición de una custodia administrativa, en un procedimiento disciplinario o en un procedimiento de honor o profesional, maltrate a otro físicamente, utilice violencia de otro modo contra él, lo amenace con violencia o lo torture mentalmente para coaccionarlo a manifestar o declarar algo en el procedimiento, o a omitirlo. La pena es de diez años de prisión. El delito se encuentra en la Sección Vigésima Novena, en los llamados *Delitos en la administración*²⁸⁰. Una norma similar, pero de maltrato, en la Sección Decimoséptima, en el artículo 223.b, castiga el maltrato a menores de dieciocho años o a personas que por enfermedad o incapacidad se encuentren bajo la asistencia de una persona, con pena de seis meses a cinco años.

En el Código Penal italiano no hay ninguna figura que específicamente regule la tortura. Contrariamente, el Código Penal francés

²⁸⁰ *Código Penal alemán*, trad. por Juan Ortiz de Noriega, Cristina Larios Sánchez, Juan Carlos Peg Ros y Ana Montreal Díaz, Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2000.

de 1995 incluye como infracción autónoma dentro de los atentados contra la integridad de las personas, las torturas y los actos de barbarie, las coacciones y las amenazas²⁸¹.

4. *El delito de torturas propiamente dicho (ley 23.097)*

La ley 23.097 ha incorporado al Código Penal dentro del Título *Delitos contra la libertad*, los artículos 144 tercero, cuarto y quinto que regulan el delito de tortura.

El tipo penal básico se encuentra en el artículo 144 tercero, inciso 1°. Y los tipos agravados están en el artículo 144 tercero, inciso 2°. En el inciso 3° se define, en parte, qué es tortura, y en el artículo 144 cuarto, inciso 1°, se tipifica la omisión funcional de evitación. En el inciso 2° del citado artículo se encuentra legislada la omisión de denuncia calificada. En el artículo 144 cuarto, inciso 3°, la omisión por parte del juez que no instruyere sumario o denunciara el hecho ante el juez competente dentro de la veinticuatro horas. En el artículo 144 cuarto, inciso 4°, se impone inhabilitación perpetua, además de las especiales²⁸². Por último, en el artículo 144 quinto se tipifica la omisión culposa del funcionario.

a) *Imposición de torturas. El tipo básico*

Artículo 144 tercero (según ley 23.097).

“1°. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos”.

b) *Tipo objetivo*

1) *Concepto*

La propia ley ha intentado definir el término tortura, en el artículo

²⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 281, y *Código Penal francés*, 1995.

²⁸² Conf. CREUS, ob. cit., p. 306.

144 tercero, inciso 3º, definiéndola como la imposición de graves sufrimientos físicos, o la imposición de sufrimientos psíquicos suficientemente graves²⁸³.

En este sentido, la doctrina había coincidido en que tormento y tortura son sinónimos de padecimiento, suplicio e inflicción de dolores, con la salvedad de que el término podía confundirse con el de apremios o vejaciones, y en este punto estaba el problema a resolver.

Se había sostenido que la diferencia está en el grado o intensidad. Ure consideraba que el tormento o tortura es padecimiento generalmente físico, de mayor intensidad que la simple vejación. La tortura implica que se emplee la energía física en gran medida, o medios insidiosos, crueles y refinados²⁸⁴. Fontán Balestra afirmaba que la diferencia se encuentra en la mayor intensidad, "y a lo que se entiende comúnmente por tormento, por la causación de dolor físico o psíquico de cierta intensidad"²⁸⁵.

Es interesante, en este punto de la diferenciación entre vejámenes y tortura, recurrir a lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del 2 de marzo de 1978: "Fue la sentencia de 25 de mayo de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene por qué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un plus de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad, conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en

²⁸³ LAJE ANAYA, ob. cit. nota 270, p. 857.

²⁸⁴ TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 95.

²⁸⁵ FONTÁN BALESTRA, obra act. por Guillermo A. Ledesma, ps. 333/334. Habla el autor de casos típicos de tormentos, "cuando se haga uso de los llamados genéricamente instrumentos de tortura, entre los que hoy desempeña papel preponderante la picana eléctrica".

todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física"²⁹⁶.

Rivacoba define la tortura como "el dolor o sufrimiento físico infligido por funcionario público, o por orden o instigación de él, para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que haya perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito"²⁹⁷.

Para Creus, lo que define la tortura es la intensidad del sufrimiento de la víctima, que la distingue objetivamente de las severidades o vejaciones, de modo que "ahora es indiferente la finalidad perseguida por la tortura, o su motivación; puede ser el medio de un apremio ilegal, como dijimos, agotarse como finalidad en sí misma cualquiera sea su motivación"²⁸⁸.

En este orden de ideas, el Supremo Tribunal de Entre Ríos sostuvo que "la doctrina resultante de la presente sentencia de casación se sintetiza en que para la tipificación del delito de tortura no es imprescindible tener por fehacientemente acreditada una intensificación progresiva y consciente de medios de gran envergadura para causar sufrimientos de la víctima, bastando verificar, en ese sentido, que sobre la misma se han ejecutado actos crueles e inhumanos, objetivamente idóneos para provocarle padecimientos graves"²⁸⁹.

A nuestro juicio, la cuestión reside en que el legislador ha decidido, al igual que en el delito de corrupción, que se dicten leyes en las

²⁹⁶ Citado por SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 178, nota 3.

²⁹⁷ RIVACOBA, citado por GONZÁLEZ CUSSAC y CARBONELL MATEU. *Derecho Penal Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 205. Como bien opinan los autores, rechaza Rivacoba la inclusión del "sufrimiento mental o moral, por excesivamente vago, e incluye, en cambio, la tortura indirecta u oblicua (esto es, la que se practica sobre terceros)".

²⁸⁸ CREUS, ob. cit., t. I, p. 330.

²⁸⁹ STJ de Entre Ríos, sala I, 24-4-92, "A., J. J. y otros", *Doctrina Penal N° 59/60*, 1992, ps. 500 y ss.

cuales se elaboran los tipos no con descripciones de conductas sino usando palabras, las cuales, luego, es necesario explicar, con los riesgos que ello tiene de hacer analogía o hacer tipos penales abiertos, que cuesta luego conceptualizar. Por eso la interpretación que hacemos sobre el tipo penal de tortura es la siguiente: En principio hay que recurrir al inciso 3° del artículo 144 tercero. Como la definición del artículo intenta definir con la misma palabra definida –“Por tortura se entenderá no solamente los tormentos...”– es claro que la fuente legal de interpretación de qué es tormento hay que ir a buscarla a la Convención contra la Tortura, incorporada a la Constitución, y que no puede quedar como letra muerta.

De modo que el concepto de tortura es el siguiente: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

De este modo, se interpreta el texto legal, con ayuda de la norma de la Convención que ha sido incorporada a la Constitución Nacional. Así, se respeta el principio de legalidad, por una parte, y por otra, se le da un contenido dentro del ordenamiento legal, dejando de lado las interpretaciones judiciales, que pueden ser extensivas del tipo.

2) *Las acciones reprimidas*

La acción típica consiste en “imponer” al sujeto pasivo (víctima) “cualquier clase de tortura”. Dentro de este concepto, la tortura implica la aplicación de todo procedimiento que cause a la víctima mayor dolor físico, moral o psíquico, que está definido en el inciso 3° del artículo 144 del Código Penal.

En este contexto de interpretación, Solsona afirma que la im-

sición de la tortura desprende una materialidad que puede o no causar dolor intenso y, aunque lo común es que éste se produzca, no todos los organismos reaccionan de la misma manera²⁹⁰.

Con lo explicado hasta acá, no hay duda, y esto surge del párrafo tercero de la normativa analizada, de que se comprende no sólo los tormentos físicos sino también los sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. En este punto la cuestión se torna sencilla, ya que tanto se tortura con medios físicos —los cuales, no hace falta recordar, van desde golpes hasta medios mecánicos, eléctricos o más refinados, como rayos láser, etcétera—, como con medios morales, esto es, amenazas, coacciones, tanto a la persona como a terceros.

En este contexto se puede afirmar que las formas de acción son:

- a) La aplicación de tortura para obtener una confesión o información de una persona.
- b) De castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido.
- c) Intimidar o coaccionar a esa persona o a otras.
- d) Aplicarla por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

c) *Tipo subjetivo*

El delito es doloso y, a nuestro juicio, y de acuerdo a las formas distintas del tipo objetivo, solamente se admite el dolo directo. A estos argumentos se suma el artículo 1º de la Convención que establece “infligir intencionalmente”. Muñoz Conde fundamenta el dolo directo habida cuenta de que un elemento subjetivo, receptado en el Código de España, que a su vez es copia de la Convención contra la tortura, es “obtener la confesión de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o que se sospeche que haya cometido”. Este elemento teleológico no es más que “un especial elemento subjetivo del tipo que caracteriza al delito de torturas”²⁹¹.

En nuestro país, alguna doctrina sostuvo que se trataba de un

²⁹⁰ SOLSONA, ob. cit., p. 49.

²⁹¹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 167.

delito doloso de peligro concreto sin dar explicación sobre el punto, no entendiéndose a qué se refería la idea de "peligro concreto"²⁹². En opinión de Reinaldi es suficiente el dolo eventual.

d) *Sujetos*

1) *Sujeto pasivo*

Sujeto pasivo del tipo puede ser una persona privada de libertad, tanto legítima como ilegítimamente. Creus efectúa la advertencia, en cuanto a que no cualquier privación de libertad convierte a la persona en víctima de delito sino la que tiene su origen en una relación funcional, sea por haber procedido de la orden de un funcionario o por haber sido ejecutada por funcionarios²⁹³.

Quedan comprendidos las personas que han sido legal y correctamente detenidas o puestas a disposición de autoridad competente (juez) como aquel individuo que ha sido privado ilegalmente de su libertad.

2) *Sujeto activo*

Se trata de un delito especial en el que sólo puede ser autor un funcionario público, sin perjuicio de que la última parte del inciso 1º admite que igual pena se impondrá a los particulares que ejecutasen los hechos prescriptos. En cuanto al funcionario público, implica que éste tiene una posición de superioridad sobre la víctima que lleva, como lo ha sostenido el Supremo Tribunal de España, a que exista en la tortura la alevosía²⁹⁴.

Para Creus, como la ley no distingue, no es necesario que se trate de un funcionario que guarde a la persona privada de su libertad. De modo que cualquiera que sea funcionario público, cualquiera fuere la repartición a la que pertenezca, puede ser autor del delito²⁹⁵. En este sentido, y en concordancia con lo que venimos diciendo, basta que tenga un poder de hecho sobre la víctima aunque dicho poder no se prolongue más allá del tiempo necesario para infligir la tortura.

²⁹² TARRIO y HUARTE PETITE, ob. cit., p. 101.

²⁹³ CREUS, ob. cit., p. 308.

²⁹⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, ob. cit., p. 508.

²⁹⁵ CREUS, ob. cit., p. 331.

3 También puede ser sujeto activo el particular que impusiere tortura a la persona privada de libertad legítima o ilegítimamente. Con lo cual se exige que el sujeto pasivo esté privado de libertad. Si así no lo fuere, no se daría el tipo penal en cuestión²⁹⁶.

Esta opinión de Creus, basada en que la referencia al particular está ligada al inciso 1º, donde habla de personas privadas de libertad, aparece como lógica, ya que si el legislador hubiera querido independizar al particular de la situación antes dicha habría elegido un camino metodológico distinto en la conformación del tipo.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, la ley ha castigado a los particulares que intervienen en tortura a personas detenidas por la autoridad, pero es muy discutible que la cláusula se refiera a tortura de personas secuestradas por los mismos particulares, de modo que es seguro, agregan los autores citados, que se ha dejado sin castigo torturas y actos de barbarie llevados a cabo contra personas que no están en situación de resistir o de irse... Parecería, dicen los autores citados, que al legislador le ha preocupado más castigar a funcionarios que a torturadores, y no ha comprendido que el horror es la tortura y no el funcionario²⁹⁷.

e) *Consumación y tentativa*

El delito se consuma en el momento de la imposición de torturas, admitiéndose la tentativa²⁹⁸. No es necesario que consiga el resultado que persigue²⁹⁹.

f) *Pena*

La pena para el delito de tortura es de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua, si es autor el funcionario público, lo que ha hecho decir a Aguirre Obarrio que éste es un error ya que es la pena del homicidio simple, con lo cual, en vez de torturar, se mata³⁰⁰.

²⁹⁶ Ídem nota anterior.

²⁹⁷ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 77.

²⁹⁸ Fontán Balestra (obra act. por Guillermo Ledesma, p. 334) pone como ejemplo que: "Es imaginable que se monte el sistema de tortura y, listo para principiar aquélla, el hecho se vea frustrado por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o autores".

²⁹⁹ SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 187.

³⁰⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 77.

XII. Agravantes

1. Muerte y lesiones graves

El inciso 2° castiga con prisión o reclusión perpetua en los casos que resultara la muerte de la víctima, y si se causaren las "lesiones gravísimas" del artículo 91 del Código Penal, la pena a imponer al autor será de prisión o reclusión de diez a veinticinco años.

Parte de la doctrina afirma que se trata de un resultado preterintencional. Para Creus quedan comprendidos aquí los resultados tanto culposos como dolosos, aunque estos últimos sean directamente queridos por el agente. Esto surge, dice Creus, no sólo de los principios generales que rigen este tipo de agravantes, sino también de la congruencia de las penas con las figuras de homicidio y lesiones gravísimas o calificadas³⁰¹. A nuestro juicio, tanto el resultado muerte, como el resultado lesiones deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, de manera que esto exige, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio lo sea a título de dolo, aunque sea eventual. Tozzini dice que las lesiones leves y graves que pueda provocar la imposición de tortura integran el tipo básico³⁰².

XIII. Omisiones funcionales penadas

1. Omisión de evitar la comisión del delito de tortura

El problema que se suscita en el artículo 144 cuarto, inciso 1° del Código Penal es si el deber de garantía que es la esencia del tipo penal en cuestión alcanza a la evitación de conductas delictivas de otras personas que actúan libremente. Esto ha hecho decir a la doctrina que si la respuesta es positiva, implica imputar a título de dolo una conducta también imputable a título de dolo a quien realizó realmente el hecho. Con ello se estarían dejando de lado las reglas de la participación. La respuesta a esta pregunta es que esta forma de legislar surge de los principios esenciales que informan la materia, del bien jurídico que

³⁰¹ CREUS, t. I, p. 330.

³⁰² TOZZINI, Carlos, *Sanciones penales por torturas a personas detenidas*, cit. *Doctrina Penal*, año 7, 1984, p. 767.

está en juego, esto es, la dignidad de la persona humana, y, por ende, de la posición de garantía que se asume frente a ese bien jurídico³⁰³.

Si esto es así, la autoridad o funcionario que tiene el deber de cuidado de las personas a su cargo, y que delega parte de esto, no puede dejar de lado el deber de supervisar y vigilar al otro funcionario público o a un particular. "La calificación de autoría se fundamenta en la contribución determinante del omitente resultado, que es fruto de una actividad en un ámbito cuya organización ha asumido y que le corresponde aun prioritariamente, máxime en supuestos como los únicos aquí incriminados de permitir. Del conocimiento efectivo del curso de riesgo que se dirige a la lesión del bien jurídico"³⁰⁴.

Si no se quiere recurrir a la posición de garantía que obviamente surge del deber que tiene todo funcionario público respecto a la integridad moral de las personas, no hay duda de que el funcionario que tiene el deber de cuidar a la persona y puede hacerlo, y deja que otros torturen, tiene el dominio del hecho y por lo tanto carga el hecho como autor. Piénsese en los policías, en los médicos de la cárcel, en los guardiacárceles, y aun en secretarios judiciales. En este último caso, cometería el delito aquel secretario de instrucción que sabiendo que la policía o el personal penitenciario podría aplicar tortura a una persona no hace nada y deja que sucedan los hechos.

Vuelve a tomar vida el ejemplo del violador que es mandado por el funcionario a una cárcel, con otros detenidos, sabiendo que va a ser violado.

2. Omisión de denunciar el delito de tortura

Para la doctrina se trata de un encubrimiento, que se califica por el delito que se encubre en la omisión, por lo que, para que se dé el supuesto legal tiene que haber existido el delito de tortura consumado o tentado. Sin embargo, afirma Creus que se agrega un elemento al autor en el tipo penal, que es que carece de la competencia a que alude el inciso precedente³⁰⁵. Con lo cual la cuestión se circunscribe a lo siguiente: Se trata de un autor, funcionario público, que no tiene

³⁰³ LASCURAIN SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 510/511.

³⁰⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, p. 511.

³⁰⁵ CREUS, p. 333.

competencia para evitar la tortura, pero sí la conoce por medio de su función y no la denuncia en el tiempo establecido por la ley, esto es, veinticuatro horas, tanto ante el funcionario de mayor jerarquía como ante el Ministerio Público, o el juez competente.

El autor debe haber tenido conocimiento de la tortura, a raíz de la función, y no cede su responsabilidad si a la denuncia la hace ante otros funcionarios que no son los determinados por la ley, ni en el plazo exigido por ella.

3. *Punibilidad para los médicos*

La segunda parte del inciso 2° del artículo 144 cuarto del Código Penal dispone que si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por el doble de tiempo de la pena de prisión. La cuestión es clara ya que entre los fines de la actividad médica está el de curar los males, dentro de lo posible, de las personas, de modo que si algo está lejano del actuar de un médico es permitir o no denunciar los tormentos.

Creus plantea el caso de si el médico debe guardar secreto profesional, y en ese supuesto sostiene que no podrá ser autor del delito en cuestión³⁰⁶. No se alcanza a ver cuándo el médico deberá guardar secreto profesional si ha visto o conoce la aplicación de tormentos, salvo que, con la denuncia, ponga en peligro la vida de la víctima, que es una cuestión totalmente distinta a la planteada por nuestro colega santafesino.

El delito se consuma al producirse el vencimiento del término dispuesto por la ley, es decir, "veinticuatro horas" para efectuar la denuncia del hecho ante la autoridad competente.

4. *Omisión de denunciar el delito de tortura calificada por el autor*

El inciso 3° establece que sufrirá la pena prevista en el inciso 1° de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

³⁰⁶ *Idem* nota anterior, p. 334.

Tozzini opina que: "El tipo penal marca una dicotomía entre jueces del crimen —que pueden instruir sumario por el delito— y los demás jueces —que deben denunciar ante el juez competente—, al par que mediante el plazo que otorga para actuar, y que es también consumativo, señala que el conocimiento tiene que ser de hechos ya acaecidos cuando se trata de jueces penales. Parece indudable, en este sentido, que si el individuo fuese sometido a torturas mientras está a disposición del juez que en ese momento toma conocimiento del hecho, el deber de obrar de éste para impedir la continuación del delito supera el deber de instruir meramente un sumario. Parte, en cambio, de una posición de garante de la incolumidad psicofísica del detenido que transforma a su omisión dolosa en un verdadero delito impropio de omisión, castigable con las penas del tipo básico o, en su caso, las previstas para los tipos calificados por el resultado (comisión por omisión)"³⁰⁷.

Desde otra perspectiva, el tipo penal comprende dos acciones diferenciadas que debe realizar el juez, que es el único que debe ser sujeto activo. En primer lugar, no instruir sumario teniendo competencia para realizarlo; la segunda, no denunciar la comisión del delito de tortura al juez que resulte competente para instruir el sumario correspondiente³⁰⁸.

Sujeto activo del delito en ambos casos es el juez³⁰⁹ que instruye sumarios en razón de su competencia, o que no lo instruye pero se entera del tormento en razón de su función. En las provincias que han adoptado sistemas acusatorios, donde la investigación la lleva adelante el Ministerio Fiscal, la norma habla de "juez" y no del fiscal, por lo que, más allá de que en esos sistemas quien "instruye" el sumario es el fiscal, el término no puede hacerse extensivo. En la segunda hipótesis, puede tratarse de cualquier juez de la Nación o de la provincia, sin distinción de fuero o jurisdicción. No podemos olvidar que el juez debe haber tomado conocimiento del hecho a raíz de su cargo, es decir por su actividad funcional.

³⁰⁷ Ob. cit. en nota 302, p. 769.

³⁰⁸ TOZZINI, ob. cit., p. 768.

³⁰⁹ Coincidimos con Buompadre en cuanto a que el juez es el juez de instrucción, puesto que es el que posee la competencia para instruir el sumario.

En la segunda hipótesis, acota Creus que se puede suscitar el problema de establecer si es autor de la omisión típica el juez que, siendo competente, no se encuentra de turno y por lo tanto no lleva adelante esa causa. Así, en el mismo razonamiento, expresa que el turno no resulta ser una regla de competencia sino de "mero ordenamiento de materia". Por ello el juez "no se relevará de responsabilidad por aquella circunstancia, salvo en los casos en que la intervención del juez de turno pueda realizarse con la suficiente celeridad como para evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que es la misma efectividad de la justicia que ampara el artículo 274"¹⁰.

La doctrina mayoritaria opina que el juez incompetente quedará exento de responsabilidad si formula la denuncia ante otros funcionarios públicos que por la ley están autorizados a recibir denuncias, por ejemplo, procurador fiscal¹¹.

Se consuma con el vencimiento del término de "veinticuatro horas", impuesto por la ley, de haber tomado conocimiento de la imposición de torturas. Fontán Balestra opina que nos hallamos frente a un delito instantáneo y que no admite tentativa¹².

5. *Agravantes genéricas*

El inciso 4º del artículo 144 cuarto establece que: "En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo".

Debemos coincidir con las afirmaciones de Tozzini en cuanto a que la sanción de inhabilitación especial perpetua con la que el cuarto apartado castiga a todas las conductas omisivas (en el caso del médico se superpone con la inhabilitación especial para el ejercicio profesional) comprende también "la de tener o portar armas de todo tipo".

Tozzini y Creus son coincidentes en expresar que al hablarse de todo tipo de armas, el concepto se extiende también a armas blancas

¹⁰ CREUS, ob. cit., p. 311.

¹¹ En el mismo sentido ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 127.

¹² FONTÁN BALESTRA, ob. cit. act. de Ledesma, p. 336.

poniendo el ejemplo de que la inhabilitación tal como se encuentra descripta comprendería desde la tenencia de una ametralladora hasta la de un cortaplumas³¹³.

XIV. Omisión funcional. Figura culposa

El artículo 144 quinto establece que: "Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario".

1. Tipo objetivo

La redacción del artículo lleva sin duda a pensar que estamos frente a un delito culposo, aunque no tenga la manera habitual que el Código ha dado a esta clase de delitos. Sin embargo, la esencia de este tipo penal está en que la tortura no se habría dado si el funcionario hubiera cumplido su deber objetivo de cuidado, que en el caso se hubiera concretado vigilando la repartición que tenía a su cargo o adoptando los recaudos necesarios para que ello no sucediera.

Se trata de un delito omisivo, cuya estructura es simple. La omisión culposa del funcionario ha permitido que un tercero realizara las torturas. De modo que, como en todo tipo imprudente, se exige una relación directa entre la violación del deber de cuidado y la comisión del hecho por parte de un tercero.

La acción típica se realiza cuando no se ha establecido la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios (no se han tomado las previsiones suficientes) para evitar las torturas, dando lugar a que estas torturas se llevaran a cabo.

Como bien afirma Creus, la omisión no debe estar dirigida a que se cometa el delito de tortura, pues si ello sucede, se entra en el campo de la participación del delito previsto en el artículo 143 tercero.

³¹³ CREUS, ob. cit., p. 312; TOZZINI, ob. cit., p. 770.

Se trata de un delito de omisión impropia³¹⁴, teniendo en cuenta la posición de garante del funcionario público que está a cargo de una repartición o cosa similar, como se verá, respecto de las personas que tiene bajo su control, de manera que reclama la equivalencia.

2. Tipo subjetivo

Al ser un delito culposo, se dan todas las discusiones sobre el tipo subjetivo. De todas formas, entendemos que se debe dar la previsibilidad del hecho, por parte del autor.

3. Sujeto activo

Es delito especial, propio, ya que el sujeto activo del delito sólo puede ser el funcionario que se encuentre a cargo de "la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo" donde se encuentren personas privadas de libertad³¹⁵.

Cabe aclarar aquí que el autor directo de la tortura responderá por el delito previsto en el artículo 144 tercero.

³¹⁴ "Los delitos de omisión impropia son delitos especiales propios en tanto sólo determinada calidad de sujetos se encuentran obligados a impedir o evitar el resultado típico: quienes se encuentran en posición de garante" (CAPPARELLI, Facundo L., *La imputación jurídico-penal en el ámbito de los delitos omisivos. La posición de garante del superior jerárquico. Vejámenes en dependencia policial*, en L. L. Supl. de Derecho Penal del 28-7-2000, ps. 27 y ss.). Así también Welzel, al referirse a los delitos impropios de omisión, expresa claramente que: "En los delitos de omisión impropios, el juez mismo mediante una complementación del tipo tiene que encontrar las características objetivas del autor. Del tipo legal de los delitos de comisión sólo puede desprenderse de modo directo la conducta típica (esto es, el evitar el resultado típico); en cambio, las características del autor de la omisión tiene que elaborárselas por sí mismo. Los tipos de los delitos impropios de omisión, por consiguiente, son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, por el contrario, de formación judicial" (WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, ps. 248 y ss.).

³¹⁵ La doctrina pone ejemplos tales como: el jefe de policía, un comisario, el alcaide de una unidad penitenciaria (Fontán Balestra). A éstos podrían agregarse: los jefes de comisarías donde se alojen personas detenidas, los jefes de alcaldías policiales, los jefes accidentales de comisarías (ello puede darse en zonas rurales con mayor frecuencia).

4. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la producción de torturas por parte de otras personas, a causa del actuar culposo del funcionario, que debió poner adecuada vigilancia o no tomó los recaudos necesarios.

XV. La prueba obtenida mediante tortura³¹⁶

Ya hemos dicho en nuestra teoría del delito, al fundar la pena, que el principio básico que gobierna el tema de la prueba en el proceso se puede resumir de la siguiente forma: no constituye un principio de ningún ordenamiento procesal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio.

De este modo, la averiguación de verdad en el proceso está limitada por los principios básicos del Estado de Derecho, que exigen salvaguardar los derechos de los inocentes y los derechos fundamentales del ser humano.

En este juicio de conocimiento no se pueden pasar ciertos límites, y que si se hace, dichos conocimientos no deben ser utilizados por el Estado en contra de la persona acusada.

Se trata, en el fondo, de un problema ético, por el cual el Estado no debe utilizar medios de prueba que hayan sido obtenidos ilegalmente, o más aún, violando los derechos básicos de la persona, que se han reconocido en la Constitución Nacional y a los que el Estado, tal como hemos visto, está también obligado a respetar.

Esto surge de la llamada teoría de la prohibición de prueba, que surgió a principios de siglo, en los primeros escritos de Beling (1906).

No viene al caso hacer un análisis pormenorizado de las distintas posiciones que se han desarrollado a los efectos de llegar a un concepto único sobre la prohibición de prueba.

A modo de síntesis, se podría afirmar, siguiendo en esto a Gössel, que los autores han tomado distintos caminos, que van desde la búsqueda de la esencia de las prohibiciones de prueba, tanto desde un as-

³¹⁶ Sobre el tema, véase DONNA, *Teoría del delito y la pena* cit., t. I, § 4. GÖSSEL, *Teoría de la prohibición de prueba*, en *Revista de Derecho Penal*, 2001-1 (en prensa).

pecto formal como material, hasta un concepto funcional, en los cuales se analizan los efectos apropiadamente dichos de tales prohibiciones.

De todas formas, y tal como dijimos en otra oportunidad, no hay duda de que el Estado debe aceptar una serie de reglas básicas, a los efectos de llegar a la verdad en el proceso, y esas reglas no son otras que las contenidas en el Código de Procedimientos. La teoría de la prohibición de prueba busca, de alguna manera, salvaguardar la pureza del procedimiento y disciplinar a los tribunales para la realización de un procedimiento legítimo.

La regla básica diría que "una sentencia podría ser anulada debido a una infracción contra la prohibición de prueba, cuando dicha infracción afecte al inculpado de manera esencial en sus derechos". Esto tiene que ver con la llamada esfera íntima del derecho personal, o sea, un ámbito esencial de la vida privada, en sí inviolable; otro ámbito superior de la vida privada, y una esfera del comportamiento humano público que se halla fuera del derecho de la personalidad.

Las violaciones esenciales del derecho de la personalidad no pueden ser valoradas, sin excepción alguna.

El Código Procesal Penal de la Nación ha tomado partido, en sus artículos 166 y siguientes, y en especial en su artículo 167, por una sistemática estricta de las nulidades, en el sentido de limitar las causas que llevan a la nulidad de la sentencia, permitiendo que las irregularidades que no afecten el derecho de defensa de las partes constituyan una nulidad que pueda corregirse. Con lo cual, un primer criterio sería que no hay posibilidad de que se llegue a la verdad usurpando los derechos individuales, salvo que esto esté expresamente permitido, tanto por la ley como por la Constitución; ejemplo de ello es el allanamiento de morada mediante orden de juez competente (art. 18, Const. Nac.). Sin embargo, también hay que sostener, enfáticamente, que no hay posibilidad de violación de otros derechos personales, ni siquiera con orden de juez competente, tal el caso de la tortura, ya que, en esos supuestos, tanto quien infringe el tormento como el juez que lo autoriza serían autores de hechos delictivos.

Hay que tener en cuenta que producida la violación de prueba, la sentencia será nula, si ella se ha elaborado como resultado de esa

violación. Dicho en otros términos, si excluida la prohibición de prueba, no es posible llegar a la conclusión condenatoria.

En un Estado de Derecho, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio. Quizá sea necesario un mayor tiempo de estudio, por una parte, y de práctica jurisprudencial, por otra, para poder lograr una conceptualización precisa del tema.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del caso "Montenegro"³¹⁶⁻¹, ha tomado un rumbo que, con altibajos, ha aceptado que la prueba que se ha incorporado al proceso de manera ilegal no deba ser tomada como elemento útil a los fines de la condena del imputado. En el caso "Daray", la Corte Suprema sostuvo una interesante doctrina, basada en el hecho de que, cuando la policía de la Delegación San Rafael, Mendoza, se encontraba realizando controles de rutina, detuvo a una persona que conducía un automóvil. La policía lo invitó a concurrir a la seccional de policía respectiva, en donde no se constató ninguna irregularidad en la identificación del auto. Mientras estaba en la policía, espontáneamente aquella persona involucró a sus hijos, diciendo que ellos tenían automóviles extranjeros, con patente diplomática. Con esta noticia, la policía imputa a los hijos del principal imputado, quienes reconocieron el hecho. En consecuencia se libró orden de allanamiento, actuando el juez federal en turno por el delito de contrabando. Se encontró un automóvil Mercedes Benz, con chapa diplomática, cuyo propietario era el cónsul de Paraguay en la ciudad de Resistencia. El cónsul solicitó la devolución del auto y la Corte Suprema de Justicia intervino a los efectos de analizar la corrección de los procedimientos.

La mayoría de los miembros del tribunal votaron por la invalidez del procedimiento, claro que con diversos fundamentos y sobre distintos aspectos.

La primera cuestión, que aparece en el voto de los jueces Levene, Nazareno y Moliné O'Connor, es con relación a la detención de la primera persona. El tribunal dijo que "la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en consecuencia. Esa nulidad surge al haberse violado la regla del artículo 18 de la Cons-

³¹⁶⁻¹ CSJN, "Montenegro", *Fallos*: 303:1938.

titución Nacional, que requiere la existencia de una orden de detención de la autoridad competente. Dicha orden no se suple cuando la policía utiliza la facultad que tiene a los efectos de identificación de las personas³¹⁶⁻².

Y esto surge en virtud de que la llamada invitación policial no puede ser aceptada como tal, sino que es una simple y llana detención. Si esto era una detención, ella ha sido en contra de lo dispuesto por el mencionado artículo 18 de la Constitución Nacional.

Lo que la Corte Suprema ha dicho con este fallo, según lo sostiene con razón Carrió, quien anotó dicha sentencia, es "que para considerar legítimo un arresto policial es necesario la presencia de indicios concretos de culpabilidad, tal como lo señala el ordenamiento procesal". La consecuencia es, sin duda, la regla de exclusión, esto es, la imposibilidad de utilizar la prueba así lograda. Bien dice Carrió que la Corte aplicó "la doctrina del caso *Rayfors* (*Fallos*: 308:733; L. L. 1986-C-396), reafirmada luego en los casos *Ruiz y Francomano*". El tribunal concluyó: "si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de legalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél". Pero reafirmando la posición que venimos sosteniendo, en el voto de Levene, Moliné O'Connor y Nazareno, sostuvieron que "no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de las garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito". Por último, y éste es el punto relevante, en cuanto al tema de prohibición de pruebas, que estamos analizando, la Corte sostuvo que todo proceso penal debe ser tramitado de conformidad con una ley preexistente que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la coacción procesal, respetando las libertades individuales aseguradas por la Constitución Nacional.

Un caso similar ha sido analizado, esta vez en forma minoritaria, por la Corte Suprema de Justicia. Allí los doctores Belluscio, Petracchi y Boggiano se expiden en el caso de un imputado que fue llevado a

³¹⁶⁻² CSJN, "Daray, Carlos", L. L. 1995-B-349.

la seccional policial e interrogado como testigo. Posteriormente fue trasladado a la División Robos y Hurtos para la exhibición del álbum de malvivientes, sin que constara que el cambio de su situación procesal se le hubiere hecho saber. Es doctrina de la Corte —dice el voto minoritario— que la persona que es sospechosa de un delito no puede ser interrogada bajo juramento, ya que se la obliga a mentir o a declarar contra sí misma. Por lo tanto, como ese acto es nulo, los restantes actos derivados de él también lo son, y, en consecuencia, se hizo lugar al recurso extraordinario³¹⁵.

Con lo expuesto es claro lo que parece ser un esbozo de doctrina de la Corte Suprema de Justicia, consistente en que el Estado no puede tomar como dato, para incriminar a una persona, una prueba obtenida de manera ilegal, tal como se ha comprobado en los mencionados fallos.

En síntesis, de acuerdo a lo expresado hasta acá, cualquiera de las pruebas que surja de la tortura no puede ser incorporada al proceso, de manera que todo lo que se obtenga de esa forma es absolutamente nulo. Como afirma Serrano Gómez, la prueba obtenida será nula cuando se obtenga violentando los derechos o libertades fundamentales³¹⁷.

XVI. Conducción fuera de las fronteras de la República

El artículo 145 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero".

1. Antecedentes

El tipo penal no se encuentra en el Código Penal de 1886, ni tampoco en los antecedentes del mismo. Se lo introduce en el proyecto de Código de 1891, elaborado por los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo.

³¹⁵ CSJN, 10-8-95, "García D'Auso, R. s/Robo". G. 79, XXIV.

³¹⁷ SERRANO GÓMEZ, ob. cit., p. 185.

De la Exposición de Motivos emerge que en el artículo 172 se ha reproducido, disminuyendo la sanción, el artículo 278 del Código Penal holandés³¹⁸.

El delito ahora analizado fue suprimido en los proyectos posteriores (Peco de 1940) y en el proyecto de 1960.

2. *Bien jurídico*

El delito ofende la libertad individual, como bien lo sostiene Núñez, porque es un atentado coercitivo o fraudulento de la facultad de la persona a determinarse. No se trata de una privación de libertad calificada, aunque puede ésta utilizarse para esos fines. Si se advierte bien, el "conducir fuera de las fronteras, venciendo o burlando su voluntad, lo que no equivale que sea privándola de libertad, ya que puede ser por vía del engaño. Si también se la priva de libertad habrá sin duda un concurso ideal, previsto por el artículo 54 del Código Penal"³¹⁹.

La actualidad del delito puede verse en el caso de "United States vs. Humberto Álvarez Machain", en el cual Estados Unidos sacó a una persona de un país para juzgarla en el suyo, sin ninguna formalidad, como ser la extradición. Nosotros hemos comentado el caso, que sin duda violenta derechos humanos básicos³²⁰.

3. *Tipo objetivo*

La acción típica consiste en conducir a una persona fuera de la República, en contra de su voluntad.

Conduce, según la doctrina, cuando la persona es llevada hacia fuera de los límites o confines del territorio nacional o a otro lugar no sometido a la jurisdicción del país³²¹. Creus hace una aclaración en cuanto la ley habla de conducir, y no de sacarla, de modo que comete el delito aquel que la lleva hacia la frontera, aunque no consiga

³¹⁸ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 385. La norma presenta concordancias con los Códigos italiano (art. 146), húngaro (art. 324) y alemán (art. 234).

³¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 30.

³²⁰ DONNA, Edgardo A., *Un caso de violación de principios básicos del Derecho, en Doctrina Penal* N° 15, Depalma, Buenos Aires, 1992-A, ps. 147 y ss.

³²¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 30.

traspasarla³²². Por eso acierta Núñez cuando afirma que, existiendo el propósito que exige la ley, el delito se consuma en el momento en que la persona comienza a llevar a la víctima, dentro de un punto del país³²³.

La idea que subsiste, y que hemos analizado en el caso norteamericano, es dejar a la persona sin la protección de la soberanía argentina, y someterla a un poder extraño, ajeno a la soberanía nacional.

La manera o el medio de que se valga el sujeto activo de la figura no tiene mayor importancia; ello implica que puede hacerlo engañando a la víctima, intimidándola o privándola de su libertad. Si para ello se comete otro delito, como la privación de libertad, en cualquiera de sus formas, habrá concurso ideal³²⁴.

Tanto el sujeto activo como pasivo del delito puede ser cualquier persona.

La figura lleva consigo la ausencia de consentimiento por parte de la víctima del delito que ahora se analiza³²⁵.

4. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo de este delito es complejo. Por una parte está el dolo, que consiste en saber que se conduce a una persona fuera del país, en contra de su voluntad, pero, y acá está el quid de la cuestión, se exige un elemento subjetivo especial, que consiste en el fin del autor de someter a la víctima del delito "ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero". De modo que la cuestión tiene dos aristas: la primera, que si no existe este fin, no se dará el tipo subjetivo, y la segunda, que el dolo es directo, no admitiéndose ningún otro dolo, por ser incompatible con la estructura del tipo en cuestión.

El error de tipo elimina el dolo y al no haber un tipo culposo, aun el error vencible llevará a la atipicidad de la conducta.

³²² CREUS, ob. cit., t. I, p. 338.

³²³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 30.

³²⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 30; CREUS, ob. cit., t. I, p. 338.

³²⁵ Creus indica que "el alistamiento voluntario de argentinos para integrar un ejército extranjero, por ejemplo, realizado en el país, no es base fáctica para este delito" (conf. CREUS, ob. cit., t. I, p. 339).

a) El "someter a una persona ilegalmente al poder de otro" implica por parte del autor la finalidad de someter a la víctima al dominio material de otro, aunque no a servidumbre ya que, de lo contrario, se estaría ante el delito del artículo 140 del Código Penal, ya visto. La doctrina ha sostenido que una persona se encuentra sometida cuando está sujeta y dominada al poder de otro³²⁶. Este sometimiento debe ser ilegal, de modo que se hayan violado las formalidades exigidas por la ley, las reglamentaciones. También puede surgir por la incompetencia funcional del autor, por la falta de derecho³²⁷. Es el caso de quien se lleva a una persona a otro país a los efectos de juzgarla en él, sin las formalidades de la ley argentina.

Problema distinto es la palabra "otro", que se encuentra en la ley. Creus, por ejemplo, afirma que puede ser cualquier persona física u organismo, que importe un dominio material sobre la persona de la víctima³²⁸. Otro grupo de autores afirma en la misma dirección que puede tratarse de una persona física o "una organización legal o ilegal, o un Estado extranjero o cualquier otra persona de existencia ideal pública o privada"³²⁹.

En cambio, Soler opina que cuando se habla de "otro" debe tratarse de un poder legalmente regulado poniendo como ejemplo la marina mercante o el poder del padre sobre el hijo³³⁰. Sin embargo, este requisito no surge de la ley.

El sometimiento a que hace referencia el tipo analizado debe ser ilegal, ello implica que debe ser contrario a las formalidades establecidas en la ley.

No distingue la ley en cuanto a la ilegalidad, pudiendo conducirse a una persona fuera de las fronteras violando las formalidades o no observándolas cuando son impuestas por la norma³³¹.

³²⁶ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 150.

³²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 31.

³²⁸ CREUS, ob. cit., t. I, p. 338.

³²⁹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 134, citando a Creus y Solsona. En igual sentido, NÚÑEZ, t. V, p. 31.

³³⁰ Soler, citado por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 134.

³³¹ Se pone como ejemplo en la doctrina el caso "Eichmann", en donde no se observaron las normas de procedimiento para la extradición de la persona víctima.

Creus formula la aclaración de que el sometimiento no puede constituir reducción a servidumbre o condición análoga, toda vez que conducir a una persona para someterla "a esa especie de poder" constituiría tentativa del delito previsto y reprimido en el artículo 140 del Código Penal³³².

b) La ley contempla, como fin de la conducción fuera del país, el alistamiento en un ejército extranjero. Esto implica, como lo expresa la doctrina, una forma de sometimiento de la víctima del delito, ya que se busca que quede sometida a ese ejército³³³. Como se ha expresado precedentemente, el alistamiento debe ser contra la voluntad de la víctima.

Cuando se habla de ejército extranjero existe coincidencia en la doctrina que debe tratarse de una agrupación de carácter u organización militar (fuerza armada) tanto regular como irregular, que tiene su asiento en el extranjero, no estando sujeta al poder del Estado argentino³³⁴.

5. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la conducción de la persona víctima hacia la frontera del país, con el fin de lograr alguno de los objetivos descriptos en el tipo.

No resulta necesario para consumar el delito que se haya logrado sacar a la persona fuera del país, ni tampoco que se haya producido efectivamente el sometimiento al poder de otro.

La tentativa es posible y serán todos los actos últimos antes de empezar a conducir a la persona hacia la frontera o al lugar de sometimiento, fuera de la jurisdicción nacional³³⁵.

³³² Conf. CREUS, ob. cit., p. 315.

³³³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, ps. 31/32; CREUS, ob. cit., t. I, p. 339.

³³⁴ En el mismo sentido, Estrella, Godoy Lemos, Núñez, Moras Mom y Damjanovich.

³³⁵ Creus pone el ejemplo cuando: "se ha privado de libertad a la víctima para tratar de conducirla después y la liberan terceros antes de que la conducción haya comenzado". También opina el autor que la supuesta tentativa del delito que se analiza quedaría absorbida por la privación ilegítima de la libertad prevista en el art. 141 del Cód. Pen., teniendo en cuenta las reglas del concurso aparente de delitos (conf. CREUS, ob. cit., p. 316).

XVII. Delitos vinculados con niños y adolescentes

1. Introducción

El Código Penal incluye, dentro de los delitos contra la libertad (arts. 146 al 149), delitos cuyo objeto de protección, en principio, es el menor, cambiando la edad según los casos, ya que los menores se hallan entre las edades de diez a quince años.

La doctrina, en parte, ha dicho que se trata de un ataque que no se encuentra directamente dirigido contra la libertad individual del niño o adolescente, sino en contra de su tenencia, por parte de quienes legítimamente la ejercen, de manera que pareciera ser que el bien jurídico es la familia del niño³³⁶.

Por su parte, Carrara entendía que el objeto de los delitos que ahora se analizan "se encuentra en el derecho de los padres y de otras personas que tienen autoridad sobre los jóvenes". En síntesis, el objeto de los delitos que se estudian aquí recae sobre las relaciones familiares³³⁷. De modo tal que, desde esta perspectiva, el menor resulta, antes que sujeto pasivo de la figura delictiva, objeto de la acción. Resulta indiferente, desde esta perspectiva, que medie o no consentimiento del niño o adolescente sobre la acción del agente³³⁸.

2. *La Convención sobre los Derechos del Niño y los delitos en cuestión*

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ahora incluida en nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), habla del niño, el cual, sin duda, se trata del menor a que se refieren los tipos

³³⁶ Conf. CREUS, *ob. cit.*, p. 317. En el mismo sentido se han referido al tema Malagarriga y Núñez (*ob. cit.*, p. 58).

³³⁷ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial cit.*, vol. 1-III, 5, § 1975 y ss.

³³⁸ Conf. CREUS, *ob. cit.*, p. 317. Así también expresa que "el carácter de las ofensas no permite rechazar la tipicidad cuando el menor presta su consentimiento" (se hace referencia a que en los tipos de los arts. 148 y 149 el consentimiento resulta integrante del tipo, existiendo diferencia en la pena de los delitos de los arts. 146 y 147 y los normados en los arts. 148 y 149 del Cód. Pen.).

de los artículos 146 a 149 del Código Penal. Más aún, como se sabe, la ley 23.849 (sanc. el 27-9-90) ratificó la Convención citada³³⁹.

El artículo 1º de la Convención define al niño como: "...todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Como se ve el término niño utilizado por la Convención congloba al "menor" a que hace referencia la ley penal sustantiva.

XVIII. La sustracción de menores

El artículo 146 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión o reclusión de cinco a quince años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare".

1. *Bien jurídico*

Es el derecho básico a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos. Desde esta perspectiva, el bien jurídico en estos tipos penales pasa por esta idea, y es desde esta idea que debe entenderse los.

2. *Antecedentes*

Como bien expresa Soler, resulta amplia la tradición jurídica del tipo penal en cuestión, aclarando que la manera en que llega a las modernas legislaciones resulta independiente de las razones que hacían de la figura del ahora artículo 146 una "gravísima infracción" en el Derecho Penal español y germano de la antigüedad³⁴⁰.

³³⁹ Fue promulgada con fecha 16-10-90 y publicada en el Boletín Oficial el 22 de octubre del mismo año, encontrándose vigente en el Derecho interno desde el 1-11-90. A más del concepto de niño que nos interesa, cabe destacar que la Convención en su art. 37 impone como obligación a los Estados partes que: "a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...] b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente..."

³⁴⁰ Conf. SOLER, ob. cit., p. 54. También aclara que "En realidad, esas formas tradicionales de la figura se vinculaban con antiguos modos de delincuencia, el robo de niños, cuya gravedad determinaba una represión particularmente severa (muerte) cuando el hecho era cometido por sujeto *qui solitus est talia committere*".

El Código Penal español traía en su artículo 408 la figura de la "sustracción de menores" dentro de los delitos contra la libertad³⁴¹. El Código de 1995 no hace una tipificación autónoma, analizándose el delito dentro de las detenciones ilegales o secuestros de los artículos 165 y 166 del Código Penal español vigente.

En los antecedentes nacionales, lo podemos encontrar ya en el proyecto Tejedor, que traía un capítulo destinado a legislar sobre el delito de sustracción de menores. Se castigaba al que sustrajere a un menor de nueve años del poder de sus padres. En el segundo apartado, se castigaba con una pena menor al que verificase la sustracción si el menor estuviese en poder de un guardador o de cualquier persona encargada de la custodia. En la nota se afirmaba que se castigaba "el hecho de sustraer al menor de la potestad de sus padres o encargados de la custodia. El principal objeto de la ley, en esta parte, es la protección de la familia y el mantenimiento de la autoridad paterna"³⁴².

La disposición contenida en el proyecto de Tejedor es tomada con pocas diferencias por el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, adoptándose, en el Código Penal de 1886, el que la plasma en un solo párrafo, penándose con mayor severidad que en los proyectos precedentes³⁴³.

Tal como lo expresa Moreno, el proyecto de 1891 —y después el de 1906— "prescindió del capítulo especial", aumentando la pena a diez años, extendiendo la protección de la norma penal a estos menores, toda vez que resulta razonable presumir hasta esa edad, en la falta de consentimiento del niño sustraído³⁴⁴.

³⁴¹ La figura analizada en el Código español de 1848, que rezaba: "La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal", tiene sus antecedentes en el Fuero Juzgo y en *Las Partidas*. Guardan relación con la normativa española el art. 354 del Cód. Pen. francés, el Cód. austríaco (art. 75), el art. 337 del Cód. de Napoleón (conf. PACHECO, *El Código Penal. Concordado y comentado* cit.).

³⁴² Tejedor, *Exposición de Motivos*, citado por MORENO, ob. cit., t. IV, p. 386.

³⁴³ MORENO, ob. cit., p. 386.

³⁴⁴ Ídem nota anterior.

3. El tipo objetivo

Para Moreno, las conductas penadas son dos:

- a) Sustracción de un menor;
- b) retención del mismo³⁴⁵.

Viene a colación lo afirmado por Creus acerca de que "el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas"³⁴⁶.

De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concorra se requiere que el hecho se produzca mediante sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño (padres, tutores o encargados), es decir que no exista consentimiento por parte de las mismas³⁴⁷, lo que lleva a decir a Núñez que se trata del robo de un niño³⁴⁸.

Por lo tanto, y en este punto la doctrina mayoritaria es tajante, no es posible razonar, dentro de la estructura del tipo penal, que cuando se habla de "sustraer", "retener" u "ocultar" estamos en presencia de tres acciones diferentes, sino que la retención o el ocultamiento del menor deben referirse a un niño previamente sustraído³⁴⁹.

La acción de sustraer implica apoderarse para sí o para un tercero del menor o apartarlo o sacar al niño de la esfera de custodia a la que se encuentra sometido.

Oderigo había planteado que el sustraer implica el traslado del

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 387.

³⁴⁶ CREUS, *ob. cit.*, t. I, p. 341. En igual sentido NÚÑEZ, t. V, p. 60. En sentido contrario, se había expedido GÓMEZ, t. III, N° 775.

³⁴⁷ *Conf.* MORENO, *ob. cit.*, p. 387.

³⁴⁸ NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 60.

³⁴⁹ En el mismo sentido Creus y Buompadre. Este último nos dice que "las acciones de retención u ocultación suponen siempre la existencia de un menor que previamente ha sido sustraído por un tercero" (BUOMPADRE, *ob. cit.*, p. 115).

menor a un sitio distinto de aquel en que el menor se encuentra bajo el amparo de las personas a que hace referencia la figura analizada³⁵⁰.

Ahora bien, si de lo que se trata es de una especie de robo del menor, tal como lo ha planteado Núñez, la idea esencial del delito es la del despojo, "que consiste en la interferencia del autor, interruptora (mediante apartamiento del menor de su sede) de la tenencia del titular de ella, o impeditiva de su reanudación (apoderamiento fuera de la sede)"³⁵¹.

Los medios que se utilizan por parte del agente en referencia al menor no resultan de relevancia, y puede ser con o sin violencia, con o sin la voluntad del menor en cuestión³⁵². En este sentido aclaraba Moreno que las diferentes edades de los distintos códigos no influyen en el concepto, ya que se presume que carece de capacidad para consentir³⁵³.

De todas formas, la idea del legislador es que el menor no puede ser considerado como la propiedad de los mayores, ni de los guardadores, pero debe ser cuidado por los mayores. Por eso la ley habla de sustracción y no de detención privada³⁵⁴. Retiene al menor sustraído el que lo detiene o guarda³⁵⁵. Moreno nos dice que la retención de un menor supone que "el agente no ha sustraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado o de dejarlo para que vuelva adonde aquéllas estuvieren siempre que fuese posible"³⁵⁶.

³⁵⁰ ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, citando a Gómez, Groizard, Malagariga y Díaz, Depalma, 1965, p. 147.

³⁵¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 61.

³⁵² Creus efectúa la aclaración de que en referencia a la persona que se despoja de la tenencia, "los medios utilizados deben implicar la ausencia de su consentimiento, por lo cual el uso de los medios coactivos o engañosos será indispensable cuando la sustracción no se haya perpetrado en ausencia de aquélla [...] o no se haya actuado sobre la persona del menor, consiguiendo que él mismo sea quien quiebre el vínculo de la tenencia" (CREUS, ob. cit., p. 318).

³⁵³ MORENO, ob. cit., p. 387.

³⁵⁴ Ídem nota anterior, p. 388.

³⁵⁵ NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal Parte especial* cit., p. 185.

³⁵⁶ MORENO, ob. cit., p. 389.

Ocultar implica esconder al menor sustraído de aquel que tiene legítimamente la tenencia.

No reviste mayor importancia que la sustracción del menor haya sido del hogar familiar, del establecimiento escolar o de la vía pública. Cualquier medio para la comisión resulta admisible incluyendo la violencia o el engaño³⁵⁷.

4. Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un delito doloso, que consiste en sustraer con la intención de quitar la tenencia del menor. De modo que si el autor tiene otras intenciones, el tipo penal se desplaza según sea la intención. Sería el caso de la extorsión, miras deshonestas, etcétera. Para Creus, en cambio, basta el querer desapoderar al legítimo tenedor, aunque las miras deshonestas también desplazan al tipo³⁵⁸.

De este modo el único dolo admitido es el directo.

Estrella y Godoy Lemos, citando entre otros a González Roura y Díaz, sostienen que cuando el móvil es "justo y honorable", como el de arrancar al menor de malos tratamientos, a fin de evitar un mal inminente y grave, ello quita al hecho su "carácter delictuoso"³⁵⁹.

Todos los autores antes citados son en principio de la vieja escuela causalista, de modo que cuesta creer que deban aceptar que los fines del autor cambien el tipo penal, casi una renuncia expresa a sus convicciones.

En el último caso es más grave, pues se confunde causa de atipicidad con causa de justificación, salvo que se emplee la teoría de la imputación objetiva, cosa ésta que están lejos de hacer ambos autores.

5. Sujetos

a) Sujeto activo

Sujeto activo del delito, tal como está redactada la norma, puede ser cualquier persona.

³⁵⁷ En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 116.

³⁵⁸ Creus opina que cuando "el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia, en este caso la duda equivale al saber" (CREUS, ob. cit., p. 320).

³⁵⁹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 143.

El problema en este artículo está en si es posible que sean sujeto activo del delito los padres que sustraen al menor de aquel que lo detentaba legítimamente.

En opinión de Soler no puede aplicarse la disposición del artículo 146 al "padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor"³⁶⁰. Creus afirma que esta posición se basa en la idea de que el delito es una ofensa en contra de los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda. Pero, agrega el autor, que la conducta del padre que así actúa vulnera la libertad de ejercicio de esos derechos, con lo cual la doctrina antes citada no es del todo coherente.

Núñez, por su parte, afirma que es posible que el otro padre sea el autor del hecho, ya que la posición de Soler se basa en el Derecho francés y no en la razonable interpretación del Código de 1886³⁶¹.

b) *Sujeto pasivo*

La doctrina mayoritaria ha sostenido que el sujeto ofendido por el delito es el que tiene legítimamente la tenencia del menor que es despojado. Esta tenencia se obtiene en un derecho legalmente reconocido (patria potestad), en un acto voluntario, por quien tiene potestad para producirlo (tutela dativa), en una sentencia; también puede ser la ley, directa o indirectamente, como ser en la adopción³⁶².

La importancia de determinar quién tiene la tenencia del menor surge debido a que, como se trata de una especie de robo, si no hay sujeto pasivo que tenga la tenencia, no se da el tipo penal³⁶³.

No debería dejarse de tener en cuenta que también es sujeto pasivo

³⁶⁰ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., act. por Ledesma, p. 339, citando a Soler. Explica el autor que inclina a Soler a decidirse de esta manera el hecho de que la figura en análisis es algo muy distinto de la pura ofensa a derechos familiares; implica hacer desaparecer al menor, "robarlo de los padres".

³⁶¹ NÚÑEZ, p. 63. En su ayuda cita a autores como Majno, Manzini y Frank, y fallos que corroboran esa posición (Jat. 6, p. 360; J. A. 47-262).

³⁶² NÚÑEZ, ob. cit., t. V, ps. 62/63; CREUS, ob. cit., t. I, p. 343; MORENO, ob. cit., t. IV, p. 388.

³⁶³ CREUS, ob. cit., p. 343

el menor de diez años, sin distinción de sexo, habida cuenta de que es su derecho el estar sin sobresaltos bajo la tenencia y el cuidado de una persona de acuerdo a derecho. Pero esto sería indirectamente, en el sentido del bien jurídico protegido³⁶⁴.

6. Consumación y tentativa

Tal como ocurre en el hurto, el delito se consuma tanto con el apoderamiento del autor como con el desapoderamiento al legítimo tenedor del menor o también cuando se impide la relación interrumpida. Creus, en cambio, sostiene que aunque el sujeto activo no haya consolidado la tenencia, también se consuma el hecho³⁶⁵. También se produce la consumación del delito cuando se realizan los actos de retención u ocultamiento del menor ya sustraído por otra persona.

En todos los casos resulta admisible la tentativa.

³⁶⁴ Cabe considerarse también el papel que juega la cooperación internacional en la restitución de los menores secuestrados. Es importante considerar el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, del 25-10-80, el que está caracterizado por ser un convenio de colaboración entre autoridades, "de carácter autónomo respecto de los demás mecanismos de protección internacional de los menores". El Convenio organiza la colaboración entre las autoridades centrales del Estado de la residencia habitual del menor y las del Estado donde éste se encuentre, es decir, a donde haya sido trasladado o donde el menor esté retenido ilícitamente. La profesora Vargas Gómez-Urrutia expresa que el objetivo de la convención está centrado en "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes, así como velar que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" (art. 1º). Para el Prof. español Pedro Pablo Miralles Sangro, prologuista de la obra de la profesora mencionada, "lo que primó sobre cualquier otro elemento, tanto en la configuración de la figura como en el procedimiento para remediar los elementos nocivos del secuestro fue lo que en palabras de los negociadores se expresa como *l'influence du temps que s'écoule*". Ello implica que "una vez comprobada la existencia de los requisitos de ilicitud del traslado del menor contenidos en el art. 3º, la restitución debe operar cuasi automáticamente, sin prejuzgar los derechos de guarda y visita" (VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección integral de los derechos del niño*, publ. por la Secretaría de Cultura y Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, México, 1999).

³⁶⁵ Conf. CREUS, ob. cit., p. 319.

7. La pena

La ley 24.410, publicada el 2 de enero de 1995, que introdujera varias reformas al ordenamiento penal vigente, aumentó la pena prevista originariamente para este delito, llevando la pena a prisión o reclusión de cinco a quince años, cuando la anterior sanción era de tres a diez años. La idea es clara; con esta sanción y las normas procesales vigentes se impide la excarcelación, cuestión ésta que puede ser discutida cuando el que sustrajo fue el otro padre.

XIX. La no presentación de menores

El artículo 147 del Código Penal argentino establece que: "En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de 10 años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición".

1. Bien jurídico

De acuerdo a la valoración que ha hecho el legislador, la acción tiene la misma gravedad que la analizada en el artículo anterior ya que la pena es la misma.

Se trata del derecho de disposición de la persona del menor, que ejercen los padres o legítimos tenedores³⁶⁶. Para parte de la doctrina, se trata de un delito de sospecha, en el cual el bien jurídico está integrado por el conjunto de derechos-deberes que corresponden a los titulares de la patria potestad o de la guarda de un menor, así como al propio menor sometido a tales instituciones de asistencia jurídico-familiar³⁶⁷.

2. Antecedentes

La disposición tiene sus antecedentes en Derecho español. Así, el Código español de 1848 establecía una similar figura en su artículo 408³⁶⁸, siendo concordante con el artículo 345 del Código Penal francés.

³⁶⁶ CREUS, ob. cit., p. 344.

³⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. I, p. 463.

³⁶⁸ Art. 409: "En la misma pena incurrirá el que hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición" (PACHECO, ob. cit., t. III, p. 250).

En nuestro país, tiene su origen en el proyecto de Carlos Tejedor, artículo 285, inspirado como emerge del propio proyecto del artículo 409 del Código español y teniendo como antecedentes los artículos 307 del Código peruano y 345 del Código francés³⁶⁹.

La nota decía citando a Pacheco que "el que estando encomendado a la persona de un menor, no lo presentare a sus padres que lo reclaman, ni diere explicación sobre su falta, que sea satisfactoria, despierta contra sí una presunción tan grave y desfavorable que la ley no ha podido menos que estimarla como prueba del delito. O es que le ha muerto, o es que le detiene y subtrae. Nada hay de extraño en que se le califique de substractor. Si prueba que no lo es, entonces da explicaciones satisfactorias y falta, por consiguiente, la condición para el castigo". Aunque la simple negativa no basta para tipificar el hecho. Agrega: "El artículo supone necesariamente que haya secuestro, o que la persona a quien se le ha confiado al niño haya dispuesto de él, de modo que no sea posible presentarle ni dar razón satisfactoria de lo que ha sido de él. Es preciso que la negativa u omisión de presentar sea hecha con la intención de dañar al estado del niño"³⁷⁰.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García mantuvo la disposición, la que se trasladó al Código de 1886 y a los proyectos de 1891 y 1906, aumentándose la penalidad en estos dos últimos.

3. *El tipo objetivo*

El tipo penal, que tiene sus complicaciones, exige por una parte que un menor que no tenga diez años cumplidos haya sido entregado al cuidado de una persona y, por otra, que el padre o guardador lo solicite. Por último, que el tenedor no lo entregue ni dé noticias satisfactorias de su desaparición. Con lo cual las acciones típicas consisten en no presentar a un menor de diez años o no dar razón satisfactoria de la desaparición, si existe el presupuesto antes mencionado³⁷¹.

En nuestro Derecho el delito se configura con cualquiera de las dos conductas, no resultando sencilla la determinación de cuándo no

³⁶⁹ ZAFFARONI y ARNEO, ob. cit., t. I, p. 298.

³⁷⁰ Tejedor, citado por MORENO, ob. cit., t. IV, p. 390.

³⁷¹ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 391; CREUS, ob. cit., t. I, p. 344.

se dan las explicaciones satisfactorias de un menor que ha desaparecido. Así, "no presenta al menor", esto es, hace típica la conducta quien, no mediando una razón o una causa legítima, no exhibe, muestra o indica el lugar dónde se encuentra el menor³⁷².

Contrariamente a lo dispuesto por el artículo 146 del Código Penal, en este tipo hay una acción previa que es la entrega voluntaria, por parte de los padres o de los legítimos tenedores. En el tipo que se analiza se exige la entrega voluntaria y previa del menor a otro individuo, a fin de que éste ejerza la tenencia o custodia del niño.

Es exigida, y esto es un elemento del tipo, la solicitud por parte de los progenitores, tutores o guardadores de la presentación o entrega del niño. Esta exigencia resulta imprescindible para la configuración del delito y, además, sólo puede provenir el reclamo por parte de los sujetos pasivos³⁷³.

El problema lo ha planteado Creus, en que la doctrina insiste en ver este delito como una desaparición del menor, esto es, haber hecho desaparecer al menor. Sin embargo, agrega este autor, no se trata de un delito de comisión, sino de omisión: "una cosa es que las conductas típicas sean indicativas de una desaparición u ocultación del menor, otra que se requieran acciones positivas donde la ley no habla más que de omisiones, sin que esto implique que se castigue al que se encuentra en la imposibilidad de presentar al menor"³⁷⁴. El tema no es menor y es necesario analizarlo.

Núñez afirma que se trata de un delito de omisión permanente ya que el autor, que comienza la consumación del delito al no presentar al menor, una vez hecha la solicitud o en el plazo que se le hubiera fijado, continúa omitiendo el deber, mientras voluntariamente no lo haga³⁷⁵.

³⁷² En el mismo sentido Creus y Buompadre. Este último indica que "el delito está concebido como un típico abuso de confianza por parte de quien ha recibido el encargo de tener o ejercer la custodia del menor, quien, frente al requerimiento de sus padres o guardadores, no presenta o no da razón satisfactoria sobre su desaparición. La decisión sobre si las explicaciones son o no satisfactorias es facultad exclusiva del juez, no de las partes" (BUOMPADRE, ob. cit., p. 125).

³⁷³ En el mismo sentido Estrella, Godoy Lemos y Fontán Balestra.

³⁷⁴ CREUS, ob. cit., t. I, p. 344.

³⁷⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 65.

Ya en su momento, Polaino Navarrete habiá sostenido que los términos de incriminación de esta conducta “resultan en absoluto censurables, tanto sustancial como formalmente. Incluso —afirmaba—, el enunciado literal del precepto adolece de deficiencia y dislate regulativo”³⁷⁶.

Para Polaino Navarrete habría una contradicción entre la interpretación sistemática y la descripción literal. “Conforme a la descripción literal, la fórmula legislativa exige tanto la no presentación, como la ausencia de explicación satisfactoria acerca de su desaparición”. En cambio, la interpretación sistemática “advierde que la esencia de la conducta típica es constituida por la omisión de presentación o la omisión de explicación de la desaparición del menor”³⁷⁷. Se trata, entonces, de una conducta omisiva “impura”, según este autor, que lleva implícita la sustracción del menor, respecto del ámbito jurídico-familiar que corresponde al mismo. De este modo la omisión de presentación y la omisión de explicación incorpora un desvalor de injusto que se equipara, en la estructura de la omisión impura, para los titulares de las distintas instituciones jurídico-familiares de asistencia³⁷⁸.

En este contexto, una explicación más coherente que la hecha por parte de la doctrina nacional, especialmente cuando se afirma que se trata de una omisión simple —cuestión ésta que intentaremos explicar—, está dada cuando se afirma que el autor sólo puede serlo aquella persona calificada por la asunción del respectivo título jurídico-familiar de cuidado o encargo del menor. De este modo, la primera hipótesis de omisión “impura”, en términos de Polaino Navarrete, es aquella que exige la producción del resultado de la ausencia de presentación; por tanto, de la ausencia de entrega o devolución del menor a los responsables del mismo. La segunda hipótesis típica centra el núcleo de la acción en la omisión de explicación satisfactoria de la desaparición del menor. Por ende, si la desaparición es producida por el propio sujeto que omite la explicación, habrá de entenderse como resultado

³⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1993, t. I, p. 462. Entiéndase bien que se trata del comentario al viejo Código de España, ahora derogado.

³⁷⁷ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. I, p. 462.

³⁷⁸ Ídem nota anterior.

material. Si la desaparición es producida por un tercero, habrá de ser considerada como condición objetiva de punibilidad³⁷⁹.

En principio, hay que ubicarse dentro del contexto del propio Código Penal argentino para poder descifrar de qué se trata el presente delito. Las simples omisiones, normalmente, aun en delitos contra la vida, tienen pena sustancialmente baja, como es el artículo 108 del Código Penal que sólo tiene pena de multa.

Los delitos de omisión reconocen, como bien se sabe, dos especies: los propios de omisión y los delitos impropios de omisión. Los primeros contienen un mandato de acción, sin tomar en cuenta, a los efectos de la tipicidad, si la acción ejecutada evitó o no la lesión al bien jurídico³⁸⁰. En cambio los delitos impropios de omisión tienden a evitar la producción del resultado, de modo que la realización depende de que se produzca o no el resultado³⁸¹.

Pues bien, el tipo en cuestión es un delito de omisión impropia, en el sentido de que quien recibe al menor queda en posición de garante con respecto al bien jurídico, y esto es lo que lo obliga a entregarlo a sus padres o guardadores. De modo que, como bien lo dice Welzel, la posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo³⁸². Tanto se puede seguir la presente posición como la teoría funcional o directamente aquella que niega la posición de garantía y recurre al dominio del hecho³⁸³.

4. Tipo subjetivo

Se trata de una figura dolosa. En este sentido, se requiere cono-

³⁷⁹ Ibidem, ps. 462/63.

³⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 537.

³⁸¹ BACIGALUPO, ob. cit., p. 537; MAURACH y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, 1995, t. 2, § 46 y ss.

³⁸² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 213; BACIGALUPO, ob. cit., p. 545.

³⁸³ En este sentido Gracia Martín, en Congreso de Derecho Penal de la Universidad a Distancia, Madrid, 2000.

cimiento de la situación generadora del deber de actuar, más el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posición de garantía y de las que fundamentan la posibilidad de actuar³⁸⁴. También en este sentido Creus ha sostenido que: "En el caso concreto se requiere el conocimiento de la calidad que tiene el niño y la negativa a devolver"³⁸⁵.

El error sobre alguna de las circunstancias apuntadas lleva a un problema de error de tipo. El error sobre el deber lo hace error de prohibición.

Polaino tiene una posición sumamente dura. Afirma que al ser un delito de sospecha, resulta irrelevante la presencia del dolo del autor. Ante la mera omisión de presentación u omisión de explicación en relación al menor, se conecta objetivamente la responsabilidad penal³⁸⁶.

5. Sujetos

a) *Sujeto activo*

Se trata de un delito especial, cuyo único autor puede ser aquel que está encargado de la persona del menor, a los fines de custodia, educación, curación, por un tiempo prolongado, sin considerarse estrictamente el tiempo de duración³⁸⁷. El encargo tiene que haber provenido de quien tenía legítimamente la guarda del menor, por imperio de la ley o de otras causas legítimas. De modo que no será autor de este delito aquel que haya sido directamente constituido como guardador del menor, con exclusión de terceros, habida cuenta de que a él no se le puede requerir la presentación del menor³⁸⁸.

b) *Sujeto pasivo*

Dentro de lo ya afirmado sobre el sujeto pasivo, en principio, es quien teniendo legítimamente la guarda del niño –los padres, tutores o guardadores– la ha delegado en el sujeto activo.

³⁸⁴ BACIGALUPO, p. 362.

³⁸⁵ Conf. CREUS, ob. cit., p. 322.

³⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 464.

³⁸⁷ CREUS, ob. cit., p. 345; POLAINO NAVARRETE, p. 463.

³⁸⁸ CREUS, en buen sentido, p. 345.

6. Consumación y tentativa

Nos encontramos frente a un tipo de omisión impropia, que se consume en el momento de no presentación o de no dar razón de la desaparición del menor. Los autores sostienen que adquiere carácter permanente, mientras no se presente o se den las razones de su desaparición, una vez que vence el período otorgado en el requerimiento por quienes pueden hacerlo³⁸⁹.

XX. Inducción a la fuga

El artículo 148 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de 10 años y menor de 15, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona".

³⁸⁹ En la doctrina española la figura actual prevista y reprimida en el art. 223 (Cap. III, *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*, Sec. 1º, *Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio*) tiene su antecedente en el art. 485, el cual era criticado por decirse que se estaba en presencia de un delito de sospecha. Prats Canut nos dice que "La crítica doctrinal se centraba en que dicho precepto era incompatible con el marco constitucional, toda vez que se trataba de un delito de sospecha. No obstante la constitucionalidad de dichos preceptos había sido convalidada por diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, si bien estableció algunas cautelas en relación a los mismos, fundadas en las exigencias y garantías derivadas del art. 24.2, CE (Constitución de España). El equilibrio entre el principio acusatorio que informa el proceso penal, junto con el principio de contradicción, exigen, a los efectos de evitar la indefensión: 'que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes en el correspondiente proceso penal asumen la posición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo' (STC 105/1988 [RTC 1988, 105]). Es por ello que para aquellos supuestos típicos de ser susceptibles de constituir un delito de sospecha, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de cautelas que vinculan al intérprete, a los efectos de salvaguardar la legislación vigente sin merma de las garantías constitucionales" (PRATS CANUT, José M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996, ps. 1053 y ss.).

1. *Bien jurídico*

Dentro del esquema que llevamos hecho, el bien jurídico protegido es el conjunto de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o encargo de la persona del menor, que impliquen deberes de convivencia. Los titulares son tanto los padres, tutores o encargados, como los propios menores³⁹⁰.

2. *Antecedentes*

El tipo penal tiene sus antecedentes, como toda esta parte referida a menores, en el Derecho español, específicamente en el artículo 410 del Código de 1848. En éste la única diferencia estaba en que se refería a la inducción de un menor, pero mayor de siete años de edad³⁹¹.

El proyecto –también Código– de Tejedor reprimía con pena de tres meses de arresto a quien “indujere al mayor de 9 años y menor de 15 a que fugue de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona”³⁹². En la nota correspondiente se afirmaba que, “hasta la edad de 9 años, estima la ley que el menor puede ser sustraído de la casa de sus padres o tutores. Después de esa edad no se admite la sustracción, pero hasta los 15 años se reconoce y se pena el consejo de fuga”³⁹³.

La disposición se repite en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, y en el Código Penal de 1886. El proyecto de 1891 reprimió el delito de inducción a la fuga con pena de un mes a un año. El proyecto de 1906 castigó la figura en análisis con prisión de un mes a un año y así se mantiene actualmente.

3. *Tipo objetivo*

Moreno opinaba que cuando el menor tiene menos de diez años se supone la ausencia completa de las facultades para consentir. Si-

³⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, p. 466.

³⁹¹ Conf. PACHECO, ob. cit., p. 251. Comenta el autor que “Hasta los 7 años en el menor estima la ley que puede ser sustraído de casa de sus padres o tutores. Desde esa edad no se admite la sustracción; pero se reconoce y se pena el consejo de la fuga”.

³⁹² MORENO, ob. cit., p. 392.

³⁹³ MORENO, t. IV, p. 392.

tuación diferente se da cuando el menor tiene más de diez años, ya que si bien no posee todas sus facultades se encuentra en mejores condiciones para la defensa que antes de haber alcanzado la edad descripta. "Si en la ley no hubiese ninguna disposición especial todos los mayores de diez años estarían, con relación a los atentados de que nos estamos ocupando, en idénticas condiciones, lo que no se ha creído justo, ni conveniente"³⁹⁴.

La acción típica consiste en inducir, esto es, aconsejar seriamente, en palabras de Creus, al menor para que se fugue, dentro de la edad establecida por la ley³⁹⁵.

Inducir implica tanto como aconsejar de manera seria a que un niño mayor de diez años y menor de quince huya del lugar que sus padres, guardadores o los encargados de su persona han destinado para habitar con el menor³⁹⁶. De manera que no es suficiente la simple alabanza de la acción de un tercero que adoptara esa conducta³⁹⁷.

Polaino Navarrete, con un texto análogo, distingue en lo que hace a la inducción, la interpretación objetivista de la subjetivista. La primera entiende que la inducción descripta en el artículo 224 del Código Penal español ha de ser como en toda inducción "directa y eficaz", no significando una mera provocación. Si la inducción resultara ineficaz, no es posible apreciar la realización de este comportamiento delictivo³⁹⁸. La segunda considera que resulta más correcto interpretar el término "inducere", contenido en la descripción típica, en un sentido no técnico de "inducción": "no como forma de autoría, sino en la genérica acep-

³⁹⁴ Conf. MORENO, ob. cit., ps. 392/393.

³⁹⁵ CREUS, ob. cit., t. I, p. 346.

³⁹⁶ Conf. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, p. 65.

³⁹⁷ CREUS, ob. cit., p. 322. También es claro cuando expresa que "El agente tiene que desplegar toda una actividad destinada a persuadir al menor para que se fugue..." (ob. cit., p. 322).

³⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 508 y ss. El art. 224 del Cód. Pen. español dispone que: "El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde residía con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".

ción de la inducción como incitación a una conducta determinada no subsumible en un tipo legal³⁹⁹.

Ahora bien, tal como está estructurado el tipo penal, corresponde preguntarse si es necesario que el menor se fugue. Sobre este punto existen dos posiciones claramente delimitables. Un sector de la doctrina considera que para que el delito se perfeccione basta la inducción, sin resultar necesaria la fuga efectiva del niño. Se sostiene que la sola acción de aconsejar o inducir a un niño a su fuga vulnera los derechos tuitivos de los padres, guardadores o encargados de la persona del menor. Así, parte de la doctrina mantiene que la expresión indujere no implica también la realización de la acción que se induce; con lo cual el delito es, según ellos, formal⁴⁰⁰.

Otro sector de la doctrina, en nuestro país, sostiene que se requiere para la consumación del delito la fuga del menor, no alcanzando la mera inducción⁴⁰¹.

La primera postura afirma que el tipo prevé la inducción, siendo la fuga, como lo expresa Buompadre, una consecuencia extratípica. Sería un delito de pura actividad, que se consumaría con la acción de inducir al niño a que se fugara de la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

En este contexto, Buompadre considera que la fuga temporaria también es constitutiva del delito que se analiza⁴⁰².

A nuestro entender, un Estado Democrático de Derecho debe exigir conductas externas, de manera que el castigo de la inducción por la inducción misma carece de relevancia penal, entrando, de alguna ma-

³⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 509.

⁴⁰⁰ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 65; CREUS, ob. cit., t. I, p. 346; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 153.

⁴⁰¹ Entre los autores que sostienen la postura indicada encontramos a Soler y Fontán Balestra. En la doctrina española, Díez Ripolles sostiene que la "consumación sólo se dará cuando por efecto de la inducción, se produce el efectivo abandono" (en el mismo sentido Serrano Gómez y Rodríguez Ramos). Por el contrario, hablan de supuestos de consumación en cuanto a que la inducción es eficaz aunque no se haya producido el efectivo abandono Cuello Calón-Camargo y Prats Canut (DÍEZ RÍPOLLES, José L., *Los delitos contra la seguridad de los menores e incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 62).

⁴⁰² Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 127.

nera, en el plano de actos irrelevantes para el Derecho, más aún, con serias complicaciones en la prueba de los hechos. Por esa razón, exigimos que el delito se perfeccione con la fuga del menor inducido. Los argumentos de que esta interpretación no se ajusta al texto no advierten que se trata de la palabra inducción, y que ella tiene una significación en nuestra ley⁴⁰³.

4. Tipo subjetivo

Se trata de un tipo doloso, y de dolo directo, dejándose fuera el dolo eventual⁴⁰⁴ dado el fin del autor, esto es, la fuga de la casa de los padres, guardadores o encargados. El error puede funcionar respecto de algunas de las circunstancias del tipo (por ej.: la edad del niño a quien se induce). Sin embargo, puede haber otra clase de error, en el sentido de que la persona crea que se le está causando un daño al menor en la casa en donde vive y tiene derecho, por ello, a irse de ella. En este caso el error es de prohibición.

5. Sujetos

Sujeto activo puede resultar cualquier persona. Sujeto pasivo sólo puede ser un niño mayor de diez y menor de quince años de edad, sin distinción de sexo.

6. Consumación y tentativa

De acuerdo a lo antes expuesto el delito se consuma con la fuga del menor. Antes de ello puede haber tentativa.

XXI. Ocultación de menores

El artículo 149 del Código Penal dispone que: "Será reprimido

⁴⁰³ DONNA, *Autoría y participación* cit., ps. 75 y ss.

⁴⁰⁴ En el mismo sentido Díez Ripolles. Así en cuanto al tipo subjetivo expresa que "El dolo debe ir referido no sólo a los resultados intermedios de aparición de la decisión de abandono e inicio de su ejecución, sino igualmente a la efectiva producción del abandono [...] el propio concepto de inducción restringe el contenido del dolo a la modalidad de dolo directo, dejando fuera al dolo eventual. Esa misma razón conceptual, unida en este caso a la falta de previsión expresa de la imprudencia, hace que no quepa tal variante delictiva" (DÍEZ RIPOLLES, *Los delitos...* cit., p. 59).

con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de 15 años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

"La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera 10 años".

1. *Bien jurídico*

Se trata de un delito que tiene como bien jurídico la libertad, pero entendida como la que tiene el menor dentro de un contexto legal. Aunque, dada la idea de ocultación de la justicia o policía, está en juego, además, la administración de justicia.

2. *Antecedentes*

El artículo analizado ha sido traído del proyecto de 1906, el que lo había tomado, a su vez, del proyecto de Código Penal de 1891⁴⁰⁵. La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 afirma "que el artículo reprime al que ocultare a las investigaciones de la autoridad a un menor que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido, pero que se ha limitado el caso a los menores de 15 años, por considerar que es innecesaria la protección especial para individuos que pasan de esa edad"⁴⁰⁶.

3. *Tipo objetivo*

La acción consiste en ocultar a un menor de quince años de las investigaciones de la justicia o de la policía. Bien dice Creus que el agente debe ocultar a la persona del menor con el propósito de frustrar la investigación⁴⁰⁷. Ocultar implica tanto esconder como cubrir a la vista de terceros. Cabe consignar que la mera ocultación no resulta

⁴⁰⁵ El proyecto de 1891 preveía la figura en el artículo 176, el que ha sido tomado del art. 280 del Cód. Pen. holandés. El art. 154 del proyecto de Cód. Pen. de 1906 expresaba: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de 15 años, que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

"La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera 10 años cumplidos" (ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 3, p. 353).

⁴⁰⁶ MORENO, ob. cit., p. 394.

⁴⁰⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 347.

suficiente. Es necesario que la acción se realice con la finalidad de "frustrar las investigaciones de la justicia o la policía", de modo que el ocultar a un niño no buscado no entra en este tipo penal. El accionar que se frustra debe tener como objetivo dar con el paradero del niño buscado.

El objeto de la ocultación —como expresa Creus— ha de ser un niño mayor de diez años y menor de quince que se "hubiere sustraído de la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido"⁴⁰⁸.

En otros términos, y para que se pueda dar el tipo penal, se requiere que un menor, por su propia acción, se haya apartado de la esfera material de la potestad o guarda a la que estaba legalmente sometido⁴⁰⁹. Si el hecho previo fuera el del artículo 146 del Código Penal, la cuestión sería distinta, ya que habría un delito anterior, que en el caso no se da, de manera que se estaría frente a la complicidad o al encubrimiento. Por eso el monto menor de pena.

4. Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un tipo doloso. El dolo requiere, necesariamente, el conocimiento de la situación en que se halla el menor y la existencia de las "investigaciones judiciales o policiales" que se están efectuando respecto del paradero del menor. Puede, aun así, aceptarse el dolo eventual, según algunos autores⁴¹⁰.

5. Agravante

La figura básica se agrava, elevándose la pena "de seis meses a dos años", cuando el menor no tuviera diez años de edad. Teniendo en cuenta el tipo penal analizado en el artículo 146 del Código Penal, la agravante del presente artículo 149, segundo párrafo, sólo podrá aplicarse cuando se oculte a un niño menor de diez años que por

⁴⁰⁸ CREUS, ob. cit., p. 323. Expresa también que se refiere a que "es el menor el que debe haberse apartado, quebrando el vínculo de sometimiento a la tenencia que alguien ejercía legítimamente sobre él como facultad determinada por la ley (padres, tutores) o como situación de hecho legítima (guarda, internación en instituto correccional...").

⁴⁰⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 67.

⁴¹⁰ En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., ps. 128-129.

propia voluntad o iniciativa, sin inducción por parte de otro (tercero o terceros), se haya fugado⁴¹¹. Así entonces, si la fuga del menor se produce porque otro lo induce, la ocultación del niño será típica de acuerdo a las prescripciones del artículo 146.

El tipo penal agravado, obviamente, es doloso, requiriendo por parte del autor el conocimiento de la edad del niño.

XXII. Impedimento u obstrucción de contacto de los padres con sus hijos no convivientes. Ley 24.270

1. *Introducción*

La ley 24.270 ha incorporado dos nuevos tipos penales que, como lo sostiene Creus, protegen a los mismos bienes jurídicos que se están analizando precedentemente, aunque con la característica que de acuerdo al artículo 72, inciso 3º del Código Penal, los delitos son de instancia privada⁴¹². La ley fue promulgada el día 25 de noviembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el día 26 del mismo mes y año.

Tal como lo ha señalado la doctrina, se tuvo en cuenta que el bien jurídico que se pretende tutelar resulta ser el derecho, tanto de los padres como de los hijos no convivientes, de mantener un contacto adecuado y fluido en la comunicación entre sí⁴¹³.

Del análisis de la ley se desprende que se alcanzan los casos en que los padres no resulten convivientes con sus hijos, aun cuando no medie separación de hecho o que la misma sea judicial, en tanto y en cuanto no sean de aplicación al caso los artículos 146 o 147 del Código sustantivo⁴¹⁴.

Tal como ha sido dispuesto por el legislador, los tipos penales son delitos dependientes de instancia privada (art. 72, inc. 3º, Cód. Pen.), aunque esto tiene sus problemas, ya que el citado artículo habla de impedimentos de contacto de los hijos menores con sus padres no

⁴¹¹ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 156.

⁴¹² CREUS, ob. cit., I I, p. 349.

⁴¹³ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 149. El adecuado contacto y comunicación tiene su base en el art. 264, inc. 2º, Cód. Civ.

⁴¹⁴ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 149.

convivientes, "lo que acusa cierta desprolijidad, pues, como vemos, las acciones previstas en el artículo 1° de la ley son la de impedir y la de obstruir"⁴¹⁵. Sin embargo, el mismo autor trata de salvar el problema afirmando que, si la circunstancia delictual más grave constituye un delito de instancia privada, no resultaría contradictorio considerar incluida en la misma disposición la de menor gravedad⁴¹⁶.

Lo que puede discutirse, y seriamente, es si era necesario, penalizar este tipo de conductas que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, y entre los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como hace siempre el Derecho Penal. Es más, la norma puede servir como norma extorsiva frente a conflictos que son, a veces, manifestación de serios problemas psicológicos. Otra vez el legislador, presionado por algún caso que ocupó los diarios y que podría haber sido resuelto por otros tipos penales, con una visión tan ingenua como parcial, creyó que estos temas se solucionaban con la pena. Es quizás la visión actual de política criminal. Se cree que los graves problemas sociales y psicológicos se solucionan con la pena. Es la vieja visión restauracionista e integrista que, frente a nuevos problemas, acude a la idea de viejos valores, que pretende imponer mediante la pena sin un análisis serio de la cuestión.

XXIII. Impedimento u obstrucción de contacto

El artículo 1° de la ley 24.270 establece una pena de prisión de un mes a un año para "...el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes". Se agrava la pena cuando se trata de un niño menor de diez años o un discapacitado, llevando el mínimo a seis meses y el máximo a tres años.

1. Tipo objetivo

Las acciones típicas a que se refiere el tipo penal son las de impedir u obstruir el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

⁴¹⁵ CREUS, ob. cit., t. I, p. 349.

⁴¹⁶ Ídem nota anterior.

Para el diccionario, impedir significa hacer que algo no ocurra o no sea posible⁴¹⁷. Con lo cual, es acertado lo afirmado por Creus acerca de que impedir implica tanto como “anular la posibilidad de contacto entre el menor y sus padres, de ambos o de alguno de ellos...”⁴¹⁸

La otra acción es la de “obstruir”, que significa estorbar, hacer dificultoso el contacto. En este caso no se llega a impedir totalmente el contacto, pero sí se lo dificulta o entorpece de manera apreciable; tanto puede referirse al menor como al padre.

El tipo también exige la ilegalidad del impedimento o la obstrucción⁴¹⁹ que, según Aguirre Obarrio, implica más que un papel interpretativo. Afirma de manera concluyente: “parece conveniente que, además del significado evidente de actuar en contra de la ley, se repare que hay que obrar en contra de la legalidad, que no sólo comprende a la ley sino a lo hecho conforme a ella. Con lo que quedan comprendidas, además, las sentencias judiciales y otras acciones permitidas, como puede ser la de hacer atender al hijo por un médico”⁴²⁰.

La ley se refiere a que el impedimento y la obstrucción tengan que ver con el contacto. La palabra es vaga ya que, como bien dice Aguirre Obarrio, tiene en el castellano “un sentido figurado de relación entre dos personas, además del sentido propio de tocarse dos o más cosas y de los significados eléctricos”⁴²¹. Se trata, sin duda, de un tipo penal abierto, que está casi dentro de la inconstitucionalidad. Para salvar este problema, el autor propone la siguiente interpretación: que debe existir un régimen de visitas y se impide que ese padre visite al hijo, o que, “exista o no, se impida, de hecho, que pueda existir, o que se cumpla, porque la palabra obstruir significa eso”⁴²².

⁴¹⁷ SECO y otros, *Diccionario del español actual* cit.

⁴¹⁸ CREUS, ob. cit., p. 326.

⁴¹⁹ Creus expresa al respecto que “cuando medie un procedimiento judicial, con medidas de contacto jurisdiccionalmente dispuestas, el límite entre la legalidad y la ilegalidad quedará determinado por aquéllas...” (ob. cit., p. 326).

⁴²⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 86.

⁴²¹ Ídem nota anterior.

⁴²² Ibidem.

2. Tipo subjetivo

En lo que hace al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, ya que el elemento "ilegalmente" implica que el sujeto debe saber que actúa con el fin de impedir y que su acción no está amparada por la ley, de manera que el error, ya sea de tipo o de prohibición, elimina el dolo o la culpabilidad del autor⁴²³.

3. Sujetos

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, inclusive los padres, de modo que tanto será autor, uno de los padres respecto del otro, o un tercero, pariente o no. Aguirre Obarrio advierte que una interpretación posible, debido a la mala redacción del artículo, puede llevar a sostener que los abuelos, tíos o hermanos no son padres ni terceros y por ese motivo no estarían comprendidos en el tipo como autores.

Para Creus, el sujeto pasivo solamente puede ser uno de los padres, o ambos no convivientes con el menor⁴²⁴. En cambio para Aguirre Obarrio⁴²⁵ puede ser cualquier menor que tuviese un padre vivo, cuando no viviesen juntos, lo que parece más adecuado a los fines de la ley.

4. Consumación

Se trata de un delito de resultado, requiriéndose para su consumación que se haya efectivamente impedido u obstruido el contacto, con lo cual no hay problema en admitir la tentativa.

Queda claro que este tipo se comete sin perjuicio de que puedan darse otros delitos de los ya vistos, que concurrirán idealmente con esta conducta.

XXIV. Agravantes

1. Menor de diez años e incapacitado

En el segundo párrafo del artículo 1º se establece, como se ex-

⁴²³ *Ibidem*, p. 87.

⁴²⁴ CREUS, *ob. cit.*, t. II, p. 349.

⁴²⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, t. II, p. 85.

presara, una agravante, elevando la pena de prisión de seis meses a tres años cuando el hijo sea menor de diez años o un discapacitado.

Esto prueba, en principio, que el sujeto pasivo es el menor, de manera que se agrava el tipo penal cuando es menor de diez años o discapacitado. Esta expresión se refiere no a la incapacidad de todo menor, sino a una incapacidad psíquica o de otra naturaleza, siempre que sea menor de 21 años.

Parte de la doctrina ha sostenido que la agravante se funda en la mayor dependencia psicofísica de estas personas⁴²⁶.

2. *Mudanza del niño sin autorización*

El artículo 2º de la ley 24.270 impone la misma sanción de la disposición anterior al "...padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial".

Creus formula una aclaración, en cuanto a que si bien la agravante ahora analizada aparenta ser un tipo derivado, en realidad nos encontramos frente a un tipo autónomo, ya que no hacía falta incorporar esta agravante, habida cuenta de que estaba, dicha conducta, en el inciso primero. De modo que la acción no es la de impedir u obstaculizar sino la de mudar del domicilio al niño, pero el fin es el mismo: impedir el contacto⁴²⁷.

No se requiere, según parte de la doctrina, para la consumación del delito que efectivamente se impida el contacto; el hecho se consuma mudando de domicilio al menor, de manera ilegítima, esto es, sin autorización judicial, sumado al elemento subjetivo del tipo, que consiste en impedir el contacto con el padre no conviviente⁴²⁸.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, es conteste la doctrina en sostener que el fin perseguido por el autor es el de impedir el contacto y no la obstaculización⁴²⁹. Se trata de un delito doloso y de dolo directo.

⁴²⁶ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 150.

⁴²⁷ Conf. CREUS, ob. cit., p. 327.

⁴²⁸ En el mismo sentido se han expresado al respecto Estrella, Godoy Lemos y Creus.

⁴²⁹ En opinión de Creus, "si lo que el autor ha querido —expresa— es simplemente [obstaculizar el contacto, el hecho puede operar como tentativa del delito previsto en aquel artículo (refiriéndose al art. 1º)" (conf. CREUS, ob. cit., p. 327).

El artículo 2º, segundo párrafo, establece otra agravante disponiendo: "Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo".

Dentro del esquema de la ley, la cuestión es lógica, ya que quien lleva al niño al exterior, obviamente impide el contacto con el padre no conviviente. La cuestión en este punto se torna difícil de interpretar, porque para sacar a un niño al exterior se requiere autorización del cónyuge o del juez. De manera que siempre en estos casos se podrá estar ante otro delito.

XXV. Otras disposiciones de la ley 24.270

El artículo 3º de la ley establece que el tribunal que intervenga en el caso deberá disponer, en un plazo que no supere los diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres, pudiendo determinar un régimen de visitas provisorio, cuyo término no podrá ser superior a los tres meses, o existiendo un régimen de la misma especie lo hará cumplir. En todos los casos se deberán remitir los antecedentes a la justicia civil.

El artículo 4º incorpora como inciso 3º del artículo 72 del Código Penal (delitos de acción dependiente de instancia privada) a las figuras analizadas en la ley 24.270 con una común denominación, quedando redactado de la siguiente manera: "3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes".

XXVI. Los delitos de amenazas y coacciones

1. Antecedentes y generalidades

El proyecto (Código) Tejedor, que tenía como antecedentes, además del Código de España en su artículo 417, al Código peruano en su artículo 318 y al Código de Baviera que regulaba el tipo en el artículo 212⁴⁰⁰, regulaba el tema en los artículos 296 al 300, tipificando

⁴⁰⁰ Proyecto Tejedor, en ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. I, p. 242.

la amenaza escrita de mal que constituyera delito, para hacerse entregar dinero o para que se practicara cualquier acto. En cambio la amenaza escrita (incondicional) se penaba con arresto de tres meses; la verbal, con arresto de dos meses; la del mal que constituya delito, con arresto de un mes. Además se podía imponer caución de no ofender o sujeción a la "vigilancia de la autoridad". El que no impidiese a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiere, sufrirá arresto de uno a tres meses y multa de veinticinco a doscientos pesos fuertes. En la misma pena incurrirá el que con amenazas hiciere justicia a sí mismo, tomando una cosa de su deudor para hacerse pago con ella.

En la nota afirmaba que "La amenaza revela una resolución criminal, cuando se hace por escrito, o va acompañada de una orden o condición. En uno y otro caso no se profiere ligeramente, sino que se dirige con reflexión. Desde entonces toma un carácter serio que puede inspirar justa alarma, y la justicia social puede intervenir legítimamente para prevenir la ejecución de un crimen. La pena hiere al crimen, dice Rossi, antes de todo acto de ejecución, y aun antes de todo acto preparatorio, porque en verdad la amenaza no lo es, sobre todo cuando no va acompañada de orden ni de condición, lo hiere, porque estima tener una prueba material y suficiente dada por el culpable mismo de una resolución criminal y seria (Chaveau, Adolphe, t. 4, p. 2)"⁴¹.

El Código Penal de 1886 cambió en parte el sistema, al tipificar el delito de la siguiente forma: "El que amenazare a otro a causar al mismo o a miembros de su familia, personas, honra o bienes, un mal que constituya delito" (art. 168). Luego establecía escalas penales, según si se hubiera obtenido dinero o la ejecución o no de lo que pretendía. La escala penal dependía del delito con que se amenazó. En el resto se mantiene el sistema del proyecto de Tejedor.

El proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891 lo simplificó, según Molinario y Aguirre Obarrio, al establecer la coacción, en el artículo 177: "El que usare de violencias o amenazas para compeler a una persona a hacer o no hacer o tolerar algo". El artículo 178

⁴¹ Proyecto Tejedor, en ZAFFARONI y ARNEDEO, t. I, p. 242.

preveía el delito de amenazas de violencia pública con fuerzas reunidas o de cometer ciertos delitos. El artículo 179 castigaba las que serían las amenazas simples.

Afirma Aguirre Obarrio que debido a un error de concepto la reforma de 1903, llevó todo el grupo al capítulo de la extorsión, con lo cual se consiguió que las amenazas y las coacciones, en las cuales no intervenía un interés patrimonial, quedaran como hechos atípicos⁴³².

El proyecto de 1906 vuelve al sistema del proyecto de 1891 pero con pena de prisión.

Ahora bien, Aguirre Obarrio, de lectura indispensable en este punto, afirma que "al preparar el nuevo Código, en este punto Rodolfo Moreno decidió seguir el proyecto recién citado, en el cual estaba de acuerdo la doctrina. Pero los papeles en que proponía la inclusión se perdieron. Nadie lo advirtió, él tampoco, y por esta razón esos delitos no figuraron en nuestro Código"⁴³³.

Todos los proyectos posteriores incluyeron las amenazas y las coacciones, pero recién se incluyeron en la reforma de 1968, como artículo 149 bis, mediante el decreto-ley 17.567, habiendo servido de fuente al respecto el proyecto de 1960 (arts. 191 a 193). Con el advenimiento del gobierno democrático, la ley 20.509 suprimió estos delitos volviendo al Código de 1921. La ley 20.642 incluyó, en los artículos 149 bis y 149 ter del Código Penal, nuevamente las amenazas y las coacciones, la redacción volcada en esta última ley es la vigente (ley 23.077), posterior a la caída de última dictadura militar.

El texto actual, que proviene de la ley 20.642, de 1974, es más gravoso que este último y con más imperfecciones⁴³⁴.

En general se comparte lo afirmado por Peco, en cuanto a la inclusión de estos delitos en el título de delitos contra la libertad, en cuanto había sostenido que la amenaza "ocasiona una mutilación de la libertad psíquica, en cuanto la víctima, mal de su grado, se ve constreñida, frecuentemente, a usar de cautela para resguardarse del

⁴³² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 26.

⁴³³ *Idem nota anterior*, p. 27.

⁴³⁴ *Ibidem*.

peligro que espera. La amenaza siempre crea una situación de inseguridad..."⁴³⁵ Por eso se ha podido decir que el artículo 149 bis protege la libertad individual, en su particular aspecto de la libertad psíquica, "que es la libertad de determinarse, de obrar conforme a la propia voluntad"⁴³⁶.

"La amenaza en el esquema de la ley, es el género y la coacción la especie, o si se quiere, ésta representa un grado más en el ataque contra la voluntad, puesto que quien coacciona se vale también de amenazas o de violencia. La amenaza es punible en sí misma, en cuanto coarta la libertad o la voluntad"⁴³⁷.

En el Derecho extranjero el Código español de 1848 trata y analiza las figuras en los artículos 417 a 421 inclusive, teniendo como antecedentes el Código francés (arts. 305 al 307), el Código de Napoleón (arts. 461/462) y el Código brasileño en su artículo 207⁴³⁸.

XXVII. El delito de amenazas

El artículo 149 bis establece que: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas".

1. El bien jurídico tutelado

Se ha discutido cuál es el bien jurídico en el delito de amenazas. Tal como se verá en la doctrina, en particular, se pueden dividir las posiciones en dos: Un primer sector considera que tanto en las amenazas condicionales como en las incondicionales se protege un mismo bien jurídico, constituido por la libertad en el proceso de deliberación, el cual se vería afectado por la introducción en él de motivos en prin-

⁴³⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Alberto S., *Reformas al Código Penal. Ley 17.567*, Abeledo-Perrot, 1968, p. 150.

⁴³⁶ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 156. Citando a Fontán Balestra, Soler y Núñez.

⁴³⁷ FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *Reformas al Código Penal. Ley 17.567* cit., p. 143. Se cita por los autores el presente a Groizard, Frank, Cuello Calón y Rivarola.

⁴³⁸ Conf. PACHECO, ob. cit., ps. 263 y ss.

3 |
 cipi, ajenos al sujeto y que alteran sustancialmente el proceso decisorio (Quintano Ripolles, García Pablos)⁴³⁹.

Otro sector es partidario de confinar en las amenazas condicionales la protección de la libertad en el proceso deliberador, sea como bien jurídico exclusivo, sea acompañado del consistente en el sentimiento de seguridad o tranquilidad de ánimo, mientras que considera que éste es el único bien jurídico protegido en las amenazas incondicionales (Muñoz Conde, Mir Puig)⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹.

Recientemente ciertos autores, profundizando en una opinión, consideran impropio distinguir, en lo que se refiere a las amenazas condicionales, entre la afección al proceso deliberador y la relativa a la ejecución posterior de la correspondiente decisión, ya que la primera sólo tiene significado si repercute en la segunda, lo que se reflejaría, asimismo, en que el dolo de amenazas condicionales no se conforma con aspirar a lesionar la libertad de elaborar decisiones, sino que pretende imponer un determinado comportamiento externo. De ahí que en las amenazas condicionales se proteja, al igual que en las coacciones, la libertad de ejecutar decisiones, y no la libertad en el proceso deliberador: Según se consiga o no el propósito estaremos ante una efectiva lesión, o bien ante un peligro concreto, a la libertad de ejecutar decisiones. En ellas también resultaría afectada la seguridad, si bien ello quedaría absorbido por la afección al bien jurídico precedente. A las amenazas incondicionales, por el contrario, no procede vincularlas a la protección de la libertad, por no darse el dolo de afectar a la libertad de ejecutar decisiones; en ellas se protegería la seguridad, entendida como presupuesto objetivo-individual de la libertad de ejecutar decisiones, que se lesionaría en la medida que se cercenara la certeza del nexo entre actividad y resultado, sin referencias a la producción de temor o intimidación (Bustos Ramírez, Serrano González)⁴⁴².

No faltan quienes estiman que en ambas clases de amenazas se protege tanto la libertad del proceso de deliberación, por las precau-

⁴³⁹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. 1, ps. 778/779.

⁴⁴⁰ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., ps. 778/779.

⁴⁴¹ DÍEZ RIPOLLES, ob. y lug. cit.

⁴⁴² *Ibidem*.

ciones o cautelas que se obliga a tomar, como el sentimiento de seguridad, por el temor que producen, o que, por el contrario, consideran que sólo es el sentimiento de seguridad el objeto de protección en ambas modalidades (Bacigalupo)⁴⁴³.

Más específicamente, el bien jurídico protegido en el tipo penal en estudio es, según parte de la doctrina, la libertad psíquica que "encuentra su expresión en la intangibilidad de las determinaciones de la persona"⁴⁴⁴. Esta posición es seguida en nuestra doctrina por Núñez y Soler, teniendo en consideración que la libertad psíquica significa el derecho que tienen las personas a la tranquilidad de espíritu y a su posibilidad de poder desenvolverse de acuerdo a su libre voluntad, sin ningún tipo de condicionamiento o temores⁴⁴⁵.

Otro grupo de autores afirma que el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y "el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo ordenado de su vida"⁴⁴⁶. En este sentido Prats Canut, citando a Muñoz Conde, entiende que "frente a la tradicional delimitación de las distintas esferas relevantes de la libertad psicológica, político-social y jurídica (Muñoz Conde), es evidente que el delito de amenazas atiende a la tutela del aspecto psicológico, en el sentido de la libre formación de la voluntad, de tal suerte que aquellas lesiones que se materialicen en dicho ámbito de la libertad, y lo vulneren, serán las que corresponda a priori calificar como amenazas"⁴⁴⁷.

En este contexto se trata de la libertad en el proceso de deliberación, debiendo incluirse, además, la seguridad personal o sentimientos de tranquilidad o sosiego, especialmente para el delito de amenazas simples⁴⁴⁸.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ CREUS, *ob. cit.*, p. 328.

⁴⁴⁵ En el mismo sentido Estrella y Godoy Lemos. Así también se hace cita de Carrara en cuanto expresa que "amenaza es cualquier acto por el cual un individuo, sin motivo legítimo y sin pasar por los medios o por el fin de otro delito, afirma deliberadamente que quiere causarle a otra persona algún mal futuro" (CARRARA, *ob. cit.*, § 1576).

⁴⁴⁶ BARREIRO, Jorge A., *Delitos contra la libertad*, en *Comentarios al Código Penal*, p. 484; PRATS CANUT, *ob. cit.*, p. 820, hace referencia a fallos de 1982, 1983, 1984 y 1994 (STS, 13-12-82 [R] 1982, 7408; SSTS, 25-10-83 [R] 1983, 4793, 9-10-84 [R] 1984, 4815, y 19-9-94 [R] 1994, 6998, respectivamente).

⁴⁴⁷ PRATS CANUT, *ob. cit.*, p. 821.

⁴⁴⁸ BARREIRO, *ob. cit.*, p. 486.

Por último, en opinión de Carbonell Mateu y González Cussac, dos pueden ser los bienes jurídicos protegidos; en primer lugar, el sentimiento de tranquilidad, y en segundo lugar, el ataque que se efectúa a la libertad en la formación de la voluntad⁴⁴⁹.

Un particular análisis de la cuestión está dado por Molinario y Aguirre Obarrio cuando afirman que "cuando se trata del delito de amenazas propiamente dicho, la víctima no tiene otro recurso que esperar a que se lleve a cabo el daño y, si puede, defenderse de él o poner distancia para que no se pueda cumplir. Porque toda amenaza es anuncio de daño, el efecto que produce no es el causado por el daño (anunciado) sino por el anuncio (del daño). Este efecto no puede ser otro que el temor. El bien protegido es, entonces, el derecho a verse libre de temores. Y como la amenaza es un delito, va de suyo que sean injustos temores. Se trata, entonces, de un aspecto moral de la personalidad. En el fondo es una faceta del honor, y es por eso que quien padece una amenaza, se siente humillado, a la vez que intranquilo"⁴⁵⁰.

Vista la cuestión desde este ángulo, no hay duda de que la amenaza es un delito contra la libertad, en el sentido de que todo ser humano debe estar a resguardo de cualquier promesa de daño a futuro. La vida en sociedad exige que cada miembro de ella sepa que el otro la va a respetar y que sólo debe temer a la ley y no a los caprichos de las personas, que se colocan en lugar de la ley o intentan hacer de su voluntad la ley. De manera que el Estado de Derecho obliga a que se respete este estado de cosas, de tranquilidad, no sólo para decidir sino para poder formar una decisión, que es, sin duda, parte de los derechos básicos del hombre.

2. Tipo objetivo

a) *El concepto de amenaza*

La ley habla de amenazas para alarmar o amedrentar. Amenazar, dice Aguirre Obarrio, es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro y aclara que en la versión del Diccionario

⁴⁴⁹ CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 187.

⁴⁵⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 32.

de la Real Academia de 1726 ya aparece la nota de infundir miedo, que hoy, quizá por obvia, no se conserva⁴⁵¹.

Podemos entender por amenaza el anuncio de un mal futuro. El mal representa "un concepto jurídicamente negativo, que encierra un intrínseco desvalor material en cuanto implica en sí la privación o restricción a alguien, de un bien susceptible de satisfacerle alguna necesidad"⁴⁵².

Coherente con esta posición, Creus, citando a Manzini, entiende que la amenaza es la "manifestación de voluntad del agente de ocasionar o de concurrir a ocasionar al sujeto pasivo el daño futuro de que se trate"⁴⁵³.

En síntesis, entendemos por amenaza la acción de anunciar a otra persona que se le infligirá un mal, siendo éste dependiente de la voluntad del individuo que amenaza. Este punto parece básico en el tipo penal. Si el mal que se anuncia es ajeno a quien amenaza, dejaría de ser esto una amenaza para pasar a ser una predicción de futuro. El mal debe ser futuro, pudiendo ser próximo o lejano⁴⁵⁴.

Cuando el tipo se refiere a hacer uso de amenazas significa, como bien lo expresa Buompadre, emplear la amenaza con el fin de producir en la víctima temor o intranquilidad de espíritu⁴⁵⁵. Ure, para definir la amenaza, utiliza la expresión energía física anunciada⁴⁵⁶.

La característica de la amenaza en el tipo penal en estudio está en que la amenaza a otra persona debe serlo con la finalidad de "alarmar o amedrentar a una o más personas". Ello implica que la intención debe estar dirigida a infundir miedo o atemorizar al sujeto pasivo de la amenaza.

Basándose en esta idea, Soler afirmaba que en el tipo penal existe un elemento psíquico especial. Si el autor utiliza amenazas, pero con el llamado *animus jocandi*, y realmente la víctima se siente alarmada, no se estaría en presencia del delito de amenazas, ya que la figura no

⁴⁵¹ Ídem, p. 27.

⁴⁵² POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 248.

⁴⁵³ CREUS, ob. cit., p. 328.

⁴⁵⁴ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 157; diferencia que el futuro próximo "no deja tiempo para prevenirse, el segundo mantiene el temor por más tiempo".

⁴⁵⁵ BUOMPADRE, ob. cit., p. 132.

⁴⁵⁶ URE, Ernesto, *Once nuevos delitos*, Abeledo-Perrot, 1970, p. 16.

prevé su forma culposa⁴⁵⁷. Sin embargo la cuestión parece ser otra, y que consiste en que la persona no quiso amenazar, sino hacer un chiste, de modo que está en duda el dolo del autor.

La doctrina sostiene, criterio que consideramos adecuado, que la amenaza debe ser grave y que se anuncie con seriedad, y además que sea posible, ya que si faltan estas características, no es posible amedrentar⁴⁵⁸. La seriedad tiene relación directa con el daño anunciado. Así también el mal que se anuncia debe ser posible, ello implica que el daño pueda realmente ocurrir. Carrara, citado por Soler, consideraba que la amenaza es seria cuando "además de representar un mal injusto ese mal es posible y gobernado"⁴⁵⁹. Creus opina que resulta atípico un mal de imposible realización, ya sea por su carácter o por la imposibilidad (física o jurídica) del autor para llevarlo a cabo⁴⁶⁰.

b) *El problema de la injusticia de la amenaza*

Aunque el tipo penal, en su versión actual, no contiene los adjetivos a que se hacía referencia en el decreto-ley 17.567, sigue resultando necesario para la tipicidad que la amenaza sea "grave e injusta". La amenaza debe ser injusta, ello implica que el daño amenazado no tiene por qué ser soportado por la víctima. En este sentido, Soler y Creus entienden que no resulta injusto el anuncio del ejercicio legítimo de un derecho⁴⁶¹. Los ejemplos que se ponen son todos de la misma índole: el padre que amenaza con un castigo a su hijo, el maestro que anuncia una mala nota al alumno que no estudia, el superior al inferior jerárquico, el capataz al obrero, etcétera⁴⁶².

La amenaza es grave, cuando el mal amenazado posee entidad suficiente. La gravedad debe darse objetivamente. No alcanza con el anuncio de "oponer inconvenientes"⁴⁶³.

⁴⁵⁷ SOLER, ob. cit., p. 82.

⁴⁵⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 29.

⁴⁵⁹ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., p. 82.

⁴⁶⁰ Conf. CREUS, ob. cit., p. 329.

⁴⁶¹ SOLER, ob. cit., p. 83. En el mismo sentido CREUS, ob. cit., p. 330.

⁴⁶² MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 31.

⁴⁶³ SOLER, ob. cit., p. 84. Agrega también que la figura necesita que el anuncio del mal "alarme o amedrente a un hombre prudente". La amenaza "a diferencia de la coacción, consiste en el puro empleo comunicado del medio intimidante".

En cuanto a los medios de comisión se aceptan el oral, el escrito o con gestos, ya que lo importante es que el sujeto haga llegar de alguna manera la amenaza a su víctima. La amenaza, agrega Creus, debe resultar inteligible como amenaza para el sujeto pasivo⁴⁶⁴.

c) *Sujetos*

En referencia al sujeto pasivo del tipo penal, la doctrina sostiene que puede tratarse de cualquier persona que tenga capacidad de inteligencia —Creus— para comprender la amenaza. No podrían entonces ser sujetos pasivos las personas que no tuvieran capacidad para entender el sentido de la amenaza, ya fuera por incapacidad psíquica o física⁴⁶⁵.

Sujeto pasivo, en síntesis, será el destinatario de la amenaza, que puede no coincidir con el destinatario del daño que se está amenazando⁴⁶⁶. Pero, como bien afirma Díez Ripolles, “deberá tener capacidad intelectual y volitiva suficiente para comprender el sentido de la amenaza y para poder integrar tal dato de modo consecuente con su proceso deliberador, con independencia de si esa capacidad es en general jurídicamente relevante. En consecuencia, siempre que posean aquella, podrán ser sujetos pasivos los incapaces y los que no superen el límite de la imputabilidad penal”⁴⁶⁷.

Aguirre Obarrio afirma que cuando el autor no toma en cuenta a la víctima, “sólo puede amedrentar aquello que también podría afectar a un buen padre de familia”. En cambio, cuando el autor toma en cuenta a la víctima, el criterio debe cambiarse, porque suele suceder que el autor elija especialmente a su presa, que puede ser una persona miedosa, con lo “cual el patrón de influir debe referirse a una acción que padecerá una persona especialmente temerosa”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ CREUS, ob. cit., p. 330.

⁴⁶⁵ Así en este sentido Estrella y Godoy Lemos, siguiendo a Creus quien expresa que la captación de la amenaza por parte del sujeto pasivo ha de ser “totalmente” imposible. También opina que “no deja de ser sujeto pasivo quien puede sustituir su incapacidad por otros medios que le permitan captar la amenaza” (por ej., el ciego que puede hacerse leer la carta amenazadora) (conf. CREUS, ob. cit., p. 332; en el mismo sentido ESTRELLA y GODOY LEMOS, ps. 163 y ss.).

⁴⁶⁶ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 782.

⁴⁶⁷ Ídem nota anterior, p. 783.

⁴⁶⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OSARRIO, ob. cit., p. 29.

Señala Muñoz Conde que "la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona del amenazado y con las circunstancias que lo rodean, pero no es preciso que la amenaza llegue a intimidar al amenazado, sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello"⁴⁶⁹.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, no necesiándose ninguna particularidad. La doctrina (Ure, Creus) admite que sea sujeto activo aquella persona sobre la cual va a recaer el daño⁴⁷⁰.

Es requisito de la figura analizada la determinación de los destinatarios de la amenaza, pero puede conformarse cuando la amenaza va dirigida a un grupo donde los sujetos pasivos pueden determinarse y, por lo tanto, el fin atemorizante llegue a cada individuo.

La amenaza que es indeterminada dirigida a grupos (sociales, religiosos o raciales) puede constituir otros delitos pero no el que nos ocupa⁴⁷¹.

3. Tipo subjetivo

El delito de amenaza es doloso, y exige dolo directo ya que el autor debe conocer que amenaza y querer hacerlo, pero con el fin de alarmar o amedrentar.

Sin embargo otro sector de la doctrina sostiene que no hay restricciones respecto del contenido del dolo de las amenazas. Para fundar esta posición se afirma que no es necesaria la presencia de un determinado móvil trascendente a la propia afección a la libertad en el proceso de deliberación. Ya hemos visto cómo el concepto de amenaza no incluye dentro de sí la intención de ejecutar el daño. Del mismo modo, el que el dolo deba abarcar, en las amenazas condicionales, la conciencia y voluntad de interponer una condición no implica que deba concurrir, además, necesariamente el ánimo o intención de obtenerla.

No está legislado el tipo culposo.

⁴⁶⁹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 142. Opina también que expresiones como "te voy a matar", pueden "ser más o menos intimidantes en función de las circunstancias y de la propia condición del que profiere las amenazas y del que las recibe".

⁴⁷⁰ Creus pone como ejemplo: el hijo que amenaza al padre con suicidarse. El mismo también es citado por Estrella y Godoy Lemos.

⁴⁷¹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 332. En el mismo sentido, Fontán Balestra, Buompadre, Estrella y Godoy Lemos.

4. Consumación y tentativa

Se discute si el delito de amenazas es un delito de simple actividad, en el que basta para la consumación la idoneidad de la acción para intimidar, sin que sea precisa una efectiva intimidación, ni la causación del temor⁴⁷². Es la amenaza un delito de simple actividad y de peligro⁴⁷³.

Otro grupo de autores, entre los que se cuentan Serrano Gómez, Bajo Fernández y Bustos Ramírez, sostienen que pueden ser delitos de lesión o de peligro concreto o abstracto.

Otro grupo de autores, entre los que se cuenta a Díez Ripolles, afirman que se trata de un delito de resultado material. El resultado está constituido, para este grupo de autores, no por la producción del temor, ni tampoco por la efectiva modificación de la decisión que se hubiera tomado, sino "en el desenvolvimiento de un proceso deliberador que posee unas cualidades distintas de las que hubiera poseído de no haber mediado la amenaza, y que se concretan en la necesidad de tomar en serio una serie de motivos o razones en principio ajenos al sujeto y directamente vinculados al anuncio del daño".

Se consuma cuando la amenaza llega a conocimiento del sujeto pasivo (destinatario). Resulta suficiente con el peligro de alarma o temor, lo que se logra cuando el sujeto pasivo capta o comprende el contenido de la amenaza.

La tentativa se encuentra discutida en la doctrina. Se manifiestan en contra de la posibilidad Soler y Fontán Balestra. Admiten la posibilidad de la tentativa Núñez, Laje Anaya y Creus (se pone el ejemplo de las amenazas que no llegan al destinatario por causas ajenas a la voluntad del autor).

XXVIII. Tipos agravados

El artículo 149 bis expresa que "...la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas".

⁴⁷² DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 781.

⁴⁷³ BARREIRO, ob. cit., p. 485.

1. Utilización de armas

La actual redacción no especifica a qué tipo de armas se refiere, como si lo hacía el decreto-ley 17.567 que mencionaba exclusivamente a las armas de fuego.

Por lo expresado, quedan comprendidas las armas propias y las impropias, siempre que éstas sean usadas como tales de manera inequívoca⁴⁷⁴.

La doctrina hace referencia al uso que se le debe dar al arma para que funcione la agravante, en el sentido de que, al igual que en la agravante del robo, el autor debe exhibirlas, blandirlas o mostrarlas, dándole a la amenaza un mayor contenido intimidante.

La portación del arma oculta no constituye la agravante.

Creus afirma que se dará la agravante si el autor a través de manifestaciones (ademanos) le hace conocer al amenazado de la portación del arma⁴⁷⁵. Sin embargo, la cuestión no es clara, ya que el tipo penal exige el empleo del arma, y no el ademán de usar armas. Una interpretación apegada al principio de legalidad exige tal extremo.

2. Amenazas anónimas

La agravante en este caso está dada por el incremento en el temor o la alarma que se produce en la víctima. Anónima "es cualquier ocultación de la identidad física del sujeto, pues no basta que se presente y calle su nombre"⁴⁷⁶.

La amenaza es anónima, de acuerdo a este criterio, cuando resulte difícil o imposible saber quién es el autor de la misma. El sujeto activo debe tratar de dificultar o impedir que el sujeto pasivo conozca

⁴⁷⁴ La expresión es de Aguirre Obarrío, y parece ser acertada, ya que si el arma impropia no se usa como arma, deja de tener ese carácter (p. 36). Estrella y Godoy Lemos ponen como ejemplo que son armas en el sentido indicado por la figura "el revólver, una espada, un cuchillo de cocina, un bastón, un pico, un martillo, etc." Se hace la salvedad —que consideramos correcta— de que quedan excluidos los objetos que simulen armas o los juguetes (conf. ob. cit., p. 166; en el mismo sentido Creus).

⁴⁷⁵ Conf. CREUS, ob. cit., p. 333.

⁴⁷⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 36.

su identidad⁴⁷⁷. Así también completa la cuestión Laje Anaya cuando expresa que "las amenazas son anónimas cuando el sujeto pasivo ignora de dónde provienen"⁴⁷⁸.

En cuanto a la forma, las mismas pueden ser orales o escritas (siempre que no pueda individualizarse la escritura), por cualquier manera de comunicación. Pueden utilizarse también seudónimos, nombres supuestos o símbolos⁴⁷⁹.

XXIX. Coacciones

El artículo 149 bis, segundo párrafo del Código Penal, pena con "...prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

El texto del decreto-ley 17.567 se refería a quien "mediante amenazas graves o violencias compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado".

1. *El bien jurídico tutelado*

Tal como lo hemos hecho hasta el momento, y siguiendo con la idea, ya expresada en la parte general, de que los bienes jurídicos se deducen directa o indirectamente de la Constitución Nacional, el bien jurídico en el presente caso es la libertad, tal como surge del artículo 19 de la Constitución⁴⁸⁰, esto es, la posibilidad de hacer o no hacer lo que el ser humano quiera, en cuanto no esté prohibido. Se trata de la libertad en sentido psíquico. En palabras de Molinario y Aguirre Obarrio, se trata del hacer o no hacer lo que uno desea, sin imposiciones ilegítimas.

De donde se deduce una idea básica en este tema: "si hay derecho o no a anunciar el mal es una cuestión indiferente, porque lo importante es que el agente no tenga derecho a exigir la acción que se reclama"⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ En el mismo sentido Estrella, Godoy Lemos, Creus, Buompadre, etc.

⁴⁷⁸ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 160.

⁴⁷⁹ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 138.

⁴⁸⁰ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2.

⁴⁸¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. I', p. 33.

El delito de coacciones no es una amenaza agravada, tal como se puede pensar o como podría deducirse del texto legal, ya que se ha legislado la coacción en la segunda parte del artículo 149 bis. Son dos delitos independientes, ya que en la amenaza el mal amenazado es un fin en sí mismo; en cambio, en la coacción, la exigencia modifica los elementos de manera esencial, más allá de los elementos comunes que ambos delitos tienen. Las amenazas resultan ser un medio para el logro de un fin, a las amenazas en sí mismas, que se trasluce en una obligación ilegal de hacer o no hacer algo, por parte de la víctima. En las amenazas se atenta contra la libertad o la tranquilidad espiritual del sujeto pasivo (víctima). En las coacciones, la libertad de determinación del individuo se anula, toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo. Por lo que, lo que se protege es la libertad de determinación del individuo.

El Tribunal Supremo de España tiene dicho, en referencia al bien jurídico protegido en el delito de coacciones, que "incide sobre la libertad de determinación del individuo, atendiendo a sus propias motivaciones y esquemas intelectivos y éticos, formando y decidiendo libremente el sentido de su voluntad y actuando o ejecutando en concreto el contenido de la misma..." (STS, 6-6-86, 3110); en el mismo sentido se expresa el STS en 10 de abril de 1987 (2555)⁴².

Así entonces Cervelló Donderis, siguiendo a García Pablos de Molina concluye que "la libertad de obrar, con carácter inmediato y excluyente, ha de ser el bien jurídico protegido en el delito de coacciones, ya que cuando se trata del proceso de formación o motivación de tal voluntad nos encontramos en el seno de las amenazas"⁴³.

Para Jorge Barreiro, las coacciones suponen un atentado contra la libertad del individuo. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo, de hacer o dejar de hacer algo, bien porque se impide o se compele a efectuarlo⁴⁴. En síntesis, se puede afirmar que el bien jurídico protegido es la libertad de ejecutar decisiones en el

⁴² Sentencias del Tribunal Supremo español, citadas en CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21.

⁴³ CERVELLÓ DONDERIS, ob. cit., p. 21.

⁴⁴ Jorge Barreiro, con citas del Supremo del 17-11-83; 6-6-86; 22-11-93 y 22-6-95.

ámbito del obrar externo⁴⁸⁵. Ahora bien, se ha hecho notar que la libertad de obrar externa, según el objeto de ataque, puede verse afectada de dos formas: por una parte, impidiéndose ejecutar la decisión "de poner en marcha un proceso deliberador que dará lugar a una decisión de hacer o no hacer externa", y por otra, impidiendo ejecutar esa decisión de hacer o no hacer externa ya ejecutada. En ambos casos se impide poner en práctica decisiones ya tomadas⁴⁸⁶.

Ésta parece ser la posición más acertada, más allá de las críticas que se han hecho en su contra, cuando se estuviera analizando la voluntad en sentido abstracto que no sería objeto de proyección. Sin embargo lo que se protege "es la ejecución de una decisión singular de ejecutar un proceso decisorio referido a un posible y concreto hacer u omitir externo"⁴⁸⁷.

2. Tipo objetivo

Se incluye dentro del tipo objetivo cualquier acción en la que por medio de amenazas se busque imponer a otra persona la realización de una acción u omisión no queridas⁴⁸⁸. Consiste en hacer uso de amenazas para obligar a otra persona a hacer o no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Para que el tipo se perfeccione alcanza con que la amenaza coarte la libre voluntad de determinación o decisión del sujeto pasivo⁴⁸⁹.

Creus opina que la circunstancia de que se excluya la violencia, como expresamente se incluye en el Código de España, como medio de comisión del delito, no descarta que en ciertas condiciones pueda operar ella en las coacciones⁴⁹⁰. Consideramos que de acuerdo a lo

⁴⁸⁵ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 816.

⁴⁸⁶ Ídem nota anterior, p. 817.

⁴⁸⁷ Ibidem.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 820.

⁴⁸⁹ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 139; se pone por ejemplo que para el caso "la amenaza a un juez para que dicte una resolución configura el tipo de coacciones, no obstante estar obligado jurídicamente a hacerlo".

⁴⁹⁰ CREUS, ob. cit., p. 332. "Ello ocurre cuando se la ejerce como medio compulsivo (como amenaza) que como vencimiento puramente físico, o sea cuando se obra por la intimidación que ocasiona creando un estado de alarma o temor que lleva a la víctima a hacer algo que no quiere o a dejar de hacer algo que quiere" (en el mismo sentido Buompadre).

analizado, el tipo penal abarca la denominada "vis compulsiva" (violencia psíquica o intimidatoria), no comprendiendo la violencia física y los medios fraudulentos, aunque se logre el fin propuesto⁴⁹¹. En base a ese texto, la doctrina de España ha podido decir que la coacción constituye un "tipo delictivo de violenta imposición que implica la producción de un resultado material integrado por la efectiva ejecución de acto impuesto al sujeto pasivo o el real impedimento de la libre actuación del mismo, en virtud de la violenta imposición de la voluntad del autor"⁴⁹².

Puede ser sujeto activo del delito cualquier persona. La doctrina admite todos los grados de participación. El sujeto pasivo debe contar con las mismas características que en el delito de amenazas, exigiéndose que la persona (sujeto pasivo) sea capaz de determinarse⁴⁹³.

Es necesario que esta acción tenga, según los autores, una determinada magnitud, que tenga aptitud para lesionar al bien jurídico protegido. Se sostiene que para tal comprobación se ha de adoptar una perspectiva *ex ante*, con la que se ha de llegar a la formulación de un juicio de peligro abstracto concreto, más allá del juicio de previsibilidad objetiva⁴⁹⁴.

La idea central del delito en cuestión es que el uso de amenazas para hacer o no hacer algo no esté legítimamente autorizado, ya que, de lo contrario, la conducta entraría en el campo de la justificación. Alguna doctrina sostiene que las coacciones estarían justificadas, por ejemplo, para evitar un suicidio.

3. Tipo subjetivo

Es exigido por la doctrina nacional un elemento subjetivo especial, esto es, que el autor del delito realice la acción con el propósito de obligar a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Hay distintas posiciones sobre la clase de dolo que se exige sobre

⁴⁹¹ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 139.

⁴⁹² POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 260. En el mismo sentido HIGUERA GUIMERÁ, Juan F., *El delito de coacciones*, Bosch, Barcelona, 1978.

⁴⁹³ Creus opina que al menos tiene que tener capacidad de querer (ob. cit., p. 338).

⁴⁹⁴ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 830.

el delito de coacciones. Para una parte de la doctrina, y la jurisprudencia española, en forma mayoritaria, y la doctrina argentina, existe un elemento subjetivo del tipo, que consiste en la tendencia de atentar contra la libertad de actuación que exige el tipo como finalidad esencial. Mir Puig exige "un elemento subjetivo de lo injusto consistente en una limitación a la libertad de actuación ajena"⁴⁹⁵. En este sentido, se exige el dolo directo. Esto requiere que el sujeto activo conozca todas las características necesarias para la tipicidad de la amenaza que se efectúa y el propósito de utilizar la amenaza, como medio para lograr del sujeto pasivo lo que pretende (una acción o una omisión)⁴⁹⁶.

En general, se sostiene que este elemento finalista, aunque no exista un elemento subjetivo del tipo, deja fuera el dolo directo de segundo grado y el eventual⁴⁹⁷.

Sin embargo, otro grupo de autores ha sostenido que no hay motivos ni para exigir un elemento subjetivo de lo injusto ni para restringir las especies de dolo⁴⁹⁸.

4. Consumación y tentativa

Para parte de la doctrina nacional se trata de un delito de pura actividad, no requiriendo para su consumación que la víctima haga o deje de hacer lo que el autor pretende; de modo que alcanza, para la consumación, que la amenaza llegue al conocimiento de la víctima y que la misma comprenda su contenido. No importa entonces el resultado que se obtenga⁴⁹⁹.

También se sostiene que es admisible la tentativa, aun cuando se trata de un delito de mera actividad⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ MIR PUIG, citado por DÍEZ RIPOLLES, p. 835

⁴⁹⁶ En el mismo sentido ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 172. y BUOMPADRE.

⁴⁹⁷ MIR PUIG, citado por DÍEZ RIPOLLES, p. 835.

⁴⁹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, AUGUSTO RAMIRES, DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 836.

⁴⁹⁹ En este sentido Creus, Estrella y Godoy Lemos; en contra Fontán Balestra que considera necesario para la consumación que la víctima (sujeto pasivo) haga, deje de hacer o tolere lo que el sujeto activo le impone.

⁵⁰⁰ En el mismo sentido Buompadre.

Sin embargo, la doctrina española ha sostenido que se trata de un delito de resultado material, con distinto texto y con los mismos argumentos dados en el delito de amenaza.

XXX. Coacciones agravadas

El artículo 149 *ter* establece: "En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

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

Las agravantes encuentran su fundamento en la mayor eficacia o poder intimidante del medio que se utiliza, el arma o que sean anónimas. En el tipo penal también se tiene en cuenta la vulneración de la libertad de cierta y especial víctima, de acuerdo a las exigencias del autor. Y además, por la especial exigencia del autor.

XXXI. Tipos de agravantes

1. *Coacción agravada por el uso de armas o por ser anónima*

En el caso debemos remitirnos a lo desarrollado precedentemente, cuando se hizo referencia a las amenazas anónimas o con armas.

2. *Coacción agravada por el fin que persigue el autor.*

La coacción a miembros de los poderes públicos

El fin de la agravante se centra en la obtención por parte de un "miembro de los poderes públicos" de alguna medida o concesión.

En cuanto al término medida debe entenderse todo tipo de resolución o disposición⁵⁰¹. El contenido de la exigencia puede ser un acto lícito o ilícito, ya que la injusticia de la coacción se apoya, primordialmente, en el medio seleccionado para obtener la medida o la concesión⁵⁰².

El sujeto pasivo es un miembro de los poderes públicos, que puede ser del Estado nacional, provincial o municipal, en cuanto tenga posibilidad de disposición, de resolución o de otorgar lo que se exige. El problema surge cuando el funcionario no tiene dicha capacidad, para lo cual Creus sostiene que el delito pasa a ser la coacción básica.

Así, por concesión debe entenderse el otorgamiento de algo. La concesión debe ser otorgada por algún miembro de los poderes públicos. A los fines de la agravante, el sujeto pasivo de la figura debe ser un miembro de los poderes públicos (nacional, provincial o municipal). La doctrina es conteste en que el funcionario o empleado público debe tener la posibilidad de resolver u otorgar⁵⁰³.

3. Concursos

Para la doctrina la coacción es un delito subsidiario, por lo que sostiene Creus que la coacción agravada queda desplazada en el caso del atentado, solución de difícil aceptación ya que la escala penal es menor.

Problema más grave es la diferencia entre la coacción agravada y los delitos de sedición y rebelión (arts. 226 y 227, Cód. Pen.).

La diferencia, en principio, está dada por el sujeto pasivo, por una parte, en cuanto los artículos 226 y 227 del Código Penal no tratan de un miembro de los poderes sino de los poderes en sí. Por otra parte, el artículo 226 exige el alzamiento en armas, que no está en el delito de coacciones.

⁵⁰¹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 339.

⁵⁰² CREUS, p. 364.

⁵⁰³ Conf. CREUS, ob. cit., p. 340; BUONPADRE, ob. cit., p. 139, y ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 179.

Los artículos 226 y 227 del Código Penal son casos de delitos contra el orden constitucional en la vida democrática, que afectan al Estado como tal, mientras que en los presentes, se afecta la libertad individual del sujeto pasivo.

Todo ello, sin perjuicio de que puede haber casos en que la delimitación puede ser dudosa en los hechos.

4. *Utilización de amenazas con el propósito de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de residencia habitual o de trabajo*

La ley se refiere al país como sinónimo de República Argentina, por lo tanto, no es típica, como agravante, la exigencia de que se abandone un país extranjero.

De igual forma, cuando se refiere a provincia, se trata de una provincia que pertenezca a la República Argentina.

En cuanto a lugares de residencia habitual o de trabajo, son los que normalmente ocupa la persona⁵⁰⁴.

Por abandono se entiende que no se trata de un alejamiento fugaz o temporal de los lugares antes indicados, sino que debe ser una amenaza para que el sujeto pasivo se aleje definitivamente o por un tiempo prolongado de esos ámbitos.

La agravante tiene un carácter subjetivo, tal es el propósito del autor que debe estar dirigido a que el sujeto pasivo, a través de la amenaza del autor, se vea obligado a abandonar el país (República Argentina), una provincia (cualquiera fuera dentro de la República) o de los lugares de residencia habitual o de trabajo de la víctima⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ CREUS, ob. cit., p. 365.

⁵⁰⁵ Solsona opina que cuando se habla de residencia habitual, se quiere dar a entender que se trata del lugar "en el cual el individuo está establecido, vive, tiene su familia, amistades, etc." Con un sentido limitado puede entenderse por zona, ciudad o pueblo. En lo que hace a lugar de trabajo, puede entenderse el "recinto comercial, profesional, de empleo, oficio, etc., por cuenta propia o con relación de dependencia, donde el sujeto coaccionado desempeña sus actividades" (SOLSONA, ob. cit., p. 68).

JURISPRUDENCIA

Artículo 140

1. Bien jurídico protegido

La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal tras considerar la proclamación que se hiciera desde el juramento de nuestra Constitución Nacional, de que todos los hombres son libres en igualdad de condiciones –quedando de esa forma abolida la esclavitud– y la calificación de crimen de toda compraventa de personas (art. 15, Const. Nac.), y las prohibiciones al sometimiento a esclavitud, servidumbre, la trata de esclavos y de blancas previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8º, ap. 1º y 2º) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 6º, ap. 1º), sin perjuicio de señalar el compromiso asumido por nuestro país al ratificar en el año 1963 la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos y Prácticas Análogas de la Esclavitud, de Ginebra de 1956, indicó que cabía distinguir entre esclavitud –como estado jurídico– y servidumbre que a su criterio significa la sujeción de una persona bajo la autoridad de otra, subordinada a la voluntad del autor mediando violencia física o moral inhibitorias de la propia determinación, pues se trata de un delito contra la libertad, bien jurídico genéricamente protegido por el Título Quinto del Código Penal, entendiendo la libertad personal como el derecho a la independencia de todo poder extraño al individuo.

2. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Se ha sostenido jurisprudencialmente que “no queda configurado el delito de reducción a servidumbre aun cuando la situación se asemeje al “abuso laboral”, si no hay un cambio fáctico de la condición civil de hombre libre”.

CFed. de San Martín, sala II, 13-12-93, Bol. Jurisp CFed de San Martín, 1993, N° 4, p. 57

b) Sin un servicio laboral o carnal no se configura la "depravación", la robotización o la obediencia extrema:

CFed. de San Martín, sala II, 13-12-93, Bol. Jurisp. CFed. de San Martín, 1993, N° 4, p. 57

c) El delito del artículo 140 ya existe cuando se cambia la condición de libre por la de siervo, toda vez que este injusto no es un ataque a la libertad ambulatoria o de movimientos de la persona, ni es necesario que ésta sea llevada a un lugar distinto del que se encontraba.

CFed. de San Martín, sala II, 13-12-93, Bol. Jurisp. CFed. de San Martín, 1993, N° 4, p. 63

d) En punto a la determinación de la constitución de las condiciones análogas a la reducción a servidumbre se dijo que "al efecto deberá ser valorado necesariamente, en cada caso concreto, el grado de sometimiento de una persona a la voluntad y capricho de otra, con pérdida de su libre albedrío en un proceso gradual de despersonalización que implica la captación de la voluntad".

CNCas Pen., 14-11-96, "Fulquin, Leonardo Jorge s/Recurso de casación", c. 921, reg. 1237

e) En lo que atañe al supuesto consentimiento de las víctimas es de señalar "que en las condiciones de modo y de extensión en el tiempo en que se ha mantenido la situación de sujeción expuesta en el fallo, en manera alguna puede admitirse la existencia de un consentimiento expresado libremente y con plena conciencia de lo que ese estado de latencia de la voluntad llegó a significar. No obstante lo cual, cabe recordar con Núñez que el consentimiento no puede existir frente a la persecución, a la violencia o al fraude, y no puede alegarse la existencia de un consentimiento válido por parte de quien se encuentra sometido en tanto que la misma disminución volitiva derivada de su situación psíquica afecta el consentimiento sin perjuicio de que la tutela legal se concrete aun prescindiendo de la voluntad del interesado, habida cuenta de que al Estado le preocupa que situaciones como las que aquí se juzgan no se produzcan por ser contrarias a elementales normas de convivencia y de respeto por el ser humano como persona sujeto de

derechos [...] Y en casos como el que aquí se juzga, en que la captación de la voluntad va acompañada de rituales esotéricos y donde el sujeto activo es reconocido como una especie de jefe espiritual que todo lo percibe y conoce aun en ausencia, es de concluir que cualquier signo de consentimiento está viciado por la naturaleza antinatural y enferma de la relación. Ello sólo se explica al analizar las particulares características de la personalidad de los protagonistas según lo informan los médicos forenses que se han pronunciado durante el juicio de debate. Se puede concluir, entonces, que en momento alguno las víctimas se han manifestado con plena libertad, la que fueron perdiendo, como suele acontecer en estos casos, gradual y paulatinamente en la medida en que eran sometidas a la voluntad de Fulquín”.

CNCas Pen., 14-11-96, “Fulquín, Leonardo Jorge s/Recurso de casación”, c. 921, reg. 1237

f) En dicha oportunidad los integrantes la sala I de Casación agregaron que tampoco obstaculizaba esa tipificación el hecho de que el “sujeto pasivo exhibiera cierto grado de autonomía de movimiento o capacidad para asumir algunas determinaciones como la venta callejera o la posibilidad de traslación, pues se ha dado por probado que esas conductas también respondían a las órdenes precisas de Fulquín”.

CNCas Pen., 14-11-96, “Fulquín, Leonardo Jorge s/Recurso de casación”, c. 921, reg. 1237

Artículo 141

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Según la jurisprudencia “en la descripción del delito del artículo 141 el legislador destacó las dos condiciones esenciales para su configuración: privación de libertad e ilegitimidad”.

CFed de San Martín, sala I, 5-6-92, E. D. 150-566

b) La privación ilegal de la libertad es un delito permanente porque

su consumación persiste en el tiempo hasta tanto la víctima recupere su libertad o muera.

CNCCorr., sala V, 10-11-83, J. A. 1984-I-68, L. L. 1984-A-196; sala III, 22-3-84, J. A. 1984-II-172, L. L. 1984-B-372

c) La privación de libertad a una persona sin que haya existido una denuncia contra la misma, sin habérsela sorprendido *in fraganti delicto*, en clara violación de las normas procesales al respecto, como ser el ingreso del damnificado a una celda sin anotar su entrada ni anotar al juez de turno, configura el delito de privación ilegal de la libertad; en la especie en concurso ideal con el delito de exacciones ilegales, dado que a la actividad señalada se agrega la exigibilidad por parte de los incusos de una prestación económica como condición para la cesación del estado de privación.

CNCCorr., sala II, 5-7-90, J. A. 1991-I-452

d) No se configura el delito de privación ilegal de la libertad si la persona que estuviera detenida –aunque lo estuvo por tres meses sin que el proceso que tramitara en su contra registrara avance alguno– fue privada de su libertad en virtud de una orden legítima, emitida por un juez competente, con fundamento en un proceso judicial que tramitara previamente contra aquél.

CNCCorr., sala IV, 4-2-2000, "Fiscalía de Menores N° 4"

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

En el delito de privación ilegítima de la libertad debe remarcarse el elemento subjetivo del tipo pues la ilegalidad de la privación de la libertad para adecuarse al artículo 141, se configura si el autor ha obrado con la conciencia de que su conducta es sustancial o formalmente arbitraria, lo cual implica que el agente, además de no estar jurídicamente autorizado a realizar el hecho o para efectuarlo como lo hace, debe proceder a sabiendas de ello.

CFed. de San Martín, sala II, 21-5-93, Bol. Jurisp. CFed. de San Martín, 1993, N° 2, p. 8

3. Antijuridicidad

No configura el delito de privación ilegal de la libertad la actuación del padre que, indignado por la acción de un presunto violador de su hija menor de edad, lo encierra, por breve tiempo, en un baño del lugar de trabajo, dando cuenta inmediata de ello a la autoridad policial de vigilancia que prestaba sus servicios en el lugar, pues aun cuando el procedimiento elegido pudiera ser equivocado, está desprovisto de intencionalidad dolosa y causado en móviles éticos y razonables que deben eximir de ilicitud el acto en su justa medida.

CFed. de Bahía Blanca, 4-5-76, Rep. E. D. 10-1165

Artículo 142

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Según la jurisprudencia, "cuando la privación de la libertad de la víctima va más allá de lo meramente necesario para el apoderamiento y la inmediata fuga del sujeto, se autonomiza de la violencia y, como delito continuado, comienza a concurrir, aunque idealmente, con el robo, con el cual configura un hecho único".

CNCCorr., sala I, 27-11-89, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1989, N° 4, p. 284

b) Tal como lo explica el señor juez de grado, Martín Irurzun, en el considerando quinto de su fallo, el apoderamiento del rodado de Kelly únicamente constituyó un medio más para perpetrar la privación ilegítima de la libertad del nombrado. Es decir que los aquí enjuiciados no actuaron por el mero despojo de la cosa, por ello, la descripción típica del artículo 164 del Código Penal —o cualquiera de sus figuras agravadas—, sólo se vincula al caso de manera aparente pues lo único que se acredita en autos, objetiva y subjetivamente en cada uno de los procesados, es la subsunción en el artículo 142, inciso 1° del Código citado.

CCCFed., sala I, 12-8-92, "Rizzaro, Jorge y otros s/Priv. ilegal de la libertad", c. 23.223, reg. 501

c) Comete privación ilegítima de la libertad el procesado que estando detenido en una unidad del Servicio Penitenciario mantuvo privadas de libertad a varias personas dentro de un sector de la cárcel, con amenazas de muerte para ellas si no le suministraban un psicofármaco, cesando su actitud cuando lo logró.

CNCCorr., sala III, 17-4-90, L. L. 1990-D-383

d) Las amenazas quedan subsumidas en la privación de libertad perpetrada con ellas siempre que no se usen armas, pues si se utilizan aparece un plus no atrapable por la figura del artículo 142, inciso 1º, y surge nítido un concurso formal con amenazas calificadas.

CNCCorr., sala III, 17-4-90, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1990, N° 2, p. 129

e) La privación ilegítima de la libertad calificada no queda subsumida en la figura del robo, si aquella se extendió en demasia según la plataforma fáctica incensurable en esta instancia, y operó como una circunstancia innecesaria a los efectos de la consumación del robo –acción que bien puede agotarse en breve lapso– o para posibilitar la impunidad del delito, por lo que aquella conserva su autonomía delictual y concurre con el delito contra la propiedad.

CNCas Pen., sala I, 27-3-96, "Cabrera, Diego Luis s/ Recurso de casación", c. 737, reg. 963

f) Configura el delito de privación ilegal de la libertad, agravado por simulación de autoridad (art. 142, inc. 4º) la simulación –necesaria– de una autoridad pública dotada, como lo está la policía, del poder de privar a las personas de su libertad y el acatamiento de tal orden por parte de los sujetos pasivos en virtud del error de creerlos policías, al punto de no haber abandonado el local del negocio no obstante haber transcurrido con exceso la hora del cierre del comercio.

CNCCorr., sala I, 20-11-90, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1990, N° 7, p. 298. J. A. 1991-11-318

g) El que alguien sometido a intimidación logre violar, siquiera momentáneamente, la custodia ilegal y avise a la policía como ocurre en muchos asaltos, no significa que esa persona estuviese en libertad y que el suceso se haya visto libre de violencia psíquica o física.

CNCCorr., sala I, 20-11-90, Del Jurisp CNCCorr., 1990, N° 7, p. 298, J. A. 1991-II-318

h) Si los acusados, tras reiteradas violaciones, mantuvieron a la víctima privada de libertad para que no huyera, esa privación constituye el delito del artículo 142, inciso 1°, en concurso ideal con el primer ilícito penal.

CNCCorr., sala VI, 17-2-93, L. L. 1993-E-433

i) Si para la sustracción del vehículo era innecesario obligar a la víctima a subir al mismo e ir con los autores, la intensificación injustificada de la violencia tiene entidad suficiente para englobar un delito independiente, como el previsto en el artículo 142, inciso 1°.

CPen. de Morón, sala II, 19-4-88, D. J. 1988-2-808

j) El atentado contra la libertad cometido por funcionarios públicos en el exclusivo y particular interés de los mismos constituye el delito de privación de la libertad agravada por amenazas, en los términos del artículo 142, inciso 1°.

Si a las víctimas no se les permitió seguir su camino mediante una orden de detención, desde el mismo momento del acto quedaron limitadas sus libertades ambulatorias, no haciendo falta más para establecer la prueba de la corporización del injusto.

CPen. de Morón, sala II, 8-10-91, D. J. 1992-2-121, J. A. 1992-II-213

k) El hecho de tener facultades para detener no significa que los funcionarios munidos de ella sean dueños y señores de hacerlo en cualquier circunstancia.

CPen. de Morón, sala II, 8-10-91, D. J. 1992-2-121, J. A. 1992-II-213

l) Si la privación ilegal de la libertad fue cometida por quienes revisten la calidad de policías, no corresponde ubicar el hecho en el tipo del artículo 142, inciso 4°.

CPen. de Morón, sala II, 8-10-91, D. J. 1992-2-121, J. A. 1992-II-213

m) Debe entenderse no cometido el delito de privación ilegítima de libertad, toda vez que no puede afirmarse que las privaciones de libertad ejercidas sobre los damnificados superen el marco de las coacciones agravadas. Ello así, por cuanto dentro del hacer, no hacer o tolerar algo contra la voluntad que no exceda esta intención, como lo demuestra el exiguo tiempo de su duración.

CCCFed., sala I, 8-7-88, "Calzada, Oscar Hugo s/Infr. arts. 142, 149 bis, 189 bis, 194 y 227 ter del Código Penal", c. 20.518

n) A fin de tener por configurada la agravante del inciso 3° del artículo 142 del Código Penal, resulta irrelevante si las lesiones resultantes de la privación ilegal perjudican a una o más víctimas, si el imputado llevó a cabo un único hecho (en el caso, un chofer de ómnibus se lanzó en persecución de un automovilista e impidió el descenso de sus pasajeros, uno de los cuales sufrió lesiones por una caída a raíz de una brusca maniobra).

El delito acuñado por el artículo 142, inciso 3° del Código Penal, participa de las características de lo que la doctrina ha dado en llamar delito complejo, que tiene lugar cuando la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones cuya fusión da nacimiento a una nueva figura delictiva, de gravedad superior a las que la conforman. De ahí que este tipo penal constituye el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictivos, que dan lugar a una nueva conducta típica distinta de las figuras delictivas que la integran.

CNCas.Pen., sala II, 7-9-98, "Márquez, R.", c. 1734, reg. 2167

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

El aspecto subjetivo de la privación de la libertad –como el rapto

y el secuestro extorsivo— admite el dolo eventual y también el indirecto o de segundo grado.

CNCCorr., sala IV, 21-9-89, J. A. 1990-IV-92, L. L. 1991-C-272

3. Sujeto activo

El ejercicio de una función pública (art. 144 bis, inc. 1º, primera parte, Cód. Pen.) no está constituido solamente por la calidad del agente, sino también por la correspondiente al acto practicado y cualquier abuso demanda, además de la atribución de la respectiva autoridad, la ejecución de un acto que legalmente entre en la competencia de esa autoridad.

CPen. de Morón, sala II, 8-10-91, D. J. 1992-2-121, J. A. 1992-II-213

Artículo 142 bis

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Según la jurisprudencia “la conducta enjuiciada resulta aprehendida por uno o más de los agravantes previstos para el ataque a la libertad personal; sería absurdo pretender que siga jugando la regla de la especialidad que anteriormente se aceptara como procedente en la concurrencia de las figuras básicas (secuestro extorsivo y privación de la libertad agravada), porque tal cosa significaría admitir el intolerable beneficio de que la exigencia patrimonial transforme a un agravio a la libertad calificada en un delito menos severamente reprimido y sólo contemplado como ataque a la propiedad”.

CNCCorr., sala III, 22-10-85, D. J. 1986-1-562, L. L. 1986-A-391

b) Desde el punto de vista literal, las acciones típicas descriptas en el tipo del artículo 142 bis, primer párrafo: “sustraer”, “retener” y “ocultar”, distinguen una conducta que tiene características de secuestro de la persona víctima de la privación de libertad, esto es que en cualquiera de estas tres formas que adopte, debe tener notas

de tiempo, por una parte, y de real libertad de acción del delincuente con dominio sobre la víctima, por la otra.

CNCCorr., 17-4-90, L. L. 1990-D-383

c) La conducta del procesado, consistente en disponer ilegalmente la detención de las autoridades de un sanatorio, conociendo la falsedad inicial de la denuncia, para forzarlas a entregar una elevada cantidad de dinero se adecua al tipo acuñado por el artículo 142 bis cuya escala obsta al beneficio de excarcelación.

CNCCorr., sala VI, 28-11-90, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1990, N° 7, p. 297

d) No se trata ni de una "sustracción", ni de una "ocultación" de la víctima si ésta subió al auto de los imputados voluntariamente pero, una vez allí, fue obligada a permanecer mediante el uso de violencia física y de amenazas para compelerla a que los acompañara a realizar actos ilícitos.

STJ de Córdoba, Sala Penal, 9-6-88, L. L. C. 1989-43

e) Se configura el delito de privación ilegal de la libertad, aunque cuatro de los rehenes hayan aceptado voluntariamente ingresar para reemplazar a otros dos que estaban heridos, pues tal consentimiento se encontraba viciado en virtud de las imposiciones provenientes de los internos amotinados quienes amenazaban con impedir la atención médica externa o salida extramuros de las víctimas.

La privación de la libertad sufrida por cuatro rehenes que ingresaron voluntariamente al penal, a cambio de los heridos, resulta ilegal por cuanto, aun cuando se demostrara que no se hallaba condicionada su voluntad al momento del ingreso, al efectivizarse ese canje, fueron secuestrados, manteniéndoselos en ese estado hasta la culminación del motín, momento en el cual fueron liberados.

La privación ilegal de la libertad, sufrida por las víctimas —en el caso, efectuada por presos amotinados— encuadra en el artículo 142 bis, párrafo primero, del Código Penal, ya que se realizó con el fin de facilitar la fuga, impidiendo que los agentes del servicio penitenciario actúen cumpliendo con su deber.

La privación ilegal de la libertad sufrida por una mujer —en el caso, era una jueza penal que fue secuestrada por presos amotinados— encuentra encuadre en la figura más gravosa penada en el inciso 1° del artículo 142 bis del Código Penal.

CAPen. de Azul, 13-4-2000, "Brandan Juárez, Marcelo y otros"

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

Cometió el delito de secuestro calificado reiterado (art. 142 bis, inc. 1°), el procesado que retuvo a las víctimas con el fin de obligarlas a hacer, no hacer y a tolerar algo en contra de su voluntad, abarcando eventualmente el dolo del imputado la muerte de uno de ellos, menor de edad.

STJ de Córdoba, Sala Penal, 30-5-86, L. L. C. 1987-117

3. Sujeto activo

a) *Autoría*

Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervinientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al comienzo de ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar.

CAPen. de Azul, 13-4-2000, "Brandan Juárez, Marcelo y otros"

Artículo 143

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) El funcionario policial que por espacio de nueve días mantiene incomunicados a los detenidos cuyas actuaciones preventivas instruye, incurre en este delito.

CCrim. de Concepción del Uruguay, 19-10-59, J. A. 1961-I-16

b) Cuando en un proceso se acredita por diferentes medios de prueba, tales como documental, testifical, pericial e indiciaria, que el inculpado retuvo a un detenido, que había sido liberado por orden judicial el mismo día de su detención, obrando con dolo directo, y no existiendo causas que atenúen o excluyan la antijuridicidad del hecho o su culpabilidad, debe recaer sobre él veredicto condenatorio.

CFed.CCorr., sala II, 18-2-86, "Veronelli, Fernando y otro s/Infr. arts. 143 y 293 del CP", c. 4003, reg. 4765

c) El delito previsto en el artículo 143, inciso 1º del Código Penal es de comisión por omisión. La acción se describe como la de retener, o sea mantener privado de su libertad al sujeto pasivo, y de omisión, porque esa retención ha de provenir por no disponer una libertad o por no ejecutar una orden impartida por funcionario competente. Por ello, incurre en este delito el funcionario de una fuerza de seguridad que en abuso de las funciones que tenía a su cargo, mantuvo a siete personas privadas de su libertad luego de dos días y algunas horas después de que el juez competente dispusiera la libertad de ellas en respuesta a una consulta telefónica y sin que haya existido orden de detención previa.

CFed.CCorr., sala I, 6-7-2000, "Llaver, Leonardo N.", c. 31.958, reg. 606

d) Corresponde confirmar el procesamiento de los funcionarios policiales imputados por privación de libertad, si realizaron un procedimiento en el que detuvieron a dos personas sin noticias al juez de la causa, apareciendo luego las actuaciones archivadas en una carpeta de la dependencia policial luego de transcurridos quince meses sin dar parte al magistrado.

CNCCorr., sala VI, 15-5-97, "Blanco, Néstor y otros"

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

Se requiere la concurrencia de dolo y malicia para que la detención configure este delito, lo que no sucede cuando el fun-

cionario actuó curi p[er]te de un superior cuya ilegalidad resultaba dudosa.

CCrim. de Mercedes, 24-8-45, L. L. 39-695

Artículo 144 bis

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Es procedente el procesamiento por el delito de detención ilegal –a título de instigador– de quien impartió la orden de detención del denunciante, por haber excedido el marco territorial de sus funciones e incumplido las formalidades prescriptas para dicho procedimiento.

CNCCorr., sala VI, 10-10-86, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1986, N° 4, p. 1402

b) Configura el delito del artículo 144 bis, inciso 3° –vejeciones agravadas por el empleo de violencia–, la conducta de quienes reprimieron una rencilla de internos de un instituto de detención mediante el empleo de vías de hecho.

CNCCorr., sala II, 16-12-86, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1986, N° 4, p. 1767

c) Configura el delito de vejaciones previsto por el artículo 144 bis, inciso 2°, con las agravantes previstas en el párrafo final de la norma, al concurrir las circunstancias establecidas por los incisos 1° y 3° del artículo 142, la conducta de dos agentes policiales que hallándose en funciones golpearon y agredieron a una persona que trasladaban como presunto infractor, ocasionándole a partir de esas vejaciones un daño en su persona al quedar afectado por una grave lesión.

CNCCorr., sala III, 10-4-92, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1992, N° 2, p. 145

d) Las vejaciones contempladas por el artículo 144 bis, inciso 2°, se sancionan cuando son aplicadas a cualquier persona y no estruc-

tamente a "presos guardados", a condición de ser impuestas por funcionarios públicos que desempeñan un acto de servicio.

CNCCorr., sala III, 10-4-92, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1992, N° 2, p. 145

e) Incurren en este delito en concurso ideal y no real, puesto que se trata de un solo acto, los policías que en un acto de servicio golpean e hieren gravemente a una persona.

SCJBA, 30-10-57, fallos, 1957-V-393

f) El ejercicio de una función pública (art. 144 bis, inc 1°, parte primera) no está constituido solamente por la calidad del agente, sino también por la correspondiente al acto practicado y cualquier abuso demanda, además de la atribución de la respectiva autoridad, la ejecución de un acto que legalmente entre en la competencia de esa autoridad.

CPen. de Morón, sala II, 8-10-91, J. A. 1992-II-213

g) La decisión judicial que deja sin efecto un arresto político no deriva necesariamente a considerar ilícita la conducta del presidente que ordenó el arresto; a la inversa, el hecho de que el arresto se haya fundado en competencias constitucionales, no descarta por sí solo un eventual reproche penal de la privación de libertad.

Es del resorte exclusivo del Poder Ejecutivo Nacional sólo controlable por el Congreso Nacional la valoración concreta de la existencia de los presupuestos objetivos que autorizan a declarar el estado de sitio, extremo que no puede ser revisado por el Poder Judicial sin invadir la esfera propia de los otros poderes del Estado. No obstante ello, tampoco puede vedarse la investigación judicial de los injustos penales que pueden cometerse mediante tales arrestos, con independencia de la arbitrariedad de la detención.

CFed.CCCorr., sala II, 22-7-83, "Harguindeguy s/Apelación de la defensa", c. 5376, reg. 5991

h) Configura el delito de severidades ilegales (art. 144 bis, inc. 3°, Cód. Pen.) la acción del celador de un instituto de menores que

aplicó un cachetazo al menor cuando éste se negó a acatar una orden impartida por él.

CNCCorr., sala V, 17-12-96, "Barboza, A. J."

i) La tipificación de la denominada "privación abusiva de libertad", contenida en el artículo 144 bis, inciso 1º, del Código Penal, exige que dicha privación se realice como acto funcional. Por tanto, se requiere que el agente, al privar de la libertad, ejerza funciones propias de su cargo, caso en el cual la ilegalidad se da si tales funciones no comprenden la facultad de detener que el funcionario se atribuye abusivamente.

SCJ de Mendoza, sala II, 27-5-96, "F. en averiguación de delito"

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

Debe decretarse el procesamiento por privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis, inc. 1º, Cód. Pen.) de los policías que detuvieron en la vía pública a manifestantes opositores al Gobierno, si las detenciones se efectuaron fuera de los supuestos previstos por el ordenamiento procesal penal, y muchas de las víctimas tenían en su poder sus documentos de identidad, lo que permite descartar el ejercicio de las facultades del decreto-ley 333/58 modificado por ley 23.950.

El tipo penal en cuestión no exige un fin ulterior. Sin embargo, la acreditación de que los policías habrían detenido a los manifestantes por razones políticas importa la demostración de la realización del tipo subjetivo, ya que permitiría descartar que los agentes de seguridad creyeran que los manifestantes estaban por cometer o habrían cometido un ilícito.

El hecho ocurrió el 12 de agosto de 1995, día en que el Presidente de la Nación asistió a la inauguración de la exposición agrícola ganadera que todos los años organiza la Sociedad Rural Argentina, en el centro de exposiciones que dicha sociedad posee en Palermo, cuando personal policial de la comisaría Nº 23, de esta Ciudad, detuvo a militantes de la agrupación política "Frente Grande", quienes se encontraban en el lugar para expresar su oposición a la

gestión del gobierno que encabeza el presidente Carlos Menem. En horas de la mañana había sido detenido un grupo de cinco personas –entre los cuales se encontraba Martín Folini (parte querellante en autos)–, muchos de los cuales tenían en su poder documentos de identidad. Luego de ser liberados, los militantes se dirigieron nuevamente al predio de la Sociedad Rural y hablaron ante los medios de prensa sobre lo que había acontecido. Al salir de dicho predio, agentes de seguridad, encabezados por el principal Jonte, procedieron nuevamente a la detención de un grupo formado por tres jóvenes, entre los cuales se encontraba Folini, quien tenía en su poder cédula de identidad expedida por la Policía Federal Argentina. El Inspector Oliveira cumplió con el traslado hacia la comisaría N° 23.

Dijeron los doctores Tozzini y Donna: “Las exigencias para realizar una detención son objeto de una constante discusión jurisprudencial (ver, por ej., la disidencia en el fallo de esta sala antes mencionado), por lo cual es imprescindible demostrar –en un sumario por privación ilegítima de la libertad, a diferencia del análisis que corresponde efectuar para anular una detención– el conocimiento del carácter abusivo de la privación por exceso funcional –elemento cognoscitivo del tipo subjetivo–. ‘El error y el error *iuris* pueden excluir la culpabilidad’ (Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, 1993, t. I, p. 234)”. De todos modos, cabe advertir que, a criterio de esta mayoría, la policía debería recibir indicaciones más precisas sobre sus facultades de detención.

La circunstancia de que Folini tuviera en su poder la cédula de identidad debe ser tenida en cuenta para demostrar dicho elemento cognoscitivo, pero aún más importancia adquiere lo expresado anteriormente, en cuanto a que el personal policial habría actuado de la forma en que lo hizo conociendo las actividades que los jóvenes estaban realizando en aquel lugar, a sabiendas de que esas actividades no eran peligrosas –claramente no reviste peligro desplegar remeras o pancartas en las gradas de un acto con la inscripción “Menem 1995 = 18%”–.

Los dichos del comisario inspector Aterbury y del director de Operaciones Asad, ambos de la Policía Federal Argentina, quienes sostuvieron que no impartieron ninguna orden a sus subordinados tendiente a prohibir la manifestación política de militantes del Frente Grande, conforman elementos de prueba conducentes a afirmar,

con el relativo grado de certeza que admite esta etapa del sumario, que los subordinados habrían adoptado, por ellos mismos, la decisión de los arrestos.

CNCCorr., sala I, 27-3-98, "Jone, A.", c. 8410; el TOCr. N° 27 condenó finalmente a los imputados

3. Sujeto activo

a) Sujeto activo de las severidades son los funcionarios públicos que guardan presos, que tienen a la persona de la víctima a su disposición de modo que pueden imponerle el tratamiento mortificante u ordenar que se lo impongan. Sujeto pasivo de las severidades sólo pueden serlo los presos guardados por el funcionario que impone el tratamiento mortificante; la expresión está usada en el amplio sentido del privado de libertad en cualquier carácter: arrestado, detenido, procesado en prisión preventiva, condenado.

CPen. de Venado Tuerto, 26-11-91, J. A. 1992-IV-537

Artículo 144 tercero

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Jurisprudencialmente se ha sostenido que "tortura" significará todo acto por el cual un funcionario público inflija, o por instigación suya se inflija, intencionalmente, un dolor o sufrimiento grave, sea físico o mental, sobre una persona, con el propósito de obtener de ella, o de un tercero, una información o confesión, o de castigarlo por un acto que ha cometido o se sospecha que ha cometido o para intimidar a esa u otra persona.

CNCas.Pen., sala I, 14-11-96, "Fulquín, Leonardo Jorge <Recurso de casación", c. 921, reg. 1237

b) Es apropiado traer también aquí a colación la postura adoptada por la sala II de la Cámara Federal de la Capital Federal, a través del voto del doctor Mitchell al que adhirieron los doctores Cattani

y Casanovas en un caso donde los funcionarios policiales que resultaron finalmente condenados habían detenido a dos individuos que registraban antecedentes penales pero sin indicio alguno de que estuviesen cometiendo o hubiesen llevado a cabo un delito, los mantuvieron aislados en una casa clandestina con sus ojos vendados y los sometieron durante seis días, mediante la imposición en sus cuerpos de corriente eléctrica y de golpes, para que firmasen una presunta declaración "espontánea" donde se autoincriminaban por la comisión de una serie de delitos que tales funcionarios investigaban.

Allí se expresó que "la retención y ocultamiento de las víctimas (y la aplicación de tormentos) tuvo por finalidad obligarlas a confesar, contra su voluntad, los delitos por los que fueron juzgados en el fuero penal ordinario de esta Capital. Ello lleva a encuadrar la conducta reprochada a los procesados en el artículo 142, inciso 6° del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, aplicable por imperio del artículo 2° de dicho cuerpo legal, toda vez que tiene una penalidad menor en su mínimo que el artículo 142 bis idem, que rige actualmente.

"Este suceso concurre realmente con el delito de tormentos (art. 144 ter, Cód. Pen.), pues se trata de hechos material y jurídicamente escindibles (art. 55, idem) (ver Núñez, R., *Derecho Penal argentino*, t. V, p. 55). También en el caso de los tormentos debe aplicarse la ley vigente al tiempo del hecho que es la más benigna (texto según ley 14.616, art. 2°)".

Vá de suyo que rechazo la figura del delito de apremios ilegales como pretiende el letrado defensor. Ello así tanto si nos enrolamos en una u otra vertiente doctrinaria —acogidas por la jurisprudencia— para diferenciar ambas figuras penales.

La primera postura se refiere al grado de sufrimiento del detenido y como señala Fontán Balestra: "...la diferencia está dada por la intensidad y si bien el límite no resulta demasiado preciso, no parece posible encontrar otro. Habrá casos típicos de tormentos cuando se haga uso de los llamados genéricamente instrumentos de tortura entre los que hoy desempeña un papel preponderante, por su eficacia y ausencia de rastros, la picana eléctrica" (*Tratado de Derecho Penal*, t. V, p. 299, y causas "Acosta,

M. A.", 8-3-84, CNCCorr., y "Barraza, P. O.", N° 116, 29-1-79, CNCCorr., sala de feria).

Otro criterio para distinguir se relaciona con la finalidad perseguida por los funcionarios al aplicar tormentos; ésta siempre será la de lograr una confesión por parte de las víctimas (ver de Tarrío y Huarte Petite, *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, Lerner, Buenos Aires). De las constancias de la causa surge que ésta fue la intención de Tribó, Castro y Griffa, a fin de lograr esclarecer una serie de ilícitos que investigaban.

"Griffa, Ricardo F. y otros", 15-7-92, c. 7961, reg. 8952

c) Cabe recordar además el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Montenegro", el 10 de diciembre de 1981, en donde se consideró la postura de los magistrados ordinarios en punto a que la aplicación de la tortura había sido decisiva para la solución de la causa, sobre lo cual refirió que el conflicto suscitado entre el interés de la sociedad en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley, fue resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como "invención horrorosa para descubrir los delincuentes" mandó quemar los instrumentos utilizados para aplicarlo (ley del 19-5-1813, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, p. 44), decisión que se concretó en la prohibición contenida en el artículo 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, sobre cuya base esta Corte, a lo largo de su actuación, ha descalificado las confesiones prestadas bajo la coacción moral que importa el juramento.

1. Sujeto activo

Si bien se ha incorporado la tortura como delito autónomo, no por ello ha dejado de tener relación con las penas privativas de la libertad como consecuencia de una orden o acto de funcionario público.

CNCas.Pen., sala 1, 14-11-96, "Fulquin, Leonardo Jorge s/Recurso de casación", c. 921, reg. 1237

3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito debe ser una persona privada de su libertad que tenga origen en una orden o con intervención de un funcionario público, pero cuando el sujeto pasivo no revista esa calidad de detenido los hechos han de constituir otras figuras de los delitos contra la libertad o contra las personas; a lo que cabe agregar que tan severa sanción se concilia con esta inteligencia a la luz de las previsiones sancionatorias para otros hechos ilícitos cometidos por particulares como las hipótesis agravadas de la privación ilegítima de la libertad del artículo 142 bis, las lesiones gravísimas de los artículos 91 y 92 o el secuestro extorsivo del artículo 170 cuyas penas no superan los quince años de prisión.

CNCas.Pen., sala I, 14-11-96, "Fulquín, Leonardo Jorge s/Recurso de casación", c. 921, reg. 1237

Artículo 144 cuarto

1. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

Para poder endilgar la responsabilidad por omisión de evitar las torturas, es necesario demostrar que se tuvo conocimiento de ellas.

CNCCorr., sala V, 20-10-92, J. A. 1993-3-548

Artículo 146

1. Bien jurídico protegido

a) Jurisprudencialmente se dijo que "en la actualidad, habida cuenta de que la ley de *patria potestad* 23.264, inciso 2º, estipula que *el ejercicio de la misma en caso de separación de hecho corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, independientemente del derecho del otro de tener adecuada comunicación y de supervisar su educación y atento a que en el presente caso la tenencia correspondía a la madre de los niños, la conducta del procesado aprovechando un descuido de la asistente social para*

llevarse los, radicarlos y establecerlos en el Paraguay mediante la falsificación de sus nombres y apellidos, es constitutiva de los delitos previstos y reprimidos por los artículos 146 y 292 del Código Penal. en concurso real”.

CNCCorr., sala II, 14-11-89, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1989, N° 4, p. 313

b) En ese sentido la jurisprudencia definió qué ley castiga especialmente *la afectación del ámbito de libertad del menor* —de por sí restringido en su propio beneficio y al amparo exclusivo de quien ejerce legalmente su tenencia— y en segundo plano *el libre ejercicio de la tutela legítima del menor dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse su libertad*.

CNCCorr., sala I, 28-6-94, Bol. Jurisp. CCCorr., 1994, N° 2, p. 77

c) Por otra parte, la sala II de la Cámara Federal de la Capital Federal señaló sobre este particular que “si bien se encuentra legislado en el título de delitos que protegen la libertad individual, cierto es que con independencia de alguna lesión que la conducta descripta pueda producir a ese bien, el tipo delictivo protege primordialmente a *la integridad material del grupo familiar, a la incolumidad de la tenencia ejercida por los padres del menor o por su sustituto*”.

Así, indicó que “no sin razón, podrá sostenerse, concibiendo a la figura como una derivación del delito de plagio, que el menor de diez años carece de toda voluntad computable, carácter que impide su libre determinación, por lo que se encuentra en situación de dependencia respecto a una voluntad legítima —quien dirige y maneja su conducta— y precisamente, la ley castiga a quien usurpa esa voluntad, afectando la libre disposición que de los menores tienen sus padres, tutores o personas encargadas de ellos”.

Agregando finalmente que “dicha apreciación contribuye a reforzar la opinión que se viene insinuando, ya que si bien la libertad puede verse atacada, no se muestra autónoma respecto a otros intereses preponderantes en el objeto de la protección legal; no parece desaceriado advertir que todo delito lleva insito la aflicción de la libertad, observándose con mayor o menor intensidad según el delito que se trate, pero a la hora de determinar el bien jurídico protegido

en cada ilícito, debe tenerse en cuenta aquel que inmediatamente ha sido tutelado, y en el delito que nos ocupa, lo constituye la lesión a los derechos de familia, como la tenencia de menores, patria potestad y tutela, pues repárese, para obtener una acabada comprensión de la cuestión, que no hay disenso doctrinario en entender que la víctima del injusto es la familia, y el objeto sobre el cual recae, el menor, siendo que si se protegiera la libertad como interés jurídico primordial, indudablemente la condición del sujeto pasivo lo revestiría el último, aun cuando se prescindiera de su consentimiento y se experimente un corrimiento de la voluntad del infante hacia su responsable. Ninguna duda cabe de que la acción de apropiarse de un infante, arrancándolo de su inserción en el núcleo familiar, privándolo de las nociones de su origen y la posesión de su real y efectiva existencia, se encuentra comprendido en el ilícito en estudio”.

“Lavallén, Rubén s/Infr. arts. 139, inc. 2º, 292 y 293, Cód. Pen.”,
18-4-89, c. 5452, reg. 6440

2. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) En jurisprudencia se ha considerado que el “delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover al menor de la esfera de custodia de sus padres, contra su voluntad expresa o presunta”.

CSJN, 10-5-94, J. A. 1994-III-515

b) Asimismo se ha señalado que las conductas de retención u ocultamiento del menor tipificadas en el artículo 146 son de carácter permanente, esto es, se consuman con cada uno de los actos que importen dicho cometido.

CFedCCorr., sala II, 8-9-86, L. L. 1987-A-24

c) También la jurisprudencia se ha pronunciado en punto a que la privación de libertad por parte del autor a la víctima, al retenerla u ocultarla constituye un hecho materialmente diferente y escindible del que realiza al alterar las actas del Registro Civil con datos

falsos relativos a la identidad de la persona que inscribe o cuando coopera en la obtención de su cédula de identidad.

CNCCorr., sala II, 16-2-93, J. A. 1994-I-124

d) De igual manera se ha aclarado que la figura prevista en el artículo 146 en modo alguno se halla absorbida en la de alteración y supresión del estado civil de un menor de 10 años establecida en el artículo 139, inciso 2º, en tanto que ambos tipos penales se remiten a supuestos diversos y también son de diferente naturaleza los bienes jurídicos por ellos protegidos, en el primer caso, la libertad individual, y en el segundo, el estado civil.

CNCCorr., sala II, 16-2-93, J. A. 1994-I-124

e) En idéntico sentido se ha expedido la Cámara Federal al decir que "lo que el autor hace privando de su libertad a la víctima, reteniéndola u ocultándola es un hecho materialmente diferente y escindible del que realiza al alterar las actas del Registro Civil con datos falsos relativos a la identidad de la persona que inscribe o cuando coopera en la obtención de su cédula de identidad".

CFedCCorr., sala II, 18-4-89, "Lavallén, Rubén s/Infr. arts. 139, inc. 2º, 292 y 293, Cód. Pen.", c. 5452, reg. 6440

f) En orden a la acción de sustraer prevista en el tipo en cuestión, se ha dicho jurisprudencialmente que ésta tiene lugar cuando el menor ha sido sustraído del poder de una de las personas que menciona el artículo 146, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto que el mismo haya sido robado.

SCJ de Mendoza, sala II, 11-4-88, L. L. 1988-C-511

g) Por su parte, la sala I de la Cámara del Crimen de la Capital Federal ha tenido oportunidad de delimitar con mayor precisión el marco de la conducta de sustracción conminada en el artículo 146 del libro sustantivo, al discernir que si bien se hallaba acreditado que el querellado, padre del menor, el 24 de noviembre de 1990, en horas de la mañana, tras concurrir al domicilio de la querellante y mantener con ella un fuerte altercado verbal, se había llevado consigo al nombrado menor, teniéndolo con él por espacio de unos

tres meses -hasta que le fue judicialmente reclamado- tal comportamiento no resulta tipificante del delito de sustracción de un menor de diez años, que se le imputa, toda vez que la conducta prohibida en dicho artículo tiende a resguardar el libre ejercicio de las potestades sobre el menor que surgen de las relaciones de familia, y que, originariamente o por delegación, corresponden a determinadas personas, por lo que, como sostiene Soler, esta disposición no puede aplicarse al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándosele al cónyuge que legalmente lo tenía, salvo que pueda afirmarse que hizo desaparecer al menor, lo cual no se dio en el caso de autos a diferencia de lo ocurrido en la causa citada por la querrela, en la que el padre se llevó al hijo a la República del Paraguay, demostrando, así, un inequívoco designio de sustraer al hijo de la potestad de la madre.

CNCCorr., sala I, 23-3-98

h) Sobre este tema la sala II de la Cámara Federal capital expresó que "subyace en la conducta descripta por el artículo 146 del Código Penal la necesidad de que se opere el desapoderamiento al legítimo tenedor, por lo que sólo podrá decirse que se escapa al ámbito de este delito, cuando no exista persona llamada, aun potencialmente, a ejercer la tenencia de un menor de 10 años. Pero por el contrario, quien conociendo o pudiendo conocer la existencia de un ligamen que vincula al objeto del delito con su familia, interrumpe, por apoderamiento, la tenencia que ejerce su titular o impide su reanudación, comete el ilícito en cuestión".

CFed.CCorr., sala II, 18-4-89, "Lavallén, Rubén s/Infr. arts. 139, inc. 2º, 292 y 293, Cód. Pen.", c. 5452, reg. 6440

i) Asimismo discurrió este último tribunal que "las acciones de retener y ocultar giran en derredor de la sustracción donde reside la esencia del delito, siendo que tanto incurrirá en éste quien sustrae y lo prolonga mediante la retención y el ocultamiento como aquellos que retienen u ocultan con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Debe precisarse que las acciones de retener y ocultar no se encuentran enunciadas como acciones idénticas, ni se refieren a la misma hipótesis criminal, sino que se presentan como modalidades diferentes que

asume la conducta, aunque puedan constituir etapas por las que atravesase una misma resolución delictiva”.

“En este sentido, es perfectamente posible que se retenga sin ocultar –siempre que configure cierta duración independiente de la que apareja la sustracción–, privando al menor de la tutela. Mientras que la acción de ocultar se presenta como más compleja, pues no sólo implica una superposición con la retención, sino que se le adiciona un aspecto más, consistente en que, por la particularidad del acto, se dificulta la localización del objeto del ilícito, restando posibilidades al restablecimiento del vínculo”.

CFed.CCarr., sala II, 18-4-89, “Lavallén, Rubén s/Infr. arts. 139, inc. 2º, 292 y 293 Cód. Pen.”, c. 5452, reg. 6440

3. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

Configura el delito previsto en el artículo 146 el mantener oculta a una menor de 10 años sustraída ilegalmente de su esfera de custodia legal, persistiendo en la retención y ocultación a pesar de conocerse públicamente su búsqueda.

CFed. de San Martín, sala II, 5-8-94

4. Sujeto activo

a) El delito previsto en el artículo 146 –desapoderamiento del menor y su detención y ocultamiento fuera del ámbito legítimo de su tenencia– puede llevarse a cabo por uno de los padres.

CNCCorr., sala II, 3-12-87, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1987, N° 4, p. 1680; sala III, 27-5-92, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1992, N° 2, p. 141

b) El padre que no tiene la tenencia de sus hijos pero que conserva la patria potestad no está excluido de ser el sujeto activo del delito previsto en el artículo 146, pues el ámbito de libertad del menor –de por sí restringido en su propio beneficio y al amparo exclusivo de quien ejerce legalmente su tenencia–, se afecta de manera similar, aunque en dosis inferior, al detrimento que pudiera sufrir de ser un tercero el autor de la sustracción, en virtud de que la ley castiga

especialmente la afectación de esa libertad y en segundo plano el libre ejercicio de la tutela legítima del menor dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse esa libertad.

CNCCorr, sala I, 28-6-94, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1994, N° 2, p. 77

5. Sujeto pasivo

En jurisprudencia se ha manifestado que la víctima del injusto en análisis es la familia, y el objeto sobre el cual recae, el menor.

CFed CCorr., sala II, 18-4-89, "Lavallén, Rubén s/Infr. arts 139, inc. 2°, 292 y 293, Cód. Pen.", c. 5452, reg. 6440

Artículo 149 bis

1. Bien jurídico protegido

a) La jurisprudencia ha sostenido que "el delito previsto por el artículo 149 bis protege la integridad corporal y la vida en definitiva, desde el más remoto límite en cuanto a la inmediatez de su posible afectación".

CNCCorr., sala IV, 30-3-92, J. A. 1992-IV-598, L. L. 1992-D-51

b) La amenaza es un delito contra el sentimiento de seguridad del individuo, en el que se protege la libertad psíquica, que encuentra su expresión en la intangibilidad de sus determinaciones.

CPen. de Morón, sala II, 19-9-92, D. J. 1993-2-140, L. L. 1993-C-180

2. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) La declaración de un embajador extranjero afirmando que una iniciativa parlamentaria afectaba directamente a las empresas de su país –y que éste respondería a dicho ataque– no configura el delito de amenazas.

CSJN, 28-3-95, J. A. 1995-III-48

b) Configura este delito el hecho de coaccionar con un arma de fuego al conductor de un vehículo de transporte de pasajeros para obligarlo a detener la marcha en un lugar que no corresponde.

CNCCorr., sala VI, 17-3-70, E. D. 32-135

c) La acción del encausado que profirió a la querellante telefónicamente frases amenazantes, que concretaría si no se le entregaba el dinero prometido, idóneas para atemorizar, graves y también injustas porque tuvieron por base una exigencia ilegítima, configuró el delito de coacción.

CNCCorr., sala IV, 28-10-86, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1986, N° 4, p. 1335

d) La amenaza proferida dolosamente para alarmar o amedrentar a personas es ilícita siempre, con total prescindencia de que se esté o no protegido o en condiciones de protegerse ante la eventual y futura concreción del mal amenazado.

CNCCorr., sala IV, 30-3-92, J. A. 1992-IV-598, L. L. 1992-D-51

e) El procesado que a fin de presionar para el cobro de una indemnización amenazó a la víctima con denunciar incumplimiento impositivo y divulgar secretos, incurrió en el delito de amenazas.

CNCCorr., sala IV, 1-12-92, D. J. 1993-2-87, L. L. 1993-B-245

f) Resulta jurídicamente inadmisibles sostener que la voluntad de la víctima carece del amparo penal que la ley otorga en el artículo 149 bis porque una de ellas hubo mantenido con anterioridad un vínculo sentimental con el procesado, pues tal lazo de afecto no es impedimento válido para discernir y, en su caso, elegir libremente el cese de tal relación.

CNCCorr., sala VII, 18-5-94, J. A. 1995-II-314

g) Incurte en amenazas y no en coacción quien estando detenido profiere amenazas dirigidas a los testigos de actuación y a un damnificado para intimidarlos, hallándose aquéllas dirigidas a impedir

que éstos cumplieran con su obligación de atestiguar ante los jueces de la causa.

TOCr. N° 24, 16-9-94, Bol. Jurisp. Trib. Oral N° 24, 1994

h) En el caso del artículo 149 bis nada impide sostener que se reprima con más severidad al autor de amenazas cuando la víctima ha corrido mayor peligro.

SCJBA, 10-12-91, D. J. B. A. 142-2077, J. A. 1992-II-461, L. L. 1992-B-182

i) No se advierte motivo alguno para considerar que la expresión "armas" quiere decir una cosa en el artículo 149 bis y otra en el artículo 166, inciso 2°, por lo que es plenamente aplicable al primero la doctrina de esta Corte que ha establecido que el elemento arma simboliza un objeto apto, en el caso concreto y según el modo en que fuera utilizado, para dañar, y que la ofensividad del arma consiste en su aptitud para funcionar de modo dañoso en el caso, cuya circunstancia debe acreditarse según las normas respectivas.

SCJBA, 10-12-91, D. J. B. A. 142-2077, J. A. 1992-II-461, L. L. 1992-B-182

j) Si el imputado armado de un cuchillo vierte expresiones amenazantes contra su esposa –aun cuando fuera en medio de una reyerta conyugal–, se configuró la acción típica de amenaza.

CPen. de Santa Fe, sala I, 2-11-94, Z. N° 5176

k) Cabe encuadrar en el delito de coacción (art. 149 bis, inc. 2°, Cód. Pen.) –en el caso, habría intentado amedrentar para que el denunciante desista de su intención de desalojo–, si de las amenazas vertidas por el imputado se infiere que el miedo no es el objetivo final sino que busca que la víctima haga algo para que no le ocurra el mal anunciado, conducta que afecta la libertad en su aspecto psíquico, el de hacer o no lo que uno desea, sin imposiciones ilegítimas.

CNCCorr., sala V, 29-5-2000, "R. J."

3. Tipo subjetivo

a) *"Animus"*

Aquellas circunstancias que sólo trasuntan un estado de ira o de ofuscación y no persiguen amedrentar al destinatario, escapan a la figura típica del delito de amenazas.

CNCCorr., sala V, 4-9-90, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1990, N° 5, p. 217; sala IV, 28-6-93, L. L. 1994-C-495

Artículo 149 ter

1. Tipo objetivo

a) *Acción típica*

a) Se configura el delito de amenazas agravado por el empleo de armas, aunque no se haya probado que el arma estuviese cargada ni que fuera apta para el disparo.

CNCCorr., sala VI, 12-2-91, J. A. 1991-IV-39

b) A partir de la reforma de las leyes 20.642 y 23.077 el delito de coacción es un delito formal que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza con la finalidad de obligar al amenazado, independientemente del resultado obtenido por el procedimiento compulsivo; por ello es que si lo que se exige de la víctima es la comisión de un delito, el agente responderá por aquel delito y por el cometido al constreñir, funcionando dichas figuras en concurso material.

CNCCorr., sala II, 28-4-92, Bol. Jurisp. CNCCorr., 1992, N° 2, p. 45

c) No se configura la agravante del delito de amenaza por uso de armas si no se cumple el requisito del efectivo empleo de ella, pues la utilizada por el procesado carece de cargador y no podía cumplir la función propia de las armas de fuego.

CNCCorr., sala II, 28-4-92, L. L. 1992-E-174; sala VII, 20-11-92, D. J. 1993-2-78, L. L. 1993-D-40

d) No cubre el hecho las exigencias típicas del delito de amenazas calificadas por anonimato, si la autoría de la esquila no es de quien aparece como remitente sino de su actual concubina –imputada en el proceso, en definitiva–, más allá de la falsedad de la identidad del remitente o de la realidad de la amenaza.

CPen. de Rosario, sala I, 26-2-88, J. 81-728

2. Tipo subjetivo

a) *Dolo*

La jurisprudencia tiene dicho que “incurren en coautoría del delito de coacción agravada –por el compelimiento a abandonar el lugar de residencia– quienes se organizaron y marcharon sobre un inmueble con el propósito de desalojar a sus moradores”.

CCCorr. de Morón, sala II, 12-4-95, c. 9032, reg. 79, Bol. Jurisp.
CCCorr. de Morón, 1995, N° 33, p. 1

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

SUMARIO: I. La figura legal. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Acción típica. 2. Sujetos. 3. Concepto de domicilio. 4. Voluntad de exclusión. IV. Tipo subjetivo. V. Antijuridicidad. VI. Consumación. VII. Tentativa. VIII. Carácter subsidiario. *Allanamiento ilegal de domicilio.* I. El tipo legal. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Acción. 2. Domicilio. 3. Sujetos. 4. Illegitimidad del ingreso. a) Incumplimiento de las formalidades. a.1) Orden de juez competente. a.2) Orden escrita y fundada. a.3) Otras formalidades. a.4) Allanamientos sin orden. b) Allanamiento fuera de los casos autorizados por la ley. IV. Tipo subjetivo. V. Penalidad. *Casos especiales de justificación.* I. Naturaleza jurídica. II. Aspecto objetivo. III. Aspecto subjetivo.

I. La figura legal

De acuerdo al artículo 150 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

II. Bien jurídico protegido

El delito de violación de domicilio se encuentra dentro del Título V, correspondiente a los delitos contra la libertad individual. De allí que el tipo penal tiende a proteger una de las manifestaciones de esa libertad, esto es, el derecho de elegir quiénes pueden entrar en el domicilio propio.

Es decir, no estamos en presencia de un delito contra la propiedad, pues al decir de Molinario y Aguirre Obarrio, la ley penal no protege la porción de espacio ni la construcción material que constituyen la casa donde la persona habita, sino la libertad necesaria para el ejercicio de la soberanía doméstica del individuo¹.

El régimen de la ley importa considerar la libertad personal proyectada alrededor de la persona física, para alcanzar a integrarse con el medio circundante, reconociéndole al sujeto el poder de excluir a otros individuos de cierto lugar como es el propio domicilio².

Pero además de la libertad como bien jurídico protegido, esta figura también tutela el derecho a la intimidad del ser humano. Se trata de proteger al domicilio como ámbito de intimidad del sujeto pasivo. No hay lugar con mayor reserva y donde se deba respetar más rigurosamente el derecho a la privacidad que el domicilio.

Como afirma Creus, una de las manifestaciones de la libertad individual es el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el individuo puede desenvolverse sin la injerencia de terceros. Esa esfera de reserva se traduce, entre otras manifestaciones, en el ámbito de intimidad del individuo constituido por su domicilio. Los delitos de este capítulo protegen, precisamente, ese ámbito de la intromisión de terceros contra la voluntad de su titular³.

En el mismo sentido, Núñez refiere que el bien jurídico protegido es el aspecto de la libertad relativo al ámbito material de intimidad

¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., p. 90. Señalan los autores: "El delito de violación de domicilio, a nuestro entender, importa fundamentalmente un atentado a la libertad de las personas. Él implica, esencialmente, el desconocimiento del legítimo derecho que en todos los países civilizados de nuestros días se reconoce a todo individuo de hacer del sitio donde habita, sea éste una mísera choza o un soberbio palacio, una verdadera fortaleza en la cual, como lo dice una célebre frase, el viento y la lluvia pueden entrar sin el consenso de su dueño, pero el rey no" (ob. cit., p. 93).

² SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 86; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., act. por Guillermo Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. V, p. 355.

³ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 362.

personal exigido por nuestra concepción del hombre libre. Esa concepción no sólo exige un hombre dotado de posibilidades razonables de desenvolver con seguridad su personalidad y sus capacidades físicas y económicas, sino también un hombre con posibilidades de lograr una intimidad para entregarse a sí mismo, a sus afecciones, a su familia o a sus asuntos⁴.

III. Tipo objetivo

1. *Acción típica*

La acción consiste en “entrar” en el domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo. La persona entra al domicilio cuando pasa a su interior desde afuera⁵, accede, transpone un límite determinado penetrando en el recinto⁶.

Si no se penetra en el domicilio, el delito no se configura, aunque de otro modo se perturbe la intimidad del sujeto pasivo. No existe por ello violación de domicilio si simplemente se molesta a los ocupantes desde fuera, por ejemplo, tirando piedras⁷, estacionándose en la puerta con una actitud vigilante⁸, mirando o introduciendo un brazo por la ventana⁹, ni tampoco realizando otro tipo de invasión a la intimidad como, por ejemplo, utilizando filmaciones o grabaciones desde fuera de la vivienda. En definitiva, el único modo típico de comisión consiste en ingresar en el domicilio ajeno.

El ingreso al domicilio puede realizarse por cualquier medio, sin

⁴ NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, p. 69. En igual sentido Laje Anaya señala que el Código Penal protege el derecho con raigambre constitucional que tienen las personas a un ámbito de intimidad libre de turbaciones, donde pueden desenvolver con tranquilidad y seguridad su personalidad y sus condiciones físicas, intelectuales y morales, sólo o junto a su núcleo familiar, pero libres siempre de la injerencia de terceros, sean particulares o la propia autoridad pública (LAJE ANAYA y GABIER, *Notas al Código Penal argentino*, Lerner, Córdoba, 1995, p. 256).

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 76; CREUS, ob. cit., p. 363; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 364.

⁶ MOLINARIO, ob. cit., p. 97.

⁷ Así FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 364.

⁸ MOLINARIO, ob. cit., p. 97.

⁹ SOLER, ob. cit., p. 94.

exigirse ninguno en especial como, por ejemplo, el engaño, la clandestinidad o la violencia. Tampoco se prevén medios como agravantes de la pena¹⁰.

Con respecto a la acción típica en el delito de violación de domicilio, se discuten dos cuestiones importantes:

a) Si comete violación de domicilio el sujeto que, habiendo ingresado a un domicilio con la conformidad del habitante, se introduce en algún lugar o dependencia del mismo contra la voluntad expresa o presunta de aquél. Sería, verbigracia, el caso del cartero a quien se deja pasar al living, pero en un momento de distracción se introduce en una de las habitaciones de la casa.

Según Núñez, con arreglo al artículo 150, no viola el domicilio ajeno el que, sin haber entrado ilegalmente, pasa a un ámbito reservado contrariando la voluntad del titular. Salvo que se piense que el hogar tiene tantas moradas como dormitorios y lugares, respecto de los cuales exista algún motivo de reserva, no se puede afirmar que pasar del escritorio del dueño de la morada al dormitorio de la hija signifique entrar en morada ajena. De no ser así, se estaría considerando tantos consentimientos o disentimientos como dependencias tuviere la morada y, según el artículo 150, lo que determina la delictuosidad de la conducta es el consentimiento único que se refiere al hecho de entrar en el domicilio¹¹.

En cambio, la doctrina mayoritaria considera típica la conducta analizada. Así, Fontán Balestra señala que también entra quien, estando en determinados lugares de una morada o casa de negocios ajena, penetra en otros que se encuentran delimitados de modo visible, aunque el obstáculo sea fácilmente salvable. El consentimiento puede quedar limitado, y es lo común, a determinados ambientes, sin que ello autorice a penetrar en otros. Por ejemplo, quien es recibido en la sala no está autorizado a meterse en los dormitorios; el proveedor que se introduce diariamente hasta la cocina, no por ello ha de creerse facultado para penetrar en el resto de la casa. Lo dicho se ve muy claramente en los

¹⁰ SOLER, ob. cit., p. 94; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 365; NÚÑEZ, ob. cit., p. 76.

¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 77.

casos en que habiendo entrado el autor en un local abierto al público, se introduce luego en lugares de la casa de negocio no librados al acceso público¹².

En sentido similar se expide Creus, quien afirma que en estos casos el agente de cualquier modo entra en un recinto habitado por otro, violando su intimidad, aunque el titular de la morada hubiera autorizado su presencia en otra parte de ella¹³.

También Estrella y Godoy Lemos comparten este criterio, señalando que cuando el artículo 150 se refiere a las dependencias o al recinto habitado por otro, permite una interpretación amplia que autoriza a fraccionar la voluntad del morador respecto de las distintas habitaciones del domicilio, que deben ser consideradas dependencias y que no resguardan un mismo grado de intimidad. Así, el sodero a quien se le ha dado la llave del garaje para que deje los sifones junto a la puerta, incurre en violación de domicilio si pasa a acostarse en nuestra cama o a ocupar nuestro baño, porque entra en estas dependencias contra nuestra voluntad. La protección de la intimidad sería muy débil si la entrada autorizada a una habitación de un domicilio habilitara al extraño a introducirse a cualquier habitación¹⁴.

Por nuestra parte estamos de acuerdo con los autores que afirman la delictuosidad de la conducta del sujeto que entra legítimamente al domicilio, pero luego ilegalmente penetra en otras dependencias. Sin embargo, como sostiene Soler, la penetración del interior al interior, solamente puede alcanzar a revestir la forma delictiva cuando se realice contra la *voluntad expresa* del morador¹⁵. Así, para que el sodero que ingresa a las habitaciones cometa violación de domicilio, es necesario que el morador se lo haya prohibido expresamente.

Sin embargo debemos hacer una salvedad pues, tratándose de casas de negocios abiertas al público, pensamos que el sujeto que ingresa al lugar destinado al público y luego se introduce en otro sector no

¹² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 364; en igual sentido LAJE ANAYA, ob. cit., p. 259.

¹³ CREUS, ob. cit., p. 363.

¹⁴ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 191.

¹⁵ SOLER, ob. cit., p. 96.

autorizado, comete violación de domicilio, aunque lo haga contra la voluntad *presunta* de los ocupantes. Por ejemplo, comete el delito quien salta el mostrador del comercio para introducirse en lugares reservados del local. En tales casos, nos parece demasiado exigir que la invasión se haga contra la voluntad presunta de los dueños u ocupantes.

b) También se discute si comete violación de domicilio el sujeto que ingresa legalmente al lugar, pero luego permanece en él contra la voluntad de su titular u ocupante. Por ejemplo, el conocido que ingresa con la conformidad del dueño a la morada, pero cuando éste le exige que se marche, se niega manteniéndose en el lugar.

Los proyectos de 1891 y 1906 incriminaban expresamente como violación de domicilio la permanencia arbitraria; sin embargo, dicha previsión desapareció en el proyecto de 1917 y en el Código vigente.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, la circunstancia de que la ley se haya referido exclusivamente a la *entrada*, impedirá considerar delictuosa la actitud de quien, habiendo penetrado en alguno de los lugares que la ley menciona, con la debida anuencia, reciba de quien tenga derecho de impartirla la orden de retirarse y no la acate¹⁶.

También Núñez considera que no viola el domicilio ajeno el que, sin haber entrado ilegalmente, permanece en él contra la voluntad del titular. Agrega que esto rige también para las casas de negocio, pues en estos casos la violación de domicilio consiste en *entrar* contra la voluntad del titular del negocio y no en *encontrarse* allí contra esa voluntad¹⁷.

En cambio, Soler considera que la conducta analizada es punible, ya que es decisivo el hecho de que nuestra ley ampara contra la violación de domicilio los locales que están abiertos al público, es decir, aquellos lugares en los cuales el delito solamente puede consistir en

¹⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 97.

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 76; en igual sentido Creus, quien señala que la conducta es impune, sin perjuicio de la comisión de otros delitos, por ej., el de coacciones para que el titular del domicilio tolere la presencia del agente (ob. cit., p. 363); también FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 365; RODRÍGUEZ PALMA, *El delito de violación de domicilio*, en *Lecciones y Ensayos*, Segunda Época, N° 1, p. 53.

la positiva expresión de disenso contra una persona que se encuentra allí. Según el autor, la protección que la ley acuerda a una casa de comercio cualquiera no se puede negar a un verdadero hogar¹⁸.

Creemos que el texto de la ley es claro, en el sentido de que sólo se encuentra penada la acción de ingresar en el domicilio. Considerar también típica la acción de permanecer contra la voluntad del titular significaría extender el tipo penal más allá de lo permitido. Como afirman Estrella y Godoy Lemos, sostener que la acción de entrar también comprende la de permanecer sería recurrir a la analogía, en violación del principio de reserva penal. Si se pretende reprimir tal conducta, se hace indispensable la expresa previsión legal¹⁹.

En cuanto a las casas de negocio, de acuerdo al tipo legal, el delito podría realizarse, penetrando en los lugares no destinados al público o ingresando al local contra la voluntad expresa de su titular. Si el sujeto ingresó legítimamente, pero luego omite retirarse del sector destinado al público, no comete violación de domicilio. Sería el caso del que se niega a retirarse del restaurante después de concluir el almuerzo o cena, contra la voluntad del dueño del lugar.

Esto no significa que frente a esas situaciones el dueño del domicilio se encuentre indefenso. Por el contrario, aunque la acción del invasor sea atípica, sin lugar a dudas constituye una agresión ilegítima que puede dar lugar a la legítima defensa. En consecuencia, el dueño del domicilio se encontraría facultado para expulsar por la fuerza al agresor que se negara a salir, ya sea por sus propios medios o recurriendo a la autoridad, según el caso.

2. *Sujetos*

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. Sin embargo, si se trata de un funcionario público en ejercicio de su función (por ej., policía) la figura aplicable es la del artículo 151 del Código Penal.

En ciertos casos el mismo dueño de la propiedad puede ser sujeto activo del delito. Así, el dueño del hotel que invade la habitación de uno de los huéspedes, o el propietario que viola el domicilio del inquilino, cometen violación de domicilio.

¹⁸ SOLER, ob. cit., p. 95.

¹⁹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 192.

Por otra parte, para ser autor del delito el sujeto no debe tener derecho a ingresar en el domicilio, de allí que, por ejemplo, un hijo o un conviviente no puedan ser sujetos activos del delito pues tienen derecho a ingresar en la vivienda.

Con relación al cónyuge, en caso de divorcio se puede cometer violación de domicilio, pues el vínculo se halla disuelto. En el supuesto de separación en general se admite el delito cuando la misma es virtualmente definitiva, sin voluntad de unirse, y uno de los cónyuges le ha prohibido al otro el ingreso al domicilio²⁰.

En cuanto al sujeto pasivo, es el titular del derecho de exclusión, es decir, aquel que está facultado para decidir quiénes ingresan o no al domicilio.

3. *Concepto de domicilio*

Lo primero que hay que destacar es que el Código Penal adopta un concepto de domicilio que difiere sustancialmente de la ley civil. Como veremos, la figura entiende por domicilio a la morada, la casa de negocio, sus dependencias y el recinto habitado por otro.

Para el Derecho Civil, el domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de determinados efectos jurídicos. Es decir, a diferencia del sentido común que tiene la expresión domicilio, no se trata del lugar donde la persona vive, sino aquel que la ley fija para el cumplimiento de sus obligaciones²¹.

En tal sentido el Código Civil clasifica al domicilio en real y legal. Por domicilio real se entiende el *lugar donde las personas tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios* (art. 89, Cód. Civ.). No se lo debe confundir con la simple residencia, que implica la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin

²⁰ Ver LAJE ANAYA y GABIER, ob. cit., p. 258, con cita del fallo de la CCrim. 9º Nom. de Córdoba, del 26-10-93. En cambio Rodríguez Palma considera que si se trata de la mujer que regresa al hogar conyugal no hay delito, pues ésa es su obligación. Habrá sin embargo delito cuando medie una exclusión del hogar dispuesta judicialmente. El marido cometerá violación de domicilio si ingresa en la casa de la mujer si se encuentra separado sin voluntad de unirse de larga data (ob. cit., p. 55).

²¹ Ver BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 199.

ánimo de vivir allí, y menos aún con la habitación, que es la permanencia accidental en un sitio determinado²². Según el Código: "Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre" (art. 92).

En cuanto al domicilio legal, es *el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente*²³.

De acuerdo con ello, mientras que para la ley civil el domicilio puede ser, en ciertos casos, ficticio, para la ley penal siempre debe ser real²⁴. Es decir, es una cuestión de hecho que debe ser probada en el proceso. Por otra parte, desde el punto de vista penal no se exige "habitualidad", sino que alcanza con la permanencia o habitación meramente accidental, como el caso de los viajeros que pernoctan una sola noche en el hotel.

En el concepto de domicilio se comprende:

a) *Morada*: La expresión morada tiene un significado amplísimo, incluyendo a todo lugar cerrado destinado al desenvolvimiento de la actividad doméstica²⁵ y vivienda. Como señala Núñez es el hogar o casa de la persona; el lugar donde el individuo no sólo mantiene la intimidad de su persona física, sino también de sus afecciones o "cosas" y, siendo el caso, de su familia o núcleo semejante, sea que se trate de un edificio entero o de una de sus partes, de una pieza o de otra construcción fija o movable, constitutiva de un recinto capaz de pro-

²² BORDA, ob. cit., p. 200.

²³ Tal es el caso de los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, que tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones; los militares en servicio activo que tienen su domicilio en el lugar en que lo estén prestando, salvo que manifiestaren intención en contra; las personas jurídicas tienen su domicilio en el lugar establecido en los estatutos o en su defecto donde está situada su dirección o administración; los transeúntes, ambulantes y personas sin domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia actual; los incapaces tienen el domicilio de sus representantes; las personas que sirven o trabajan en casas de otros residiendo allí, tienen el domicilio en ese lugar.

²⁴ MOLINARIO, ob. cit., p. 94; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 357.

²⁵ MOLINARIO, ob. cit., p. 99.

porcionar intimidad en alguna medida²⁶. En definitiva, cualquier lugar o recinto puede ser morada, bastando que esté erigida en forma tal que, de manera real o simbólicamente, se demuestre intención de vedar el paso a los demás, excluyéndose así a los extraños, por precaria que sea la construcción²⁷.

Respecto del alcance de este elemento cabe hacer las siguientes aclaraciones:

1. Por lo general en la morada se “pernocta”, pero este requisito no es indispensable. Sin embargo, si lo único que hace el sujeto es pernoctar en ese lugar, por esa sola circunstancia se lo debe considerar morada²⁸.

2. No es necesario que se trate de un lugar especialmente destinado a vivienda sino que se incluye cualquier lugar que se utilice como tal (por ej., una simple cueva, una casilla, una carpa, etc.)²⁹. Tampoco es imprescindible que se trate de un edificio sólidamente construido y cerrado. Basta que se trate de un lugar de habitación, aunque las puertas estén abiertas³⁰.

3. Puede tratarse de cosas muebles o inmuebles. De allí que podrían considerarse domicilio las casas rodantes, las embarcaciones, los vagones o furgones donde la gente habita durante el viaje, etcétera³¹.

4. Pueden ser lugares destinados a la habitación permanente o transitoria (por ej., deben considerarse morada las habitaciones de un hotel, las carpas de un camping que utilizan los viajeros, etc.). Como sostiene nuestra jurisprudencia, el texto constitucional (art. 18, Const. Nac.) que establece la inviolabilidad del domicilio, ampara no sólo el domicilio real sino también la íntima privacidad del ámbito temporario en el que el individuo actúa, aunque él no sea su habitación permanente³².

5. En todos los casos es necesario que el lugar se encuentre “habitado”. Si el sitio no está afectado a la vivienda, no puede cometerse

²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 72; CREUS, ob. cit., p. 364.

²⁷ RODRÍGUEZ PALMA, ob. cit., p. 50.

²⁸ SOLER, ob. cit., p. 88; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 358.

²⁹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 359.

³⁰ SOLER, ob. cit., p. 88.

³¹ Ídem nota anterior.

³² CFed. de Rosario, sala B, 14-4-81, “Monzón, Carlos”.

el delito de violación de domicilio³³. Tampoco habrá delito si a pesar de ser apto para la vivienda el sitio está “desocupado”. De allí que penetrar en un departamento desocupado o una pieza de conventillo no ocupada actualmente, no constituye violación de domicilio. Sin embargo, tratándose de un lugar habitado, no es necesario que el morador se encuentre presente en el momento del hecho³⁴. De allí que el soldado que vive solo puede resultar sujeto pasivo de este delito, aunque sus horas de cuartel sólo le permitan ver su casa cada tanto³⁵.

6. Nada obsta a que una persona pueda tener varias moradas, siempre que tenga una disponibilidad permanente de los distintos recintos y resguarde en ellos la intimidad de sus cosas, aunque los habite con poca frecuencia, como ocurre con quien vive en la ciudad y tiene además su casa de campo³⁶. En tal caso se puede cometer la violación de domicilio sobre cualquiera de las dos viviendas de la víctima, aunque en el momento de la invasión el propietario se encuentre ausente.

b) *Casa de negocio*: Por casa de negocio se entiende el lugar destinado a cualquier actividad comercial, profesional, científica, artística o deportiva, ya sea que se encuentre abierto al público en general (por ej., un bar, un restaurante, un comercio, un teatro, etc.) o que sólo esté habilitado para los sujetos que trabajan en ese lugar (por ej., un laboratorio científico o una fábrica que no tiene atención al público).

En contra de esta posición, algunos autores entienden que la casa de negocio debe ser un local donde el acceso al público sea libre o relativamente libre³⁷. Sin embargo, no encontramos razones para excluir

³³ La jurisprudencia señaló que el ingreso con fines de desapoderamiento a un inmueble que no sirve de morada –comité–, no estando en juego el libre y normal ejercicio de actividades propias de la autonomía doméstica –bien jurídico tutelado–, no tipifica este delito sino sólo el de hurto simple, ya que el ilícito cuestionado se relaciona con la garantía de inviolabilidad del domicilio contenida en el art. 18 de la Const. Nac., en favor de quien en él viviera, protegiendo su esfera de reserva (CNCCorr., sala II, 5-3-92, “Ávalos, Elsa”).

³⁴ SOLER, ob. cit., p. 89; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 359; NÚÑEZ, ob. cit., p. 74.

³⁵ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 187.

³⁶ Ídem nota anterior.

³⁷ SOLER, ob. cit., p. 89; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 360; MOLINARIO, ob. cit., p. 99.

del concepto a los lugares u oficinas cerradas al público, pues de lo contrario, en caso de no estar destinadas a habitación, al no constituir moradas, quedarían desprotegidas legalmente.

Tampoco coincidimos con aquellos que exigen que el local o casa de negocio no esté destinado al público³⁸, pues como veremos al tratar la "voluntad de exclusión", el delito puede cometerse también cuando el local esté abierto al público, sólo que en estos casos, para que el ingreso constituya violación de domicilio, es necesario que el titular haya manifestado expresamente su voluntad de exclusión³⁹.

La protección legal rige tanto cuando el local está en plena actividad, ocupado y, en su caso, abierto al público, como cuando no está funcionando, por razones de horario. Como bien señala Soler, no importa que el local no esté constantemente ocupado, y su empleo sufra las interrupciones propias de un horario, como ocurre con los escritorios, laboratorios, talleres, fábricas, tiendas, confiterías, etcétera⁴⁰.

Sin embargo, es preciso aclarar que aunque se encuentre provisoriamente cerrado por razones de horario, el inmueble debe estar "habitado". No hay violación de domicilio cuando se ingresa en inmuebles o locales totalmente desocupados⁴¹.

Se discute si el ingreso en establecimientos públicos como universidades o colegios puede constituir el delito de violación de domicilio. A nuestro juicio, la amplitud del concepto penal de domicilio debe llevar a la punibilidad de esas conductas cuando el sujeto lo hace sabiendo que el ingreso se encuentra prohibido. Ya sea que se incluya a los establecimientos educativos en la expresión "morada", que se

³⁸ CREUS, ob. cit., p. 364.

³⁹ Ha dicho la jurisprudencia que quien se introduce en un local comercial, no como cliente sino porque viene huyendo, y se ubica detrás del mostrador para evitar ser descubierto, sin el consentimiento del empleado a cargo del negocio, comete violación de domicilio (CNCCorr., sala I, 29-10-91, "Romero, Jorge").

⁴⁰ SOLER, ob. cit., p. 89.

⁴¹ En este sentido la jurisprudencia señaló que no puede tenerse por acreditado el delito de violación de domicilio si el inmueble al que se ingresó se hallaba desocupado, y no deshabitado momentáneamente, toda vez que aquél se hallaba vacío, salvo por la presencia de unos pocos muebles, carentes de entidad para entender que en ese lugar funcionaba una oficina (CNCCorr., sala I, 5-11-93, "Selsler, Simón").

los considere casas de negocio o se los incluya en el concepto genérico de recinto habitado, entendemos que no se los puede excluir de la protección legal⁴².

c) *Dependencias*: La protección legal incluye a las dependencias de la morada y de la casa de negocio. Se trata de espacios o recintos unidos materialmente a ellas y que sirven como accesorios para las actividades que se despliegan en el local principal (jardines, cocheras, azoteas, etc.), siempre que sean lugares cerrados por cercamientos que indiquen la voluntad del titular de preservar su intimidad dentro de ellos⁴³.

Lo fundamental a tener en cuenta para considerar al lugar como una dependencia es que forme parte del "ámbito de intimidad" del sujeto pasivo⁴⁴. En general se incluyen los patios de las casas, las azoteas, los balcones, los quinchos, los garajes y demás lugares accesorios. Como señala Soler, no pueden considerarse dependencias sino aquellos espacios en los cuales se puede decir que alguien *entra*. Para ello es necesario que por algún signo exterior se manifieste la voluntad de exclusión, aunque sea fácilmente superable, como un cerco⁴⁵.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia consideró que configura vio-

⁴² Sin embargo la CFed. de Tucumán consideró que no había violación de domicilio en un caso donde el procesado había sido sorprendido en la Escuela de Educación Física de la Universidad Nacional de Tucumán, en un pasillo que da al acceso del vestuario de damas. El individuo se había introducido escalando por un caño y pasando por una claraboya, con el objetivo de espiar a las alumnas que se vestían. La Cámara consideró que en todo caso las víctimas del delito serían las alumnas y no la facultad, agregando que la jurisprudencia decidió excluir el delito cuando se trata de dependencias estatales (26-2-79, "Núñez, Juan", L. L. 1979-D, con comentario de Roberto Terán Lomas). En cambio la CNFed.CCorr., sala IV, entendió que no es admisible que la entrada a un establecimiento educativo, aunque fuese público, estuviere franqueada a cualquier extraño que no cuenta con razón valedera para ingresar, resultando ineficaz la asimilación que la defensa pretende con los edificios en propiedad horizontal porque en éstos tampoco es legítimo que cualquiera pueda recorrer las partes comunes contra la voluntad expresa o presunta de sus propietarios (12-12-89, "Ezcurra, Francisco"; ver L. L. 1991-A-337, con nota de María Isabel Pérez Torres).

⁴³ CREUS, ob. cit., p. 365.

⁴⁴ Así Núñez, quien define a la dependencia como un ámbito que, sin constituir por sí mismo morada o casa de negocio, está en su respectivo recinto de intimidad (ob. cit., p. 75).

⁴⁵ SOLER, ob. cit., p. 92.

lación de domicilio la conducta del procesado que fue sorprendido en el balcón de un segundo piso al que accedió escalando los muros, ya que el balcón de un departamento constituye un ámbito de dependencia privada que debe ser protegido⁴⁶.

En idéntico sentido se destacó que el ingreso en un palier de uso exclusivo sin posibilidad de acceso alguno a la escalera de servicio o principal configura el delito de violación de domicilio, pues aquél no puede ser considerado de "uso común" sino que es privativo de cada condómino, constituyendo una porción sometida a su dominio exclusivo e integrando su morada, por lo que debe presumirse el derecho de exclusión de extraños⁴⁷.

En otro precedente se resolvió que constituye violación de domicilio la conducta del procesado que fue hallado en la terraza de un restaurante, puesto que la terraza debe reputarse incluida en las "dependencias" que menciona el artículo 150 del Código Penal⁴⁸.

Mayor dificultad genera precisar el concepto de dependencia en grandes propiedades como estancias o campos. A nuestro juicio, no se puede considerar violación de domicilio cualquier invasión al perímetro de la estancia, si con ello no se afecta en absoluto el derecho a la intimidad ni se perturba la privacidad de los ocupantes. Por ello, quien salta el alambrado en un campo, pero ingresa en algún sector muy lejano al lugar donde se encuentra la vivienda —esto rige sobre todo para campos grandes— no cometerá violación de domicilio. Además como bien señalan Molinario y Aguirre Obarrio, en este punto tienen decisiva importancia los usos y costumbres generales del campo, pues muchas veces ocurre que alguien entra y llega hasta las casas, bate palmas o pregunta en voz alta si hay alguien y entonces pregunta dónde queda lo de Fulano, o qué camino hay que tomar, o si le dan agua para tomarse un remedio, etcétera. Jamás ha ocurrido que nadie piense que se trata de una violación de domicilio⁴⁹.

⁴⁶ CNCCorr., sala V, 14-5-92, "Sarlo Sabajanes, J. D.", E. D. del 24-7-92.

⁴⁷ CNCCorr., sala VI, 18-11-94, "Gabilan, J.", con disidencia del Dr. Elber, quien consideró que los pasillos, hall y ascensores de uso común de un edificio no pueden ser una dependencia del recinto habitado.

⁴⁸ CNCCorr., sala IV, 25-8-87, "Ponce, Luis".

⁴⁹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 100.

Por último, la doctrina destaca que no pueden ser consideradas dependencias los zaguanes y escaleras, donde se presume que los extraños pueden entrar libremente, y que están destinados al uso común de personas indeterminadas. El domicilio de un departamento comienza en el umbral de la puerta. Las demás dependencias comunes, al cuidado de un portero, deben ser consideradas según el criterio de casas de negocio, que requieren voluntad expresa en contra del ingreso o permanencia⁵⁰. Sin embargo, a nuestro juicio, cuando del caso concreto se desprende que el sujeto ingresó en esos lugares sabiendo perfectamente que le estaba vedado, habrá cometido violación de domicilio.

En este sentido la jurisprudencia consideró que incurre en violación de domicilio quien logra ingresar en el hall de entrada de una casa de departamentos encontrándose cerrada la puerta de acceso⁵¹. También se ha dicho que las escaleras, hall, palieres, azoteas, techos, cocheras, jardines, etcétera, deben considerarse dependencias siempre y cuando la voluntad excluyente sea notoria para quien ingresa en el inmueble⁵².

d) *Recinto habitado*: La mayoría de la doctrina entiende por recinto habitado a aquel donde el sujeto sólo ocupa una parte de un edificio o construcción con respecto al tenedor o propietario de la totalidad. Por ejemplo, se consideran recintos habitados los cuartos de un hotel, la pieza alquilada en una casa de familia o en casas de pensión, los camarotes de un barco, etcétera. En todos los supuestos el ocupante del recinto tiene derecho de exclusión aun con respecto al dueño del lugar⁵³.

Otros autores lo caracterizan como el lugar que se usa como vivienda en forma transitoria. Lo que distingue la morada del recinto

⁵⁰ SOLER, ob. cit., p. 92; CREUS, ob. cit., p. 364.

⁵¹ CNCCorr., sala VII, 18-5-92, "Macías, Héctor".

⁵² CNCCorr., sala VII, 17-12-90, "Moreno, Alejandro". En el caso se consideró violación de domicilio a la conducta del procesado que ingresó mediante el uso de llaves falsas a un edificio con el objeto de recorrer parte de su interior. Dicho fallo ha merecido el excelente comentario de Elpidio González (ver L. L. del 16-1-92).

⁵³ Así FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 353; CREUS, ob. cit., p. 365; SOLER, ob. cit., p. 92.

habitado no es la estructura del recinto, sino su aplicación. Ambos se utilizan para vivir. Pero mientras la morada está aplicada para albergar la intimidad de la persona, de sus cosas y, en su caso, de su familia o núcleo semejante, con un propósito de continuidad más o menos prolongado, el recinto habitado es utilizado accidentalmente, como la habitación de un hotel, el refugio, el camarote o la carpa en la que se acampa⁵⁴.

Pensamos que el concepto analizado se superpone con lo dicho respecto de la expresión "morada". Creemos que cuando la ley habla de "recinto habitado" no hace más que aclarar y extender el concepto de morada a los casos donde el sujeto habita un lugar en forma accidental o transitoria. Es indiferente, por ejemplo, considerar que la habitación de un hotel sea morada o recinto habitado, sino que lo importante es que se la incluya en la protección legal.

4. *Voluntad de exclusión*

Para que el delito de violación de domicilio se configure, el autor debe entrar contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene derecho de exclusión.

La voluntad de exclusión es, sin dudas, un elemento del tipo penal objetivo. Por ello, el consentimiento de la víctima no actúa en estos casos como causa de justificación, sino de atipicidad⁵⁵. El sujeto que ingresa en el domicilio con el permiso de su dueño ni siquiera realiza un acción típica⁵⁶.

Para que el consentimiento excluya el tipo penal debe ser válido, es decir, el interesado lo debe haber prestado libremente. Si se utiliza

⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 73. También Molinario sigue este criterio, al afirmar que es el lugar donde un individuo se encuentra, aunque sea transitoria y accidentalmente, como sería la tienda que levante un andinista en el curso de su excursión por las montañas, o hasta el camión o automóvil, al costado de la ruta, en que duerme el conductor a quien lo sorprendió el sueño (ob. cit., p. 101).

⁵⁵ En realidad en estos casos es más apropiado utilizar el término "asentimiento" (*Einverständnis*); ver DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 24.

⁵⁶ En contra Fontán Balestra, quien trata la voluntad de exclusión como un elemento de la antijuridicidad (ob. cit., p. 367).

engaño para obtener un permiso de ingreso que se sabe en circunstancias normales no se hubiera concedido, se comete igualmente violación de domicilio⁵⁷.

Sobre este tema es necesario precisar dos cuestiones:

a) *Titular del derecho a excluir*: El primer problema es determinar quiénes tienen el derecho de exclusión en el domicilio. En general se considera que tal derecho le corresponde al jefe del grupo que habita el domicilio (el jefe de familia, el prior del convento, el dueño o gerente de la empresa, la persona que se encuentra a cargo del negocio, etc.). Sin embargo ese derecho puede ser delegado en ciertas personas (hijos, empleados, personal doméstico, etc.), quienes en todos los casos deben respetar la voluntad del titular⁵⁸.

Esto significa que en caso de ausencia del jefe del grupo, las otras personas actúan en su representación, y en tal carácter permiten o no el ingreso en el domicilio. Pero siempre deben acatar la voluntad real del verdadero titular del derecho de exclusión. Como dice Soler, no queda eliminado el delito por el hecho de penetrar con el consentimiento de alguna persona cuya voluntad el autor debe suponer discrepante con la del titular. Por eso comete violación de domicilio el amante de la mucama, de la hija y hasta el de la concubina, que penetran en dependencias de la casa, aunque sea sólo para pasar a las que ocupa la víctima⁵⁹.

⁵⁷ Ver lo resuelto por la CCrim. 3ª Nom. de Córdoba, "Fernández, Rubén", 27-11-87, con comentario de Daniel P. Carrera, en J. A. 1988-II-18. Otro caso interesante es el fallado por la sala VI de la CNFed.CCrr., en el que la hija del dueño le entregó a un amigo las llaves de su vivienda con el fin de que se las "tuviera" durante una fiesta. El sujeto aprovechó esa circunstancia, se ausentó de la fiesta e ingresó en la casa, apoderándose de diversos objetos. Según la Cámara, a pesar de haber mediado una entrega voluntaria de las llaves, no puede sostenerse que el procesado tuviera autorización para entrar en el domicilio, pues la entrega fue con la exclusiva finalidad de custodia temporal (CNCCrr., sala VI, 8-10-90, "Kesner, Julio"; ver el comentario de VARGAS AIGNASSE, Alberto, *Violación de domicilio y abuso de tenencia de las llaves*, en L. L. 1992-C-513).

⁵⁸ CREUS, ob. cit., p. 366; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 194; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 101; NÚÑEZ, ob. cit., p. 78; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 369.

⁵⁹ SOLER, ob. cit., p. 97; en igual sentido Núñez, quien expresa que los titulares de un derecho subordinado no pueden legitimar la entrada de un tercero producida contra la voluntad expresa o presunta de aquél (ob. cit., p. 78).

También Molinario y Aguirre Obarrio ejemplifican señalando que en una casa de familia cualquiera de los hijos tiene poder, representando la autoridad paterna, para permitir o impedir el acceso de una persona al hogar doméstico. Pero si un hijo o una hija pretenden dar acceso a una persona a quien el padre ha prohibido formalmente la entrada, la voluntad del hijo o hija carece de eficacia jurídica y el acceso a la casa por la persona en cuestión constituirá violación de domicilio⁶⁰.

Puede suceder que en el domicilio convivan personas con jerarquía equivalente. En tales casos el derecho de exclusión le corresponde indistintamente a cualquiera de ellos. Así, en un matrimonio cualquiera de los dos cónyuges se encuentra facultado para autorizar o prohibir la entrada de una persona en la vivienda. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, para otra clase de convivientes como concubinos o un grupo de amigos que comparten un mismo domicilio. Idéntica sería la situación de una empresa, en la que cualquiera de los dueños tiene el derecho de exclusión.

En las casas donde conviven muchas personas bajo un régimen jerárquico (conventos, internados) prevalece la voluntad de exclusión del jefe; pero puede existir cierto grado de capacidad de admisión de parte de los subordinados, salvo voluntad expresa en contra⁶¹.

También presentan algunas dificultades los casos de conflicto de voluntades entre el que habita un cuarto y el ocupante del resto del inmueble. Sería el caso de conflicto entre el dueño de la casa y el sujeto que alquila una habitación; entre uno de los hijos y el padre de familia, o entre un huésped del hotel y el encargado o dueño⁶². Sobre esto cabe hacer las siguientes precisiones:

1. Parte de la doctrina considera que el sujeto que habita el cuarto tiene un derecho de exclusión sobre su sector, de manera que el dueño del domicilio no puede por su cuenta permitir el ingreso de un extraño a ese lugar contra la voluntad de aquél.

Así Molinario afirma que cada uno de los miembros de la familia conservará el derecho de admitir o no a cualquier visitante en su propia habitación. La voluntad del jefe de familia será inoperante si pretendiese imponer a la hija que recibiese, en su habitación particular, a

⁶⁰ MOLINARIO, ob. cit., p. 102.

⁶¹ SOLER, ob. cit., p. 97.

⁶² Ver ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 194, con cita de Carrara.

una persona a quien aquélla quiera negar el ingreso a la misma. Según él, concluir lo contrario sería olvidar que el delito de violación de domicilio es un delito contra la libertad individual⁶³.

En contra de esta posición, Núñez señala que se está confundiendo el bien jurídico protegido por el delito –la unidad de morada sometida como domicilio de la familia a la autoridad del padre– con la pluralidad de libertades individuales de cada uno de los moradores. No cabe duda de que la hija puede excluir de su habitación al tercero admitido por su padre, si el objeto de esa admisión lesiona su libertad o su honestidad, pero esta exclusión no podría sustentar una violación de domicilio –de la que sería partícipe el padre–, porque el tercero no entró en él contra la voluntad de quien tenía derecho a excluirlo⁶⁴.

A nuestro juicio, para resolver correctamente esta cuestión hay que determinar si el cuarto o sector interior del domicilio puede ser considerado una morada o recinto independiente.

En el caso de una vivienda familiar no nos parece correcta la solución de Núñez, ya que es posible considerar a la habitación de cada hijo como una morada distinta del domicilio principal y con derecho a no permitir la entrada de extraño sin justificación alguna.

En otras situaciones, como el sujeto que alquila una habitación o un cuarto de un hotel, sí es lógico reconocer al ocupante del cuarto un derecho de exclusión autónomo. De cualquier manera habrá que ajustarse a lo pactado por las partes al momento de acordar el alquiler u hospedaje. Si, por ejemplo, existe una cláusula que expresamente faculta al dueño del lugar u hotel a ingresar en la habitación o disponer que terceros ingresen, no habrá violación de domicilio, pese a que el ocupante se oponga al ingreso.

2. Otro de los problemas que se pueden presentar es que el ocupante del cuarto interior pretenda el ingreso de terceros a su habitación, contra la voluntad del dueño de la vivienda.

Como sostienen Estrella y Godoy Lemos habrá que tener en cuenta las particularidades de cada caso para determinar si el ingreso de un tercero, contra la voluntad del titular del domicilio principal, constituye

⁶³ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 102; en igual sentido GÓMEZ, citado por NÚÑEZ, ob. cit., p. 78.

⁶⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 78.

o no violación de domicilio. En principio, podría decirse que no hay delito, si de las circunstancias del caso surge que el titular del derecho de exclusión ha convertido el sector de tránsito a las habitaciones ocupadas por otros en un lugar común, resignando su derecho a la intimidad, y con ello el de exclusión, respecto de aquellos que entren con el consentimiento de los habitantes de los cuartos. Pero en los casos en que se advierta que el titular mantiene la intimidad del mismo, aunque haya cedido alguna habitación para que otro —por ejemplo un hijo o la empleada doméstica— tenga en ella su lugar privado, no hay dudas de que aquél conservará la facultad de excluir a cualquier extraño⁶⁵.

b) *Voluntad de exclusión*: Según la figura legal, el sujeto activo debe ingresar en el domicilio contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión. La voluntad de exclusión es expresa cuando ha sido manifiesta por cualquier medio inequívoco, ya sea verbalmente, por escrito o mediante gestos o signos⁶⁶.

Por el contrario, es presunta cuando no se manifestó expresamente pero puede deducirse de ciertas circunstancias. Por ejemplo, una puerta cerrada nos indica que no debemos seguir adelante, es el símbolo de una voluntad que nos niega el paso⁶⁷. Es decir, estaremos ante una voluntad presunta cuando, al momento del hecho, de acuerdo a las circunstancias de lugar, tiempo o modo el autor debió presumir que el ingreso estaba vedado⁶⁸.

Tratándose de moradas, la regla general es que la entrada al lugar se encuentra prohibida; de allí que mientras no haya mediado un consentimiento expreso o presunto en contra, se presume la voluntad de exclusión. Dicha presunción puede ceder ante numerosas circunstancias, como, por ejemplo, el parentesco, la amistad, el momento, la hora, etcétera⁶⁹.

Una aclaración especial merecen ciertas dependencias de la mo-

⁶⁵ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 195.

⁶⁶ MOLINARIO, ob. cit., p. 101; NÚÑEZ, ob. cit., p. 79; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 193; CREUS, ob. cit., p. 365.

⁶⁷ MOLINARIO, ob. cit., p. 101.

⁶⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 79; SOLER, ob. cit., p. 96, CREUS, ob. cit., p. 366.

⁶⁹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 368; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 193.

rada, como las partes comunes de un edificio de propiedad horizontal. En esos casos, para que el ingreso configure delito deben existir elementos que manifiesten de manera indubitable que el ingreso se encuentra prohibido. Así, si la puerta de acceso al edificio se halla abierta, es lógico pensar que el ingreso está autorizado; en cambio, si está cerrada con llave se debe presumir que el paso está vedado⁷⁰.

Con relación a las casas de negocios que no están destinadas a la atención al público (por ej., una fábrica o laboratorio), o que por razones de horario o cualquier otra circunstancia la atención al público está cerrada provisoriamente (por ej., un comercio durante la noche), se aplica el mismo criterio que para la morada.

En cambio cuando se trata de negocios abiertos al público, la regla general se invierte. En este caso se presume que el ingreso está permitido, salvo que expresamente el titular manifieste lo contrario. Como dice Soler, el requisito de la voluntad de exclusión no puede considerarse bajo la forma de pura voluntad presunta, sino necesariamente bajo la forma de voluntad expresa de exclusión⁷¹.

Obviamente lo dicho sólo rige con respecto al sector del local que está destinado al público. Con relación a sectores reservados (por ej., detrás del mostrador del comercio) rige tanto la voluntad de exclusión expresa como presunta.

Sobre el tema analizado es importante conocer la opinión discrepante de Núñez, quien afirma que el ingreso a ámbitos destinados al acceso del público en ningún caso puede constituir delito. El libramiento de ese ámbito al acceso del público excluye la razón de intimidad que fundamenta la protección penal del domicilio como aspecto de la libertad de la persona. El titular de la casa de negocios conserva, sin lugar a dudas, el derecho de excluir a los terceros del acceso a su ámbito público, pero con esto no defiende la intimidad del recinto, sino el derecho de *dominus* respecto de su negocio y local, de la misma manera en que lo puede hacer en relación a sus inmuebles y negocios en general⁷².

⁷⁰ En sentido similar, RODRÍGUEZ PALMA, ob. cit., p. 54.

⁷¹ SOLER, ob. cit., p. 91. También FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 369; LAJE ANAYA y GABIER, ob. cit., p. 261; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 193, con cita de Gómez.

⁷² NÚÑEZ, ob. cit., p. 81.

IV. Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un tipo penal doloso, lo que significa que el autor debe tener el conocimiento y la voluntad de ingresar en el domicilio contra la voluntad expresa o presunta de la víctima.

Por ello, la simple existencia objetiva de la expresión de la voluntad contraria del domiciliario o de las circunstancias que la hagan presumir, no le confieren a la entrada en el domicilio ajeno el carácter de una violación de él⁷³. Como en cualquier caso, el dolo debe ser probado durante el proceso penal.

Sin embargo, como señala Soler, no se exige ningún propósito especial, basta que la acción sea ejecutada con conocimiento de que se penetra en morada ajena contra la voluntad del titular del derecho de exclusión. En los casos de voluntad de exclusión expresa no hay dificultades, en cambio con relación a la voluntad presunta, la misma debe concebirse sobre la base de la posición del autor del hecho, de manera que el juez debe formular un juicio apreciativo de la existencia o inexistencia de buena fe en la creencia del autor acerca del consentimiento presunto⁷⁴.

El tipo penal admite tanto el dolo directo como el eventual. Comete por ello violación de domicilio el sujeto que duda acerca de la prohibición del ingreso y a pesar de ello decide penetrar en el domicilio. A esto se refiere Soler cuando señala que el hecho puede cumplirse *sabiendo* que no puede presumirse el consentimiento o al menos *dudando* de que el ingreso sea consentido⁷⁵.

En esta figura se pueden presentar muchos casos de error de tipo. Si el autor cree erróneamente que se le permitió el ingreso al domicilio, la conducta es atípica. Por ejemplo, incurre en error de tipo el que ingresa a la casa de un amigo o un familiar ignorando que éste se

⁷³ Ídem nota anterior, p. 79.

⁷⁴ SOLER, ob. cit., p. 98. En igual sentido la jurisprudencia ha señalado que el dolo consiste en la voluntad y conciencia de realizar el hecho sabiendo que se actúa contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a oponerse sin requerirse dolo específico (CPen. de Rosario, sala II, 2-9-91, "R., E. A.").

⁷⁵ SOLER, ob. cit., p. 99.

había disgustado y le había prohibido la entrada⁷⁶. Lo mismo podría decirse en los casos de personas que en un hotel se confunden de habitación e ingresan a la de un tercero.

Casos frecuentes de error se pueden presentar cuando el autor ingresa al domicilio con el permiso de un miembro de la familia o un empleado de la casa de negocios, desconociendo que éstos actuaban en contra de la voluntad del titular del derecho de exclusión. Si un empleado o el hijo del dueño de la vivienda le permite el ingreso al domicilio, el sujeto no tiene por qué suponer la voluntad de exclusión del titular.

Al no preverse en la ley la forma culposa, tanto el error de tipo vencible como el invencible producen la atipicidad de la conducta⁷⁷.

V. Antijuridicidad

Ya hemos dicho antes que el consentimiento de la víctima actúa como una causa de exclusión del tipo penal. No estamos en presencia de una causa de justificación, sino que la conducta es atípica por no darse los elementos objetivos del tipo penal.

Sin embargo a nivel de la antijuridicidad, la causa de justificación que más podría repetirse es el estado de necesidad. Si el autor ingresa a un domicilio ajeno para escaparse de un grupo de delincuentes que lo persigue, su conducta estará justificada en virtud del artículo 34, inciso 3º del Código Penal. Lo mismo podría decirse de aquel que encontrándose perdido penetra en el lugar para buscar ayuda, a pesar de ver el cartel que prohíbe el ingreso a la finca.

⁷⁶ Es el ejemplo que da FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 371.

⁷⁷ Sin embargo para tener por acreditado el error no alcanza con los dichos del acusado sino que debe tenerse en cuenta el conjunto de elementos de la causa. En este sentido, se ha dicho que la creencia por parte del imputado de que la finca en la cual ingresó estaba desocupada no resulta convincente por cuanto era patente que la misma estaba siendo habitada (aunque los moradores no estuvieran presentes) de acuerdo con las circunstancias de modo, lugar, tiempo y conocimiento personal, por lo que el agente debió pensar que existía la voluntad de exclusión respecto de su persona (CNCCorr., sala III, 5-11-91, "Freira, César").

VI. Consumación

El delito se consuma en el mismo momento en que el sujeto activo “ingresa” en el domicilio; de allí que estamos en presencia de un delito instantáneo. Es necesario que ingrese toda la persona del autor, siendo insuficiente con el mero hecho de penetrar una parte de su cuerpo como un pie o una cabeza⁷⁸.

VII. Tentativa⁷⁹

La figura admite tentativa. Se daría cuando el autor comienza con la realización de los actos ejecutorios tendientes a ingresar al domicilio, pero no lo logra por causas ajenas a su voluntad.

Así, quien intenta trepar por la pared de la casa o es descubierto mientras se esfuerza por ingresar a través de una ventana, sin lugar a dudas comete una tentativa de violación de domicilio.

Con respecto a la tentativa en la violación de domicilio hay que hacer algunas aclaraciones:

a) Puede suceder que el sujeto simplemente tenga la intención de ingresar al domicilio, sin perseguir ninguna finalidad adicional. En este caso, sin dudas habrá violación de domicilio en grado de tentativa.

b) Puede ser que el hecho de ingresar al domicilio sea meramente un acto preparatorio de otro delito más grave. Así, si alguien es descubierto mientras intentaba ingresar al domicilio, y se prueba que tenía intenciones de violar por fuerza a la propietaria que se hallaba durmiendo, dicha tentativa de ingreso no pasará de ser un acto preparatorio de la violación. En este caso, el hecho de que estemos en presencia de un acto preparatorio no impide que dicho acto constituya un delito independiente⁸⁰. Por ello, también aquí el sujeto responderá por violación de domicilio en grado de tentativa.

⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 76; SOLER, ob. cit., p. 93; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 364; CREUS, ob. cit., p. 366; MOLINARIO, ob. cit., p. 97; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 197. En igual sentido CNCCorr., sala III, 28-2-91, “G., R.”

⁷⁹ Véase HIRSCH, Hans Joachim, *Untauslicher Vevsuch und Tatstrafrecht*, en *Beitrag finr Roxix Festschrift*, 2001.

⁸⁰ Ver DONNA, *La tentativa* cit., p. 18.

c) Finalmente puede ser que la tentativa de violación de domicilio constituya un acto ejecutivo punible de otro tipo penal (por ej., robo). Para resolver esta cuestión nos remitimos a lo que diremos luego al analizar la subsidiariedad del delito.

VIII. Carácter subsidiario

De acuerdo al Código Penal, la pena prevista en el artículo 150 se aplica siempre y cuando *el hecho no constituya otro delito más severamente penado*.

Para un sector, la ley se refiere a los casos donde la violación de domicilio es simplemente un medio para cometer otro delito más grave. En este sentido Molinario-Aguirre Obarrio afirma que en muchos casos el delito de violación de domicilio constituye una etapa de realización de otro designio criminoso. Es un episodio, a veces necesario, para la comisión de otros delitos más graves. Según el autor, esto es aplicable tanto para los casos en que el individuo se introduce en un domicilio perforando paredes o violentando cerraduras, y se apodera de dinero u otros efectos, como también cuando se ingresa al lugar para cometer cualquier delito más grave como una violación u homicidio⁸¹.

En cambio para la doctrina mayoritaria, la subsidiariedad no depende ni de la relación medio a fin entre los dos delitos, ni del propósito del autor, ni de que éste cometa otro delito con motivo u ocasión de la violación de domicilio, sino que *de la violación misma del domicilio resulte un delito más severamente penado*⁸², y esto sucede cuando la violación del domicilio es un elemento integrante del otro tipo penal más grave.

De acuerdo a ello, el artículo 150 se debe excluir cuando el sujeto ingresa al domicilio por escalamiento o con llave falsa o ganzúa y comete un hurto o un robo, pues corresponde aplicar las figuras del

⁸¹ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 95; en este sentido también se expiden Carrara y Moreno (ver NÚÑEZ, ob. cit., p. 82 y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 371).

⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 82; SOLER, ob. cit., p. 100; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 372, ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 198; CARRERA, Daniel P., *Violación de domicilio: regla de subsidiariedad*, en J. A. octubre-diciembre de 1987, p. 224, quien critica un fallo de la CCrim. 4º Nom. de Córdoba.

artículo 163, incisos 3° y 4°, y 167, inciso 4°. Tampoco se puede aplicar violación de domicilio cuando el sujeto ingresa y comete el delito de usurpación. En todos los supuestos mencionados es obvio que los delitos más graves absorben la figura del artículo 150.

A pesar de que el delito más grave excluye la violación de domicilio, si la figura más grave no puede aplicarse por mediar una causa de exclusión de la pena (por ej., desistimiento), ello no impide la aplicación del tipo penal del artículo 150. La absolución del delito más grave no implica siempre impunidad por la violación de domicilio⁸³.

Como sostiene Creus, también se excluye el delito del artículo 150 cuando la violación de domicilio constituye el *corpus* del delito más grave (por ej., cuando la penetración y permanencia en el domicilio ajeno sea el hecho que el agente hace tolerar a la víctima por medio de coacciones)⁸⁴.

En consecuencia, fuera de los casos señalados, el mero hecho de que para cometer otro delito más grave el autor se valga de la violación de domicilio no excluye la aplicación de la figura del artículo 150. Así deben resolverse los supuestos en que el sujeto ingresa al domicilio para robar o hurtar una cosa, o para cometer cualquier delito más grave (rapto, violación u homicidio)⁸⁵.

Lo mismo vale para los casos en que el sujeto ingresa al domicilio para cometer un delito de igual o menor pena (por ej., hurto simple). Tampoco aquí se puede excluir la figura del artículo 150.

En los casos donde la regla de subsidiariedad no se aplica, se presenta el problema de determinar si el sujeto responde por ambos delitos en concurso real o ideal. Si la violación de domicilio puede catalogarse como un hecho distinto del otro delito, de pena menor o mayor, estaremos en presencia de un concurso real (por ej., ingresar

⁸³ SOLER, ob. cit., p. 103.

⁸⁴ CREUS, ob. cit., p. 367.

⁸⁵ Como señaló la C1ª Pen. de Paraná, sala II, el homicidio simple o las lesiones graves no tienen en nuestro sistema represivo una integración típica que presuponga o incluya necesariamente la violación de domicilio, a la cual no excluyen porque ésta tiene una materialidad e impone una subjetividad dolosa distinta a los delitos contra la vida, con quienes entonces concurre según las reglas respectivas (28-5-88, "Díaz, José").

al domicilio para robar o hurtar); en cambio, si se trata de un hecho único (por ej., para penetrar en el domicilio se dañó la puerta) habrá un concurso ideal⁸⁶.

ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO

I. El tipo legal

De acuerdo al artículo 151 del Código Penal: “Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.

II. Bien jurídico protegido

Al igual que la figura del artículo 150, aquí se protege el domicilio

⁸⁶ En este sentido se ha dicho que las figuras de violación de domicilio y hurto se juegan en concurso concurriendo realmente en el caso en estudio, ya que una acción es la de entrar en morada ajena y la otra es la de apoderarse de la cosa como tal (CNCCorr., sala I, 2-8-90, “Mansilla, Ricardo”). En sentido similar se consideró que la conducta del procesado que intentó apoderarse de prendas del interior de un comercio, aprovechando la rotura producida por otros, constituye el delito de hurto en grado de tentativa y violación de domicilio en concurso real, ya que el hurto simple no incluye en su tipo a dicha ilícita entrada contra la presumible voluntad de la empresa damnificada (CNCCorr., sala IV, 11-8-94, “López Díaz, José”). En contra de esta posición se resolvió que incurre en violación de domicilio en concurso ideal con hurto simple quien, habiendo ingresado en la finca sin ejercer violencia sobre la puerta, sustrajo un bien (CNCCorr., sala II, 20-4-92, “Giménez, Ángel”). Desde otro punto de vista se ha dicho que existe concurso real entre los delitos de robo y violación de domicilio si el imputado intentó huir del inmueble donde cometió el primer delito y escaló la medianera de esa finca ingresando en la vecina contra la voluntad de sus moradores. Ello así, puesto que el comportamiento del encartado, posterior a la sustracción perpetrada, constituye un hecho fáctica y jurídicamente independiente del robo anterior, por lo que el tipo legal de violación de domicilio no se encuentra desplazado por subsidiariedad (CNCCorr., sala I, 8-6-95, “Montenegro, Jorge”). Por último, se ha resuelto que la conducta del acusado que mientras se daba a la fuga para evitar su detención ingresa en una vivienda ajena y priva de libertad a sus ocupantes configura los delitos de violación de domicilio, privación ilegal de la libertad y resistencia a la autoridad (CNCCorr., sala V, 19-4-93, “Aballay, Tomás”).

en sus dos aspectos. Es decir, se protege una de las manifestaciones de la libertad, en cuanto derecho del sujeto pasivo a elegir quién ingresa o no a su domicilio; pero también se tutela al domicilio como “ámbito de intimidad y reserva” de la víctima.

Sin embargo, la diferencia de este tipo penal está en que no se protege el domicilio contra actos de particulares sino de la autoridad. Se trata de asegurar el respeto de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, prevista en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 11, inciso 2º del Pacto de San José de Costa Rica⁸⁷.

La primera norma establece que: “...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...” Por su parte el pacto mencionado dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”

Como señala Soler, esta infracción es mucho más importante que la del artículo 150, pues si bien el delito de violación de domicilio, como infracción autónoma y cometida por un particular, es poco menos que inexistente, el allanamiento ilegal es una tentación atrayente para las autoridades abusivas y para los gobiernos dictatoriales, siempre deseosos de asomarse a la intimidad para saber si la gente, a puerta cerrada, piensa mal de su gobierno⁸⁸.

III. Tipo objetivo

1. *Acción*

El delito consiste en “allanar un domicilio” en forma arbitraria⁸⁹.

⁸⁷ Ha dicho la CNCAs.Pen., sala III, que para nuestro ordenamiento jurídico la tutela del domicilio tiene importancia y raigambre constitucional. El art. 18 de la Const. Nac. lo declara inviolable, como así también a la correspondencia epistolar y a los papeles privados. Esta garantía se vincula directamente con el ámbito de intimidad y reserva que posee todo individuo frente a la injerencia estatal. El Cód. Proc. es la ley reglamentaria a que se refiere el art. 18, Const. Nac., para determinar cuándo cede la garantía de la inviolabilidad (25-4-94, “Kolek, Carlos”).

⁸⁸ SOLER, ob. cit., p. 105.

⁸⁹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 206.

El término allanar empleado por la ley tiene el mismo significado que el verbo *entrar*, utilizado en la figura del artículo 150⁹⁰. El allanamiento es una típica medida de instrucción por la cual el juez o los funcionarios policiales, mediante orden escrita del primero, pueden realizar un examen del domicilio, con el fin de buscar cosas u objetos que tengan vinculación con el delito que se investiga, o detener al imputado que se haya evadido previamente o a la persona que es sospechada de ser autora o partícipe de un delito⁹¹.

Por ello, la acción típica consiste en ingresar al domicilio contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de exclusión, sin cumplir con las formalidades previstas en la ley o fuera de los casos que ella determina.

Cabe hacer aquí las mismas consideraciones vistas al analizar la acción típica en el delito de violación de domicilio. Es decir, para la configuración del delito no alcanza con el mero hecho de molestar desde fuera o interferir de algún modo en la intimidad del ocupante del domicilio, sino que el sujeto pasivo debe penetrar en el mismo.

Como vimos antes, también comete el delito el sujeto que habiendo ingresado legalmente al domicilio, luego penetra ilegítimamente a un sector vedado dentro del mismo edificio (por ej., el policía a quien se le permite pasar al living pero se introduce en los dormitorios u otras dependencias con el objeto de buscar evidencias).

Si bien la ley no lo dice expresamente, es evidente que el ingreso debe hacerse contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión. Si existe consentimiento para ingresar, ni siquiera puede hablarse de allanamiento. Éste sólo se presenta cuando hay negativa al ingreso de la autoridad⁹². Por lo tanto, el consentimiento del interesado, sin lugar a dudas, funciona como una causa de atipicidad.

En tal sentido, ha dicho la jurisprudencia que si no está controvertida la autorización dada a los funcionarios policiales por el impu-

⁹⁰ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 375.

⁹¹ DONNA, Edgardo y MAIZA, Cecilia, *Código Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 261.

⁹² SAGÜES, Pedro N., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 321; con cita de CNCCorr., sala I, L. L. 1984-D-373.

tado para proceder a la requisita domiciliaria sin contar con orden judicial de allanamiento, no existe razón para cuestionar la legalidad del acto⁹³.

Pero para que el consentimiento sea válido deben darse dos condiciones⁹⁴:

a) Que sea prestado por quien se encuentra habilitado para autorizar el ingreso de la autoridad. Sobre esto nos remitimos a lo dicho supra, al hablar del titular del derecho de exclusión en la figura del artículo 150. Sin embargo, es interesante destacar que para un sector jurisprudencial, la autorización del ingreso sólo puede brindarla la persona que, además de tener el derecho de exclusión, sea la que pueda verse perjudicada por el registro que realice el órgano de prevención⁹⁵. Algunos van aún más lejos y consideran que la autoridad pública sólo puede ingresar en un domicilio con orden escrita expedida por autoridad competente⁹⁶.

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia parece no compartir este criterio. En un caso, el capitán de un buque había autorizado a personal de prefectura a ingresar en la embarcación con el fin de realizar tareas de inspección. Los preventores penetraron en uno de los camarotes y descubrieron que dos tripulantes escondían estupefa-

⁹³ CNCCorr., sala VI, 8-9-94, "Di Genova"; en igual sentido CNCCorr., 19-5-92, "Fiorillo, José", J. A. 1993-III-41.

⁹⁴ Así lo explica el autor citado.

⁹⁵ CNFed.CCcorr., sala I, 10-8-84, "Monticeli de Prozillo, T."

⁹⁶ José María Orgeira (*El allanamiento de domicilio sin orden judicial. Relevancia del consentimiento para convalidar la pesquisa...*, en J. A. 1984-IV-414) señala que el domicilio es un ámbito de libertad disponible, por lo que no existe inconveniente en que un particular acepte voluntariamente el ingreso de otro particular a su casa o morada, pero cuando el que quiere entrar es un funcionario público en cumplimiento de su cometido, las reglas son otras. En estos casos la legalidad del allanamiento depende siempre de la orden judicial. En este sentido se expidió la CNCCorr., sala IV, en "Ramos Beltrán, Y.", donde se dijo que es inválido lo actuado en las diligencias de secuestro si fueron realizadas en violación del derecho fundamental de la incolumidad del domicilio, al ser realizadas por personal policial sin las órdenes respectivas del juez de la causa, y aun cuando haya mediado en una de ellas el consentimiento de la dueña, ya que ésta "resta tipicidad a la violación de domicilio pero nunca al allanamiento ilegal, y comete este delito, el funcionario público o agente de la autoridad que allana un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina".

cientes. La Corte señaló que en una construcción flotante corresponde al capitán, como "persona encargada de la dirección y gobierno del buque" la titularidad del derecho de exclusión y él puede dar el consentimiento válido para el ingreso al mismo, pues de otra manera no podría cumplir las amplias atribuciones de que se encuentra investido, o las múltiples y graves obligaciones puestas a su cargo, si dentro de aquella construcción existieran dependencias cuyo acceso le estuviese vedado. El camarote de un buque –según el alto tribunal– es un lugar de alojamiento que constituye un compartimiento del barco en el que la expectativa de intimidad del usuario puede limitarse a que el recinto esté a cubierto de la irrupción de otros tripulantes o de terceras personas, pero jamás extenderse de modo tal que puedan resultar menoscabadas las funciones de quien tiene a su cargo la dirección y gobierno del lugar⁹⁷.

En otro precedente señaló que si en un hotel la concubina de un imputado aceptó el ingreso de una comisión policial, ello es válido porque la mujer estaba autorizada a permitir tal ingreso⁹⁸.

En igual sentido la Cámara Criminal ha dicho que no es ilegal el registro domiciliario realizado por personal policial, sin orden judicial, si existió consentimiento del padre del acusado, quien era el titular del derecho de exclusión sobre la vivienda⁹⁹.

Es claro que estas opiniones van en contra de lo sustentado anteriormente por nosotros, en el sentido de que el ocupante de la habitación tiene derecho a la oposición a la entrada y que la orden de allanamiento debe comprender expresamente ese lugar.

b) Que sea voluntario, es decir, prestado libremente y sin existir ningún tipo de presión o intimidación hacia el imputado. Además debe manifestarse expresamente, siendo insuficiente la autorización "tácita". Como sostienen Estrella y Godoy Lemos, dada la finalidad de un allanamiento, el consentimiento no debe presumirse, sino que debe ser expreso.

La falta de reparos no puede interpretarse como consentimiento

⁹⁷ CSJN, "Albertina", *Fallos*: 311:2171; con nota de Bidart Campos, E. D. 132-210.

⁹⁸ CSJN, "Saturnino Martínez", *Fallos*: 311:962.

⁹⁹ CNCCorr., sala I, 7-2-92, "Trucido, Luis", con voto en disidencia del Dr. Tozzini, ver L. L. del 23-4-92.

para allanar. Éste debe ser expresado de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo. Diversas circunstancias pueden tornar dudosa la existencia del consentimiento, como, por ejemplo, que quien lo otorgue se encuentre detenido, o no domine nuestro idioma, o resulte engañado respecto a los objetivos del registro domiciliario, o, simplemente, que no se le dé a conocer su derecho a oponerse al ingreso sin orden judicial, o que no tenga plenas facultades de admisión en la morada, negocio, dependencia o recinto de que se trate¹⁰⁰.

En este sentido, la Corte señaló que el consentimiento para legitimar la invasión a la intimidad de una morada ha de ser expreso, anterior a la entrada de la autoridad pública a la vivienda, sin mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar tal autorización. No hay consentimiento válido si quien lo dio fue aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión policial de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia al hall del edificio donde habita, quedando detenido. En tales circunstancias, esperar una actitud de resistencia importaría reclamar una postura no exigible a la conducta ordinaria de las personas¹⁰¹.

También la Cámara de Acusación cordobesa ha sostenido que el procedimiento de allanamiento, llevado a cabo con la autorización por escrito de los imputados, estando ambos detenidos, resulta ilegítimo porque infringe la garantía de inviolabilidad del domicilio (art. 18, Const. Nac.), debiéndose, en consecuencia, declarar la nulidad del allanamiento practicado y el secuestro pendiente de aquélla¹⁰².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró, en una

¹⁰⁰ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 211. Sobre la necesidad de que el consentimiento sea expreso, véase CNCCorr., sala VII, 6-11-93, "Corsi, Ángel", donde se dijo que "el consentimiento debe ser expreso, inequívoco y previo a la iniciación de la respectiva diligencia".

¹⁰¹ CSJN, "Fiorentino", *Fallos*: 306:1752.

¹⁰² CACus. de Córdoba, 27-2-86, "Martínez, Raúl; Barrionuevo, José y González, Hernán", B. J. C., t. XXX, vol. 1. En igual sentido, y con relación a los requisitos de validez del consentimiento, véase C5°Crim. de Mendoza, 13-9-93, "Fiscal c/Anzorena, R. y otros", J. M. 43-189; también CNPEcon., sala A, 27-8-93, "Magnoni, Walter".

actitud dubitativa sobre los derechos fundamentales, que no cabe construir una regla abstracta, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es necesario practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido¹⁰³.

2. Domicilio

El delito consiste en allanar o ingresar en un *domicilio*. Nos remitimos a lo dicho antes con respecto a la figura del artículo 150. Es decir, se comprenden la morada, las casas de negocio, sus dependencias y cualquier otro recinto habitado.

No está comprendido en la figura el ingreso o inspección de automotores. Como señala la Cámara Nacional de Casación, la equiparación entre las pesquisas domiciliarias y los casos en que la policía procede a la aprehensión y revisión del automóvil de un individuo en la vía pública fundados en razones de sospecha, se diferencian claramente del registro de una morada, por lo que resulta inconveniente la aplicación automática de las normas que rigen a esta diligencia. Por ello, es razonable el accionar policial que se limitó a la aprehensión e inspección de un rodado que suscitó sospecha, dando noticia inmediatamente al juez competente¹⁰⁴.

También se ha dicho que la requisita practicada en las instalaciones de un club constituye un procedimiento en un lugar público que, por sus características, no se encuentra amparado por la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, salvo, claro está, que la inspección abarque aquellos sitios destinados a la intimidad de determinado sujeto o de acceso restringido a particulares. El proceder de

¹⁰³ CSJN, 10-7-90, "Ferrer, Florentino", J. A. 1990-IV-237.

¹⁰⁴ CNCas.Pen., sala III, 25-4-94, "Kolek, Carlos", donde además en forma terminante se señaló que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia.

los preventores, en lo atinente al ingreso y revisión de una entidad social, se encuentra ajustado a las facultades que le son propias, ya que no se trata de un allanamiento, sino de una inspección limitada a los lugares cuyo acceso a terceros no se encuentra restringido, por lo cual no resulta exigible la formalidad que prevé el artículo 226, párrafo segundo del ordenamiento ritual¹⁰⁵.

En cambio se exige orden de allanamiento para ingresar en la habitación de un hotel ocupada por el imputado, pues el concepto penal de domicilio es amplio incluyendo las residencias accidentales¹⁰⁶.

3. Sujetos

Como adelantamos, la figura tiene una característica propia en lo que hace al sujeto activo. Según la ley sólo pueden ser autores del delito los *funcionarios públicos o agentes de autoridad*. De acuerdo al artículo 77, párrafo cuarto del Código Penal, por funcionario público se entiende a "todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"¹⁰⁷. El agente de autoridad al que se refiere la ley es también un funcionario público¹⁰⁸.

Para que se aplique el tipo penal, el funcionario público o agente de autoridad debe ingresar al domicilio en ejercicio de sus funciones. La sola condición de funcionario público no transforma la violación de domicilio en allanamiento ilegal¹⁰⁹.

El tipo tiende a evitar abusos de poder por parte de la autoridad

¹⁰⁵ CFed. de San Martín, sala I, 25-3-93, "Martínez, Cristian". En igual sentido CNCCorr., sala IV, 12-9-94, "González, Fabián", donde se dijo que no viola la intimidad que provoque la necesidad de orden de allanamiento el ingresar a un local y secuestrar elementos, máxime cuando aquél se hallaba abierto al público y la prueba incautada estaba, en principio, depositada sobre el mostrador.

¹⁰⁶ Así, C5ºCrim. de Mendoza, 14-0-93, autos N° 348, L. 3-16.

¹⁰⁷ Para un concepto funcional de funcionario, en relación al bien jurídico, véase DONNA, t. III de esta obra.

¹⁰⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 376, con cita de GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 403.

¹⁰⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 86; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 376; CREUS, ob. cit., p. 369; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 262; SOLER, ob. cit., p. 108, quien señala correctamente que al menos es necesario que el funcionario "invoque autoridad".

encargada de realizar los allanamientos, por ello, cuando el funcionario ingresa sin ejercer su función, actúa como cualquier particular, y no hay razones para no aplicar la figura del artículo 150.

Cabe señalar que se equiparan a los funcionarios públicos los particulares que hayan sido comisionados por la autoridad competente para obrar en su nombre¹¹⁰.

Se discute si el juez que ordena un allanamiento ilegal puede considerarse autor de esta figura. Para Núñez, no corresponde aplicar el artículo 151, sino que en todo caso habrá cometido un abuso de autoridad previsto en el artículo 248 del Código Penal¹¹¹.

Nos parece equivocada esta posición. Si un juez dicta a sabiendas una orden de allanamiento ilegal, sin dudas habrá realizado el tipo penal del artículo 248; sin embargo, pensamos que por razones de especialidad corresponde aplicar la figura del artículo 151. Ahora bien, si el juez actúa personalmente en el allanamiento, es decir, ingresa ilegalmente al domicilio, responderá en calidad de autor. Si en cambio se limita a entregar la orden ilegal, habrá que ver si los funcionarios encargados de cumplirla conocían o no su ilicitud. En caso afirmativo el juez responderá como partícipe del delito (instigador o cómplice); de lo contrario se lo debe considerar un autor mediato, pues para delinquir se valió del error de los preventores¹¹².

4. *Ilegitimidad del ingreso*

Para que se dé el delito es necesario que el allanamiento se realice *sin cumplir con las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina*.

a) *Incumplimiento de las formalidades*

El allanamiento del domicilio debe cumplirse respetando estrictamente todas las formalidades previstas en los códigos de procedimiento. En general los códigos exigen los siguientes recaudos:

¹¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 86; CREUS, ob. cit., p. 369.

¹¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 86, con cita de Gómez.

¹¹² ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 207; DONNA, *Autoría y participación*, ps. 24 y ss.

1) *Orden de juez competente*

Cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad del domicilio señala que *una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*. Aunque no surja del citado artículo 18, la Corte Suprema ha entendido que solamente los jueces pueden expedir órdenes de allanamiento; ésa es la regla en nuestra experiencia jurídica, y debe mantenerse como legítimo producto del Derecho Constitucional consuetudinario¹¹³.

No han faltado casos donde el Congreso de la Nación, mediante leyes, facultó a ciertos funcionarios administrativos a realizar allanamientos sin necesidad de orden judicial. Por ejemplo, el decreto-ley 6618/97 facultaba al jefe de la policía a practicar allanamientos en materia de juegos. Tales normas son inconstitucionales. Como señala Núñez, la concesión legal de semejantes facultades precisamente a las autoridades cuya acción tiene en mira la garantía de la inviolabilidad del domicilio, implica, por un lado, alterarla mediante la ley reglamentaria, lo que está vedado por el artículo 28 de la Constitución Nacional, y por otro lado, implica constituir al Poder Legislativo en último guardián de esa garantía, con desmedro de la facultad constitucional del Poder Judicial¹¹⁴.

En idéntico sentido, Soler expresa que si se considera por autoridad competente para ordenar el allanamiento a cualquiera que el Poder Legislativo designe, la garantía constitucional perdería su carácter para transformarse en una simple garantía legal¹¹⁵. Por ello, salvo los casos de excepción que veremos luego, la primera de las formalidades a las cuales se refiere el artículo 151 es la orden judicial de allanamiento¹¹⁶.

El Código Procesal Nacional exige expresamente la orden judicial para el allanamiento, al señalar: "Si hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que

¹¹³ SAGÜÉS, ob. cit., p. 324, con cita de CSJN, "Fiorentino", *Fallos*: 306:1752; en igual sentido, BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 256.

¹¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 88.

¹¹⁵ SOLER, ob. cit., p. 106.

¹¹⁶ *Ídem* nota anterior, p. 107.

allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, *el juez ordenará, por auto fundado, el registro de ese lugar*" (art. 224)¹¹⁷.

Como señala la jurisprudencia, con la vigencia del nuevo ordenamiento procesal ha cesado toda facultad del jefe de la policía para disponer allanamientos, los que sólo pueden ser ordenados por el juez competente, sin perjuicio de los casos de urgencia (art. 227, CPP), en cuyo caso, efectivizada la medida, debe darse aviso inmediato al órgano judicial competente¹¹⁸.

En igual sentido se ha señalado que la norma del artículo 12, inciso b, de la ley 20.680 produce una violación a los artículos 17 y 18 de la Carta Magna, en tanto permite el allanamiento por parte de funcionarios encargados de su aplicación, de los locales industriales, comerciales, establecimientos de producción agropecuaria, forestal, de caza, pesquera, minera o auxiliares de éstos sin orden expedida por el juez competente. Si bien es lógico reconocer el interés estatal en que los contribuyentes cumplan con sus deberes fiscales, el mismo interés debe comprender y obligar a que se respeten los derechos individuales consagrados en la Ley Suprema. Careciendo de determinadas condiciones —orden escrita para acceder a una propiedad privada o existir consentimiento expreso en tal sentido— toda vulneración de un domicilio afecta garantías constitucionales, tales las del artículo 18, en cuanto viola el debido proceso, el derecho de defensa y obliga a declarar contra sí mismo, motivo por el cual, frente a la escala jerárquica normativa del artículo 31 de la Constitución Nacional, deben ceder los postulados de la ley 20.680 en cuanto admite el allanamiento sin los requisitos constitucionales exigidos¹¹⁹.

¹¹⁷ En sentido similar los Códigos Procesales de Buenos Aires (art. 219), Catamarca (art. 193), Córdoba (art. 226), Corrientes (art. 225), Chaco (art. 210), Chubut (art. 192), Entre Ríos (art. 224), Jujuy (art. 309), La Pampa (art. 208), La Rioja (art. 249), Mendoza (art. 228), Neuquén (art. 199), Río Negro (art. 208), Salta (art. 213), San Juan (art. 225), Santiago del Estero (art. 169) y Tucumán (art. 203).

¹¹⁸ CNCCorr., sala IV, 14-3-94, "Lagorio, José Antonio". En igual sentido, CNCCorr., sala IV, 5-10-93, "Lagoa, Isabel"; CNCCorr., sala VI, 8-3-93, "Méndez, Aldo"; CNCCorr., sala IV, 24-8-93, "Frappa, Mario". En contra, CNCCorr., sala V, 13-3-93, "Méndez, Aldo".

¹¹⁹ CFed. de Mar del Plata, 5-10-95, "Solaris Transporte Internacional c/Estado Nacional s/Amparo".

La ley 25.434 ha reformado el artículo 224 dando facultades a la policía, aunque no modifica la esencia de la cuestión: la autoridad policial necesita orden de juez competente para entrar a un domicilio. Lo contrario es violar el artículo 18 de la Constitución Nacional.

2) *Orden escrita y fundada*

La orden de allanamiento debe ser expedida por escrito y mediante auto fundado. Es decir, el juez debe establecer los motivos por los cuales resulta necesario ingresar al domicilio.

El magistrado no debe transformarse en un mero expedidor automático de órdenes de allanamiento, sino que se requiere de él su ponderación y detenida valoración de las circunstancias de cada caso, actitudes inherentes a su función jurisdiccional y que presuponen un examen racional de la justificación y necesidad de la medida a adoptar, máxime cuando se trata de limitaciones al ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido que debe considerarse con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas, al hallarse en juego una inestimable libertad personal básica¹²⁰.

Además, debe ser determinada, lo que exige que se indique con precisión el lugar —especificación del domicilio—, día y hora en que debe efectuarse, y el nombre de la autoridad que lo va a llevar a cabo¹²¹. También se debe especificar concretamente el objeto del allanamiento, resultando el mismo vinculante para las autoridades que intervengan¹²².

¹²⁰ CNFed.CCcorr., sala I, 15-9-93, “B., C.”, E. D. 157-19, f. 45.601. En igual sentido, exigiendo la fundamentación de la orden de allanamiento, CNPEcon., sala A, 7-12-95, “Zarankin, Ernesto”; ídem, 17-10-96, “Helzer, Hilda”; CNFed.CCcorr., sala II, 15-10-93, “Inc. de nulidad”, c. 9516, E. D. 157-20, f. 45.602; sala I, 15-10-93, “B. C.”, E. D. 157-19, f. 45.601. Sin embargo también se ha dicho que la providencia que dispone un registro domiciliario remitiéndose a la “seriedad y urgencia de los motivos invocados” cumple con los requisitos de fundamentación exigibles, si fue dictada a pedido del Ministerio Público, quien a su vez la basó en la denuncia recibida de funcionarios del organismo encargado de la recaudación tributaria, en la que se explican claramente las razones que hacen sospechar una maniobra delictiva y se aportan datos y elementos de juicio convincentes (CNPEcon., sala B, 30-8-94, “Inc. nulidad”, expte. 18.263).

¹²¹ Así lo dispone el art. 224, CPN.

¹²² En tal sentido, si la orden de allanamiento librada se limitaba a la incautación de la documentación perteneciente a una sociedad, y el objeto del allanamiento cesó

Si el juez realiza por sí mismo el allanamiento es innecesaria la orden por escrito. Ésta sólo tiene razón de ser en los casos en que el magistrado delega en otro funcionario el registro domiciliario. Sin embargo, la no exigencia de la orden escrita no exime al juez de dictar un auto fundado, donde consten las razones y motivos de la medida.

3) *Otras formalidades*

Los códigos procesales, además, establecen otros recaudos:

a) De acuerdo al artículo 225 del CPN, cuando el allanamiento deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol¹²³.

La norma se refiere a los allanamientos que se realizan sobre las moradas o sus dependencias, quedando excluidas de la protección las casas de negocio, si no sirven de vivienda¹²⁴.

Sin embargo, el mismo Código establece varias excepciones, y el domicilio puede allanarse a cualquier hora cuando el interesado o sus representantes lo consientan, en casos graves o urgentes, o cuando peligre el orden público (art. 225, CPN, segundo párrafo).

b) Tratándose de lugares cerrados que no estén destinados a habitación, como edificios públicos, oficinas, locales, establecimientos

con la consecución de ese objetivo, el secuestro cumplido en una oficina distinta del mismo inmueble sobre documentación correspondiente a otra empresa resulta nulo, al actuarse sin contar con el mandato jurisdiccional indispensable (CNFed.CC.Corr., sala I, 11-5-95, "G. D., V."). La última parte del art. 224, reformado por ley 25.434 permite el secuestro de otros bienes, con noticia al juez o fiscal que interviene.

¹²³ Sin embargo se ha dicho que la sola circunstancia de la "nocturnidad" del allanamiento practicado y la falta de conformidad del morador no pueden provocar de modo absoluto una nulidad insanable de las diligencias, máxime cuando del acta confeccionada en el transcurso de tal procedimiento no surge que los afectados cuestionaran el mismo ni tampoco que los funcionarios policiales impidieran una manifestación en contrario de aquéllos. El modo en que se efectúa un allanamiento no configura, en principio, violación de normas constitucionales si no ha habido manifiesta indefensión o allanamiento injustificado (art. 18, Const. Nac.) (CFed. de La Plata, sala II, 19-10-94, "Canteros, Víctor").

¹²⁴ DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 263, con cita de CNCCorr., sala IV, 30-3-93, "Nicolini, Sebastián", c. 342. Sobre el concepto de moradas y dependencias ver lo dicho supra al tratar la figura del art. 150.

de reunión o recreo, etcétera, la ley exige que se le dé previo aviso a las personas encargadas de los locales, salvo que fuere perjudicial para la investigación (art. 226, primer párrafo, CPN)¹²⁵.

Por otra parte, para la entrada y registro en el Congreso el juez necesitará la autorización del presidente de la Cámara respectiva (art. 226, primer párrafo, CPN), lo que tiene razón de ser en salvaguardar la independencia del Poder Legislativo.

c) Además de las mencionadas, los códigos procesales establecen otras formalidades, como, por ejemplo, la exigencia de que la orden de allanamiento sea notificada al habitante¹²⁶ o propietario del lugar y de que se labre un acta con todo lo actuado.

Otra formalidad está prevista en el artículo 7º, inciso 3º de la ley 23.187, según la cual, en caso de disponerse el allanamiento de un estudio jurídico, el juez deberá dar aviso de la medida al Colegio Público de Abogados, pudiendo el abogado solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo¹²⁷.

4) *Allanamientos sin orden*

Las leyes procesales también prevén una serie de situaciones donde la policía se encuentra autorizada a realizar un allanamiento sin previa orden judicial.

¹²⁵ Guardan concordancia los Códigos Procesales de Buenos Aires (art. 221), Catamarca (art. 195), Córdoba (art. 228), Corrientes (art. 227), Chaco (art. 212), Chubut (art. 194), Entre Ríos (art. 226), Jujuy (art. 312), La Pampa (art. 210), La Rioja (art. 251), Mendoza (art. 230), Neuquén (art. 201), Río Negro (art. 210), Salta (art. 215), San Juan (art. 227), Santiago del Estero (art. 171) y Tucumán (art. 205).

¹²⁶ El art. 228 del CPN establece que si el habitante o poseedor del lugar está ausente se debe notificar la orden a su encargado y a falta de éste a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar. Cuando no se encontrare a nadie, se hará constar en acta. En sentido similar el art. 223 del CPPBA.

¹²⁷ DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 264. Sin embargo, la mera omisión de consignar fecha y hora de realización del allanamiento a un estudio jurídico en la comunicación cursada por el juez interviniente al Colegio de Abogados carece de relevancia procesal ante la falta de vicios de la diligencia. La concurrencia del veedor del Colegio Público de Abogados no resulta indispensable, bastando con que la entidad profesional tenga noticia oficial de la diligencia (CNCCorr., sala IV, 9-5-95, "Poleman Sola, H.").

De acuerdo al Código Procesal Nacional (art. 227)¹²⁸, ello es posible en los siguientes casos:

- a) Cuando por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- b) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- c) Cuando se introduzca en el domicilio un sujeto que es perseguido por la autoridad.
- d) Cuando se escuchen voces de auxilio desde el interior, que anuncian que se está cometiendo un delito, o se pida socorro.

En estos supuestos no se exige el cumplimiento de las formalidades mencionadas precedentemente. No se trata de causas de justificación, sino que son situaciones que establecen el verdadero alcance de los elementos normativos del tipo penal. Es por eso que los policías que ingresan en alguno de los casos excepcionales mencionados no habrán “incumplido ninguna formalidad” y por lo tanto no realizan acción típica.

Cabe advertir que la enumeración de los casos del artículo 227 es taxativa, de modo que los mismos no pueden ser ampliados de ninguna manera por el personal policial, caso contrario, la actuación se torna ilícita¹²⁹.

¹²⁸ El artículo es similar en los códigos mencionados en la nota anterior.

¹²⁹ DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 265, con cita del TSJ de Córdoba, Sala Penal, 15-5-86, “Vázquez, Carlos”, B. J. C. XXX-181. En contra CNCCorr., sala IV, 30-3-90, “Nicolini, Sebastián”, donde se dijo que las excepciones contenidas en el art. 227 del CPP no son taxativas, cobijando supuestos afines a los que la integran. De allí que es válido el procedimiento policial de allanamiento realizado sin orden judicial, al advertir que en un local comercial de agencia de lotería se realizaban apuestas ilegales, haciendo cesar la actividad ilícita, justificándose la urgencia por el riesgo de ya no poder hacerse después por la desaparición de la evidencia. En igual sentido se ha dicho que no es ilegítimo el acto de detención del imputado dentro de su morada, sin orden judicial, si en el caso existió urgencia para la detención de aquél, pues se conocía su tenencia de un arma de fuego que ya había usado y con graves consecuencias, pues la espera de conseguir una orden escrita resulta inatendible al no garantizar, en tales condiciones, la seguridad de terceros ni del propio encartado. Tal acto de detención, por sus características, resulta casi lindante con la flagrancia (TOral N° 2, 30-7-93, “Salto, Ismael”).

b) *Allanamiento fuera de los casos autorizados por la ley*

Otra de las modalidades delictivas es realizar un allanamiento fuera de los casos que la ley determina. Según los códigos procesales el allanamiento sólo es posible cuando el mismo sea necesario para buscar elementos de prueba del delito o para lograr la detención del presunto delincuente¹³⁰.

Por ello, para que el juez dicte una orden de allanamiento, deben haber “razones suficientes”, es decir, debe existir una verdadera y fundada sospecha de que en el lugar puede haber algún elemento importante para la causa.

El tipo objetivo del artículo 151 se cumple cuando el allanamiento se realiza fuera de esos casos. Por ejemplo, el juez o policía que decide allanar el domicilio de la víctima sin existir ningún estado de sospecha avalado en otros elementos de la causa¹³¹.

Con mucha mayor razón el delito se comete si el funcionario decide allanar un domicilio por razones ajenas a la causa judicial. Así, el juez que ordena un registro domiciliario por el solo hecho de perjudicar a un enemigo o por razones de venganza, sin lugar a dudas realiza el tipo penal analizado.

IV. Tipo subjetivo

El delito de allanamiento ilegal de domicilio es doloso, lo que supone que el funcionario debe tener el conocimiento y la voluntad de ingresar ilegítimamente en el domicilio. Es decir, el autor debe

¹³⁰ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 208.

¹³¹ La jurisprudencia ha dicho que las consideraciones del denunciante que señalaba que en un hotel se alojaría gente de dudosa moral y tal vez ligados a algún consumo o tráfico de drogas autorizaban eventualmente el registro de aquellas dependencias sindicadas por él, pero nunca una sospecha generalizada contra todos los moradores del establecimiento. No cualquier denuncia, sospecha o información puede dar lugar a una orden de allanamiento, pues ella debe alcanzar cierta entidad; tiene que haber motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertenecientes al delito. En consecuencia, al no haber causa alguna que justificara librar una orden de allanamiento, resultan nulos el auto que ordenó el allanamiento, la orden de registro y todo lo actuado como consecuencia de ellos (CNFed.CCorr., sala II, 15-10-93, “Inc. de nulidad”, c. 9516, E. D. 157-20, f. 45.602).

saber que está incumpliendo las formalidades exigidas o bien que está realizando un allanamiento fuera de los casos previstos en la ley.

Este aspecto subjetivo es de suma importancia en la figura analizada. Es el dolo lo que nos permite diferenciar un delito de lo que puede ser una simple nulidad procesal. Es decir, el mero incumplimiento de requisitos procesales no puede significar un delito si el sujeto no lo hizo intencionalmente.

Un problema particular se presenta en materia de error. El error acerca de las normas de procedimiento que regulan el allanamiento del domicilio, ¿es un error de tipo o de prohibición?

En los delitos dolosos el dolo exige tanto el conocimiento de los elementos descriptivos como normativos del tipo penal. Cuando el error se refiere a elementos descriptivos no presenta mayores dificultades, nadie duda de que se trata de un error de tipo. Pero el problema se presenta con relación a los elementos normativos. Allí la distinción entre el error de tipo y el de prohibición se hace más compleja.

Para que exista dolo es necesario que el autor haya conocido y entendido el verdadero significado del elemento normativo. En el caso estudiado, el funcionario debe saber que está ingresando a la casa sin cumplir con las formalidades exigidas. El error acerca del verdadero sentido de ese elemento normativo —aunque sea un error jurídico— constituye un error de tipo y produce la atipicidad de la conducta.

En cambio, si el autor conoció perfectamente el sentido del elemento normativo —sabía que el ingreso era ilegítimo—, pero por una deficiente valoración jurídica creyó que su conducta no era delictiva, estaremos en presencia de un error de prohibición.

Es decir, mientras que en el error de tipo hay un falso conocimiento sobre algún elemento del tipo penal objetivo (aunque sea un error jurídico), en el error de prohibición hay una equivocada valoración del ilícito penal.

Resulta muy ilustrativo el ejemplo de Maurach: Con ocasión de una disputa, M rompe el televisor, causando con ello la furia de su amiga F, quien había contribuido con dinero a aportar la mitad del precio, y que, en consecuencia, considera que parte del aparato es de

su propiedad. M se defiende de la siguiente manera de la acusación de daños: a) él no recordaba en absoluto que F hubiera contribuido a pagar el aparato, puesto que éste había estado siempre en su vivienda; b) aun cuando se acordó de la compra conjunta, entendió que el aparato pertenecía sólo a él, porque una vez adquirido fue llevado inmediatamente a su casa, y porque fue él quien se hizo cargo siempre de los costos de su cuidado y reparación, y c) él sabía que el aparato también pertenecía a F, pero tenía entendido que una cosa ajena, en el sentido del Derecho Penal, es sólo aquella que se encuentra en propiedad individual de un tercero¹³².

Como sostiene el autor, en el supuesto *a*, hay un error de tipo. Lo mismo vale para el caso *b*: M ha incurrido en un error de derecho, en cuanto no comprende que desde un comienzo debe considerarse que hay copropiedad sobre el televisor. Dicho error lo conduce a la representación equivocada en el sentido de que el televisor le pertenece a él exclusivamente. Distinta es la situación del caso *c*. Aquí el autor interpreta equivocadamente el elemento típico *ajeno* y por eso llega a una representación falsa de la materia del ilícito penal. En este supuesto existe error de prohibición¹³³.

En consecuencia si el funcionario incurre en un error sobre las normas procedimentales, aunque haya obrado culposamente, no habrá realizado una acción típica pues estaremos en presencia de un error de tipo excluyente del dolo. En cambio, si el funcionario sabía que el ingreso era ilegítimo, pero desconocía por completo que su conducta fuera un delito penal, se podría plantear la existencia de un error de prohibición¹³⁴.

Es importante destacar que el hecho de que el funcionario no sea penado por haber incurrido en un error sobre las normas procedimentales, no significa que la prueba obtenida en el allanamiento ilegal sea válida. Por el contrario, al haber sido obtenida sin cumplir con los

¹³² Véase MAURACH y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 662.

¹³³ MAURACH y ZIPF, *ob. cit.*, p. 664.

¹³⁴ Aunque para que sea condenado alcanzará con un conocimiento potencial de la ilicitud penal.

recaudos legales no puede ser incorporada al proceso. En definitiva, es preciso diferenciar las consecuencias penales de las meramente procesales del allanamiento ilegal.

V. Penalidad

La ley prevé para el delito de allanamiento ilegal la misma pena que para el delito de violación de domicilio, agregando además la pena de inhabilitación especial de seis meses a dos años en perjuicio del funcionario público.

Si consideramos la gravedad del delito, en el sentido de que implica la violación de esenciales garantías constitucionales por parte de la autoridad, es evidente que la pena resulta insuficiente. No hay dudas de la mayor gravedad que reviste esta figura con relación a la del artículo 150 del Código Penal. Por ello asiste razón a Núñez cuando señala que no se está considerando debidamente la criminalidad del abuso funcional¹³⁵.

CASOS ESPECIALES DE JUSTIFICACIÓN

De acuerdo al artículo 152 del Código Penal: “Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”.

I. Naturaleza jurídica

La doctrina en general ve en esta norma una causa especial de justificación, es decir, un permiso concreto para ingresar al domicilio sin cumplir con las formalidades previstas en las leyes procesales¹³⁶.

Estamos de acuerdo con esa apreciación; sin embargo, es preciso

¹³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 85.

¹³⁶ Así NÚÑEZ, ob. cit., p. 89; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 379; MOLINARIO, ob. cit., p. 104; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 222; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 264.

aclarar que el ámbito de aplicación del artículo 152 es muy reducido. En primer lugar, se deben excluir todos los casos donde de acuerdo a las circunstancias no se puede presumir una voluntad de exclusión o prohibición del ingreso por parte del sujeto pasivo. En esas situaciones no será necesario recurrir a estas causas de justificación pues la acción es atípica.

Por otra parte, con relación al tipo penal del artículo 151, muchas situaciones comprendidas en el artículo 152 también podrían incluirse en los casos excepcionales de allanamiento "sin orden" previstos en los códigos procesales¹³⁷. De allí que, a nuestro juicio, con relación al "allanamiento ilegal" sólo pueden ser consideradas causas de justificación los ingresos que no correspondan a una de las autorizaciones concedidas por las normas procesales, pues ya hemos dicho que en esos casos el ingreso no actúa como un permiso, sino como una causa de atipicidad.

Así, si se produce un incendio en el domicilio y el funcionario ingresa para salvar a la víctima, sin ninguna orden de allanamiento, no corresponde aplicar el 152, ya que, como vimos antes, el ingreso no ha sido "ilegítimo". En tal caso, la autorización concedida por el Código Procesal (art. 227) convierte en atípica la conducta.

II. Aspecto objetivo

De acuerdo al artículo 152, el ingreso al domicilio se justifica en los siguientes casos:

a) *Para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero*: Parecería que esta disposición es una repetición de la causa de justificación prevista en el artículo 34, inciso 3º —estado de necesidad—; sin embargo, existen diferencias fundamentales.

En primer lugar, a diferencia del estado de necesidad justificante, no se exige que el mal que se trata de evitar sea inminente, cosa que nos exige el artículo 152. Por ello, como sostiene Molinario y Aguirre Obarrio, los casos previstos en esta norma pueden ser interpretados con una mayor amplitud de criterio¹³⁸.

¹³⁷ Por ej., el art. 227, CPN, analizado supra.

¹³⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 105.

Otra de las diferencias está en que el artículo 152 tampoco exige que el mal que se pretende evitar sea *extraño* al sujeto. Resulta ilustrativo el ejemplo de Soler: un sujeto agrede a otro, y éste, ya herido, persigue al agresor, a pesar de haber cesado en su ataque. El perseguido se refugia en una casa. No hay estado de necesidad, porque quiere liberarse de una situación de peligro a la que no ha sido extraño (art. 34, inc. 3º, Cód. Pen.); pero el sujeto no está *obligado* a dejarse matar, aunque su hecho sea punible como lesiones, porque el perseguidor intenta cometer un hecho que es, a su vez, punible¹³⁹. En este ejemplo no hay estado de necesidad, pero la conducta se encuentra justificada por aplicación del artículo 152 del Código Penal.

De acuerdo a la norma mencionada, el ingreso al domicilio se autoriza cuando se tienda a evitar un grave mal a sí mismo, a los moradores o a un tercero. Por mal se entiende la lesión a un bien jurídico que el sujeto no esté *jurídicamente obligado a soportar*¹⁴⁰. Los daños que no son ilícitos deben ser soportados, y la acción violatoria del domicilio ajeno tendiente a evitarlos, no puede justificarse¹⁴¹.

Si bien la ley no indica que el mal a evitar sea mayor que el daño que se causa con la violación de domicilio, establece que el mismo debe ser *grave*, es decir, de gran importancia para el expuesto a sufrirlo¹⁴².

En general se incluyen los casos donde corre peligro la vida o integridad física de la persona. También los daños a la libertad, honestidad y, en ciertos casos, al patrimonio. En definitiva, cualquiera sea su naturaleza, la gravedad del mal deberá ser apreciada por el juez en cada caso y atendiendo a las circunstancias particulares.

Como señala Núñez¹⁴³, el mal puede provenir de la acción do-

¹³⁹ SOLER, ob. cit., p. 111.

¹⁴⁰ Ídem nota anterior.

¹⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 91; también SOLER, ob. cit., p. 111, quien señala que si un agente persigue a un prófugo y éste se refugia en una casa, comete violación de domicilio, porque el agente cumple con un deber para cuyo desempeño puede emplear la fuerza, y si bien el prófugo no es punible por la fuga, soporta jurídicamente los efectos de su desobediencia y comete violación de domicilio.

¹⁴² NÚÑEZ, ob. cit., p. 91.

¹⁴³ Ídem nota anterior, p. 92.

losa¹⁴⁴ o culposa¹⁴⁵ de un hombre, o de un accidente extraño a la causalidad humana, como puede ser la inundación, el incendio, el vendaval o la caída de una red de corriente eléctrica. Además puede afectar al mismo sujeto que ingresa al domicilio, a uno de sus moradores¹⁴⁶ o a un tercero¹⁴⁷.

b) *Para cumplir un deber de humanidad*: Por deber de humanidad se entiende a toda conducta orientada a la salvaguarda de bienes jurídicos valorados por la cultura humana, y no solamente a los actos de compasión hacia otro hombre. Cumple un deber humanitario por ejemplo quien intenta salvar la vida o evitar el sufrimiento de un animal o resguardar el medio ambiente¹⁴⁸.

En general los autores se refieren a los casos en que el sujeto ingresa al domicilio para prestar una ayuda o auxilio a los habitantes¹⁴⁹. En tal sentido Molinario y Aguirre Obarrio ponen el ejemplo de la persona que ha caído en un pozo en el interior de su domicilio y los bomberos entran a la finca para auxiliarlo¹⁵⁰.

Con relación a la figura del artículo 151, no se debe perder de vista que los códigos procesales autorizan el ingreso cuando voces provenientes del interior “pidan socorro”. En tales hipótesis no estaremos en presencia de una causa de justificación sino de atipicidad.

c) *Para prestar auxilio a la justicia*: Se incluyen en esta disposición

¹⁴⁴ Por ej. la persecución de un asesino.

¹⁴⁵ Como el vehículo imprudentemente guiado que amenaza con arrollar al transeúnte.

¹⁴⁶ El que ingresa a la casa por oír gritos de auxilio desde el interior, aunque en realidad en estos casos por lo general la conducta será atípica por falta de la voluntad de exclusión. Es decir, en esos casos no es posible presumir que el ingreso se encuentre prohibido.

¹⁴⁷ Por ej., cuando para salvar al vecino de la cuadra debo necesariamente penetrar en la vivienda de otro vecino.

¹⁴⁸ En contra Núñez, quien destaca que el “deber de humanidad” se tiene sólo con relación a otras personas y no respecto de animales. Por ello, a su criterio, la entrada al domicilio por compasión frente al sufrimiento de un animal no encuadra en el art. 152 (ob. cit., p. 92). No compartimos este criterio y creemos que la amplitud del texto permite incluir esos casos en la justificante.

¹⁴⁹ Así FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 381.

¹⁵⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 104.

todos los casos donde un particular ingresa al domicilio para cooperar con otra autoridad que se encuentra cumpliendo funciones en el mismo.

Pero también corresponde incluir a los casos en que un particular está facultado a realizar detenciones (cuando el delincuente es sorprendido *in fraganti*)¹⁵¹. En esas situaciones, el sujeto se encuentra autorizado también a ingresar al domicilio para detener al delincuente que huye¹⁵².

III. Aspecto subjetivo

Muchos autores consideran que las causas de justificación son de naturaleza subjetiva. Es decir, para que se den alcanza con que el autor entre al domicilio para satisfacer uno de los fines señalados por la ley, es decir, que obre creyendo que existe un mal grave, que cumple un deber de humanidad o que presta un auxilio a la justicia, aunque objetivamente no concurren esas circunstancias¹⁵³.

El error sobre las circunstancias objetivas, de acuerdo a esta posición, produce la impunidad, porque la violación de domicilio no es imputable a título de culpa¹⁵⁴.

Por nuestra parte pensamos que la opinión señalada resulta incorrecta si partimos de la naturaleza justificante de los casos del artículo 152. Es sabido que toda causa de justificación exige la concurrencia de un aspecto objetivo y uno subjetivo. Faltando cualquiera de estos elementos, la justificante no puede aplicarse y la acción pasa a ser antijurídica.

El error acerca de los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser tratado como un supuesto de error de prohibición

¹⁵¹ SOLER, ob. cit., p. 112; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 381.

¹⁵² Su conducta no es atípica porque cuando el Código Procesal regula el allanamiento sin orden se refiere exclusivamente al ingreso de la policía.

¹⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 90; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 381; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 224.

¹⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 90. En sentido similar Soler, quien expresa que basta la buena fe derivada de un error razonable. La total irreflexión no excusa, pero tratándose de situaciones de mayor o menor urgencia, no puede pretenderse que el sujeto espere ver la casa en el suelo para no incurrir en error acerca del incendio que sospecha (ob. cit., p. 112).

que puede llegar a excluir la culpabilidad del sujeto. Pero no debemos perder de vista que alcanzando un conocimiento potencial del ilícito, si el error es imputable al autor, la conducta resultará punible¹⁵⁵.

En consecuencia, a diferencia de lo que piensan los autores citados, si el autor ingresa al domicilio creyendo erróneamente que estaba cumpliendo un deber de humanidad o evitando un mal, sólo se eximirá de penalidad cuando tal error haya sido inevitable, esto es, cuando haya puesto toda la diligencia para no incurrir en dicha equivocación¹⁵⁶.

Sin embargo, es preciso recordar que lo dicho vale exclusivamente para las situaciones que se rijan por las causas de justificación del artículo 152 del Código Penal, y no a los restantes casos que puedan ser resueltos a nivel del tipo penal.

En tal sentido, si, por ejemplo, el autor creyó erróneamente que dada la circunstancia la víctima autorizaba el ingreso¹⁵⁷, estaremos en presencia de un error de tipo, y allí sí la acción será impune aunque el error haya sido imputable al sujeto.

Lo mismo cabe decir de los casos en que el funcionario incurre en un error acerca de la situación objetiva que da lugar a un "allanamiento sin orden judicial"¹⁵⁸. También en ese caso el error se refiere a un elemento del tipo penal, por lo que la conducta también será atípica aunque el error sea vencible.

¹⁵⁵ En todo caso se deberá atenuar la pena como consecuencia de la disminución en la culpabilidad del autor.

¹⁵⁶ Frente a la duda no puede decidirse sin más por el ingreso al domicilio.

¹⁵⁷ Por ej., ve al dueño del domicilio desmayado sobre el piso.

¹⁵⁸ Por ej., el policía que erróneamente cree que el delincuente a quien persigue se introdujo en la vivienda e ingresa para atraparlo; lo mismo vale para el policía que escucha gritos de auxilio del interior y en realidad se trataba de una broma entre amigos.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE SECRETOS

SUMARIO: I. Bien jurídico. II. Violación de correspondencia. 1. Antecedentes. III. Apertura indebida de correspondencia. 1. Tipo objetivo. a) Excepciones al principio de la inviolabilidad. 2. Tipo subjetivo. 3. Sujetos. 4. Consumación y tentativa. IV. Apoderamiento indebido de la correspondencia. 1. Problemas referidos al bien jurídico. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Sujetos. V. Supresión y desvío de correspondencia. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa. VI. Agravamiento por comunicación o publicación del contenido de la correspondencia. 1. Elementos de la agravante. VII. Violación de correspondencia calificada por la condición del autor. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico protegido. 3. Sujetos. 4. Tipo objetivo. 5. Tipo subjetivo. 6. La acción penal. VIII. Publicación indebida de correspondencia. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. a) Ilegitimidad. 4. Tipo subjetivo. 5. Sujetos. 6. Consumación y tentativa. IX. La violación del secreto profesional. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico protegido. 3. Tipo objetivo. a) La acción típica. b) El significado de la palabra secreto. c) La relación entre el secreto y la profesión u oficio. 4. El daño posible. 5. La legitimidad de la revelación. El secreto médico. Problemas referidos a la obligación de denunciar. 6. Sujetos. 7. Tipo subjetivo. 8. Consumación y tentativa. X. Revelación del secreto oficial. 1. Antecedentes. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. XI. La violación de secretos. El especial caso del artículo 51 del Código Penal. Prohibición de informar. XII. Incorporación del artículo 157 bis del Código Penal. 1. Análisis del tipo penal. 2. El inciso 2º del artículo 157 bis.

I. Bien jurídico

Con la denominación general de violación de secretos, el Código Penal reprime conductas que atentan contra la libertad de los individuos, en el sentido de que se afecta la libertad, pero en relación con la intimidad de las personas. Por esta razón, en otras legislaciones,

como la española, el descubrimiento y la revelación de secretos son delitos contra "la intimidad". Bien lo expresa Muñoz Conde, cuando dice que el derecho a la intimidad "se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger en el Derecho Penal"¹.

La existencia de secreto implica reserva de un acto cualquiera. Cuando estamos frente a acciones personales, el secreto pertenece sólo al autor y la divulgación también depende de él².

Bien dice Núñez sobre este tema que bajo el epígrafe el Código Penal reprime hechos que lesionan otro importante aspecto de la libertad. "Como la libertad exige el derecho de mantener reserva sobre lo que se piensa, hace, tiene o padece, la sanción penal va en su auxilio para resguardar esa esfera de intimidad o de reserva. Esa esfera no se reduce, sin embargo, al círculo de lo que jurídicamente constituye un secreto"³.

El Código, en pos de proteger derechos individuales, reprime acciones por medio de las cuales se utilizan secretos o elementos secretos de otra persona, perjudicándola. También pena la divulgación de los hechos que debían ser secretos o el apoderamiento de papeles privados.

La ley penal se ocupa de aquellos que violan la correspondencia, los que la publican en determinadas condiciones, los que divulgan secretos de modo que puedan ocasionar daño, los que divulgan procedimientos o actuaciones que deban permanecer secretos de acuerdo a lo normado en la ley. La última incorporación del artículo 157 bis pena también la violación de sistemas de confiabilidad y seguridad de datos, accediendo a un banco de datos personales; así también se incluye y se penaliza la revelación a otra persona de información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviera obligado a preservar por disposición de la ley, agravándose la pena en el caso de un funcionario público.

La Constitución Nacional, en el artículo 18, garantiza la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, del

¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 216.

² Conf. MORENO, *ob. cit.*, t. 5, p. 19.

³ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 95.

mismo modo, los tratados internacionales contienen normativas y disposiciones similares, garantizándole que no será objeto de injerencias arbitrarias⁴.

II. Violación de correspondencia

El artículo 153 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida.

”Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho”.

1. Antecedentes

El proyecto del doctor Carlos Tejedor penaba con arresto de dos meses y multa al que “se apoderare de papeles o cartas de otro, o revele los secretos que contengan. Si se impusiere de los secretos, aunque no los revele, sufrirá un mes de arresto”⁵.

En la nota Tejedor expresaba: “No se trata aquí —dice Pacheco— de empleados que faltando a su obligación descubran o divulgan secretos de particulares. Trátase sólo de personas privadas que lo intentasen y lo cometiesen, apoderándose para ello de cartas o papeles ajenos. Es, por consiguiente, compuesto y doble el delito que se trata en el primer párrafo del artículo, consistiendo: 1) en apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles de los que se contiene; 2) en divulgarle, dándole publicidad. ¿Qué diremos si no se cometieren ambas acciones, si el que se apodera del secreto no lo publica, o si el que lo publica no se ha apoderado de él? Al primer caso responde el

⁴ Entre los tratados internacionales que se mencionan podemos destacar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁵ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. 5, p. 21.

segundo párrafo de la ley. También hay pena, pero es menor. Al otro no podemos decir sino que el Código no lo castiga. Quien publica lo que ha sabido legítimamente podrá ser indelicado, pero no es criminal; lo penará la opinión, mas no lo pena la ley, como no cometa injuria, calumnia u otro delito”. Agrega luego, siguiendo a Pacheco, que el artículo puede dar ocasión a la cuestión siguiente: “Cuando uno se haya apoderado de papeles de otro, ¿deberá, por lo común, el dueño, acreditar que aquél lo hizo con ánimo de conocer sus secretos, o será, por el contrario, él quien deba justificar que los tomó con otro propósito, si quiere eximirse de toda pena? En una palabra: ¿cuál es la presunción en semejante caso? A nuestro juicio la presunción *juris* no puede ser otra que la de haberse usurpado los papeles con esa idea, siendo, por consiguiente, contraria al que los ocupa. Nos fundamos en que tales papeles no sirven para otra cosa que para averiguar su contenido. Quien los usurpa, pues, busca, sin duda, el conocimiento de lo que encierran, y si él supone otro propósito, él será, de ordinario, quien lo deba acreditar”⁶.

La nota termina con referencias a la legislación comparada.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García contiene dos artículos referentes a esta materia. En el primero, concordante con el que estamos examinando, castiga:

1. Al que se apodere de papeles o cartas de otro y divulgue o se aproveche de los secretos que contengan, y
2. Al que se apodere de papeles o cartas de otro si se hubiese impuesto de los secretos, aunque no los divulgue ni los revele.

No se aplica la disposición a los cónyuges, padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus cónyuges, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales les es lícito instruirse de correspondencia ajena⁷.

El Código de 1886, en el artículo 173, castiga al que se apodere de papeles o cartas de otro: 1) con arresto de tres meses a un año, si revelase los secretos que contengan o se aprovechase de ellos; 2) con

⁶ MORENO, ob. cit., t. V, p. 22.

⁷ Ídem nota anterior, ps. 22/23.

arresto de uno a tres meses, si no revelase o no se aprovechase de los secretos, o si los papeles o cartas substraídos no los contuviesen⁸.

El proyecto de 1891, en el artículo 183, redactado en forma análoga al precepto correspondiente del Código en vigor, decía: "el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido, o se apodere indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no estén cerrados, o suprimiere una correspondencia que no le esté dirigida, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos.

"Si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, la multa será de quinientos a dos mil pesos".

La Exposición de Motivos se limita a decir que se ha aproximado, en la redacción de las disposiciones sobre esta materia, a la que contienen los Códigos húngaro e italiano.

El Código Penal de 1886 abordaba el tema en el artículo 173. Lo propio hacía el proyecto de 1891 en el artículo 183, el que resultaba análogo al Código vigente. El proyecto de 1906 contenía la figura en el artículo 161. La Exposición de Motivos del proyecto mencionado precedentemente manifiesta que: "El Código legisla en dos partes la violación y revelación de secretos, y nosotros reunimos toda la materia en un solo capítulo, garantizando de una manera mucho más efectiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque penamos todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados, carta telegrama, etcétera, y la supresión o desviación de su destino y la publicación de su contenido, estableciendo a la vez penas más severas para el empleado de correos o telégrafos que viole en cualquier forma la correspondencia..."⁹

En cuanto al proyecto de 1906, el artículo 161 es igual al 153 de nuestro Código, pues en el curso de la discusión a que diera lugar la reforma penal no se le introdujo modificación alguna al precepto de aquel proyecto que se tomó como base.

El Código de 1886 legislaba esta materia en dos partes, con re-

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ ZAFFARONI y ARNEDEO, *ob. cit.*, t. 3, ps. 300/301.

ferencia a particulares entre los delitos contra las garantías individuales, y con respecto a funcionarios entre los delitos cometidos por empleados en ejercicio de sus cargos.

Los proyectos de 1891 y 1906, a los cuales ha seguido el Código vigente, comprendieron toda la materia en un solo capítulo, procediendo con mejor método y mayor lógica. La Exposición de Motivos del proyecto de 1906 dice que se ha garantizado de una manera mucho más ejecutiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque se penan todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados, ya sean cartas, telegramas, etcétera, y la supresión o desviación de su destino, lo mismo que la publicación de su contenido¹⁰.

Para Moreno, el artículo comprende los siguientes casos: "Castiga: 1. Al que abriere indebidamente: a) una carta; b) un pliego cerrado; c) un despacho telegráfico; d) un despacho telefónico, y e) un despacho de otra naturaleza, siempre que ninguno de esos documentos le estuviere dirigido. 2. Al que se apodera indebidamente de: a) una carta; b) un pliego; c) un despacho, y d) un papel privado, aunque no esté cerrado. 3. Al que: a) suprimiere, y b) desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida.

"La ley pena el hecho aun cuando no exista, como consecuencia del mismo, ni revelación ni violación de secretos.

"Cuando el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, corresponderá la pena de un mes a un año. En los demás casos el castigo es menor [...] la ley incrimina: la revelación de secreto, la que se produce cuando la gente se apodera de aquéllos y los publica y difunde; la violación, que tiene lugar cuando el individuo se incauta del papel, aunque reserve el contenido; la supresión de correspondencia, lo que no ocurre cuando se destruye sin divulgarla, y aun sin informarse de su texto, y la desviación de la misma, o sea el hecho de hacer que no llegue al destino fijado.

"El Código —afirma Moreno— consagra así la inviolabilidad de los papeles privados de la manera más amplia. Con prescindencia de la revelación de secreto la ley castiga: 1. Al que abre el documento

¹⁰ MORENO, ob. cit., t. V, p. 24.

que no le está dirigido. 2. Al que se apoderare del documento de otro. 3. Al que suprima correspondencia de otro. 4. Al que desviare su destino”¹¹.

III. Apertura indebida de correspondencia

1. *Tipo objetivo*

Cuando hablamos de correspondencia es coincidente la doctrina en definirla como la comunicación escrita entre dos personas. En otras palabras, una persona envía a un tercero, una comunicación escrita que contiene expresiones propias de su pensamiento y sentimiento, a otra persona, a quien esas expresiones son remitidas. La escritura que se utilice pueden ser palabras, símbolos, etcétera¹².

Lo punible es abrir ilegítimamente una correspondencia, que no le está dirigida al autor, sino al llamado destinatario, aun cuando el autor del hecho sea un intermediario para la entrega¹³. Por lo cual, no hay duda de que lo determinante es la “dirección de la cubierta o del pliego, salvo que el autor conozca la rectificación del remitente o el error de la dirección”¹⁴. Lo esencial, entonces, es que la carta vaya dirigida a otra persona, y un tercero la abra indebidamente.

Molinario-Aguirre Obarrio sostienen que carta se refiere a toda comunicación mantenida, por escrito, entre dos personas. De modo que no es aplicable el concepto que está contenido en la Ley de Correos, que define carta a todo papel escrito, ordinariamente cerrado, cuyo contenido no se indique, ni pueda conocerse. Aguirre sostiene que aunque dicho pliego no tenga contenido o esté en blanco, para la citada ley será una carta¹⁵.

Por pliego cerrado debe entenderse las llamadas cartas plegadas, oficios o documentos de cualquier naturaleza que, cerrados, se envíen

¹¹ Ídem nota anterior, ps. 24/25.

¹² Conf. CREUS, ob. cit., p. 350.

¹³ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 98.

¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 98. Claro que en este último supuesto no habría dolo, si se sabía, como parece surgir del texto, que la carta era para el autor.

¹⁵ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 111.

de una parte a otra. Como es obvio, si el pliego está abierto, no es delito leerlo¹⁶. Vendría a ser el caso de las propagandas que se envían abiertas en pliegos abiertos a las personas. Explica Aguirre Obarrio que “como las cartas y los pliegos deben abrirse (para que exista delito) la diferencia consiste en que aquéllas han de estar en sobre cerrado, mientras que éstos van doblados (plegados, de ahí que se les llame pliegos) y se cierran mediante algún pegamento, faja, lacre o broche, es decir, algo que denote un impedimento a la cándida lectura”¹⁷.

También Aguirre Obarrio ha hecho notar que en relación a la expresión despacho telegráfico, se trata de todo telegrama, pero afirma que falta la expresión “escucharse” una conversación telefónica, ya que, de lo contrario, la expresión despacho telefónico no tiene sentido¹⁷⁻¹.

Abrir indebidamente la correspondencia cerrada, esto es que está de tal manera que no se puede leer su contenido, se refiere a romper la cubierta o el cierre, aunque no se entere de su contenido y vuelva a cerrar la cubierta o el pliego¹⁸. Otros autores hablan de despegar la correspondencia o cortar una carta dirigida a un tercero¹⁹.

También se incluye el pliego cerrado, un despacho telegráfico (telegrama), un despacho telefónico o de otra naturaleza, en todos los casos que no se haya dirigido al autor.

El medio por el cual la persona logra hacerse de la carta para abrirla es para el tipo penal irrelevante, sin perjuicio de que puedan concurrir otros delitos, como ser, el hurto, el robo o la estafa, entre los más normales de usar. En estos casos el concurso sin duda es real o material (art. 55, Cód. Pen.).

La apertura de este artículo se refiere tanto a la correspondencia en tránsito, a la que está para su expedición o a la que ha sido recibida o perdida²⁰.

¹⁶ Ídem nota anterior.

¹⁷ *Ibidem*, ps. 111/112.

¹⁷⁻¹ AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 112.

¹⁸ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 99.

¹⁹ Conf. BUOMPADRE, *ob. cit.*, p. 188.

²⁰ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 100.

a) *Excepciones al principio de la inviolabilidad*

La acción típica implica “abrir indebidamente”; no conlleva necesariamente imponerse del contenido. Los objetos mencionados quedan incluidos en el término “correspondencia”, la que debe encontrarse, como presupuesto, cerrada. Encontrándose cerrados (la carta, el pliego, etc.), es indiferente respecto del tipo que los mismos contengan o no un secreto, puesto que lo que se protege es el derecho al secreto.

Sin embargo, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia no es absoluto. Tanto en la vida civil, como en el comercio y con relación a los procesos penales, existen supuestos en los cuales se autoriza la interceptación, el secuestro y la apertura de la correspondencia privada, como del apoderamiento de papeles individuales. El Estado, afirma Moreno, respeta a las personas dentro del orden jurídico, pero cuando éstas se salen de la juridicidad o cuando, en el curso de una investigación, hay serias sospechas de que existen hechos ilícitos, la autoridad social puede usar de manera excepcional de todos los medios y atacar los derechos mejor garantizados²¹.

Esto implica que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia no es absoluto. La doctrina ha marcado casos en donde terceras personas, que no son los destinatarios, tienen la facultad de abrir la correspondencia. Ejemplo de ello son los casos en que la autoridad judicial, en virtud de las autorizaciones que conceden las normas procesales, pueden abrir la correspondencia en el curso de la investigación de un delito²². En el mismo sentido se conceden autorizaciones por razones de seguridad, o cuando la apertura es indispensable para el cumplimiento efectivo de una función o en el caso del ejercicio de la potestad o guarda de incapaces²³.

²¹ MORENO, t. V, p. 25.

²² Desde antaño señalaba Moreno que no existen derechos absolutos y por lo tanto hay excepciones al principio de inviolabilidad de correspondencia. Tal como se hace actualmente, en el ámbito de la vida civil, como en el comercio o en los procesos criminales seguidos a las personas, existen casos y formas de procedimientos que autorizan la interceptación y apertura de la correspondencia privada, así como el apoderamiento de papeles privados (conf. MORENO, ob. cit., t. 5, p. 25).

²³ Conf. CREUS, ob. cit., p. 351. En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 189.

Así, el Código Procesal de la Nación, regulando el artículo 18 de la Constitución Nacional, ha previsto dos artículos. En el 234 del CPPN se afirma: "Siempre que lo considere útil para la comprobación del delito el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo nombre supuesto". Y en el 235 se regula la forma de la apertura: "Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el juez procederá a su apertura en presencia del secretario, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá, por sí, el contenido de la correspondencia.

"Si tuvieren relación con el proceso, ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia"²⁴.

La legalidad de la acción que, obviamente, lleva a que sea atípica, y, en su caso, por existir error se elimine el dolo, no deja a cubierto casos en que la apertura de la correspondencia se hiciera sin motivos comunicándose su contenido a otro, que nada tuviera que ver con el proceso. Supóngase al juez de una causa que secuestre correspondencia y que ella no tenga nada que ver con el proceso, y luego, en una reunión social, hiciera saber el contenido de esas cartas a terceras personas, por el solo hecho de contar que una persona tenía una amante, etcétera. Es claro, y no se puede discutir en este caso, el dolo del autor, porque sabe que la carta nada tenía que ver con el proceso, y que, además, está contando algo que no debe.

2. Tipo subjetivo

El tipo penal, de la manera en que está redactado, exige el dolo directo, de manera que no sólo se exige que el autor conozca que se trata de una carta, pliego cerrado, de un despacho telegráfico o telefónico, sino, además, que se encuentre cerrado y que se lo abra, de manera indebida. Además debe ser consciente de que la carta no estaba dirigida a su persona²⁵.

²⁴ Más detalles: véase DONNA y MAIZA, ob. cit., ps. 274/275.

²⁵ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 112.

El error de tipo, en todos los casos, elimina el dolo, y puede versar sobre alguno de los elementos antes enumerados. Puede darse el caso de que el sujeto crea que el autor tenía derecho a abrir la carta, de manera que el error sería de prohibición.

3. *Sujetos*

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que no resulte ser el destinatario de la comunicación, lo que emerge sin duda de la ley. Núñez afirma que autor puede ser el que tiene la correspondencia de manera legítima en su poder, el que la tiene ilegítimamente por haberse apoderado de ella o el que simplemente la abre sin apoderarse o interrumpir su curso²⁶. Creus refiere que: “El despacho dirigido a un destinatario imaginario o a uno que ya ha fallecido, sigue siendo un objeto cuya apertura es típica porque el delito protege el derecho al secreto, tanto del destinatario como del remitente, que de cualquier modo se verá violado en ambos casos”²⁷.

4. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma cuando se procede a la apertura de la correspondencia, aun cuando con posterioridad se la cierre. No tiene mayor relevancia la imposición del contenido. Resulta admisible en este contexto la tentativa.

IV. **Apoderamiento indebido de la correspondencia**

El artículo 153, párrafo primero, segunda parte castiga con pena de prisión de quince días a seis meses, al que “se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado”.

1. *Problemas referidos al bien jurídico*

La última parte del párrafo “aunque no esté cerrado” denota, a criterio de Aguirre Obarrio, la confusión de legislador entre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles

²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 100.

²⁷ CREUS, ob. cit., p. 353.

privados, y el derecho a la inviolabilidad del secreto. Y esto es así porque si la correspondencia o los papeles privados no están cerrados, es más que obvio que no hay secreto²⁸. Para dar sentido a la norma, el autor citado recurre a la cita de Soler, quien afirma que “la ley da preferencia a esa clase de cosas, despojadas casi de valor material, pero cargadas de sentido humano”²⁹.

2. Tipo objetivo

La acción típica consiste en “apoderarse indebidamente”; ello implica tanto como aprehender una cosa. En este caso, Solsona opina que no importa la manera del apoderamiento, admitiéndose la clandestinidad, el fraude y la fuerza³⁰. Núñez es de la opinión que el apoderamiento de correspondencia no necesariamente se trata del delito de hurto, porque “el apoderamiento furtivo de una carta, pliego o despacho comprende el cometido por ardid o engaño, pues, aquí, el apoderamiento mediante fraude no está separado del furtivo. Como tampoco se excluye del concepto de apoderamiento de correspondencia, su retención, o apropiación”³¹. Pero el apoderamiento de manera definitiva equivale a la supresión. Esto lo lleva a sostener que este delito puede “concurrir materialmente con el delito de hurto”³².

En cambio, Molinario y Aguirre Obarrio afirman que se trata de un hurto, pero con un objeto material específico³³.

²⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 115.

²⁹ SOLER, citado por MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 116.

³⁰ SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra la libertad*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 100.

³¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 101.

³² NÚÑEZ, ídem, p. 100. Aclara que el concurso no puede suceder por “el solo apoderamiento de lo que en sí mismo es una correspondencia, porque ésta, incluso si se admite su valor pecuniario, constituye el objeto de un tipo delictivo especial separado ex profeso del tipo del hurto (art. 162) y que, por consiguiente, no lo puede involucrar. El concurso que aquí nos interesa ocurre cuando a la par de la pieza que constituye una comunicación, el autor se apodera de otra pieza con valor económico. El concurso es material porque el autor, aunque lo hace en el mismo contexto, se apodera de dos cosas distintas, cuyo apoderamiento produce efectos jurídicos distintos” (NÚÑEZ, ob. cit., p. 102).

³³ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 116.

Tal como está redactada la norma, la acción supera el delito de hurto, porque puede apoderarse aun quien detenta la cosa, es decir, quien tiene poder material sobre ella, como ser, el cartero, y la acción como tal no sería la del hurto.

Los objetos a que se refiere el tipo penal tienen que ser, como se afirmó antes, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, no interesando en este caso que se encuentren abiertos o cerrados.

3. *Tipo subjetivo*

Nos encontramos frente a un delito doloso y, como en el caso anterior, se requiere que el sujeto activo (autor) tenga el conocimiento del carácter del objeto que se apodera, que es indebido, lo que lleva necesariamente a que se exija el dolo directo.

4. *Sujetos*

Sujeto activo puede ser cualquier persona que no resulte destinataria de la correspondencia, de modo que si ésta se apodera de ella antes de la entrega, no tipifica el hecho. Creus también incluye a “quien no ha expuesto el pensamiento o la referencia particular en el papel privado”³⁴.

V. **Supresión y desvío de correspondencia**

El artículo 153, párrafo primero, tercera cláusula del Código Penal establece la misma pena que en el caso anterior, para la persona que “suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida”.

1. *Tipo objetivo*

La mejor conceptualización del delito la ha dado Núñez, cuando afirma que se trata de “impedir que la correspondencia en curso, cerrada o abierta y no dirigida al autor, llegue a su destinatario, sea sacándola de curso (supresión) o cambiando éste (desvío)”³⁵.

Las acciones típicas consisten en suprimir o desviar la correspon-

³⁴ CREUS, ob. cit., p. 355.

³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 102.

dencia. Suprimir implica tanto como destruir la correspondencia o quitarla definitivamente de su curso natural; también se puede interpretar como ocultarla³⁶, o definitivamente hacerla desaparecer, que según parte de la doctrina implica destrucción del objeto, lo que equivaldría al delito de daño³⁷.

El desviar la correspondencia es sacarla del destino que tenía originariamente o cambiar su curso.

Los medios que se pueden utilizar para llevar a cabo las acciones pueden ser cualesquiera, resultando indistinto que se trate de correspondencia abierta o cerrada. En ambos casos se presupone una correspondencia en curso.

2. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, debiendo el autor, como en los casos anteriores, conocer el carácter del objeto y actuar con la intención de suprimir o desviar la correspondencia. Se admite, por parte de algunos autores, el dolo eventual (Núñez, Creus), aunque es difícil imaginar estos supuestos, y no se entiende el motivo por el cual la doctrina cambia la exigencia del dolo directo, como en los anteriores tipos penales.

3. *Consumación y tentativa*

Se produce la consumación cuando se logra que la correspondencia no llegue al autor, ya sea suprimiéndola o desviándola, aunque con la intervención de otras personas se retome el destino que debía llevar.

Es posible la tentativa.

VI. **Agravamiento por comunicación o publicación del contenido de la correspondencia**

El artículo 153, en su segundo párrafo, prevé la agravante, alcanzando a los tipos que se describen en el primer párrafo del mismo artículo, con pena de "prisión de un mes a un año" en el caso de que el culpable "comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho".

³⁶ Conf. BUOMPADRE, Jorge, *Delitos contra la libertad*, p. 191.

³⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 119.

1. *Elementos de la agravante*

Se refiere a comunicar el contenido de la correspondencia a terceras personas, aunque se trate de una sola. La doctrina ha interpretado que el sujeto activo debió imponerse previamente del contenido de la correspondencia, toda vez que no se puede hacer conocer a otro algo que no se conoce³⁸.

Las acciones típicas consisten en:

- a) "Comunicar", que implica tanto como hacerlo conocer a un tercero que no participa del ilícito y, además, no tiene autorización para conocerlo.
- b) "Publicar el contenido" implica hacerlo notorio llevándolo al conocimiento del público en general³⁹.

La agravante no concurre si el conocimiento del tercero o del público llega sin la voluntad del autor, lo que es más que obvio, ya que el delito es doloso. Buompadre sostiene que nos encontramos frente a un delito de doble actividad, ya que la agravante exige que el agente sea autor de algunos de los tipos descriptos en el primer párrafo de la norma "para, posteriormente, comunicar o publicar el contenido de la carta, escrito o despacho. La ausencia de este lazo comunicante hace desaparecer la mayor penalidad"⁴⁰. La opinión es relativamente cierta, debido a que, como afirma Núñez, la calificante puede o no admitir la doble actividad del autor, ya que puede realizar la acción de una manera que involucre la comunicación o puede ser en dos actos, si primero se entera y luego comunica⁴¹.

A nuestro juicio, se requiere dolo directo, ya que debe saber todo lo que se exigía antes y, además, ahora, la voluntad de hacerla pública a terceros⁴².

³⁸ Conf. SOLSONA, ob. cit., p. 101.

³⁹ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 102.

⁴⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 192.

⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 103.

⁴² En contra Núñez, pero a nuestro juicio confundiendo el dolo directo con el específico, sobre el cual ya hemos dicho que es una categoría sin sustento dogmático, ya que todo dolo es específico.

VII. Violación de correspondencia calificada por la condición del autor

El artículo 154 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto".

1. Antecedentes

El proyecto Tejedor contenía, tratando el tema, dos capítulos. El primero de ellos abordaba el delito de "descubrimiento y revelación de secretos" (como lo denomina actualmente del Código Penal español), cometidos por particulares, considerándose éste un ataque a las garantías individuales. El segundo se refería a la revelación de secretos realizada por un empleado, legislándose entre los "delitos peculiares a funcionarios públicos"⁴³.

Esta última clase es la que concuerda con el presente artículo del Código. Según este proyecto, el empleado que en asuntos del servicio público revele secretos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado con suspensión del empleo. Y si de la revelación resultare grave daño, la pena será la de pérdida del empleo y prisión. También se castiga al empleado público que intercepta, sustrae, inspecciona, oculta o publica cartas o documentos abusando para ello de su cargo.

Caracterizando el delito, la nota dice, basada en Pacheco, que si un escribano sabe de lo que resulta de un sumario, un empleado de policía recibe órdenes secretas y las declara, incurre en los delitos comprendidos en el artículo.

Un sistema similar fue adoptado por el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García y por el Código Penal de 1886.

Por su parte el proyecto de Código de 1891 legisló el delito, como lo hizo el Código Penal de 1921, en un solo capítulo; así

⁴³ MORENO, ob. cit., t. 5, p. 27.

también lo hizo el proyecto de 1906 siendo el artículo 162 del proyecto coincidente con el artículo 154⁴⁴.

2. *Bien jurídico protegido*

En lo referente al bien jurídico protegido, sigue encontrándose dentro del “marco de la reserva propia de la libertad”⁴⁵, existiendo, en este caso, un interés social relacionado con el cumplimiento de un servicio público. Sin embargo, como bien lo ha hecho notar Núñez, sólo en alguna de las hipótesis que contiene el artículo 154 representa un tipo agravado por la calidad del autor y el abuso de esa calidad, respecto a los párrafos primero y segundo del artículo 153 del Código Penal, pues, además, el artículo se refiere a conductas consistentes en imponerse del contenido de la pieza de correspondencia, entregarla a otro que no sea el destinatario, ocultarla o cambiar su texto, que no están previstas en el artículo 153 del Código Penal⁴⁶.

3. *Sujetos*

La base del artículo se encuentra en el sujeto activo, que debe ser un empleado del correo o telégrafo. A los fines del artículo, no tienen relevancia ni la calidad ni la jerarquía del empleado. Tampoco es relevante que sea estrictamente un funcionario público, ya que también puede serlo un particular, lo que tiene importancia actualmente, en que el servicio del correo ha sido privatizado, de manera que en este aspecto la cuestión no cambia. Y esto se deduce del título en el cual está el artículo. Como decimos en nuestro tomo III, *Delitos contra la administración pública*, la mayoría de los tipos que se encontraban

⁴⁴ La Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1906 explica que reúne la materia en un solo capítulo “garantizando de una manera mucho más efectiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque penamos todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados, carta, telegrama, etc., y la supresión o desviación de su destino y la publicación de su contenido, estableciendo a la vez penas más severas para el empleado de correos o telégrafos que viole en cualquier forma la correspondencia” (ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 3, ps. 300 y 301).

⁴⁵ SOLSONA, ob. cit., p. 103. Creemos que resulta adecuada y ha de pensarse la inclusión de este tipo de delitos dentro de los delitos contra la intimidad como lo tiene legislado el Código Penal español.

⁴⁶ NÚÑEZ, t. V, p. 103.

en ese título, protegían el normal funcionamiento de la administración pública, con los alcances allí dados. En cambio, en este delito la protección es a la libertad, de manera que no es el servicio del correo lo que se protege, ya que en ese caso, y debido a que en su momento era estatal, hubiera provocado problemas actualmente, en el sentido de no hacer analogías prohibidas por ley⁴⁷.

Buompadre considera acertadamente que la norma abarca a los particulares que trabajan en el servicio postal de una empresa privada, concesionada por el Estado, toda vez que el servicio prestado es público. No sucediendo lo mismo si el servicio de correos ha sido privatizado por el Estado nacional, siendo en este caso "un servicio privado de correos en beneficio del público"⁴⁸.

La ley requiere que el empleado abuse del cargo, lo que significa que debe haber aprovechado el empleo para realizar las acciones típicas. Eso implica tanto el aprovechamiento de sus funciones específicas, como que la condición de empleado le haya facilitado la tarea⁴⁹. Por eso, tanto puede cometer este delito el empleado que tiene las cartas en su poder, como el portero que se aprovecha del cargo para realizar las acciones típicas⁵⁰.

4. Tipo objetivo

Entre las acciones típicas se encuentran las de "apoderarse" o "suprimir", que fueron explicitadas precedentemente, motivo por el cual nos remitimos a la explicación dada al tratar el artículo 153 del Código Penal.

Ahora bien, el artículo 154, que ahora estudiamos, tipifica la acción de "imponerse de su contenido", respecto "de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia". Esto implica que el empleado de correos o telégrafos adquiera el conocimiento del contenido o del texto de la correspondencia. En opinión de Núñez,

⁴⁷ En este sentido, NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 104; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 120.

⁴⁸ BUOMPADRE, ob. cit., p. 193.

⁴⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 104; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 120.

⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 104; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 120.

Fontán Balestra y Soler, debe tratarse de cartas o pliegos cerrados⁵¹. El imponerse de su contenido tanto puede hacerse abriendo o no la carta, apoderándose de ella o no, ya que bastaría que la retuviera y la mirara al trasluz. Acierta Núñez al decir que si hay copia reservada en el correo, también se impone del contenido el empleado que lee lo que no tiene que leer⁵².

Cuando se dispone en el tipo el “entregar a otro”, implica desviar la correspondencia, no respetando al destinatario original o al que iba dirigida la correspondencia. Resulta indiferente la forma en que opera el desvío.

“Comunicar a otro” lo que contiene la comunicación significa el poner en conocimiento de otra persona que no es el destinatario, no importa la forma, el contenido de la correspondencia.

Cuando se habla de “ocultamiento” hemos de coincidir con Núñez en que la conducta de ocultar, en este caso, implica el poner la correspondencia fuera de la vista de terceros⁵³.

“Cambiar el texto” significa tanto como modificarlo, en todo o en parte. La doctrina es mayoritaria en opinar que el cambio puede ser parcial o total. Estrella y Godoy Lemos hacen la aclaración de que lo modificado total o parcialmente debe ser el texto de la correspondencia, no incluyendo el sobre, ya que en este caso se estaría frente a una supresión y no cambio de texto⁵⁴. Consideramos que también podría tratarse de un desvío, en caso de modificarse el texto del sobre que contiene la carta.

5. *Tipo subjetivo*

Nos encontramos frente a un delito doloso, siendo necesario en este caso el dolo directo del autor, ya que las acciones antes descritas, sumadas al abuso o aprovechamiento de la función, no son compatibles con otra clase de dolo.

⁵¹ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 233.

⁵² NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 105; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 120.

⁵³ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., p. 106. Núñez opina que no alcanza con la simple retención. En contra Fontán Balestra y Soler, quienes opinan que alcanza con la retención de la correspondencia.

⁵⁴ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 234.

6. *La acción penal*

La acción es pública, ya que el artículo 73 del Código Penal, si bien habla de que la acción es privada, en el caso de violación de secretos excluye los casos de los artículos 153 y 154 del Código Penal.

VIII. **Publicación indebida de correspondencia**

El artículo 155 del Código Penal establece que: “El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”.

1. *Antecedentes*

El primer antecedente en nuestro Derecho fue el proyecto de 1891, que introdujo en nuestra legislación tal disposición. Así la Exposición de Motivos expresaba claramente que se trataba de una figura nueva la introducida en el artículo 185, “penando al que publicare una correspondencia no destinada a la publicidad, pues hay en ese caso una verdadera revelación de secretos ajenos, como lo ha comprendido el Código italiano en su artículo 161”⁵⁵.

Posteriormente fue tomada por el proyecto de 1906 y de allí al Código de 1921.

2. *Bien jurídico protegido*

Se protege por intermedio de la figura la libertad de los individuos y el derecho que tienen las personas a que no se haga pública o “se entregue al conocimiento general su correspondencia no destinada a la publicidad”⁵⁶.

⁵⁵ ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 2, p. 426 del proyecto de 1891 de los Dres. Piñero, Rivarola y Matienzo.

⁵⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 107. La ley —expresa Núñez— castiga “al que hiciere publicar indebidamente esa correspondencia. La expresión de la ley no es nada más que una mala versión de la correcta fórmula italiana *la fa indebitamente pubblica* (Cód. de 1889, art. 161). Entendida así queda claro que lo punible es publicar por sí la comunicación contenida en la correspondencia, tanto como hacer publicar por otro” (NÚÑEZ, ob. cit., p. 109).

Para Molinario y Aguirre Obarrio, el bien jurídico es la reserva que, expresa o tácitamente, se ha pactado al tener esa correspondencia, lo que llevó a Gómez a juzgarla como una violación de secretos⁵⁷.

Aguirre Obarrio, cuando comenta esta disposición, plantea la discusión que se dio cuando en Italia se consideró la incorporación de esta disposición y los motivos por los cuales el Código Rocco la eliminó del catálogo de delitos. En principio, sostiene Rocco que se trata de un ilícito civil y no penal. Pero agregaba que “no me ha parecido conciliable que el remitente pueda imponer el secreto al destinatario”. Luego lo equipara con el secreto oral y como éste no está castigado, tampoco lo debe estar el escrito⁵⁸.

En cambio Manzini propugnaba la incriminación aduciendo que es distinto el secreto escrito que el oral, ya que en la carta escrita se conserva la prueba de lo que fue confiado.

Aguirre Obarrio concluye que la incriminación está perfectamente justificada en observaciones de la vida. La amistad entre personas, que han estado unidas por distinto tipos de vínculos e ideologías, se halla sujeta a mudanzas, de modo que confidencias hechas en un momento, pueden tornarse problemáticas cuando la amistad se convierte en otra cosa, a veces enemistad. Si el antiguo amigo tuviera el derecho a publicar estas confidencias, es abrir lisa y llanamente, afirma el autor, el camino al desorden social, de modo que se expone el honor y la tranquilidad de una persona en manos de otra⁵⁹.

3. Tipo objetivo

Moreno sostiene que los elementos esenciales del delito son, según Crivellari, los siguientes:

- 1º) Que la correspondencia epistolar o telegráfica no sea destinada a la publicidad;
- 2º) que aquel que la posea la haga pública indebidamente;
- 3º) que el hecho de la publicación pueda ocasionar perjuicio⁶⁰.

⁵⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 124.

⁵⁸ Ídem nota anterior, p. 129.

⁵⁹ Íbidem, p. 123. Más argumentos y mejor expuestos en las páginas citadas.

⁶⁰ MORENO, ob. cit., t. V, p. 31.

La correspondencia puede ser una carta, un pliego o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, y tanto puede estar cerrada como abierta. La base del tipo es que no debe haber sido destinada a la publicidad, tanto por su contenido como por la voluntad expresa o tácita del remitente, esto es, no debe estar destinada a llegar a destino de todos⁶¹.

La acción típica consiste en hacer publicar indebidamente una correspondencia, que el autor tenga en su poder, que no sea destinada a la publicidad.

“Hacer publicar indebidamente” es, según Núñez, una mala traducción de la expresión *la fa indebitamente pubblica* del artículo 161, del Código de 1889 de Italia, que significa que lo punible es, tanto como publicar por sí, como hacer publicar por un tercero. Tanto se hace público cuando se lleva a conocimiento de un número indeterminado de personas, como si se lo pone al alcance de esa generalidad, aunque nadie se haya enterado, porque no se leyó el panfleto, o no se escuchó su lectura, etcétera. Por eso, parte de la doctrina ha sostenido que hacer pública la correspondencia implica que se ponga en conocimiento la correspondencia de un número indeterminado de personas. Estrella y Godoy Lemos consideran que no resulta necesario el efectivo conocimiento de la correspondencia por parte de un grupo indeterminado de personas, sino que alcanza con la posibilidad de ese conocimiento⁶².

La publicación puede producirse por cualquier medio (escrito u oral). Gómez también pone el caso de exponerla en un juicio. La publicación del contenido puede ser total o parcial, ya sea mediante la transcripción auténtica o de los conceptos que la componen. El delito consiste en que lo publicado diga algo que la correspondencia contenía y que era secreto, en el sentido antes mencionado⁶³. También para que se dé el hecho delictivo tiene que tener relación con la persona del remitente, de manera que de alguna forma, éste sea identificable directa o indirectamente⁶⁴.

⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 109.

⁶² Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 236.

⁶³ CREUS, ob. cit., t. 1, p. 386.

⁶⁴ Ídem nota anterior.

a) *Ilegitimidad*

El tipo exige la ilegitimidad, y ello se desprende cuando la norma claramente expresa que la correspondencia no debe estar “destinada a la publicidad” y el autor la “hiciera publicar indebidamente”, por lo cual en el caso de que exista un permiso o una autorización por parte del remitente no existiría o desaparecería la ilegitimidad⁶⁵.

De manera que tampoco será ilegítima la publicación cuando el autor tenga derecho para publicarla. La doctrina distingue, en este aspecto, dos supuestos que son, por una parte, el ejercicio de un derecho, y por la otra, el cumplimiento de un deber. Los primeros, son los casos en que la legitimidad proviene de situaciones de justificación de la conducta típica conforme a las disposiciones del artículo 34⁶⁶. Sin embargo, la publicación debida a la coacción o la amenaza no legitima el actuar, sino que, solamente, y de acuerdo a la dogmática moderna, eliminaría la responsabilidad por el hecho⁶⁷.

Mejor analizada la cuestión, la ilegitimidad es un elemento normativo del tipo del artículo 155, de manera que cualquier causa que legitime el accionar de la persona, directamente elimina el tipo penal.

El tipo penal exige, además, que se pudiera ocasionar perjuicio, alcanzando con que éste pueda ser al menos potencial⁶⁸. Creus afirma que es ésta una condición objetiva, que no tiene que estar comprendida por el dolo del autor. Y agrega que la ley equipara el perjuicio que se causa efectivamente al potencial, pero debe ser producido por la publicación, ya sea de manera directa o indirecta⁶⁹. Por eso afirma Núñez que el perjuicio potencial, no sólo puede ser probable sino que debe ser posible.

El perjuicio tanto puede ser público, privado, material, patrimonial o no, pudiendo recaer sobre el remitente o sobre personas terceras, que deben ser distintas al autor del hecho.

⁶⁵ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 236, citando a Fontán Balestra.

⁶⁶ CREUS, ob. cit., t. I, p. 388.

⁶⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 111.

⁶⁸ En el mismo sentido, Solsona. Laje Anaya expresa que “no se requiere un perjuicio efectivamente causado; basta la posibilidad de causarlo” (LAJE ANAYA, ob. cit., p. 195).

⁶⁹ CREUS, p. 388.

4. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso. El autor debe conocer que está frente a una correspondencia, que ésta no puede ser dada a publicidad, que esta publicidad es indebida y que puede ocasionar perjuicio. Esta afirmación implica dos cosas. La primera que sólo es admisible el dolo directo, y la segunda, que el perjuicio es un elemento del tipo que integra el dolo, y que, por lo tanto, no es una causa objetiva de punibilidad como lo pretende Creus.

5. *Sujetos*

El sujeto activo del delito es la persona que está en posesión legítima de la correspondencia. Para Núñez, sujeto activo puede ser el destinatario de la correspondencia o el tercero que tiene la pieza respectiva, pero no lo será quien tiene conocimiento de su contenido o una reproducción material de ella, siempre que la posesión no tenga lugar por el apoderamiento de la correspondencia, pues, en este caso, la acción cae en la previsión del artículo 153 (párrafo primero, cláusula segunda), aunque no cause perjuicio o pueda causarlo⁷⁰.

6. *Consumación y tentativa*

El delito se consume con la publicación y es posible la tentativa. El ejemplo que pone Creus es que se rompiera la máquina del periódico donde se está imprimiendo la correspondencia para su publicación⁷¹.

IX. La violación del secreto profesional

El artículo 156 del Código sustantivo establece que: “Será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

1. *Antecedentes*

El proyecto Tejedor penaba al que descubriera el secreto de “alguna

⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, ps. 108/109.

⁷¹ CREUS, ob. cit., t. I, p. 387.

invención o procedimiento industrial que se le confíe en calidad de amigo, discípulo, dependiente o socio"⁷².

El mismo proyecto castigaba al administrador, dependiente o criado que divulgara los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste. El primero, decía Tejedor, era un robo, y el segundo, un abuso⁷³.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García castigaba por su parte al administrador dependiente o criado que "divulgue secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste"⁷⁴.

El Código Penal de 1886 traía en su texto disposiciones similares y concordantes. En la parte referente a descubrimientos y revelación de secretos, castigaba al que descubriera el secreto o la invención o procedimiento industrial que se le hubiera confiado en calidad de amigo, dependiente o socio. Se castigaba al administrador, dependiente o criado que divulgara los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando a su servicio.

También castigaba al empleado público que revelara secreto en asunto de servicio público. Al empleado público que revelase secretos de un particular de los que tuviera conocimiento por razón de su oficio. Y por último, a los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se le hubieran confiado.

El artículo 186 del proyecto de 1891 era análogo al 156 del Código actual, el que era igual al 164, primera parte, del proyecto de 1906.

2. *Bien jurídico protegido*

La doctrina es coincidente sobre que se protege la libertad de la persona, "en cuanto a la esfera de reserva que constituye su intimidad, que aquí se protege"⁷⁵. Completando el concepto, Creus, citando a Maggiorre, expresa que el bien jurídico es la libertad individual, en

⁷² MORENO, ob. cit., p. 32.

⁷³ Ídem nota anterior.

⁷⁴ Conf. MORENO, ob. cit., t. 5, p. 33.

⁷⁵ CREUS, ob. cit., p. 364. Creemos que en la figura que ahora analizamos vuelve a plantearse y a verse la débil franja en donde la libertad y la intimidad se entremezclan, afectándose directamente esta última.

cuanto a la esfera de reserva que constituye la intimidad de una persona. Se trata de amparar la libertad individual relativa a los secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones.

Para Núñez, ya la denominación de secreto profesional con que suele titularse este artículo no es correcta, dado que es sólo un caso de revelación del secreto particular, conocido por razón del ejercicio de la fusión de los profesionales. Por ende, el artículo 156 no protege sólo a los clientes de los profesionales, sino a todos los que utilizan o son asistidos por personas que, sin ser profesionales, prestan los servicios propios de su estado, oficio, empleo, profesión o arte⁷⁶.

Sintetizando, para Núñez el bien jurídico surge del proyecto de 1891, que lo había tomado del Código italiano de 1889, y que unificó el delito de secreto particular junto con la violación del secreto profesional, dentro de los delitos contra la libertad. Este criterio es aceptado por Núñez, dado que es la libertad, como razonable actuación de la persona en el ámbito relacional, el interés jurídico que se lesiona cuando los secretos de terceros se revelan por quienes los conocen, en razón de relaciones de servicio de las que los individuos no pueden prescindir, sin menoscabo para bienes apreciables⁷⁷.

En cambio, parte de la doctrina española ha sostenido que el bien jurídico protegido es la intimidad personal, es decir, el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad⁷⁸.

3. *Tipo objetivo*

a) *La acción típica*

La acción típica consiste en revelar un secreto que tiene que ser, obviamente, ajeno de quien tiene conocimiento de él, en virtud de su oficio o de sus relaciones laborales. La acción típica de revelar es

⁷⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 115.

⁷⁷ Ídem nota anterior, p. 117.

⁷⁸ BAJO FERNÁNDEZ, citado por BARREIRO, ob. cit., p. 565.

sinónimo de divulgar, esto es, como la comunicación a una o más personas no poseedoras del secreto⁷⁹. Por ende, es dar a conocer a una, o a un número indeterminado de personas, un secreto que se ha conocido lícitamente, esto es, en razón de su “estado”, “oficio”, “empleo”, “profesión” o “arte”, o, dicho en términos más sencillos, por el oficio que tiene o por sus relaciones laborales.

Las expresiones que ha empleado la ley, de manera redundante, deben ser explicadas. Por estado debe entenderse una condición personal del sujeto, determinada, como afirma Núñez, por su ministerio religioso, como por ejemplo la de sacerdote, caritativo, educativo, social, como ser la asistente social, o por una vinculación no laboral a instituciones, como ser los estudiantes de medicina⁸⁰.

Oficio es la ocupación habitual de quien no es empleado, ni profesional, ni practica arte; como ser, el cerrajero, la institutriz, masajista, etcétera, cuyos servicios, explica Núñez, “se vinculan y utilizan voluntaria o necesariamente en la vida laboral”⁸¹. En este punto es claro que no entran los periodistas, ya que no son utilizables particularmente por terceros, por lo menos en su función específica.

Empleo es el trabajo de cualquier índole, retribuido o no, a las órdenes de un empleador público o privado. Comprende, según Núñez, a las personas cuyas ocupaciones son accesorias a profesiones, oficios, o artes susceptibles de ser receptáculos de secretos de sus clientes, como ser la enfermera de un médico, el taquígrafo de un abogado⁸². En síntesis es la ocupación pública o privada del individuo que se da en relación de dependencia⁸³.

La profesión refiere a la llamada profesión liberal o actividad cuyo ejercicio requiere título o autorización, y matrícula oficial, no siendo necesario su ejercicio continuo o lucrativo⁸⁴.

Arte implica tanto como la actividad que supone la posesión de conocimientos, y técnicas especiales y superiores, como suele suceder

⁷⁹ BARREIRO, ob. cit., p. 582.

⁸⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 119.

⁸¹ Ídem nota anterior.

⁸² *Ibidem*, p. 121.

⁸³ Conf. SOLSONA, ob. cit., p. 107.

⁸⁴ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. IV, p. 121.

con quienes practican las bellas artes, los técnicos, los peritos no matriculados oficialmente⁸⁵.

b) *El significado de la palabra secreto*

No puede olvidarse que el objeto del delito es un secreto. Todo el problema del tipo penal en cuestión radica en averiguar qué es lo secreto. En principio, se puede afirmar que es lo no divulgado, lo no conocido por un número indeterminado de personas y que debe existir un interés del titular en mantenerlo fuera del conocimiento de esas personas. Por ende, secreto implica algo que no se encuentra difundido o divulgado y que existe interés del sujeto pasivo (titular del secreto) en mantenerlo fuera del conocimiento de un número indeterminado de personas⁸⁶.

Por ello algún autor ha podido sostener que “el mantener una cosa secreta significa restringir el marco del conocimiento al estrictamente imprescindible y que puede recaer sobre cosas materiales o bien espirituales”⁸⁷.

Además, el secreto que se revela debe haberse conocido por el hecho de resultar profesional. Tal como lo sostiene Creus, el “ámbito de lo secreto se extiende a todo lo que atañe a la persona, incluso las producciones, invenciones o procedimientos técnicos, en cuanto su específica protección no esté atendida por leyes especiales”⁸⁸. Un régimen especial de confidencialidad introduce la ley 24.766 (ver art. 12) respecto de la confidencialidad sobre informes comerciales.

Bien ha sostenido Tozzini, sobre este punto, una idea que a nuestro juicio marca la solución de todos los problemas interpretativos que se puedan dar: “Cuando el legislador prohíbe la violación de secretos profesionales se debe entender que ha ponderado previamente los bienes y ha adoptado una solución a esos conflictos de colisión de derechos. Al determinar, mediante la materia de la prohibición, cuáles bienes han de prevalecer, lo que ha hecho es fijar el campo del injusto.

⁸⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 122.

⁸⁶ Conf. CREUS, ob. cit., p. 364. En el mismo sentido Buompadre.

⁸⁷ SOLSONA, ob. cit., p. 106. Cuando se refiere a circunstancias espirituales pone, como ejemplo, los sentimientos.

⁸⁸ CREUS, ob. cit., p. 365.

Y éste por su propia naturaleza es común a todo el Derecho. La expansión del injusto penal alcanza, de este modo, al Derecho Procesal a través del Derecho Civil, que se ocupa de los actos inválidos. En el ámbito integral del Derecho, el acto jurídico ilícito del médico queda como carente de objeto (art. 963, Cód. Civ.). La denuncia penal, entonces, no puede servir para concretar el injusto penal⁸⁹.

c) *La relación entre el secreto y la profesión u oficio*

El núcleo del delito consiste en la relación del autor con las calidades antes mencionadas, el secreto y la revelación. El secreto se debe haber conocido a raíz del ejercicio de la calidad de la persona, esto es, por la relación entre el que dice lo secreto y la persona que lo recibe. El psicólogo a quien el cliente le cuenta su problema, el médico que atendiendo a un cliente se entera del secreto, etcétera. Pero, de ninguna manera, si alguna de esas personas se entera del secreto cuando va de compras y escucha que algún cliente dice algo que es secreto, por un acto de torpeza de la persona que lo dice. En otros términos, se trata de una relación funcional y de confianza entre el autor y el tercero, y esto tiene sentido, porque si el médico, el psicólogo, el masajista, el confesor, entre otros, tuviera libertad para decir los secretos de las personas que han confiado, la intimidad de las personas terminaría, más aún de lo que este mundo moderno y globalizado ha logrado. En este sentido, la pena es sumamente baja, y llama la atención que aquellos que andan pidiendo aumento de penas, sin saber bien por qué, no se hayan fijado en este tipo de acciones; lo que es lógico, porque saben bien el porqué en aquellos delitos, pero desconocen la razón de éstos.

Por eso lleva razón Núñez cuando dice que tener noticias del secreto por las razones antes dichas, comprende los secretos manifestados por su poseedor con motivo del servicio que le presta el sacerdote, el profesional, etcétera, y los secretos relativos al objeto del servicio advertidos por éste en esa ocasión⁹⁰.

⁸⁹ TOZZINI, Carlos, *Violación del secreto profesional médico en el aborto*, en *Doctrina Penal*, año 5, N° 17 a 20, 1982, p. 157.

⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 123.

Hasta cuándo se debe guardar el secreto debe ser analizado a la luz del bien jurídico. La lógica es que tiene dos límites, en principio, la voluntad del dueño del secreto, por una parte, y, por la otra, que éste se mantenga en este estado.

4. *El daño posible*

La previsión efectuada por el artículo 156 del Código Penal protege la circunstancia de que del secreto haya tenido noticia en razón de su "estado, oficio, profesión o arte", requiriéndose, además, que esa divulgación pueda causar daño. El daño sólo es típico cuando aquella divulgación pueda causar un daño físico, patrimonial, moral, aun en el caso de que pueda ser sometido a proceso, etcétera. En principio, el daño es un perjuicio para un interés jurídicamente apreciable, que puede ser material o moral, ya sea económico o no, para el interesado en el secreto o para un tercero, una institución, la sociedad o el Estado⁹¹.

Se trata de un delito de peligro concreto. Basta con que el daño sea potencial, bastando, según Núñez, que sea posible⁹², situación que debe ser analizada *ex ante*, desde una posición objetiva.

El daño es potencial, y la ley, de manera extraña, no agrava el hecho en los casos en que realmente se produzca el daño a la persona, ni tampoco la distinta gravedad de ese daño. De manera que se exige un juicio de posibilidad y no de probabilidad, realizado de acuerdo a las circunstancias, que deben ser apreciadas según el caso y por un tercero imparcial⁹³.

5. *La legitimidad de la revelación. El secreto médico. Problemas referidos a la obligación de denunciar*

En el caso del médico, en especial, se puede dar la siguiente hipótesis, que es la que ha llevado a distintos fallos judiciales y a distintas soluciones. Una mujer se hace practicar un aborto, por persona no especializada. De esa operación se produce una infección en la

⁹¹ NÚÑEZ, t. V, p. 125.

⁹² NÚÑEZ, Ricardo, *Violación de secreto profesional y denuncia de aborto*, en L. L. 1980-D-473.

⁹³ NÚÑEZ, *ibidem*; SOLER, t. IV, p. 135; CREUS, t. I, p. 391.

paciente, que la obliga a que deba concurrir al hospital público, en donde el médico tratante estaría obligado a denunciar. Éste es el caso más conflictivo que ha llegado a tribunales, sin perjuicio de otros que pueden darse, en donde se da un conflicto entre el deber de guardar secreto, por una parte, y el deber de denunciar, por la otra.

Por eso la doctrina, primeramente, se ha ocupado del problema. En el caso del médico, afirma Núñez, aun siendo funcionario público, "el acto no deja de ser un acto que sustancialmente corresponde al arte de curar. Es esto y nada más. Para satisfacer la necesidad del secreto de ese acto, concurre la misma razón que aconseja su reserva por el profesional en el caso en que éste actúa ejerciendo liberalmente su arte; en ambos casos, la reserva encuentra su razón en la prevalencia que la ley atribuye al interés de la salud del paciente, incluso si éste puede ser un delincuente o si es un delincuente convicto, sobre el interés social en la prosecución y castigo de los delincuentes"⁹⁴.

Tozzini, ha dicho sobre este punto que no hay duda de que el médico es uno de los destinatarios directos de la prohibición del artículo 156 del Código Penal, por lo que rige el mandato legal de no revelar el secreto del paciente, en cuyo ámbito entró en razón de su profesión, de manera que aun siendo funcionario, debe proceder como médico para su preservación. Bajo ningún concepto, sigue diciendo el autor citado, el deber de denunciar, que imponen las leyes procesales a los funcionarios, puede establecer excepciones o justas causas a la prohibición de la ley de fondo. Ésta es una razón constitucional suficiente como para transformar en innecesarias las repeticiones sobre la correcta interpretación de las normas adjetivas que hacen algunos autores (Soler), por no advertir la imposibilidad de que adolece una disposición procesal para derogar o abrogar una norma penal, en materia que le es específica⁹⁵. En consecuencia, Tozzini sostiene que vale en este caso el derecho a la salud o la vida de la madre, que es mayor que la denuncia⁹⁶.

El fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario⁹⁷ planteó el problema del secreto médico y la obligación de denunciar, creemos

⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 474. *Tratado...* cit., t. IV, p. 129, letra c.

⁹⁵ TOZZINI, *La violación del secreto profesional...* cit., p. 156.

⁹⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 157.

⁹⁷ L. L. 1998-F-545.

nosotros, en sus justos términos. El caso es el siguiente: una médica residente del Hospital Centenario denuncia a la policía haber atendido a una mujer, quien acudiera para tratarse de un aborto infectado cuarenta y ocho horas antes.

Se trata entonces del conflicto existente ante la obligación de denunciar, que tiene todo funcionario público de acuerdo a los artículos 156 y 277, inciso 1º, del Código Penal y el artículo 177, inciso 1º, del Código Procesal Penal. "Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

"1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

"2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional"⁹⁸.

Se trata pues de una colisión entre ambos tipos penales: por una parte, la obligación de denunciar, y por la otra, la obligación de guardar secreto.

La Cámara de Rosario sostuvo:

- a) La revelación por parte de la médica violó el deber de prohibición.
- b) Las actuaciones procesales que se hicieron basándose en esa denuncia son absolutamente nulas.
- c) El Estado no puede valerse de medios ilícitos.
- d) No se está autorizando la muerte del feto, que ya fue muerto.
- e) La opción es entre salud de la madre-reserva del secreto.

Este criterio correcto ya había sido sostenido por el voto en disidencia de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto se sostuvo que: "el carácter de funcionario público no lo releva de la obligación de conservar el secreto profesional, ya que admitir lo contrario conduciría a la consagración de un privilegio irritante, pues sólo contarían con el secreto médico aquellos que pudieran pagar sus servicios privados"⁹⁹.

⁹⁸ DONNA y MAIZA, *Código Procesal Penal* cit., p. 192.

⁹⁹ Causa "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/Infracción ley 23.737", 12-8-97, voto de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert.

En igual sentido, la Cámara de Acusación de Córdoba sostuvo que “procede declarar la nulidad de todo lo actuado y para todos los efectos por la instancia –nulidad de carácter absoluto– en el proceso instituido contra la imputada, que habiendo sido objeto, con su consentimiento, de maniobras abortivas que le produjeron un cuadro infeccioso, en la necesidad de preservar su integridad física y hasta de su vida recurre a un hospital y narra al médico que la atiende la comisión de lo ocurrido y habiéndolo este profesional comunicado al director, se anoticia a la policía no obstante el deber de guardar secreto de la desventura, iniciándose así el proceso, sin que se hayan observado tampoco las formalidades que prescribe el Código Procesal Penal, con respecto a la declaración del imputado¹⁰⁰.

El tema no es nuevo ya que había sido tratado por la Cámara del Crimen de la Capital, que había sostenido en fallo plenario que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido que otro se lo causare, sobre la base de una denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no–, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de coautores, instigadores y cómplices”¹⁰¹. Como se verá, en este fallo el tribunal fue cauteloso, ya que permitió la investigación a terceros, que sin duda forma parte del secreto médico.

En síntesis, como lo ha dicho Soler, “la ley, frente a un grave conflicto entre dos bienes jurídicos, se pronuncia a favor de la tutela de la persona, aun a costa de sacrificar bienes de altísimo valor [...] negar el derecho de necesidad importa declarar al hombre en general carente de derecho, pues se le niega la vida [...] Había mayor prudencia y mejor corazón en aquellos que castigaban a los divulgadores de las gravideces ilegítimas, que en el que hay en ciertos maniacos que se obstinan en la ineficaz crueldad de castigar con la muerte a las desventuradas”¹⁰². La base está pues en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

¹⁰⁰ C.Acus. de Córdoba, 24-12-79, “A. de F., M. A. y otra”, L. L. 1980-228.

¹⁰¹ Causa “Natividad Frías”, J. A. 1966-V-69; L. L. 123-842.

¹⁰² SOLER, ob. cit., t. V, ps. 128 y 143, cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 158.

El tema también se ha planteado en el caso de nuevas enfermedades que afectan a terceros. En el supuesto de nuevas enfermedades, como el sida, afirma Huberman que el “principio fundamental se mantiene, siendo que debe preservarse el secreto profesional; pero a medida que se entra a estudiar el tema en profundidad, es fácil advertir que no todas las situaciones pueden recibir el mismo tratamiento”¹⁰³. Los casos que se pueden analizar son los siguientes:

- a) Parejas sexuales conocidas. Aquí Huberman, de acuerdo a “*Tarasoff vs. Regents de la Universidad de California*”, de la Corte de Norteamérica, afirma que es obligación proteger a terceras personas, máxime cuando la víctima sea identificable.
- b) Personas que comparten agujas.
- c) Familia: la obligación no se extiende más allá de las personas que tiene contacto sexual conocido.
- d) La escuela y trabajo; allí no se admite ninguna excepción al principio establecido.

El tipo también prevé que la revelación del secreto lo sea “sin justa causa”; ello implica que aquélla sea ilegítima¹⁰⁴.

Toda la discusión sobre este tema entendemos que ha confundido, y seriamente, el problema, llevando, en el caso del aborto, a enfocar la situación desde la idea de que la discusión está en la obligación, por parte del médico, de dos deberes, esto es, salvar la salud de la madre o la vida del niño, con lo cual traen a este punto toda la problemática de la colisión de deberes, que, como se sabe, es compleja y no puede ser resuelta si no es acudiendo a la dogmática de la parte general¹⁰⁵.

Pero lamentablemente no es éste el caso, ya que los bienes jurídicos no son los allí afirmados. Se trata, si se quiere, de la salud de la

¹⁰³ HUBERMAN, Karina, *El secreto profesional*.

¹⁰⁴ Se ha señalado por parte de la doctrina que la justa causa puede estar dada por el consentimiento del interesado. Se mencionan también como ejemplos de justa causa “la defensa del interés propio o ajeno” (conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 203).

¹⁰⁵ Véase HIRSCH, *Obras completas*, t. I, ps. 121 y ss.; MAURACH y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, § 33 y 34; ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, § 16; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Tecnos, 1984; DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. I, p. 78.

madre, por una parte, y la obligación procesal de denunciar, y no la vida del feto, que ya ha sido muerto. Por ende, no hay conflicto alguno, sino, por el contrario, rige la obligación de guardar secreto, y, además, no hay justa causa para revelarlo.

A nuestro criterio, se trata de un problema que se planteó más por cuestiones religiosas o ideológicas que jurídicas¹⁰⁶.

6. *Sujetos*

Autor: es un delito propio, sólo es autor el que tiene un determinado estado, profesión, oficio o arte. Por lo tanto el médico es uno de los destinatarios directos de la prohibición del artículo 156 del Código Penal. Bajo ningún concepto, entonces, el deber de denunciar, que imponen las leyes procesales a los funcionarios, puede establecer excepciones o justas causas a la prohibición de la ley de fondo¹⁰⁷.

Sujeto activo del delito puede ser solamente quien reúne determinada condición o ejerce una función determinada. Coincidimos con Buompadre en que se trata de un delito especial propio de autor calificado¹⁰⁸.

El secreto debe haberse conocido en razón del estado, oficio, empleo, profesión o arte del sujeto activo. Resulta posible la participación. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

7. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, abarcando el dolo el conocimiento de que se está revelando un secreto sin la existencia de causa justa. No se requiere ningún elemento subjetivo particular, alcanzando el dolo eventual. No se encuentra prevista la figura culposa y la acción es de carácter privado (art. 73, inc. 2º, Cód. Pen.).

8. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la revelación del secreto por parte del

¹⁰⁶ TOZZINI, ob. cit., p. 156.

¹⁰⁷ TOZZINI, *La violación...* cit., p. 156.

¹⁰⁸ BUOMPADRE, ob. cit., p. 205.

sujeto activo a una tercera persona (extraña), no obligada a guardar a su vez el secreto (Creus, Buompadre). No se requiere que se haya producido el daño efectivamente, admitiéndose la tentativa.

X. Revelación del secreto oficial

El artículo 157 del Código Penal establece: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos".

1. *Antecedentes*

El artículo constituía el apartado segundo del artículo 164 del proyecto de Código Penal de 1906, siendo el primer apartado igual al artículo 156 del Código Penal¹⁰⁹.

La ley 16.648 creó el delito propio del funcionario ampliando la acción violatoria a la de "revelar". Así fue tomada por la ley 23.077.

2. *Tipo objetivo*

La acción típica consiste en "revelar", que implica tanto como descubrir, "hechos", "actuaciones" o "documentos". Estos objetos (hechos, actuaciones o documentos) deben contener secretos cuya revelación prohíbe la ley. Se ha criticado, por parte de la doctrina, su inclusión dentro de los delitos contra la libertad, ya que los secretos corresponden a la administración pública.

Sujeto activo del delito sólo puede ser un funcionario público, que ha tomado conocimiento del secreto en razón del cargo que ocupa. Buompadre aclara que el secreto puede haber llegado a conocimiento del agente al margen de su propia actividad funcional¹¹⁰, pero, bien pensado, sería ésta una extensión indebida del tipo, que exige la relación funcional, esto es, que lo haya conocido por el ejercicio del cargo.

El conocimiento del funcionario público proviene de su actividad

¹⁰⁹ Conf. MORENO, ob. cit., p. 38.

¹¹⁰ BUOMPADRE, ob. cit., p. 214.

funcional, consistiendo su acción en revelar. La acción no consiste en “divulgar”, sino en “revelar” que, si bien va más allá de comunicar, no implica publicar (Solsona).

3. *Tipo subjetivo*

Nos encontramos frente a un delito doloso, de pura actividad. El dolo requiere el conocimiento del secreto del objeto (por ej., documento) y la voluntad de revelarlo a terceras personas que no se encuentran autorizadas a conocer el secreto.

4. *Consumación y tentativa*

La consumación se produce cuando “lo secreto” llega al conocimiento de una persona (tercero) extraña a aquellas que tienen derecho a conocerlo y, a su vez, el deber de guardarlo. No resulta necesario que se produzca perjuicio a la administración pública¹¹¹. Resulta posible la tentativa (aunque Soler considera que no resulta factible, aunque sin explicar la razón) porque no hay dudas de que puede haber actos anteriores que constituyan parte del comienzo de ejecución.

XI. La violación de secretos. El especial caso del artículo 51 del Código Penal. Prohibición de informar

El artículo 51 del Código Penal establece: “Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido [...] En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial [...] La violación de la prohibición de informar será considerada

¹¹¹ Conf. CREUS, ob. cit., p. 370.

como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado”.

Como surge del propio texto existe una excepción a la prohibición de informar. Así, la excepción funciona:

- a) Por “expreso consentimiento del interesado”;
- b) “por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial”.

Creemos acertada la conclusión de la Exposición de Motivos, en donde se explica que la prohibición de informar está dada a fin de evitar el “etiquetamiento” que sufre la persona de la cual se informa.

Es motivo de controversia la acepción de “ente oficial que lleve registros penales”. Algunos limitan el término al Registro Nacional de Reincidencia. Consideramos que ésta no es la posición correcta. Si compartimos la opinión de Creus, en cuanto se encuentran comprendidos, a más del Registro Nacional de Reincidencia, las reparticiones policiales y organismos jurisdiccionales. Entre estos últimos, por ejemplo, los juzgado de instrucción, ya que son los organismos de donde se nutre el Registro Nacional de Reincidencia¹¹².

En el caso del artículo 51 del Código Penal, queda desplazada la figura del artículo 157. Ello resulta así toda vez que el artículo 51 es más específico en lo que hace a los documentos que la ley quiere mantener secretos. Estos documentos se encuentran descriptos en las primera y segunda partes del artículo 51 del Código Penal. Así, también en este caso el sujeto activo de la figura es el funcionario público del “ente oficial que lleve registros” y que tiene competencia para informar¹¹³.

XII. Incorporación del artículo 157 bis del Código Penal

Recientemente la ley 25.326 sobre Protección de los Datos Personales ha sido sancionada, el día 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el día 30 de octubre de 2000.

¹¹² En este sentido pueden ser sujetos activos del delito los secretarios de los juzgados (por ej., juzgados de instrucción), ya que el actuario es el encargado de los libros de registros.

¹¹³ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 251.

El artículo 32 de la ley incorpora, como artículo 157 bis del Código Penal: "Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

- "1º. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales.
- "2º. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

"Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años".

Se ha venido estudiando desde hace un tiempo a esta parte, tanto por los países europeos como americanos (Estados Unidos, Brasil) y ahora la Argentina, la reforma de sus leyes, a fin de abarcar ilícitos tradicionales, cometidos por instrumentos informáticos siguiéndose las líneas directrices del Consejo de Europa.

Entre estas recomendaciones del 13 de septiembre de 1989, se fija una serie de actos que deben ser considerados como delictivos, cuando "se cometen dolosamente y que no se encuentran abarcados por la legislación común"¹¹⁴.

Se mencionaban, ya en aquel momento, entre otras conductas que deben ser consideradas delictivas: "el acceso no autorizado, acceso infringiendo medidas de seguridad, uso no autorizado de una computadora"¹¹⁵.

1. *Análisis del tipo penal*

En el primer inciso se requiere por parte del autor que actúe "a

¹¹⁴ CAFURE DE BATISTELLI, María E., *El delito informático en la agenda internacional*, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Lerner, 1995, p. 96.

¹¹⁵ CAFURE DE BATISTELLI, ob. cit., ps. 97/98. También expresa la profesora que "El uso de la informática, el archivo y transmisión de datos sensibles, invade ámbitos de intimidad en forma no captada por las normas penales tradicionales que protegen ámbitos materiales. Sin embargo la protección de esa intimidad debe respetar los intereses legítimos de la sociedad de libre circulación y distribución de la información" (ob. cit., p. 98).

sabiendas e ilegítimamente”; ello implica con pleno conocimiento de la ilicitud de su accionar, sin ningún tipo de permiso.

También se tipifica cuando el sujeto activo viola, que significa tanto como infringir, sistemas de confidencialidad y seguridad de datos y de esa manera “accede” de cualquier manera a un banco de datos personales.

Accede quien se introduce o penetra de cualquier forma a un banco de datos personales. No se especifica aquí la manera del acceso, admitiéndose cualquier vía de ingreso. Se intuye que en los tiempos que corren, el legislador ha querido referirse a los medios informáticos.

La figura guarda relación con la descrita por el artículo 197.2 del Código Penal español de 1995. No se requiere en la figura del artículo 157 bis el apoderamiento de los datos personales; alcanza con el acceso a ellos. Tal como se encuentra descrito el tipo, queda claro que no existe consentimiento para el acceso a los datos personales. Como bien lo expresa Polaino Navarrete, “todo acceso cognitivo no autorizado al correspondiente banco de datos reservados implica lesión del bien jurídico de la intimidad garantizada al titular de datos reservados”¹¹⁶.

La modalidad de la conducta está dada por el “acceso” del sujeto activo en un banco de datos personales.

El tipo subjetivo requiere el dolo, la realización dolosa de la conducta del autor que accede a un banco de datos personales y obtiene el conocimiento indebido; sin el consentimiento, concreta el tipo.

2. El inciso 2º del artículo 157 bis

En el segundo inciso, la acción típica esta dada por “revelar a otro” la información registrada en un banco de datos personales, encontrándose obligado a preservar el secreto por disposición de la ley. Revelar, en este caso, implica tanto como poner en conocimiento de

¹¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 402. En la nueva figura del art. 157 bis queda claro, y así lo consideramos, que se está vulnerando la intimidad, más allá de que se incorpore dentro de los delitos contra la libertad. Creemos acertada la incorporación como se hace en el Derecho español de este tipo de figuras o similares dentro de los delitos que afectan la intimidad de las personas.

otra u otras personas la información contenida en los bancos de datos personales, y que el sujeto está obligado a conservar en secreto por disposición de una ley.

La circunstancia de que el sujeto estuviere obligado a preservar con el secreto los datos personales contenidos en un banco de datos, lo convierte en garante de esos datos.

La figura es dolosa; consideramos que puede resultar admisible el dolo eventual.

La última parte del artículo se refiere a la cualidad funcional del sujeto activo de la figura. Puede darse el caso de que el funcionario público concrete las figuras descritas en los incisos 1º y 2º, prevaleciendo de su condición de funcionario público, quizás de allí la aplicación de la pena de inhabilitación que se agrega a la prevista de "prisión de un mes a dos años".

Desde ya nos encontramos frente a un delito doloso. En ambos incisos resulta admisible la tentativa.

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes y generalidades. II. Atentados a la libertad de trabajo. 1. El bien jurídico. 2. La compulsión a la huelga o boicot. a) El tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. c) Sujetos. d) Consumación y tentativa. 3. Compulsión al lock-out. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. c) Consumación y tentativa. 4. Compulsión para abandonar o ingresar a una asociación obrera o patronal. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. III. Concurrencia desleal. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. 4. Sujeto activo. 5. Tipo subjetivo. 6. Consumación y tentativa. 7. Acción privada.

I. Antecedentes y generalidades

La redacción actual del Código Penal no ha sufrido modificaciones desde el Código de 1921, salvo en el tema de las penas, donde en el artículo 159, se ha modificado la multa. Se trata la cuestión en dos artículos, siendo los antecedentes de los artículos 158 y 159 los proyectos de 1891 y de 1906.

El proyecto de 1891, en su artículo 187, reprimía la acción de quien obligara a un obrero con violencias o amenazas a tomar parte de una huelga.

La Exposición de Motivos decía: “El Capítulo IV del proyecto bajo el rubro delitos de la libertad de trabajo, prevé el delito que empieza a ser cometido en nuestro país, donde hasta hace poco era desconocido y ha legislado el Código Penal italiano. Nos referimos al empleo de violencias o amenazas para obligar a un obrero a tomar parte en una huelga.

"Pudimos haber dejado comprendido el caso entre las amenazas y coacciones que constituyen delito contra la libertad individual, pero estando la libertad del trabajo especialmente garantida por la Constitución nos ha parecido propio considerar como un delito distinto la violación de esa garantía, sobre todo cuando ella asume los caracteres alarmantes de un delito colectivo"¹.

Tal como lo explica Moreno, el proyecto de Código Penal de 1906 abordaba el tema en tres artículos, entre el 165 y el 167 inclusive. El primero penaba con prisión de seis meses a dos años al que ejerciere violencias o amenazas sobre otro, para compelerlo a tomar parte de una huelga. El artículo 166 del proyecto reprimía con prisión de un mes a un año a la persona que empleara violencias o amenazas contra otra, para restringir o impedir el ejercicio de su industria o comercio. Por último, el artículo 167 preveía la pena de multa de dos mil a diez mil pesos al que "por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare con un fin interesado, de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial"².

Se preveían así tres delitos. El primero, el de compeler a una huelga; el segundo, impedir el ejercicio de industria o comercio; el tercero, el delito de propaganda desleal.

La Exposición de Motivos del proyecto de 1906 decía: "En el Capítulo IV del título que nos ocupamos hemos previsto dos delitos que no existen en el Código actual y cuya creación era necesaria para garantizar la libertad de trabajo e industria. Esos delitos consisten: el primero en emplear violencias o amenazas contra otro para restringir o impedir el ejercicio de su industria o comercio, y el segundo en valerse de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, para desviar con un fin determinado la clientela de un establecimiento industrial o comercial"³.

Los delitos contra la libertad de trabajo y de asociación no se encontraban previstos expresamente en el Código Penal, ni en los proyectos anteriores, hablándose en todas las disposiciones de amenazas

¹ MORENO, ob. cit., t. V, p. 42.

² Ídem nota anterior.

³ Íbidem, ps. 42/43.

y coacciones en general, sin tener en cuenta, como ya apuntaba Moreno, las luchas entre el capital y el trabajo⁴.

Así es que nace la ley 4189, en donde se establecían penas para aquellos que:

- a) "Obligaren a un obrero, con violencia o amenazas, a tomar parte de una huelga".
- b) "El que impidiere o estorbare la celebración de una función o ceremonia de algún culto".
- c) "El que impidiere o turbare una reunión lícita".
- d) "El que para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales o diere gritos de alarma, o hiciere estallar materias explosivas [...] o amenazare con un desastre de peligro común, será castigado con arresto de seis meses a un año".
- e) "El que tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos..."

Con posterioridad fue sancionada la ley 7029, de junio de 1910, que recogió fuertes críticas; así, Moreno la catalogó de tendenciosa y dirigida a reprimir "determinados movimientos obreros"⁵. Y razón llevaba Moreno al decir lo que decía, cuando en el Capítulo Segundo de la ley se establecía, entre otras prohibiciones, que "queda prohibida toda reunión o asociación de personas que tenga por objeto la propaganda de las doctrinas anarquistas o la preparación e instigación a cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación [...] Las sociedades, asociaciones que deseen celebrar una reunión pública, sea en locales cerrados o al aire libre, deberán solicitar previamente autorización a la autoridad local, la que deberá prohibir dicha reunión si ella tuviera por objeto algunos de los propósitos enunciados en el artículo anterior". Y agregaba la ley que los que no acatasen la orden de disolución, o celebrasen una reunión prohibida, sufrirán la pena de arresto de seis meses a un año. Los promotores o cabecillas sufrirán el máximo de la pena.

⁴ Conf. MORENO, ob. cit., p. 43.

⁵ MORENO, ob. cit., p. 44. Citado también por SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 138.

En el Capítulo Tercero, el artículo 25 castigaba con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho producido no importare delito que tuviere pena mayor, al que por medio de insultos, amenazas o violencia, intentase inducir a una persona a tomar parte de una huelga o boicot⁶. Las lógicas manifestaciones en contra que se hicieron de la ley de mención influyeron en la Comisión Especial de la Cámara de Diputados para que se volviera al régimen anterior, tomándose como base el proyecto de 1906⁷.

El decreto-ley 17.567 derogó la disposición, estimando que con la inclusión del delito de amenazas y coacciones no resultaba necesario establecer otros delitos sobre la libertad de reunión, trabajo y asociación. El mismo criterio se adoptaba en el proyecto de Código Penal de 1960.

Se restableció el artículo por imperio de la ley 20.509, el cual se mantuvo en el decreto-ley 21.338 y en la actual y vigente 23.077⁸.

Actualmente, en nuestro país los derechos del trabajador encuentran amparo y reconocimiento en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

II. Atentados a la libertad de trabajo

El artículo 158 del Código Penal establece que: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada".

1. *El bien jurídico*

Se protege la libertad personal amparada en las actividades laborales. Se trata de la libertad de trabajar de cualquier sujeto, y cuando quiere integrar asociaciones laborales. En síntesis, a los derechos mí-

⁶ MORENO, ob. cit., t. V, ps. 44/45.

⁷ Conf. SOLER, ob. cit., p. 139.

⁸ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 263.

nimos protegidos por la Constitución en los artículos 14 y 14 bis. Con lo cual estamos afirmando que los artículos en mención no protege, como es debido los derechos que surgen a todo obrero o trabajador del artículo 14 bis de la Constitución, sino solamente la compulsión a la huelga.

También se protege el derecho de los patrones, en el caso del lock-out, cuando hay un ejercicio arbitrario de ello, es decir una coacción a participar en la medida.

Los tres delitos que se tipifican, en relación a la libertad de trabajo son los siguientes, la compulsión a la huelga o boicot, la coacción al lock-out o la concurrencia desleal.

2. *La compulsión a la huelga o boicot*

El artículo 158 referenciado supra en su primera parte establece claramente que se penará con prisión de un mes a un año al “obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte de una huelga o boicot”.

La doctrina se ha encargado de aclarar, repetidamente, que no se pena, en modo alguno la huelga o el boicot, sino el ejercicio arbitrario de los procedimientos indicados, a través del compelimiento violento sobre otras personas para que tomen parte en la huelga o el boicot⁹.

a) *El tipo objetivo*

La acción típica prevista es la de “ejercer violencia”, ello implica llevar adelante o desplegar medios físicos sobre la persona de la víctima (sujeto pasivo). No ingresa en el tipo penal la fuerza ejercida sobre las cosas.

Nos encontramos frente a un delito de acción pública, siendo su fundamento el derecho de huelga (art. 14 bis, Const. Nac.). Solsona opina que frente al derecho a la huelga se erige “como un podio a la libertad el derecho a trabajar”¹⁰.

Queda claro que el medio utilizado ha de ser la violencia física,

⁹ Conf. CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 373.

¹⁰ SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra la libertad*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 114.

quedando descartada la coacción moral o física¹¹. El artículo 158 se ha apartado, según Núñez, de los precedentes que también admitían como medio las amenazas. Así, el proyecto de 1891 y 1906, y la ley 7029, aceptando solamente la violencia física. El legislador ha querido evitar con estas exclusiones que, debido a que en los movimientos obreros, y especialmente en los momentos de huelga, pueden intervenir factores de vehemencia, dado el carácter de la lucha obrera por sus derechos, se reprima a trabajadores como consecuencia de palabras vertidas en el calor de la lucha y la propaganda¹².

Por violencia debe entenderse la aplicación a la persona de la víctima, o en el despliegue amenazador contra ella, de una energía física o de un medio material físicamente dañoso o doloroso, o la aplicación de medios hipnóticos o narcóticos (art. 78)¹³.

b) *Tipo subjetivo*

Es coincidente la doctrina en que la violencia que se ejerce contra el obrero víctima debe ser para “compelerla a tomar parte en una huelga o boicot”; es decir, en una suspensión colectiva del trabajo de un sector de personas que trabajan en relación de dependencia (huelga) o en una concertación para no prestar o utilizar los servicios a, o de determinadas empresas (boicot)¹⁴.

No queda comprendida dentro de la figura la violencia que se utiliza con motivo o en ocasión de la huelga o el boicot¹⁵. La violencia debe estar dirigida a compeler al obrero, lo que es sinónimo de obligarlo.

Este elemento subjetivo implica que el único dolo que se acepta sea el directo, ya que el fin del sujeto es la compulsión a tomar parte en una huelga o boicot.

¹¹ Conf. SOLSONA, ob. cit., p. 115.

¹² NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 142.

¹³ Ídem nota anterior, p. 143.

¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 374. Consideramos claras y adecuadas las definiciones que efectúa el doctrinario en lo que hace a la huelga y el boicot.

¹⁵ Se pone el ejemplo por parte de Creus de la violencia ejercida respecto de las razones por las que se llegó a la huelga o el boicot. Se aclara que la “violencia debe ser desplegada antes o durante el conflicto, ya que la posterior no puede dirigirse a lograr la finalidad típica” (CREUS, ob. cit., p. 374).

c) *Sujetos*

Sujeto activo del delito analizado es el obrero que ejerce violencia sobre otro. Núñez no se encuentra totalmente de acuerdo con ello, ya que personas que no tengan la condición específica de obrero pueden también atentar contra la libertad de trabajo. Ante la ausencia de la calidad mencionada se puede estar en presencia de otros delitos contra la libertad, como ser el de coacciones, amenazas, etcétera¹⁶.

Se trata de un delito especial propio, que si bien no es, desde un punto de vista de política criminal, aceptable, no hay posibilidades de ampliarlo dogmáticamente en lo que respecta al tipo, por la expresa limitación que la ley ha impuesto.

Por obrero se entiende a la persona que realiza tareas manuales en relación de dependencia para un empleador particular o público¹⁷.

d) *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con el ejercicio de la violencia física sobre la otra persona (la del obrero), no siendo necesario el logro de la finalidad que se persigue. La doctrina acepta la tentativa¹⁸.

3. *Compulsión al lock-out*

La segunda parte del artículo 158 del Código Penal impone la misma pena que en el caso analizado supra al "patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out".

En este caso también se intenta proteger la libertad de trabajo, con la salvedad de que se hace referencia al sector patronal o empresarial. En el presente artículo, igual que en el caso de la huelga, no se prohíbe el lock-out, sino que se castiga la coacción que se realiza o ejerce para que otra persona, en contra de su voluntad, tome participación en el lock-out.

La situación del lock-out o huelga patronal es el cierre concertado

¹⁶ En el mismo sentido CREUS, ob. cit., p. 374; NÚÑEZ, t. V, p. 141.

¹⁷ NÚÑEZ, p. 141; SOLER, p. 132.

¹⁸ Es aceptada por González Roura y Creus. Consideran que no resulta posible Molinario, Fontán Balestra y Di Renzi.

de establecimientos industriales o comerciales como medio de lucha laboral frente a los obreros¹⁹.

a) *Tipo objetivo*

La acción típica consiste en “ejercer coacción”. El medio de comisión resulta más amplio que en la figura analizada precedentemente, comprendiendo la violencia moral y física, debiendo ser utilizada ésta de manera compulsiva²⁰. Esta violencia física o moral puede ser directa o indirecta, y lo que se busca es ejercer presión sobre el sujeto pasivo para apremiarlo u obligarlo a participar del lock-out futuro o en curso²¹.

El sujeto activo de la figura puede ser el patrón o un empleador, o un empresario²², o el empleado de éstos, pudiendo actuar éste por cuenta propia o de terceros.

b) *Tipo subjetivo*

El elemento subjetivo se completa con la finalidad del sujeto activo de obligar al sujeto pasivo a que tome parte en el lock-out, es decir, en el cierre de establecimientos comerciales o industriales²³. Queda excluido el dolo eventual, debiendo ser necesario el dolo directo.

c) *Consumación y tentativa*

Como ocurre en el delito anterior, éste se consuma con el acto de coacción, sin resultar necesario que se haya conseguido el fin perseguido por el autor. En opinión de Creus, la tentativa es posible en los mismos casos en que es posible la tentativa en el delito de coacciones²⁴.

¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 144; MORENO, t. V, p. 50; SOLER, p. 136.

²⁰ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 257.

²¹ NÚÑEZ, t. V, p. 145.

²² Debe entenderse por empresario aquella persona que “tiene a su cargo la dirección de la empresa o es el propietario del establecimiento” (conf. ley 20.744 y definición expuesta por BUOMPADRE, *Delitos contra la libertad* cit., p. 222).

²³ Creus opina que si la conducta del autor “se dirige a proceder por sí (por ej., mediante el uso de la violencia), y no a través de la actividad obligada de la víctima, al cierre del establecimiento o anulación de la actividad que en él se realiza, constituirá otros delitos, pero no el que venimos considerando” (CREUS, ob. cit., p. 375); en el mismo sentido Buompadre.

²⁴ Conf. CREUS, ob. cit., p. 376. En el mismo sentido ESTRELLA y GODOY LEMOS.

4. *Compulsión para abandonar o ingresar a una asociación obrera o patronal*

La última parte del artículo 158 dispone igual pena que en los casos anteriores, al “patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro [...] a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

Nos encontramos frente a un delito que atenta contra la libertad de asociarse o de formar parte de cualquier tipo de asociación gremial²⁵. La norma es importante, ya que hace a la libertad de asociación de las personas, y a evitar los monopolios forzados de asociaciones de obreros o patronales, de manera que el individuo quede atrapado dentro de organizaciones que despóticamente imponen su voluntad.

a) *Tipo objetivo*

La acción consiste en una coacción, dándose en el mismo sentido y extensión que en el delito anterior.

En cuanto a los sujetos, sólo pueden ser sujetos activos el patrón, empresario o empleados de ellos, no siendo los mismos que en la figura anterior los sujetos pasivos ya que pueden ser: un obrero, un patrón o un empresario.

b) *Tipo subjetivo*

El elemento subjetivo aquí consiste en que la coacción que se requiere por la figura sea para lograr que la víctima (sujeto pasivo) abandone una sociedad patronal u obrera a la que ya se encuentra afiliado o ingrese a una a la cual aún no se afilió. No se indica por parte de la ley el carácter de la sociedad, encontrándose vulnerada la libertad de asociación cualquiera sea el carácter de la sociedad.

La figura requiere el dolo directo²⁶.

III. **Concurrencia desleal**

El artículo 159 del Código Penal establece y pena con multa de

²⁵ Conf. ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 258, citando a Molinario y Núñez.

²⁶ En el mismo sentido han opinado Creus, Buompadre, etc.

dos mil quinientos a treinta mil pesos a quien “por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

Históricamente la figura también se denominó “propaganda desleal” (proyecto de 1906).

1. *Antecedentes*

El presente artículo ha sido tomado del proyecto de Código Penal de 1906, no encontrándose legislado en el proyecto de 1891.

El proyecto de 1906, en su Exposición de Motivos, da cuenta de la incorporación de la figura expresando que: “En el Capítulo Cuarto del título del que nos ocupamos, hemos previsto dos delitos que no existen en el Código actual, y cuya creación era necesaria para garantizar la libertad de trabajo e industria. Esos delitos consisten, el primero [...] y el segundo, en valerse de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, para desviar con un fin interesado, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”²⁷.

Padró dice respecto a esta disposición, que ha sido una importante y acertada incorporación porque eran delitos que se cometían normalmente. Y agregaba, el comercio honesto, las casas serias acrecientan su clientela sin necesidad de descender ni siquiera a la crítica del colega o de la empresa similar: como el profesional, el literato, el artista, etcétera, que se imponen por sus cabales, el comerciante correcto entra en la puja de las actividades diarias abusando del ingenio de las mil maneras que puede realizar el espíritu que selecciona y que triunfa²⁸.

2. *Bien jurídico*

Para Núñez, el bien protegido es la libertad de trabajo como derecho a la libre y real concurrencia comercial o industrial. Las cir-

²⁷ ZAFFARONI y ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina* cit., t. 3, p. 301.

²⁸ MORENO, ob. cit., p. 57.

cunstancias que le confieren al acto el carácter de delito es el intento de privar de la clientela ajena y aprovecharla; por lo tanto, el objeto del ataque delictivo residirá objetiva y subjetivamente en el interés que la clientela representa. Por lo que realmente el delito de competencia desleal encontraría su sede más adecuada en los delitos contra la propiedad, tal como lo había ubicado el proyecto Peco²⁹.

En igual sentido se expresaban Moras Mom y Damianovich cuando sostenían "que la libertad no está menoscabada por la acción prevista en el tipo porque el libre juego de la competencia nada tiene que ver con la libertad humana como bien jurídicamente protegido. La víctima de este delito verá perjudicado su patrimonio, frustrada la expectación de veracidad y lealtad que aguarda de sus competidores, pero nunca su libertad de trabajo entendida como potestad de ejercer una actividad útil y lucrativa"³⁰.

Más modernamente el tema ha sido enfocado de distinta forma por Spolansky, quien afirma que en el Derecho argentino se garantiza por vía de la Constitución Nacional la participación en la creación, existencia y mantenimiento de un mercado competitivo. Y, por tanto, las pujas entre los contrincantes debe de hacerse dentro de límites. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico argentino se puede competir pero no a costa de cualquier precio³¹.

Para Malamud Goti, cuando se habla de protección de la competencia, es necesario poner en claro cuál es el objeto de la protección legal. La idea de un mercado, afirma el autor, transparente y competitivo se deriva de una concepción liberal. Esta concepción tiene por origen la idea de que no hay precios inherentes a las cosas y a los servicios. Tampoco hay cantidades o formas de distribución de esos bienes o servicios que respondan a un orden superior o a patrones justos preexistentes³².

Sin embargo, la cuestión de la competencia, afirma el autor citado,

²⁹ Ídem nota anterior.

³⁰ MORAS MOM, *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 271.

³¹ SPOLANSKY, Norberto E., *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 15/16.

³² MALAMUD GOTI, Jaime, *El Derecho Penal de la competencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 17.

no puede ser contemplada de manera alguna como esencial o constitutiva de los principios liberales. "Es en realidad un tema derivado o instrumental, que puede o no concurrir dentro de una teoría orientada a salvaguardar los derechos individuales"³³. Si existen bienes o recursos escasos debe existir una manera razonable de establecer qué cantidad de esos bienes deben ser producidos y el precio que les corresponderá³⁴.

Según Malamud Goti, detrás de las legislaciones tradicionales protectoras del mercado, yace la premisa de que el individuo es el maximizador racional de sus propios fines. Esto significa que en un mundo de recursos limitados las opciones de los particulares deben constituir una referencia insoslayable de cómo esos recursos serán distribuidos. "La confluencia de voluntades indica en términos económicos dos cuestiones esenciales relacionadas con los bienes y servicios. En primer término señala el valor de las actividades y cosas en el comercio, en segundo lugar, determina en qué cantidades son queridos esos bienes y servicios a los precios que son adquiribles. La posición del autor citado es que todas las leyes e instrumentos legales que se dictaron sobre el mercado fueron modelos influenciados por la ley Sherman"³⁵.

Los instrumentos legales de fin del siglo pasado se basaron en la idea de que la mejor forma de obtener la satisfacción de los planes individuales dependía de lograr el mayor grado de pureza del mercado; con ello se lograba un equilibrio entre la cantidad y el valor de las cosas que se quieren. De modo que del funcionamiento de la competencia se deriva la obtención de servicios necesarios y a precios adecuados; se exige del Estado velar para que ese mecanismo no se vea perturbado. Estas diversas clases de conductas son las que han sido (o se intenta) tipificadas en el Derecho argentino; por una parte, en la norma en estudio, y, por otra, en las leyes complementarias del Código Penal argentino, tal la 22.262. En la medida que el mercado funcione a opciones, estas últimas pueden verse desvirtuadas por acciones, tanto fraudulentas como restrictivas de esas alternativas, que controlasen la cantidad de ciertos bienes de plaza o su precio. La

³³ MALAMUD GOTI, ob. cit., p. 18.

³⁴ *Ibidem*, p. 18.

³⁵ *Ibidem*, ps. 18/19.

primera clase de actividades está constituida por la publicidad engañosa, la desviación de clientela y otras tantas que no es preciso enumerar aquí³⁶.

Por último, hay que dejar en claro, junto con Creus, que este delito no tiene que ver con los previstos en la ley 22.262, que sí tendrán influencia en el Título XII, Capítulo V, *De los fraudes al comercio y a la industria*, aunque creemos que sería mejor que este tipo penal estuviera en un solo título, junto con los delitos enumerados en ese Capítulo V, más los enumerados en la ley 22.262.

Seguimos con la idea de que todas las leyes penales deben estar dentro de un cuerpo legal, esto es, el Código Penal, y no en este caos legislativo en que se encuentra sumido el Estado argentino. Esto obligaría a tener cierta coherencia en el dictado de las normas y cierta relación entre las penas. Como afirma nuestro colega español Díez Ripolles, es hora de empezar a buscar métodos de racionalización para el dictado de leyes y especialmente penales³⁷.

3. Tipo objetivo

Resulta relevante en el tipo en cuestión, y es lo que marca su esencia, la finalidad del agente, que es la de tratar de desviar por los medios mencionados la clientela, requiriéndose que el sujeto activo lleve a cabo “maquinaciones fraudulentas, despierte sospechas malévolas o realice cualquier otro medio de propaganda desleal, con la finalidad de desviar en su provecho la clientela del establecimiento comercial o industrial del sujeto pasivo”³⁸. Éste es otro claro ejemplo de la imposibilidad de trabajar con el tipo objetivo solamente, ya que no se puede dejar de lado, en el ámbito de la tipicidad, la intencionalidad del sujeto.

Cuando se habla de “maquinación fraudulenta”, Moreno, citando a Padró, decía que se trata de “todas las artimañas que se ponen en juego para inducir en engaño o en error a la gente que compra un artículo cualquiera”³⁹. Por su parte Núñez y Creus sostienen que se

³⁶ *Ibidem*, p. 20.

³⁷ DÍEZ RIPOLLES, *Conferencia dictada en el Congreso de Derecho Penal en Universidad a Distancia de Madrid*, año 2000, en prensa.

³⁸ CREUS, *ob. cit.*, p. 378.

³⁹ MORENO, *ob. cit.*, p. 57.

trata de la utilización de todo ardid o engaño. Soler, por su parte, afirma que “la expresión es aplicable a todo fraude”⁴⁰.

Para Spolansky son proyectos o asechanzas artificiosas y ocultas dirigidas a un objetivo prohibido. La regla legal exige que las maquinaciones deben ser fraudulentas con el objeto de destacar las circunstancias de que se despliegue un ardid o engaño para perjudicar. Y pone, como ejemplo, usar ilegalmente el nombre comercial ajeno para la venta de un producto distinto al que corresponde. Pero también es cierto que la maniobra debe tener una magnitud de modo que pueda inducir al engaño⁴¹.

En síntesis, pareciera ser que el desvío de la clientela debe ser hecho por fraude, esto es, mediante lo que se llama un ardid o engaño, que, como es obvio, debe tener cierta relevancia. Como ser, la venta de un producto de baja calidad con envase análogo.

Las “sospechas malévolas” son afirmaciones, sugerencias o inexactitudes efectuadas por el sujeto activo que tienden a desacreditar a un establecimiento ajeno⁴². Las sospechas malévolas, para Spolansky, se dan cuando se formulan interrogantes o sugerencias destinadas a crear dudas o sospechas respecto de la calidad de los bienes. En este caso, se formulan afirmaciones, interrogantes o sugerencias destinadas a crear dudas o sospechas respecto de la calidad de los bienes o servicios, o de las garantías que los establecimientos industriales o comerciales pueden ofrecer⁴³.

Cuando el tipo se refiere a “propaganda desleal”, se debe entender aquella que se efectúa sin tener en cuenta las reglas de la buena fe, que deben regir todas las actividades y en la cual se incluye la actividad comercial⁴⁴. Para Spolansky, la expresión propaganda está mal em-

⁴⁰ LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., t. I, p. 209, citando a Soler.

⁴¹ SPOLANSKY, ob. cit., ps. 25/26.

⁴² BUOMPADRE, ob. cit., p. 224. Moreno exponía sobre el concepto de “sospechas malévolas” que se trata de “insinuaciones que se hacen para menoscabar un artículo acreditado” (MORENO, ob. cit., p. 57).

⁴³ SPOLANSKY, ob. cit., p. 30.

⁴⁴ Moreno entendía por “propaganda desleal [...] todo género de reclamo adverso a otro y en provecho de sí mismo, porque es claro, en esta clase de delito hay que tener en cuenta el interés individual, la utilidad que se persigue en provecho propio y a costa del provecho ajeno” (MORENO, ob. cit., p. 57).

pleada y debería decirse publicidad comercial "ya que se trata de proteger el ejercicio legítimo y leal de ejercer el comercio y no el diseño de propagación de ideas sociales, políticas o religiosas"⁴⁵.

Por lo tanto, la propaganda desleal, advierte este autor, se trata de un concepto ciego, porque implica una propaganda que no debe hacerse, que viola la lealtad en el ámbito comercial e industrial. Por ende, la descalificación de la publicidad desleal viene porque es falsa, denigrante o vejatoria⁴⁶.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, la expresión implica un sinnúmero de situaciones, por eso, citando a Gómez, afirma que no es suficiente el empleo de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, con el propósito de desviar, para el provecho propio, la clientela comercial o industrial. Para que el delito se tipifique, los medios tienen que ser idóneos, aunque no logren el objetivo, por lo que es indispensable establecer si los medios utilizados tenían entidad para inducir a error o confusión al público.

En este punto, hay que partir del hombre medio, que entiende medianamente la propaganda y que sabe que lo que se dice en ella no es todo verdad. Pueden jugar en este punto algunos aspectos de la teoría de la imputación objetiva y la responsabilidad del llamado cliente, a los efectos de eliminar la imputación⁴⁷.

Por lo tanto la mera exaltación o bondad de un producto, aun con el fin de desviar la clientela, no tipifica el delito, ni tampoco el afirmar que su producto es mejor que el otro. El núcleo del tipo penal está, a nuestro juicio, en que lo que se trata de atraer es al público que compra y no a la clientela del negocio. Con lo cual la deslealtad no se refiere a la clientela sino al negocio.

Para lo cual pareciera ser indispensable establecer qué es la clientela. Para Aguirre Obarrio, es cliente respecto de quien ejerce una profesión, quien ofrece sus servicios. Y termina diciendo que dentro

⁴⁵ SPOLANSKY, ob. cit., p. 34.

⁴⁶ Ídem nota anterior, p. 36.

⁴⁷ Sobre la teoría de la imputación objetiva: DONNA, *La teoría de la imputación objetiva*, Belgrano, 1996; HIRSCH, *Obras completas*, t. II; JAKOBS, *La teoría de la imputación objetiva*, entre otros muchos textos.

de este concepto se comprende a las personas que tienen por costumbre ir a un comerciante determinado, ya sea de manera habitual como accidental⁴⁸.

Para el diccionario, clientela significa lo siguiente: “conjunto de los clientes”. Y cliente “es aquella persona que compra en una tienda o utiliza mediante pago los servicios de un profesional o de un establecimiento”.

Esto nada tiene que ver con las dos acepciones que también trae el diccionario que significan: persona que colabora con un político o partido a cambio de su protección, y la tercera, que es “plebeya que está bajo la protección de un patricio”⁴⁹.

4. *Sujeto activo*

En lo que hace a los sujetos, el activo puede ser quien ya es industrial o ejerce el comercio (comerciante), como aquel que trata de desviar la clientela de la víctima, en provecho del establecimiento comercial que no se ha instalado aún, pero tiene pensado hacerlo. Esta circunstancia se deduce de la exigencia de que los actos de concurrencia desleal tengan por objeto desviar la clientela en provecho propio⁵⁰.

Para Spolansky, en principio, autor puede ser cualquier persona, aunque termina afirmando que el autor debe tener instalado un comercio de esa clase, aunque no ofrezca el mismo servicio. Se trata de un concepto de realidad efectiva y competencia de sujetos autónomos, lo que se requiere en la protección del comercio⁵¹.

El sujeto pasivo debe ser necesariamente quien ya reviste la calidad de comerciante o industrial⁵².

5. *Tipo subjetivo*

El dolo que requiere el tipo resulta ser el dolo directo, no siendo admisible el dolo eventual, ya que todas las acciones tienen por fin

⁴⁸ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, p. 165.

⁴⁹ Diccionario de Manuel Seco y otros, t. I, p. 1076.

⁵⁰ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, t. II, p. 168.

⁵¹ SPOLANSKY, ob. cit., p. 18.

⁵² Conf. Creus, quien explica que es en esos casos donde se puede ya tener clientela.

el desvío de la clientela en provecho propio, de modo que este fin ultratípico elimina cualquier posibilidad de otro dolo. Y decimos ultratípico porque no se requiere que se alcance el fin buscado.

Para otros autores se requiere un elemento subjetivo específico, tal como lo expresa Buompadre; tal es, que la finalidad del sujeto activo sea tratar de desviar la clientela en su propio beneficio.

No se admite ninguna manera de forma culposa.

Bien ha hecho notar Aguirre Obarrio que el fin último del desvío de la clientela en provecho propio marca no sólo el elemento subjetivo, sino todo el delito, ya que si alguien dijera que otra persona vende productos envenenados, sin el fin antes dicho, nos encontraríamos frente al delito de calumnias⁵³.

6. *Consumación y tentativa*

La consumación se produce con la realización de la conducta típica, independientemente de la consecución de resultado propuesto. Creus opina que la tentativa es posible. En contra Aguirre Obarrio; excluye la posibilidad de la tentativa, dado que no se exige un resultado.

7. *Acción privada*

Cabe destacar que la concurrencia desleal del artículo 159 es delito de acción privada, tal como lo establece el artículo 73, inciso 3º del Código Penal.

⁵³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. II, p. 168.

CAPÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa.

El artículo 160 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto”.

I. Antecedentes

Como bien lo expresa Moreno, el derecho de reunión no se encuentra expresamente definido en nuestra Carta Magna nacional, siendo reconocido por ésta de manera implícita. En el artículo 22 se declara 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 delito de sedición”¹.

El proyecto Tejedor habla de que cometen asonada “los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas para causar alboroto,

¹ Moreno opina que las reuniones de personas que no incurran en el extremo indicado son lícitas. “La Constitución habla también en el art. 14 del derecho que tienen todos los habitantes de la Nación de asociarse. El derecho de reunión es indispensable para la actividad política” (ob. cit., ps. 61 y 62).

o para perturbar con gritos, injurias o amenazas una reunión pública o la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica”².

Tanto el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García como el Código Penal de 1886 tenían artículos análogos. El proyecto de 1891 establecía en el artículo 189 una pena para aquel que impidiera o turbare una reunión lícita. Por su parte el proyecto de Código Penal de 1906 repite el precepto incorporándolo en el artículo 169³.

Constitucionalmente, en la actualidad el derecho de reunión ha quedado consagrado por intermedio del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que da a los tratados internacionales igual jerarquía constitucional. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 20 establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. Por su parte el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás”.

II. Bien jurídico

Tal como expresa la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido es el derecho que tienen los habitantes del país a reunirse o congregarse con fines lícitos⁴.

Para Aguirre Obarrio, lo que se protege es el derecho de reunión, que es un derecho primario en toda actividad civilizada, y que surge, por lo demás, del artículo 33 de la Constitución⁵.

Para Núñez lo que se protege es la reunión lícita, esto es, no una

² MORENO, ob. cit., p. 62.

³ “Art. 169: Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que impidiera o turbare una reunión lícita” (Proyecto de Código Penal de 1906, conf. ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 3, p. 356).

⁴ Conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 211, citando a Núñez, Soler y Fontán Balestra.

⁵ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 173.

una aglomeración de personas, sino una congregación concertada. Por reunión lícita se entiende aquella que puede realizarse según la Constitución, la ley y los reglamentos vigentes.

III. Tipo objetivo

El tipo describe claramente dos conductas, tales son: “impedir materialmente” o “turbar” una reunión lícita utilizando como medios: insultos, amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

En cuanto a las expresiones “impedir materialmente” y “turbar”, la doctrina es conteste en que significa tanto como imposibilitar físicamente o mediante la ejecución de actos materiales que la reunión se lleve adelante o, en el caso de haber comenzado, disolverla⁶. Por lo que si el jefe de policía impide una reunión al negar su autorización, no tipificaría este delito⁷. No bastan, por lo tanto, actos tendientes a imposibilitar, ni molestias que podrían ser tentativa. La esencia es que la reunión se impida materialmente. Lo que resulta importante para la figura es que la reunión sea lícita, ello en consonancia con los fines queridos por la Constitución Nacional.

En lo que hace al término “turbar”, se puede decir que implica menos que impedir, pero altera el normal desenvolvimiento, ya sea confundiéndola o desordenándola⁸. Esto es, se turba la reunión cuando, sin impedirla, se altera su curso natural confundiéndola, desordenándola o interrumpiéndola. Pero en este caso le asiste razón a Núñez en cuanto a que los medios son restringidos, porque debe ser por insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto. Por lo tanto, no es típico el pedido de la palabra, o los gritos o insultos no destinados a la turbación⁹.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. La doctrina ha expresado que si se trata de un funcionario público, el hecho con-

⁶ Conf. BUOMPADRE, ob. cit., p. 228.

⁷ AGUIRRE OBARRIO, p. 175.

⁸ Conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 212. En el mismo sentido Núñez y Soler.

⁹ Buompadre expresa acertadamente que cualquier otro medio que utilice el autor, por ej., silbatina, manifestaciones generales al público o gritos, excluye la tipicidad.

curriría materialmente con el abuso de autoridad previsto en el artículo 248 del Código Penal, si a más de impedir la reunión lícita, la prohíbe ilegalmente¹⁰.

IV. Tipo subjetivo

Ambas modalidades descriptas son dolosas. En el caso de la turbación de la reunión, Creus admite el dolo eventual¹¹.

V. Consumación y tentativa

Nos encontramos frente a un delito material; ello implica que se consuma cuando efectivamente la reunión se ha impedido o turbado. Creus es de la opinión que “los actos materiales que no logran concretar el impedimento sólo pueden ser atribuidos a título de tentativa”¹². Así también, se admite la tentativa en la turbación.

¹⁰ Conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 211.

¹¹ CREUS, ob. cit. p. 382.

¹² Ídem nota anterior, p. 381.

CAPÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Consumación y tentativa.

El artículo 161 del Código Penal establece: “Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico”.

I. Antecedentes

La Constitución Nacional, en el artículo 14, expresa claramente que todos los habitantes de la Nación Argentina tienen el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Por su parte el artículo 32 de la Carta Magna nacional es claro cuando dispone que el Congreso no dictará leyes que “restringan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”¹.

El proyecto de Código Penal de 1906 se ocupó del tema expresamente en el artículo 170, penando con prisión de un mes a un año a quienes “estorbaren o impidieren la libre circulación de un libro o periódico que no contenga escritos ilícitos”².

El proyecto de 1917 suprimió la exigencia descripta en el de 1906 en cuanto a que “no contenga escritos ilícitos”, ya que ella podría implicar censura previa.

¹ MORENO, ob. cit., t. 5, p. 67.

² Conf. ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 3, p. 356.

II. Bien jurídico

Según Núñez no se reprime un delito de imprenta, del que sólo puede ser autor el que abusa de publicar sus ideas, sin censura previa (art. 14, Const. Nac.) y cuya jurisdicción y represión es local (art. 32, Const. Nac.). Representa entonces un resguardo represivo a la libre circulación de la prensa, entendida en este caso como libro o periódico.

Lo que se protege en este capítulo es la “libre circulación de la prensa”³.

III. Tipo objetivo

Las acciones típicas consisten en:

- a) “Impedir”, ello equivale a hacer imposible la circulación o la distribución, o
- b) “estorbar” que implica tanto como dificultar o poner barreras u obstáculos⁴.

Puede impedirse o estorbarse la libre circulación de uno o varios ejemplares del libro o periódico o bien de toda la edición.

Consideramos acertada la opinión de Buompadre cuando nos dice que la etapa de circulación abarca desde que el libro o periódico, a que se refiere el tipo, están preparados para la distribución, hasta la recepción por parte del destinatario. Fuera de ese período, no estaríamos en presencia de la figura analizada.

Por libro debe entenderse, y así lo hace la doctrina, como un impreso que conste de una cierta cantidad de páginas. No pueden entenderse así los volantes o las hojas dispersas. Por periódico debe entenderse todo impreso “que se publica con periodicidad”⁵.

La norma no requiere la licitud de los escritos, condición que fue quitada expresamente por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados con los siguientes fundamentos: nadie sino la autoridad competente puede determinar el carácter ilícito de

³ Conf. LAJE ANAYA, ob. cit., p. 215, citando en el mismo sentido a Núñez, Soler y Fontan Balestra.

⁴ En el mismo sentido BUOMPADRE, ob. cit., p. 231.

⁵ CREUS, ob. cit., p. 384. En cuanto a la periodicidad, puede ser diariamente, o todas las semanas.

una publicación. Si ésta constituye un delito, el caso está legislado en la sección respectiva de este Código, pero a nadie le está impedida la circulación de un libro con ese pretexto, porque si no la libertad de prensa, autorizada por nuestra Carta Fundamental, estaría vulnerada en una de sus manifestaciones más importantes: la libre circulación de la palabra escrita. La autoridad competente no es otra que la autoridad local encargada de conocer y juzgar los delitos de imprenta⁶.

IV. Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un delito doloso que requiere, a nuestro juicio, el dolo directo.

V. Consumación y tentativa

Se trata de un delito material, que logra su consumación cuando la distribución del libro o periódico ha sido efectivamente imposibilitada o estorbada, siendo posible la tentativa. Posición que es aceptada por Creus, Laje Anaya, Soler, etcétera. En contra, Núñez⁷.

⁶ NÚÑEZ, *ob. cit.*, t. V, p. 158.

⁷ NÚÑEZ, t. V, p. 60; SOLER, t. IV, ps. 117 y ss.

APÉNDICE

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR Y EL DE INSOLVENCIA ALIMENTARIA FRAUDULENTA

SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 1. Antecedentes legislativos. 2. Bien jurídico protegido. 3. Sistemas repressivos. 4. El tipo penal. a) El delito de peligro abstracto. b) La conducta típica. 5. El tipo subjetivo. 6. Sujetos activos. Autoría. 7. Sujeto pasivo. 8. Consumación. 9. Pena. 10. Competencia. III. El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta. 1. Análisis general. 2. Bien jurídico protegido. 3. Acciones típicas. 4. Sujeto activo. 5. Tipo subjetivo. 6. Sujeto pasivo. 7. Consumación y tentativa. 8. Participación criminal. 9. Concurrencia de los obligados. 10. Ejercicio de la acción penal.

I. Introducción

En función de la patria potestad (arts. 265 y ss., Cód. Civ.), los progenitores tienen la obligación de procurar los medios necesarios para la subsistencia de los menores de edad que aún no se hayan emancipado. Así, el artículo 267 especifica que: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.

A su vez el artículo 367 regula las obligaciones alimentarias que surgen del parentesco.

Esta obligación es una verdadera *relación alimentaria* que se establece recíprocamente entre parientes siempre a favor del necesitado. Es una relación de naturaleza asistencial que se cimienta sobre principios de solidaridad frente a las contingencias o necesidades que puede padecer alguno de los miembros de la familia¹.

¹ Ver BELLUSCIO, Augusto C., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 2, ps. 267 y ss., comentario del art. 367.

Esta prestación de alimentos "...comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades", según el artículo 372.

Este deber jurídico presenta un contenido patrimonial, pero no así, en cambio, su finalidad, que consiste en la preservación de la persona del alimentado. De esta manera, pues, los caracteres más significativos de esta obligación legal son los siguientes: inherencia personal, inalienabilidad, irrenunciabilidad y reciprocidad².

En este orden de ideas, las contingencias económicas que atraviesan principalmente los hijos, originadas por los incumplimientos de los obligados, motivó la sanción de la ley 13.944 que reprime, en su artículo 1º, aquellas omisiones cometidas por los padres en la prestación de los deberes alimentarios originados del ejercicio de la patria potestad.

Desde el punto de vista político-criminal, la solución escogida por el legislador de castigar al incumplidor con pena privativa de la libertad parece poco aconsejable: por un lado, el Derecho Penal, sinónimo propio del poder represivo en manos del Estado, debería estar restringido a un núcleo básico en cuanto a su aplicación, castigándose sólo aquellas conductas altamente desvaliosas para la sociedad. En esta tarea habrá de tenerse en cuenta necesariamente la dinámica de la sociedad moderna y los cambios de paradigmas que se presentan en su evolución. De esta manera el Derecho Penal puede cumplir con el rol de *ultima ratio*, es decir, la necesidad de acudir a una sanción de naturaleza penal debe ser la última alternativa escogida por el legislador para reprimir las conductas antisociales (principio de intervención mínima)³.

Las deficiencias que presenta el ordenamiento en su conjunto para resolver de un modo alternativo a la pena un conflicto social no puede

² Ver BELLUSCIO, ob. cit., ps. 268 y 269.

³ Ver entre otros, MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson de la 7ª ed. alemana, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 1, ps. 212 y ss.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. 1, ps. 52 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2001, ps. 107 y ss.

provocar, como acontece en la actualidad, una desmesurada extensión del campo de aplicación del Derecho Penal en sectores ajenos de su aplicación.

Y en esto se nota un vacío en la ley, ya que éste es uno de aquellos delitos que, en caso de que se decida sancionar debería serlo mediante el mecanismo de la pena de días multa. De todas formas, cualquiera sea la sanción, y dada la interpretación que se hace en este texto, no hay duda de que lo importante, más que la sanción penal, es la ayuda a la víctima, fin que no debe olvidarse, como tampoco que con la pena poco se consigue.

Díaz-Maroto y Villarejo denuncia, en el comentario del artículo 227 del Código Penal español que regula el delito de impago de prestaciones económicas, la innecesariedad de su inclusión en el nuevo texto represivo, al decir: "aunque es cierto que el legislador persiguió atajar un comportamiento que parecía tener carácter generalizado, es lo cierto que existían en el ordenamiento jurídico instrumentos eficaces para su corrección sin necesidad de —perturbando el principio de intervención mínima— utilizar la ley penal como grosero instrumento intimidatorio"⁴.

Nadie duda del desvalor jurídico que significa la sustracción de alguno de los obligados a satisfacer las necesidades alimentarias de sus hijos, incumplimiento que se inserta, por lo general, en el marco de un conflicto de convivencia entre adultos.

Empero, las razones político-criminales y la técnica legislativa utilizada en la redacción de los tipos penales que reprimen esta clase de incumplimiento de índole familiar, no es siempre la adecuada. La práctica cada vez más frecuente de insertar delitos de peligro abstracto en los digestos penales, la renuncia a la *identificación* de la puesta en peligro del bien jurídico y las presunciones monolíticas utilizadas por el legislador llegado el momento de redactar estos tipos penales evidencian un serio déficit para los caros principios sobre los cuales se asienta el Derecho Penal⁵.

⁴ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, bajo la dirección de Miguel Bajo Fernández, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, vol. II, p. 328.

⁵ Ver entre otros, HASSEMER, Winfried, *¿Proceso penal sin protección de datos?*, ps. 103 y ss., y LÜDERSSEN, Klaus, *Elementos de legítima defensa en la pena y*

II. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

1. Antecedentes legislativos

El artículo 1º de la ley 13.944 regula el delito denominado de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; dice: “Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”⁶.

Por lo general, esta figura legal se agrupa en los códigos penales dentro de los delitos contra la familia (vgr., § 170b, Cód. Pen. alemán⁷; arts. 226 y 227, Cód. Pen. español⁸; art. 227-3, Cód. Pen.

elementos de pena en la legítima defensa. ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?, ps. 167 y ss., ambos en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Estudios de Derecho Penal, Comares, Granada, 2000.

⁶ Según ley 24.286, art. 1º, inc. 11.

⁷ El § 170b del Cód. Pen. alemán, dentro de la Sección *Delitos contra el estatuto jurídico personal, el matrimonio y la familia*, regula la figura del perjuicio de la obligación de alimentos (*Verletzung der Unterhaltspflicht*) en los siguientes términos: “I. El que se sustraiga de una obligación de alimentos legal, de modo que las necesidades del acreditado para recibir los alimentos peligran, o peligrasen sin la ayuda de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. II. El que está obligado al mantenimiento de una embarazada y, de una forma reprochable, le escatime los alimentos produciendo con ello la interrupción del embarazo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

⁸ El art. 226, primer párrafo, del Cód. Pen. español reza lo siguiente: “El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana...”

El art. 227, por su parte, dice: “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

francés)⁹, incluso algunos de ellos extienden su ámbito de protección hacia las personas por nacer (vgr., el citado § 170b, Cód. Pen. alemán).

El primer antecedente de este delito aparece en los artículos 148 y 149 del proyecto de Código Penal elaborado por Coll y Gómez (1937), los cuales son condensados en el artículo 211 del proyecto Peco (1941), para luego ser convertidos en ley mediante la sanción de la ley 13.944.

A partir de las críticas formuladas por Ure al citado proyecto de Coll y Gómez, principalmente la exclusión de los mayores de edad que sufran algún impedimento físico o psíquico, la ley 13.944 incorpora a su texto este supuesto no contemplado anteriormente¹⁰.

El proyecto de Código Penal de 1979 introducía un título dedicado a los delitos contra la familia y se modificaba la actual denominación por la de "incumplimiento del deber alimentario". Asimismo, la acción típica de sustraer se trocó por la de quien "deliberadamente omitiere prestar los medios indispensables para la subsistencia". Otra de las modificaciones relevantes era la inclusión de una excusa absolutoria cuando el agente cumpliera con las prestaciones alimentarias pendientes antes del dictado de la sentencia definitiva¹¹.

2. Bien jurídico protegido

La determinación del interés jurídicamente tutelado por la ley 13.944, según la doctrina mayoritaria, es la *familia*¹². De esta manera

⁹ El art. 227-3 del Cód. Pen. francés se inserta en la Sección *Les atteintes aux mineurs et à la famille*, y se redacta del siguiente modo: "Para una persona el hecho de no ejecutar una decisión judicial o convenio judicial homologado mediante el cual se le impone el deber de cuidar un menor de edad, legítimo, natural o adoptivo, o descendiente o ascendiente, o cónyuge, respecto de una pensión, contribución, subsidios o prestaciones de cualquier naturaleza debidas en razón de alguna de las obligaciones familiares previstas por los Títulos V, VI, VII y VIII del Libro I del Código Civil, de modo permanente por más de dos meses sin pagar de modo íntegro esa obligación, será castigado con la pena de dos años de prisión y multa de 100.000 F. ..."

¹⁰ URE, Ernesto J., *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Buenos Aires, 1960, ps. 22 y 23.

¹¹ CREUS, Carlos, *Los "delitos contra la familia" en el proyecto del Código Penal de 1979*, en J. A. 1980-IV-764.

¹² Ver entre otros, NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Cór-

se afirma la naturaleza social de este bien jurídico, al situarse esta institución como objeto de tutela penal.

Esta interpretación fue la que se sostuvo en los plenarios "Aloise" y "Guersi"¹³, dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal, y no se identificó el bien jurídico con las personas afectadas por la omisión dolosa del obligado en cada caso (arts. 1º y 2º de la mencionada ley).

En el primero de ellos, se sostuvo que "el bien jurídico no es la persona física del sujeto pasivo sino la institución de la familia..."¹⁴

Baigún sostiene, por el contrario, que la institución de la familia no puede ser el bien jurídico tutelado porque ella no es sujeto del derecho. Así, este autor propone identificarlo con "el derecho de asistencia que pertenece a una de las instancias de la organización familiar y ese derecho refleja intereses variados y pluridimensionales"¹⁵.

La exégesis de identificar a la familia con el bien jurídico tutelado no permite superar ciertas incongruencias, sobre todo a partir de la incorporación del instituto del divorcio a la legislación civil o en los supuestos de los matrimonios ilegales. Es claro que si el bien jurídico es la institución de la familia como núcleo básico de la sociedad, ello no se conjuga en las hipótesis mencionadas de disolución del vínculo por infracción de la ley civil o alcanzados mediante sentencia judicial¹⁶.

doba, 1992, t. V, vol. I, ps. 22 y 23; CAIMMI, Luis A. y DESIMONE, Guillermo P., *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2º ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 50 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, 1997, p. 188; MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar. Ley 13.944*, en L. L. 1984-D-910; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, en J. A. 1957-I-118. Este criterio se sostuvo también en CNCCorr., 11-12-59, "Queirolo, M.", L. L. 98-562.

¹³ Fallos de la CACorr. de la Cap. Fed., t. II, ps. 119 y ss., y t. III, ps. 182 y ss. En igual sentido, CNCCorr., sala III, 28-8-81, "S., A. E."; idem, 27-4-79, "Arancio, R.", J. A. 1979-IV-214.

¹⁴ Del voto del Dr. Cabral con cita de Peco.

¹⁵ BAIGÚN, David, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1974, Año 3, p. 287.

¹⁶ Ver CAIMMI y DESIMONE, *Los delitos de incumplimiento...* cit., p. 54; HEN-

Las obligaciones alimentarias subsisten en estos casos respecto de los hijos, frutos de la unión, pero en razón de las relaciones de parentesco y no de la institución de la familia como sujeto de protección.

La visión restrictiva se puede complementar con el correcto alcance del ámbito de tutela de la ley en comentario, es decir, la *satisfacción económica de las necesidades básicas* de los hijos menores de edad o los mayores impedidos, cuyo cumplimiento descansa primordialmente en cabeza de sus padres (art. 1°).

En este punto la doctrina sostiene que las necesidades básicas son: alimentación, vestido, habitación y asistencia médica, ello conforme a lo establecido por los artículos 267 y 372 del Código Civil¹⁷.

En la Exposición de Motivos de la ley 13.944 se sostuvo que esta iniciativa legislativa tenía como propósito “la protección del desamparado en cuanto miembro de la comunidad económica familiar, frente a quien tiene deberes, fundados en elementales sentimientos de solidaridad, de atender a los medios para su subsistencia”.

En realidad, el artículo 1° de la ley en comentario, tutela al integrante más débil de esta denominada *comunidad económica familiar*, es decir, el menor de edad o el mayor impedido que resulta incapaz de abastecerse de modo independiente. La ley punitiva pretende alejar mediante este método de intimidación cualquier atisbo de peligro para la integridad corporal o mental del necesitado de la prestación alimentaria.

El alcance del término “familiar” no excluye a otras personas que carezcan de una relación de parentesco (tutores, curadores, guardador, sujetos enumerados por el art. 2° de la citada ley), por ello algunos autores prefieren hablar de un núcleo *familiar* o *cuasi familiar*¹⁸.

Así, el delito en comentario procura prevenir aquellas conductas que coloquen en riesgo esa relación de asistencia entre el sujeto activo y el beneficiado. Esta relación de obligación de manutención, en sentido

DLER, Edmundo S., *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y el divorcio*, en E. D. 49-587.

¹⁷ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., ps. 32 y 33.

¹⁸ LAJE ANAYA, *Delitos contra la familia* cit., p. 189, con cita de Núñez.

amplio, implica de modo predominante una *obligación de dar* por parte del sujeto activo, y la infracción de ese deber constituye el contenido del desvalor de la acción.

En síntesis, en el caso en estudio el interés jurídico tutelado es el deber de satisfacer las necesidades de alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica del sujeto pasivo mediante la correlativa prestación económica.

En este sentido el *Bundesgerichtshof*¹⁹ tiene dicho que los bienes jurídicos en juego en el caso de este delito son, según el § 170b del Código Penal alemán, la familia, el matrimonio y la maternidad (*Familie, Ehe und Mutterschaft*)²⁰.

Así, los intereses protegidos se identifican con los intereses de los hijos y de la paz familiar²¹. En este contexto, se identifica el bien jurídico de modo más apropiado con el aseguramiento material del derecho de alimentos (*die materielle Sicherstellung des Berechtigten*)²².

Como argumento de refuerzo sobre este punto, hay que tener en cuenta el cambio de paradigma que se presencia respecto de la importancia de la protección integral de los menores de edad y su inclusión cada vez más frecuente en los textos constitucionales y documentos internacionales. En este aspecto no puede dejarse de mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 4º, 24, incs. a, b, c, d, y e, y 27), incorporada por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, mediante la cual se obliga a los Estados partes a asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del menor mediante la protección de la familia y el cumplimiento de los deberes de los padres, las instituciones asistenciales y demás responsables de los menores; la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias dentro del marco de la cooperación internacional.

Asimismo, este conjunto de normas jurídicas se integra con la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Ali-

¹⁹ N. de los A.: Tribunal Superior Federal alemán.

²⁰ BGHSt. 5, 106; 12, 38.

²¹ BGHSt. 12, 38.

²² OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, Walter de Gruyter, Berlin y New York, 1995, 4. Aufl., p. 325.

mentarias para Menores del 24 de octubre de 1956, la del 15 de abril de 1958 respecto del reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones de los menores, la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias y la del Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Relativas a Obligaciones en Materia de Alimentos, ambas del 2 de octubre de 1973, y, por último, la Convención de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (1956)²³.

Con todo, el propósito de la ley es brindar a los sujetos pasivos —los menores de dieciocho años y los impedidos físicos o psíquicos— un marco necesario de contención económica que debe ser proporcionado por sus progenitores para dotar a aquéllos de las herramientas necesarias (alimentación adecuada, vestimenta, educación) para poder desarrollarse plenamente en la sociedad.

El ámbito de tutela de esta ley penal se restringe a los aspectos puramente pecuniarios que demanda la crianza de los hijos o la manutención del impedido, como correlato de la obligación de sus progenitores de concurrir en debida forma y conforme a su capacidad económica a la manutención de ellos. Con lo que se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la prestación alimentaria es de naturaleza económica.

3. *Sistemas represivos*

En el Derecho Comparado este delito presenta regulaciones diversas.

Un primer modelo represivo, denominado indirecto, propio del sistema francés, exige la existencia de una sentencia civil que obligue al autor a prestar alimentos al sujeto pasivo. Así, el delito de *abandon de famille* (art. 227-3, Cód. Pen. francés) necesita del dictado de la sentencia civil para la tipicidad de la conducta omisiva²⁴.

El otro modelo es el adoptado por el Código Penal italiano, llamado directo, que no exige sentencia civil previa como fuente del deber de prestar alimentos por parte del agente.

²³ Ver D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de menores*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994, ps. 545 y ss.

²⁴ Así, Crim., 24-4-31, Bull. crim. N° 115; Crim., 6-12-72, Bull. crim. N° 378.

Por último, el sistema mixto, contemplado por el Código Penal polaco, no demanda la sentencia civil que imponga ese deber alimentario respecto de los hijos, pero sí la exige como presupuesto, en cambio, para castigar ese incumplimiento cuando afecta a otro²⁵.

4. *El tipo penal*

a) *El delito de peligro abstracto*

La doctrina clasifica el accionar delictivo, según la intensidad del ataque o el grado de lesión sufrido por el bien jurídico, entre delitos de lesión o resultado, y de peligro. A su vez estos últimos se subdividen en delitos de peligro concreto y abstracto. Esta diferenciación tiene una consecuencia práctica muy importante: en los delitos de peligro concreto, la puesta en peligro integra el tipo legal y debe ser demostrada en juicio por quien acusa. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto el peligro no integra el tipo penal ya que él es la *ratio legis* de su formulación en el texto represivo. En consecuencia, no se admite su prueba en contrario durante el proceso²⁶.

En este aspecto, Hirsch diferencia entre el delito de peligro y el de *peligrosidad*. En el primero, es necesaria la causación de una situación de peligro para un objeto. De esta forma sólo los delitos de peligro concreto son auténticos delitos de peligro. Por el contrario, en el segundo caso, el de *peligrosidad*, lo característico es lo peligroso de la conducta de modo independiente a la situación de peligro del objeto. Así, el conductor que invade el carril contrario en una curva sin visibilidad pero tiene la suerte de que ningún vehículo venga de frente, realiza un supuesto de conducta peligrosa²⁷.

En un principio la jurisprudencia exigió la puesta en peligro de modo concreto o la efectiva lesión del bien jurídico para aplicar este delito. Así, se exigía que el sujeto pasivo hubiera sufrido un menoscabo real en las prestaciones alimentarias realizadas por los padres.

²⁵ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., ps. 18 y 19.

²⁶ DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. 2, ps. 78 y ss.

²⁷ HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad*, en *Derecho Penal*, Obras completas, libro homenaje, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 1, ps. 69 y ss.

Sin embargo, esta situación se trastrocó con la decisión en pleno adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 13 de noviembre de 1962 en la causa “Aloise”, ocasión en la cual los integrantes de ese tribunal determinaron que este delito era de peligro abstracto.

Esta exégesis se confirmó el 31 de marzo de 1993 en el plenario “Gómez, Isabelino”²⁸, dictado por ese mismo tribunal: “En el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia, como tampoco que se haya creado la posibilidad de que ello ocurra, por ser un delito de pura omisión y de peligro abstracto”. En igual sentido se afirmó que por el contrario, la sala III de la Cámara de Apelaciones del Crimen de la Capital en la sentencia “X., E.” del 29 de julio de 1980 expresó: “En el orden legal que contempla el artículo 367 del Código Civil la madre –en ese caso la esposa del procesado– ocupa el segundo lugar, es decir, está colocada después del encartado, por lo que, a falta de éste o debido a sus incumplimientos, corresponde a aquélla también la obligación de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hija, pero ello no impide, obviamente afirmar que la circunstancia de que la esposa del procesado atienda a la hija menor de edad del matrimonio, con el esfuerzo de su trabajo personal, no excluye el incumplimiento de los deberes de asistencia del padre de la menor”.

En consecuencia, la jurisprudencia nacional mayoritaria rechaza la exclusión de la responsabilidad penal del obligado cuando el otro progenitor o un tercero –parientes, amigos, entidades oficiales o no oficiales, seguros– concurren a solventar los gastos necesarios que demanda la correcta manutención del menor o el mayor impedido víctima²⁹.

La concurrencia del otro cónyuge obligado o de parientes en el cumplimiento de las necesidades básicas de los menores, lo cual despeja

²⁸ Publ. en L. L. 1993-C-149, J. A. 1993-II-453.

²⁹ CNCCorr., sala III, 29-7-80, “X., E.”, L. L. 1981-D-597; sala II, 23-6-81, “Di Gregorio, A.”

todo eventual tipo de peligro para las víctimas, no exime sin embargo al autor de su responsabilidad penal, según se prevé en el artículo 3° de la referida ley³⁰.

Frente a ello, un sector de la doctrina judicial exigió la conexión causal entre el incumplimiento del obligado y la comprobación de las penurias económicas padecidas por las víctimas, descalificándose de esta forma la presunción *iuris et de iure* tenida en cuenta por el legislador para sancionar esta clase de conductas³¹. Soler exige que la acción de substraerse a las prestaciones debidas provoque una situación de necesidad real o potencial. Esta situación de necesidad es un presupuesto del delito en comentario, con lo que se trata de un delito de peligro concreto³². El error, a nuestro juicio, parte de considerar el tipo penal como una mera omisión, que acarrearía la consecuencia de ser un delito de peligro abstracto.

Más lógico y coherente con los fines de la ley está el pensar que se trata de un delito de peligro concreto, en donde los obligados son garantes de la alimentación –tomando el término de manera general– de sus hijos menores de dieciocho años y de los otros sujetos implicados en la norma. Y esto es razonable, al tener la ley un claro sentido económico. No se puede obligar a la solidaridad, so pena de avanzar en campos de la conciencia.

En este punto, no está lejos el Derecho argentino de otras legislaciones penales que exigen la exposición del menor o el mayor impedido a un peligro concreto que se traduce en el riesgo cierto de no poder satisfacer sus necesidades básicas (§ 170b, Cód. Pen. alemán). En base a ello, la doctrina emanada del Tribunal Superior Federal alemán reconoce que este delito es, en el sentido del § 170b, una figura de peligro concreto³³. No es la lesión del deber de fidelidad el fundamento para la punición de este delito (§ 170b) sino la puesta en peligro mediante la lesión del deber alimentario de los hijos³⁴. Y se

³⁰ CNCCorr., sala III, 29-7-80, "X., E."

³¹ CNCCorr., sala IV, 5-2-82, "Ciancio, J. A."

³² SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 11ª reimp., act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 2000, t. III, ps. 404 y 405.

³³ BGHSt. 12, 42.

³⁴ *Ibidem*.

agrega que cuando uno de los padres no cumple con las prestaciones alimentarias debidas al menor y éste no sufre ningún peligro concreto, por el cumplimiento integral a cargo del otro obligado, no se configura el delito del § 170b del Código Penal alemán³⁵.

b) *La conducta típica*

La acción nuclear consiste en *sustraerse* a prestar los medios indispensables para la subsistencia del beneficiado. La acción de *sustraerse* consiste, según la doctrina, en apartarse o separarse del deber de proporcionar el sustento, manifestándose esa separación, o ese apartamiento, por medio de una omisión³⁶, que a nuestro juicio es impropia, ya que existe un obligado especial, y el sujeto, al sustraerse, no cumple con su papel de garante, haciendo otra cosa distinta con sus bienes.

En este sentido se debe tener en cuenta que el obligado debe tener capacidad económica para poder solventar los gastos exigidos, es decir, la *capacidad real* de concurrir solo, o en conjunto con los demás obligados, a satisfacer las necesidades básicas, mas no mínimas, del sujeto pasivo.

La *omisión* de concurrir a la manutención de los hijos es la conducta típica recogida por la norma en comentario³⁷, aunque se afirmaba, de manera contradictoria, que se podía tipificar mediante comportamientos activos, verbigracia, la frustración de las pretensiones alimentarias mediante el menoscabo de la capacidad de trabajo³⁸. Así, por ejemplo, la asunción de obligaciones dinerarias no justificadas que erosionan la integridad económica del obligado. Por eso la jurisprudencia pudo decir, en el mismo sentido, que: "La infracción a la ley 13.944 se trata de un delito de omisión y de carácter permanente por lo que el plazo previsto en el artículo 62, inciso 2º, del Código Penal, '...comienza a correr desde que cesa el deber de actuar, pues hasta entonces hay consumación...' lo cual no se verifica, ya que los pagos

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ LAJE ANAYA, *Delitos contra la familia* cit., ps. 192 y 193.

³⁷ CNCCorr., sala V, 12-6-85, "I. F. E.", L. L. 1985-D-273.

³⁸ OTTO, *Grundkurs Strafrecht* cit., p. 326.

parciales efectuados por el procesado no tienen entidad como para interrumpir la conducta omisiva que se le reprocha³⁹.

La idea de la omisión simple-peligro abstracto condujo a nuestra doctrina a sostener la inversión de la carga de la prueba en estos casos, es decir, el obligado debe demostrar durante la sustanciación del proceso seguido en su contra por dicho incumplimiento que su capacidad económica estaba minada⁴⁰.

Según la doctrina, de modo errado a nuestro juicio, esta inversión de la carga de la prueba, en el caso de la determinación de la capacidad económica del agente, será aceptable en el supuesto de que el agente invoque su ausencia o deficiencia para concurrir a cumplir con sus obligaciones alimentarias, en función de su carácter de eximente penal. Diferenciaba entre la existencia o no de la sentencia civil de alimentos.

En caso de mediar ella, la carga de la prueba le corresponde al acusado puesto que el reclamante acreditó en el juicio la existencia de esa capacidad económica de aquél. Cualquiera de las posteriores variaciones negativas del patrimonio sufridas por el obligado deben ser probadas por éste en el juicio penal respectivo. En cambio, la ausencia de decisión jurisdiccional en tal sentido demanda que sea el damnificado a quien le incumba probar la susodicha capacidad económica del ofensor⁴¹.

Empero esta distinción no es pacífica en la doctrina⁴².

A nuestro juicio no hay motivo alguno para dejar de lado los principios básicos del proceso, en cuanto, en este sentido, es claro que le corresponde a la acusación, como en cualquiera de los otros delitos, probar el incumplimiento doloso del autor y el riesgo creado para el sujeto pasivo como consecuencia de esa omisión en la prestación alimentaria a favor de este último.

³⁹ CNCCorr., sala VI, 23-2-98, "Aiello, J."

⁴⁰ CARRERA, Daniel P., *Capacidad económica del imputado de incumplimiento del deber asistencial*, en J. A. 1988-II-220; GARCÍA TORRES, Tristán, *Una importante cuestión probatoria del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, en D. J. 1990-II-609.

⁴¹ DÍAZ DE GUIJARRO, *La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes...* cit., p. 118.

⁴² CHIAPPINI, Julio O., *El dolo y su prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, en L. L. 1983-D-144.

Esta capacidad económica puede mermarse por la multiplicidad de las obligaciones en cabeza del agente, piénsese en los casos de numerosos hijos menores de edad o en un imponderable ajeno a la voluntad del autor.

Por ejemplo, no se puede condenar por el delito de *abandon de familie*, según el artículo 227-3 de la ley francesa, a aquel que afectado por una indisposición cardíaca, que lo obligó a guardar completo reposo, no cumplió con las prestaciones alimentarias, por ser una causa de fuerza mayor⁴³.

Si bien siguiendo a Roxin se puede afirmar que es un delito de deber, a nuestro juicio se trata de un delito de omisión impropia, por lo cual, sólo el garante del bien jurídico puede ser autor, tal como la propia norma lo determina, de acuerdo al juego armónico de los artículos 267 y 372 del Código Civil.

En doctrina se discute si ese deber alimentario perdura en casos de indignidad, inclinándose la mayoría por su cesación⁴⁴.

La adopción hace cesar de pleno derecho este deber alimentario, con respecto a los primeros padres, haciéndola nacer en los adoptantes.

Idénticos problemas se presentan cuando la paternidad del obligado se encuentra discutida en el proceso de filiación, ya que desde el punto de vista del procedimiento penal ello no configura una cuestión pre-judicial⁴⁵.

A su vez, en caso de que el obligado se encuentre privado de su libertad (vgr., prisión preventiva, ejecución de condena privativa de libertad) la omisión de satisfacer los deberes alimentarios resulta atípica por imposibilidad material de aquél de prestar tal obligación⁴⁶, pese a la disposición del artículo 11 del Código Penal.

Sobre el alcance del concepto *medios indispensables* utilizado por el artículo en comentario, la doctrina presenta diversas posturas.

En uno de los extremos del segmento, se ubican aquellos que

⁴³ Crim., de 24-4-37, DH 1937, 429.

⁴⁴ Ver por todos, CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 80.

⁴⁵ Por la introducción de una cláusula procesal que prevea esta hipótesis, CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 84.

⁴⁶ Ídem, p. 112.

sostienen la diferencia entre este concepto y el utilizado por la ley civil en su artículo 267⁴⁷. En el otro extremo se encuentran quienes afirman que la obligación impuesta penalmente tiene un contenido más restringido que la que resulta de la esfera civil⁴⁸. Finalmente, y como no podía ser de otra forma, un tercer sector que asimila ambos conceptos⁴⁹.

Otra línea argumentativa transita Baigún cuando afirma que el delito en comentario es un tipo abierto y la tarea principal del juez es la de clausurar su determinación. Para ello se debe comparar el denominado “modelo social de medios indispensables para la subsistencia” y los medios no prestados por el sujeto en el caso concreto⁵⁰. De esta forma se puede precisar de modo nítido cuáles son los medios indispensables demandados por el sujeto pasivo conforme a su nivel de necesidades, que en cada caso en particular ofrece sus propias aristas.

Por su parte, el juez Cabral expresó en el mencionado plenario “Aloise” que “la locución ‘medios indispensables para la subsistencia’ no ha sido empleada para significar que el sujeto pasivo debe encontrarse en un estado real de necesidad lindante con la indigencia absoluta, sino para circunscribir el alcance de la figura delictiva de que se trata a los casos en que el sujeto activo se sustrae a la obligación de prestar una asistencia que efectivamente es indispensable por carecer la víctima de recursos propios”.

En ese mismo fallo, el juez Frías Caballero afirmó que “hablar de medios ‘indispensables’ para la subsistencia implica la presencia de un sujeto pasivo que se encuentra en cierto estado de necesidad, esto es, en una determinada situación de peligro (repito que no se hace aquí cuestión de grado). En suma: no hay medios ‘indispensables’

⁴⁷ Ver DÍAZ DE GUIJARRO, *El concepto de “medios indispensables para la subsistencia” en la ley que reprime el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, en J. A. 1951-IV-89.

⁴⁸ MAKIANICH DE BASSET, *La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar*. Ley 13.944 cit.

⁴⁹ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit.; CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 97.

⁵⁰ BAIGÚN, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*.. cit., ps. 289 y ss.

si no existe en algún momento (breve o extenso) un necesitado, eventual sujeto pasivo del delito. Tan paladino es esto que se afirma con unanimidad que el delito no se configura —pues falta el presupuesto— si el menor o el cónyuge tienen recursos propios suficientes”.

Según la jurisprudencia alemana las necesidades vitales apropiadas, no las necesarias, deben ser puestas en peligro⁵¹.

Es menester que el obligado sea capaz de cumplir con ese deber sin poner en peligro la satisfacción de sus propias necesidades básicas, pero se debe tolerar la restricción de su nivel de vida⁵².

Así, si el obligado renuncia de modo malicioso a su empleo para sustraerse de este modo del cumplimiento de los deberes aludidos, incurre en el delito en comentario⁵³.

Por el contrario, el incumplimiento parcial de los deberes asistenciales como consecuencia de la merma laboral que sufrió el obligado no configura la omisión dolosa en estudio⁵⁴.

El consentimiento del sujeto pasivo carece de efecto liberatorio habida cuenta del carácter irrenunciable de la prestación⁵⁵.

5. *El tipo subjetivo*

Es un delito *doloso*⁵⁶; el autor debe saber que está en el papel de garante y que se sustrae, de modo parcial o total, del cumplimiento de los deberes de familia por un plazo de tiempo. Por eso la dificultad de admitir el dolo eventual⁵⁷, aunque no se exija ninguna intención o ánimo especial en el obrar del agente.

Respecto de la satisfacción parcial de las prestaciones alimentarias, “ello por sí solo no es demostrativo de una actividad dolosa o de una conducta enderezada deliberadamente a sustraerse a los deberes de asistencia familiar, e igualmente que cabe la desincriminación de este

⁵¹ OTTO, ob. cit.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ CNCCorr., sala I, 20-5-82, “Goyenechea, M.”; sala II, 10-3-81, “Sulas, J.”

⁵⁴ Ver CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., ps. 108 y ss.; CNCCorr., sala VII, 21-8-81, “Bailon Galán”.

⁵⁵ CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., ps. 127 y ss.

⁵⁶ SCJBA, 13-8-85, “M. J. P.”, L. L. 1985-E-77.

⁵⁷ CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 121.

tipo de conductas en tanto se demuestre siquiera en mínima medida la voluntad del agente de cumplir con la obligación asistencial que le incumbe”⁵⁸.

En este tema se ha dicho que “la prestación alimentaria efectuada por el querellado fue realizada en forma irregular y en cantidad levemente inferior a la cuota alimentaria fijada, ello no es demostrativo de una actividad dolosa, o de una conducta enderezada deliberadamente a sustraerse al ineludible incumplimiento de la asistencia familiar”⁵⁹.

El error sobre la existencia y el alcance de cumplir con la obligación asistencial excluye el dolo del autor en la comisión de este delito⁶⁰.

6. *Sujetos activos. Autoría*

Sujetos activos sólo pueden ser los padres de los menores de dieciocho años de edad o de los mayores impedidos.

El concepto de “padre” abarca a los naturales (art. 240 del Cód. Civ., según ley 23.264) o adoptivos de modo pleno o simple (arts. 323 y 329 del Cód. Civ., según ley 24.779).

Los padres extramatrimoniales deben haber reconocido al hijo: en el caso de la madre, será menester que la maternidad haya quedado establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (ley 24.540); en lo concerniente al padre, esta obligación se origina a partir de la sentencia dictada en juicio de filiación que declara la paternidad (art. 247 del Cód. Civ., según ley 23.264).

Ni la separación personal (art. 201, ley 23.515) ni la disolución del vínculo (arts. 206 y 217, ley 23.515) libera a los progenitores de cumplir con las obligaciones alimentarias respecto de sus vástagos⁶¹.

Cabe mencionar que el artículo 2º de la ley 13.944 amplía este deber de asistencia hacia el tutor, el guardador y el curador respecto

⁵⁸ CNCCorr., sala II, 6-11-84, “Grompone, M.”

⁵⁹ CNCCorr., sala I, 27-5-80, “Gabriel, J.”

⁶⁰ CNCCorr., sala IV, 25-8-81, “Peláez, H.”; ídem, 5-3-82, “Sagredo, L.”; íd., 18-3-82, “Franco, I.”

⁶¹ NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª. ed., act. por Víctor F. Reinaldi, Lerner, 1999, p. 197.

del menor de dieciocho años de edad o el mayor impedido que se encontrase bajo su tutela, guarda o curatela.

Respecto de los demás partícipes de la comisión del delito (*extraneus*) rigen las reglas de la participación en sentido estricto (arts. 45 y 46, Cód. Pen.).

Por su parte, el citado artículo 2º erige como obligado de ese deber alimentario al hijo respecto de los padres impedidos; al adoptante respecto del adoptado menor de dieciocho años o incapacitado, obligación que en el caso inverso sólo subsiste en relación con el adoptante impedido.

Esta obligación alimentaria se aplica de modo idéntico entre los cónyuges. En caso de nulidad del matrimonio, mientras la ley civil preserva aún este deber alimentario sólo a favor del cónyuge de buena fe, dicha solución no resulta de aplicación en materia penal por la vigencia del principio de legalidad. Sin embargo, las omisiones resultarán típicas hasta tanto no se dicte la nulidad del matrimonio, puesto que las obligaciones alimentarias subsisten en dicho caso.

En el caso del divorcio, la situación es idéntica. Declarado mediante sentencia judicial el divorcio entre los cónyuges, el deber alimentario persiste durante el trámite del proceso hasta la sentencia. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, el otro tiene derecho a esa prestación alimentaria, siempre y cuando carezca de capacidad económica para proporcionársela⁶².

La obligación de prestar los medios indispensables subsiste también en el caso de la separación de hecho.

En consecuencia, este delito es especial, ya que sólo las personas mencionadas son las únicas obligadas por la prestación alimentaria en beneficio del asistido, lo cual hace de la norma una especie de los delitos omisivos impropios, más aún si se tiene en cuenta que debe haber peligro concreto para el bien jurídico.

7. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el hijo menor de dieciocho años o el mayor de

⁶² HENDLER, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar y el divorcio*, en E. D. 49-590.

edad que sufre un impedimento físico o psíquico. Los hijos pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales por reconocimiento⁶³.

Por su parte, el artículo 2º extiende el ámbito de tutela hacia los padres y los adoptantes impedidos, en cuyo caso el obligado es el hijo mayor de edad que no se encuentre impedido.

Resulta interesante citar en este trabajo la sentencia de 25 de agosto de 1964 del Tribunal Superior Federal alemán mediante la cual se determinó que la lesión de los deberes alimentarios abarca tanto a los hijos concebidos dentro y fuera de la relación matrimonial⁶⁴.

Asimismo, este alto tribunal determinó mediante la sentencia de 10 de diciembre de 1958 que el deber alimentario subsistía en el supuesto del hijo cuya paternidad no fue impugnada⁶⁵.

8. Consumación

La doctrina y la jurisprudencia han afirmado que se trata de un delito *permanente* y cesa su consumación cuando el progenitor cumple con las próximas obligaciones asistenciales o bien cuando recae sentencia condenatoria por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar⁶⁶.

La consumación de este delito se perfecciona aun con el pago parcial de las obligaciones alimentarias ya que se reputa como suficiente que las sumas abonadas en dicho concepto no sean suficientes para lograr la adecuada manutención de la víctima y, en consecuencia, la puesta en peligro abstracto de dicha salvaguarda.

“Carecen de valor interruptivo las esporádicas, exiguas e insuficientes remesas de dinero documentadas en el incidente, en razón de que la confrontación de la fecha de su promoción con las de aquéllas y el brevísimo lapso en que se efectuaron, revelan que estuvieron enderezadas a posibilitar el planteo de la prescripción y no inspiradas en el propósito de cumplir con la ineludible obligación alimentaria”⁶⁷.

Sin embargo, esta postura no es pacífica, ya que se puede afirmar

⁶³ NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit.

⁶⁴ BGHSt. 19, 93.

⁶⁵ BGHSt. 12, 38.

⁶⁶ CNCCorr. en pleno, 15-9-81, “Pitchon, A. P.”, L. L. 1981-D-310.

⁶⁷ CNCCorr., sala II, 26-8-80, “Padula, A.”

que el delito se consuma cuando no se paga, de modo que los demás incumplimientos juegan en concurso real (art. 55, Cód. Pen.).

El artículo 1° de la ley 13.944 no establece un plazo mínimo para el incumplimiento del obligado. En cambio, el artículo 227-3 del Código Penal francés, que fija el término mínimo en dos meses, o el artículo 227 del Código Penal español, que lo establece en dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, requieren dentro de las pautas objetivas del tipo penal la exigencia de un plazo mínimo para cometer este delito de omisión.

El pago de las obligaciones alimentarias puede hacerse directamente al cónyuge a cargo de la tenencia del menor o de su cuidado, o incluso consignarse judicialmente⁶⁸.

La sola pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar⁶⁹.

9. Pena

El artículo 1° de la ley 13.944 establece una pena privativa de libertad de un mes a dos años y la de multa de setecientos cincuenta (\$ 750) a veinticinco mil (\$ 25.000) pesos, conforme a la actualización de montos incorporada por la ley 24.286.

La pena privativa de la libertad no aparece como la más adecuada para reprimir este tipo de conducta, máxime si se tiene en cuenta el carácter pecuniario de la obligación, cuyo cumplimiento impediría al condenado, en caso de hacerse efectiva su ejecución (art. 26, Cód. Pen.), la satisfacción plena de las sucesivas prestaciones en perjuicio del necesitado, sin desconocer lo dispuesto por el artículo 11, párrafo 2°, de la ley penal.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse la trascendencia negativa en el interés del menor de edad de la aplicación de esta clase de pena. Quizás la solución más utilitaria y menos estigmatizante sea la implementación de mecanismos alternativos ajenos al sustrato punitivo, que permitan conciliar de modo pleno los intereses de los protagonistas de este drama familiar.

⁶⁸ CNCCorr., sala II, 29-8-80, "Sciurano, J."

⁶⁹ CNCCorr. en pleno, 31-7-81, "Guersi, N.", L. L. 1981-C-628.

Por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se sancionó la ley 269 (B. O. C. B. A. N° 852, del 5-1-2000) mediante la cual se instauró un registro de deudores alimentarios morosos. El artículo 4° prohíbe a las instituciones u organismos públicos de esta ciudad “abrir cuentas corrientes, tarjetas de crédito, otorgar habilitaciones, concesiones, licencias o permisos, ni designar como funcionarios/as jerárquicos/as a quienes se encuentren incluidos en el Registro...”

10. Competencia

La competencia para instruir sumario se determina según el lugar donde la víctima tenga el asiento de su domicilio (*ratione loci*)⁷⁰, aunque también nuestro alto tribunal tuvo en cuenta razones de economía procesal⁷¹ o la mejor defensa de los intereses de los damnificados⁷².

III. El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta

La ley 24.029 incorporó a la ley 13.944 el artículo 2° bis, que regula el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta, y expresa: “Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones”.

1. Análisis general

Una primera aproximación al estudio de este delito nos revela su similitud descriptiva con el delito de insolvencia fraudulenta previsto por el artículo 179 del Código Penal. Si bien este último exige que la conducta rectora se realice durante “el curso de un proceso o después

⁷⁰ CNCCorr., sala V, 7-7-78, “Caballero, R.”, L. L. 1981-A-567; sala VI, 15-5-81, “Rodríguez Reindl”, B. J. 1981-VI-124.

⁷¹ CSJN, 25-6-81, “Tomasone, A.”, L. L. 1981-D-499.

⁷² CSJN, 20-5-80, “Álvarez, D.”, Fallos: 302:457.

de una sentencia condenatoria”, la figura en estudio prescinde de esta limitación temporal e incrementa sensiblemente las escalas penales aplicables.

La incorporación de esta nueva forma de insolvencia fraudulenta en la ley 13.944 fue objeto de críticas por parte de algún sector de la doctrina⁷³, y es claro que la dosificación punitiva seleccionada por el legislador en este caso no guarda relación de simetría, no ya con la insolvencia prevista por el artículo 179 que señalan los autores, sino con la propia figura del incumplimiento de los deberes de familia previsto por el artículo 1º de ese texto represivo, por cuanto, en definitiva, el autor procura mediante otros medios no hacer frente a la satisfacción de los deberes alimentarios.

El delito en comentario presenta una relación de género a especie con la figura básica de la insolvencia fraudulenta prevista por el artículo 179, aunque, como se tratará a continuación, los intereses tutelados sean diversos.

2. *Bien jurídico protegido*

De modo idéntico a la figura del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, esta especie de insolvencia fraudulenta tutela la satisfacción de las necesidades indispensables del menor o el incapacitado para proporcionárselas, según la enumeración prevista por el artículo 2º.

3. *Acciones típicas*

La norma penal en comentario describe ciertos medios de comisión de la acción rectora, esto es, la de provocar la propia insolvencia con la finalidad de frustrar, en todo o en parte, el cumplimiento de las obligaciones alimentarias⁷⁴.

El artículo 2º bis enumera los siguientes medios de comisión: el destruir, inutilizar, dañar, ocultar o hacer desaparecer bienes o disminuir su valor.

Esta descripción taxativa que se adopta en la redacción de la figura

⁷³ CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 149.

⁷⁴ *Idem*, p. 153.

en comentario mereció la crítica por parte de algunos autores en razón de su limitación, con lo cual se deja a un lado otros medios idóneos para lograr ese cometido⁷⁵.

Por lo general, los verbos destruir, inutilizar o dañar se refieren a maniobras de insolvencia real. Cualquiera de ellos, en mayor o menor medida, importa desnaturalizar su función y de este modo provocar la pérdida, total o parcial, de su valor.

En cambio, el ocultar, el hacer desaparecer bienes o el disminuir su valor se engloban en el marco de la insolvencia simulada, es decir, estas acciones tienden a obstaculizar o impedir su acceso por parte del sujeto pasivo para solventar sus necesidades indispensables. En estos casos, las maniobras detalladas no importan una pérdida definitiva de ese bien, como sí ocurre en los supuestos anteriormente tratados.

La ejecución de estas acciones típicas puede realizarse antes, durante o después de iniciado un juicio por alimentos, divorcio o filiación⁷⁶.

Mediante la realización de cualquiera de los medios examinados, el autor procura frustrar, en todo o en parte, el cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Es un delito de tendencia, puesto que el autor actúa con el fin de que se produzca un resultado ulterior⁷⁷. Así, el autor ejecuta la acción típica de insolventarse mediante algunos de los medios previstos por la norma penal con la finalidad de frustrar la satisfacción de los deberes alimentarios.

4. *Sujeto activo*

Sólo puede ser sujeto activo de este delito aquel que tenga el deber específico de concurrir al cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

En este sentido, serán sujetos activos los padres respecto de los hijos menores de dieciocho años o impedidos mayores de edad, hi-

⁷⁵ Ídem, p. 154; donde se propone incluir el otorgamiento de contratos o actos jurídicos, a título oneroso o gratuito, simulados de modo absoluto o relativo, a la interposición de terceros o cualquier otra maniobra fraudulenta.

⁷⁶ CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 158.

⁷⁷ DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, p. 88.

pótesis prevista por el artículo 1º; el hijo respecto de los padres impedidos (art. 2º, inc. a), el adoptante respecto del menor adoptado o impedido, supuesto que sólo se prevé en el caso contrario respecto de los padres incapacitados para procurarse los medios indispensables (art. 2º, inc. b); el cónyuge respecto del otro no separado legalmente por su culpa.

Idénticas apreciaciones se pueden efectuar respecto del tutor, guardador y curador.

5. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso.

Se discute la posibilidad de aplicar el dolo eventual⁷⁸, mas la condición subjetiva –maliciosamente– que requiere la norma en comentario priva de cualquier tipo de posibilidad de aplicarlo, con lo cual el tipo subjetivo se conjuga sólo con el dolo directo.

6. *Sujeto pasivo*

Es el beneficiario de la prestación alimentaria, según las diversas hipótesis enumeradas por el artículo 2º.

7. *Consumación y tentativa*

El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta es un delito de resultado porque se reclama que el autor provoque su propia insolvencia patrimonial.

Sin embargo, algunos autores proponen redactar este tipo penal como un delito de mera actividad, dejando a un lado el posterior cumplimiento o no del autor respecto de sus especiales deberes⁷⁹.

Esta propuesta no puede compartirse, amén de la divergencia de los intereses en juego en el caso de ambas insolvencias fraudulentas (art. 179, Cód. Pen., y art. 2º bis, ley 13.944), puesto que ello sería incorporar a la esfera punitiva actos meramente preparatorios de un eventual incumplimiento de los deberes alimentarios, ya que en el caso de que el autor concorra posteriormente a observar sus deberes

⁷⁸ CAIMMI y DESIMONE, ob. cit., p. 162.

⁷⁹ *Id.*, p. 161.

alimentarios el fundamento de la punición carecería de sentido, incorporándose una figura de peligro abstracto que en este texto tampoco se comparte.

Es admisible la tentativa⁸⁰.

8. *Participación criminal*

Es un delito especial, ya que autor sólo puede ser aquel que tenga el deber específico de proporcionar los medios indispensables para la subsistencia del sujeto pasivo.

A los sujetos no cualificados que participen de algún modo en las acciones típicas de insolventarse, verbigracia, el prestanombre, el mendaz acreedor, etcétera, deben serles aplicadas las reglas de la participación en sentido estricto (arts. 45 y 46, Cód. Pen.).

9. *Concurrencia de los obligados*

El artículo 3° de la ley 13.944 establece que “La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia”.

Cualquiera de los sujetos activos deben concurrir a prestar los medios indispensables para la subsistencia y dicha obligación subsiste de modo independiente para cada uno de ellos conforme lo determina la norma en comentario.

Núñez sostiene, por otra parte, que en caso de cumplirse con ese deber específico, la omisión por parte de aquel que no concurrió en su prestación deviene atípica porque el presupuesto del delito está dado por el deber de satisfacerlo de modo objetivo⁸¹.

10. *Ejercicio de la acción penal*

El artículo 4° de la ley 13.944 establece que el ejercicio de la acción pública, en el caso del cónyuge damnificado, es de instancia privada (art. 73, Cód. Pen.); en todos los restantes supuestos es de instancia pública.

⁸⁰ Íd., p. 163.

⁸¹ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 34.

A su vez, el artículo 76 del Código Penal dispone que la acción de instancia privada debe iniciarse por el cónyuge afectado o por su representante, en caso de ser incapaz, mediante querrela.

El artículo 59, inciso 4º, del Código Penal prevé como causal de extinción de la acción penal la renuncia del ofendido, en este caso, la cónyuge afectada.

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO	7
---------------	---

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

I. Bien jurídico protegido	9
II. Concepto de estado civil y estado de familia	10
III. Estado civil	14
IV. Antecedentes legales	15

CAPÍTULO I

MATRIMONIOS ILEGALES

I. Matrimonios ilegales en general	19
II. Matrimonio ilegal bilateral	20
1. Bien jurídico protegido	21
2. Tipo objetivo	22
3. Sujeto	24
4. El problema de los impedimentos como elementos del tipo objetivo	24
a) Impedimento de parentesco	25
b) Bigamia	26
1) El problema de la prejudicialidad	29
c) Impedimento por homicidio	30
d) Otros impedimentos	31

5. Tipo subjetivo	32
6. Tentativa	35
7. Prescripción	36
III. Matrimonio ilegal unilateral	37
1. Tipo objetivo	37
2. Tipo subjetivo	38
a) Problemas de error	39
3. Sujetos	41
IV. Simulación de matrimonio	41
1. Antecedentes legales	41
2. El bien jurídico protegido	41
3. El tipo objetivo	43
4. Tipo subjetivo	44
5. Autoría y participación	44
6. Tentativa y consumación	45
V. Responsabilidad del oficial público	45
1. Antecedentes legales	46
VI. El tipo penal de los incisos 1º y 2º	46
1. Bien jurídico protegido	46
2. Tipo objetivo	47
3. Tipo subjetivo	47
4. Tentativa y consumación	49
5. La pena	49
VII. El tipo penal del artículo 136, párrafo tercero	50
1. Bien jurídico protegido	50
2. Tipo objetivo	50
3. Tipo subjetivo	50
4. Tentativa	51
5. Consumación	51
VIII. Responsabilidad del representante legítimo de un menor impúber	51
1. Antecedentes legales	51
2. Bien jurídico protegido	52
3. Tipo objetivo	53
4. Tipo subjetivo	54
5. Sujetos	54

6. Consumación y tentativa	54
7. Pena	54

CAPÍTULO II

SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL Y DE LA IDENTIDAD

I. Planteo general	55
II. Nociones generales	59
III. Disposiciones legales	60
IV. Antecedentes legislativos	62
V. La ley 24.410. Tráfico de menores. Delitos contra la identidad de las personas	64
VI. Bien jurídico protegido	67
VII. Concepto de identidad	67
1. Derecho Comparado	70

SUPRESIÓN DE ESTADO CIVIL

.....	71
I. Antecedentes	72
II. Bien jurídico protegido	73
III. Tipo objetivo	75
1. Acción típica	75
IV. Tipo subjetivo	78
V. Sujetos	78
1. Sujeto activo	78
2. Sujeto pasivo	79
VI. Consumación y tentativa	80
VII. Problemas concursales	80

SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL

.....	81
I. Bien jurídico protegido	82
II. Tipo objetivo	84
III. Sujetos	85
1. Sujeto activo	85

IV. Tipo subjetivo.....	86
V. Consumación y tentativa.....	86
VI. Participación.....	87
VII. Concurso.....	87

SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DE LA IDENTIDAD DE MENORES

.....	88
I. Antecedentes legislativos.....	89
II. Tipo objetivo.....	91
III. Sujetos.....	92
1. Sujeto activo.....	92
2. Sujeto pasivo.....	92
IV. Tipo subjetivo.....	93
V. Consumación y tentativa.....	93
VI. Concurso.....	94

PROMOCIÓN, FACILITACIÓN E INTERMEDIACIÓN

I. Bien jurídico protegido.....	94
II. Tipo objetivo.....	96
III. Sujetos.....	98
1. Sujeto activo.....	98
2. Sujeto pasivo.....	98
IV. Tipo subjetivo.....	98
V. Consumación y tentativa.....	98
VI. Punibilidad especial de funcionarios y profesionales de la salud ..	99

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

.....	105
I. El problema del bien jurídico del presente título.....	106

II. Antecedentes	112
III. Antecedentes nacionales	114
IV. Distribución de la figuras tipificadas	116
V. Reducción a servidumbre o condición análoga	116
1. Disposición legal	116
2. Antecedentes	116
3. Bien jurídico	118
4. Tipo objetivo	118
a) Conceptos generales	118
b) La reducción a servidumbre	118
c) Situación análoga	122
d) Medios de comisión	123
e) Sujetos	124
5. Consumación y tentativa	125
6. Tipo subjetivo	125
VI. Privación ilegal de la libertad personal. El tipo básico	125
1. Antecedentes	126
2. El bien jurídico protegido	128
3. Tipo objetivo	128
a) Generalidades	128
4. Sujetos	130
a) Sujeto activo	130
b) Sujeto pasivo	131
5. Ilegalidad de la privación de libertad	132
6. El consentimiento	133
7. Tipo subjetivo	134
8. Autoría y participación	135
9. Consumación y tentativa	135
VII. Figuras agravadas de la privación ilegal de la libertad (art. 142, Cód. Pen.)	136
1. Agravantes por la intención del autor	137
a) Violencia o amenazas	137
b) Fines religiosos	138
c) Fines de venganza	138
2. Agravamiento por el vínculo	139

3. Agravante por el resultado.....	140
4. Agravante por simulación de autoridad.....	141
5. Agravamiento por el tiempo.....	142
VIII. El tipo penal del artículo 142 bis.....	143
1. Antecedentes.....	144
2. Bien jurídico.....	145
3. Tipo objetivo.....	145
4. Tipo subjetivo.....	147
5. Sujetos.....	148
6. Agravantes.....	148
a) Agravante en caso de que la víctima fue mujer o menor de dieciocho años.....	148
b) Agravantes genéricas.....	149
c) Muerte de la víctima.....	149
IX. El delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionarios públicos.....	151
1. Antecedentes históricos.....	151
La pena del artículo 143.....	152
2. Retención ilegal de una persona detenida.....	152
a) Antecedentes.....	152
b) Tipo objetivo.....	153
c) Tipo subjetivo.....	155
d) Sujetos.....	155
e) Consumación.....	156
3. Prolongación indebida de la detención.....	156
a) Antecedentes.....	156
b) Tipo objetivo.....	157
c) Tipo subjetivo.....	158
d) Sujetos.....	158
e) Consumación.....	159
4. Incomunicación indebida.....	159
a) El bien jurídico.....	159
b) Tipo objetivo.....	159
c) Tipo subjetivo.....	161
d) Sujetos.....	161
e) Consumación.....	161

5. Recepción irregular y colocación indebida de reos.....	162
a) Bien jurídico.....	162
b) Tipo objetivo.....	163
c) Tipo subjetivo.....	164
d) Sujetos.....	164
e) Consumación.....	164
6. Recepción ilegal de presos.....	165
7. Omisión en hacer cesar o denunciar una detención ilegal....	167
a) Tipo objetivo.....	167
b) Sujetos.....	168
c) Tipo subjetivo.....	169
d) Consumación.....	169
8. Circunstancias agravantes.....	169
X. Detenciones ilegales, vejaciones y apremios ilegales (art. 144 bis).....	170
1. Privación ilegal de la libertad con abuso funcional o sin las formalidades legales (144 bis, inc. 1º, Cód. Pen.)...	170
a) Antecedentes.....	170
b) Bien jurídico.....	172
c) El tipo objetivo.....	175
d) La privación de libertad abusiva.....	175
e) La privación de libertad por ilegalidad formal.....	176
f) Tipo subjetivo.....	176
g) Sujetos.....	177
h) Consumación.....	177
2. Vejaciones o apremios ilegales en acto de servicio.....	177
a) Antecedentes.....	177
b) Bien jurídico.....	178
c) Tipo objetivo.....	178
d) Tipo subjetivo.....	180
e) Sujetos.....	180
f) Consumación.....	180
3. Imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos.....	180
a) Tipo objetivo.....	181

b) Tipo subjetivo.....	182
c) Sujetos.....	182
4. Agravantes.....	182
XI. El delito de torturas.....	183
1. Antecedentes.....	183
2. Bien jurídico.....	185
3. Legislación comparada.....	189
4. El delito de torturas propiamente dicho (ley 23.097).....	191
a) Imposición de torturas. El tipo básico.....	191
b) Tipo objetivo.....	191
1) Concepto.....	191
2) Las acciones reprimidas.....	194
c) Tipo subjetivo.....	195
d) Sujetos.....	196
1) Sujeto pasivo.....	196
2) Sujeto activo.....	196
e) Consumación y tentativa.....	197
f) Pena.....	197
XII. Agravantes.....	198
1. Muerte y lesiones graves.....	198
XIII. Omisiones funcionales penadas.....	198
1. Omisión de evitar la comisión del delito de tortura.....	198
2. Omisión de denunciar el delito de tortura.....	199
3. Punibilidad para los médicos.....	200
4. Omisión de denunciar el delito de tortura calificada por el autor.....	200
5. Agravantes genéricas.....	202
XIV. Omisión funcional. Figura culposa.....	203
1. Tipo objetivo.....	203
2. Tipo subjetivo.....	204
3. Sujeto activo.....	204
4. Consumación y tentativa.....	205
XV. La prueba obtenida mediante tortura.....	205
XVI. Conducción fuera de las fronteras de la República.....	209
1. Antecedentes.....	209
2. Bien jurídico.....	210

	3. Tipo objetivo	210
	4. Tipo subjetivo	211
	5. Consumación y tentativa	213
XVII.	Delitos vinculados con niños y adolescentes	214
	1. Introducción	214
	2. La Convención sobre los Derechos del Niño y los delitos en cuestión	214
XVIII.	La sustracción de menores	215
	1. Bien jurídico	215
	2. Antecedentes	215
	3. El tipo objetivo	217
	4. Tipo subjetivo	219
	5. Sujetos	219
	a) Sujeto activo	219
	b) Sujeto pasivo	220
	6. Consumación y tentativa	221
	7. La pena	222
XIX.	La no presentación de menores	222
	1. Bien jurídico	222
	2. Antecedentes	222
	3. El tipo objetivo	223
	4. Tipo subjetivo	226
	5. Sujetos	227
	a) Sujeto activo	227
	b) Sujeto pasivo	227
	6. Consumación y tentativa	228
XX.	Inducción a la fuga	228
	1. Bien jurídico	229
	2. Antecedentes	229
	3. Tipo objetivo	229
	4. Tipo subjetivo	232
	5. Sujetos	232
	6. Consumación y tentativa	232
XXI.	Ocultación de menores	232
	1. Bien jurídico	233

2.	Antecedentes	233
3.	Tipo objetivo	233
4.	Tipo subjetivo	234
5.	Agravante.....	234
XXII.	Impedimento u obstrucción de contacto de los padres con sus hijos no convivientes. Ley 24.270	235
1.	Introducción.....	235
XXIII.	Impedimento u obstrucción de contacto.....	236
1.	Tipo objetivo	236
2.	Tipo subjetivo	238
3.	Sujetos	238
4.	Consumación	238
XXIV.	Agravantes	238
1.	Menor de diez años e incapacitado.....	238
2.	Mudanza del niño sin autorización	239
XXV.	Otras disposiciones de la ley 24.270	240
XXVI.	Los delitos de amenazas y coacciones.....	240
1.	Antecedentes y generalidades.....	240
XXVII.	El delito de amenazas	243
1.	El bien jurídico tutelado.....	243
2.	Tipo objetivo	246
a)	El concepto de amenaza	246
b)	El problema de la injusticia de la amenaza	248
c)	Sujetos	249
3.	Tipo subjetivo	250
4.	Consumación y tentativa	251
XXVIII.	Tipos agravados	251
1.	Utilización de armas	252
2.	Amenazas anónimas	252
XXIX.	Coacciones	253
1.	El bien jurídico tutelado.....	253
2.	Tipo objetivo	255
3.	Tipo subjetivo	256
4.	Consumación y tentativa	257
XXX.	Coacciones agravadas	258

XXXI. Tipos de agravantes	258
1. Coacción agravada por el uso de armas o por ser anónima	258
2. Coacción agravada por el fin que persigue el autor	258
3. Concursos	259
4. Utilización de amenazas con el propósito de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de residencia habitual o de trabajo	260
Jurisprudencia	261

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

I. La figura legal	291
II. Bien jurídico protegido	291
III. Tipo objetivo	293
1. Acción típica	293
2. Sujetos	297
3. Concepto de domicilio	298
4. Voluntad de exclusión	306
IV. Tipo subjetivo	312
V. Antijuridicidad	313
VI. Consumación	314
VII. Tentativa	314
VIII. Carácter subsidiario	315

ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO

I. El tipo legal	317
II. Bien jurídico protegido	317
III. Tipo objetivo	318
1. Acción	318
2. Domicilio	323
3. Sujetos	324

4. Ilegitimidad del ingreso	325
a) Incumplimiento de las formalidades	325
1) Orden de juez competente	326
2) Orden escrita y fundada	328
3) Otras formalidades	329
4) Allanamientos sin orden	330
b) Allanamiento fuera de los casos autorizados por la ley ...	332
IV. Tipo subjetivo	332
V. Penalidad	335

CASOS ESPECIALES DE JUSTIFICACIÓN

I. Naturaleza jurídica	335
II. Aspecto objetivo	336
III. Aspecto subjetivo	339

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE SECRETOS

I. Bien jurídico	341
II. Violación de correspondencia	343
1. Antecedentes	343
III. Apertura indebida de correspondencia	347
1. Tipo objetivo	347
a) Excepciones al principio de la inviolabilidad	349
2. Tipo subjetivo	350
3. Sujetos	351
4. Consumación y tentativa	351
IV. Apoderamiento indebido de la correspondencia	351
1. Problemas referidos al bien jurídico	351
2. Tipo objetivo	352
3. Tipo subjetivo	353
4. Sujetos	353
V. Supresión y desvío de correspondencia	353
1. Tipo objetivo	353

2. Tipo subjetivo	354
3. Consumación y tentativa	354
VI. Agravamiento por comunicación o publicación del contenido de la correspondencia	354
1. Elementos de la agravante	355
VII. Violación de correspondencia calificada por la condición del autor	356
1. Antecedentes	356
2. Bien jurídico protegido	357
3. Sujetos	357
4. Tipo objetivo	358
5. Tipo subjetivo	359
6. La acción penal	360
VIII. Publicación indebida de correspondencia	360
1. Antecedentes	360
2. Bien jurídico protegido	360
3. Tipo objetivo	361
a) Ilegitimidad	363
4. Tipo subjetivo	364
5. Sujetos	364
6. Consumación y tentativa	364
IX. La violación del secreto profesional	364
1. Antecedentes	364
2. Bien jurídico protegido	365
3. Tipo objetivo	366
a) La acción típica	366
b) El significado de la palabra secreto	368
c) La relación entre el secreto y la profesión u oficio	369
4. El daño posible	370
5. La legitimidad de la revelación. El secreto médico. Problemas referidos a la obligación de denunciar	370
6. Sujetos	375
7. Tipo subjetivo	375
8. Consumación y tentativa	375
X. Revelación del secreto oficial	376
1. Antecedentes	376

2. Tipo objetivo.....	376
3. Tipo subjetivo.....	377
4. Consumación y tentativa.....	377
XI. La violación de secretos. El especial caso del artículo 51 del Código Penal. Prohibición de informar.....	377
XII. Incorporación del artículo 157 bis del Código Penal.....	378
1. Análisis del tipo penal.....	379
2. El inciso 2º del artículo 157 bis.....	380

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

I. Antecedentes y generalidades.....	383
II. atentados a la libertad de trabajo.....	386
1. El bien jurídico.....	386
2. La compulsión a la huelga o boicot.....	387
a) El tipo objetivo.....	387
b) Tipo subjetivo.....	388
c) Sujetos.....	389
d) Consumación y tentativa.....	389
3. Compulsión al lock-out.....	389
a) Tipo objetivo.....	390
b) Tipo subjetivo.....	390
c) Consumación y tentativa.....	390
4. Compulsión para abandonar o ingresar a una asociación obrera o patronal.....	391
a) Tipo objetivo.....	391
b) Tipo subjetivo.....	391
III. Concurrencia desleal.....	391
1. Antecedentes.....	392
2. Bien jurídico.....	392
3. Tipo objetivo.....	395
4. Sujeto activo.....	398

5. Tipo subjetivo	398
6. Consumación y tentativa	399
7. Acción privada	399

CAPÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

I. Antecedentes	401
II. Bien jurídico	402
III. Tipo objetivo	403
IV. Tipo subjetivo	404
V. Consumación y tentativa	404

CAPÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

I. Antecedentes	405
II. Bien jurídico	406
III. Tipo objetivo	406
IV. Tipo subjetivo	407
V. Consumación y tentativa	407

APÉNDICE

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR Y EL DE INSOLVENCIA ALIMENTARIA FRAUDULENTA

I. Introducción	409
II. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar	412
1. Antecedentes legislativos	412
2. Bien jurídico protegido	413
3. Sistemas represivos	417

4.	El tipo penal.....	418
a)	El delito de peligro abstracto.....	418
b)	La conducta típica.....	421
5.	El tipo subjetivo.....	425
6.	Sujetos activos. Autoría.....	426
7.	Sujeto pasivo.....	427
8.	Consumación.....	428
9.	Pena.....	429
10.	Competencia.....	430
III.	El delito de insolvencia alimentaria fraudulenta.....	430
1.	Análisis general.....	430
2.	Bien jurídico protegido.....	431
3.	Acciones típicas.....	431
4.	Sujeto activo.....	432
5.	Tipo subjetivo.....	433
6.	Sujeto pasivo.....	433
7.	Consumación y tentativa.....	433
8.	Participación criminal.....	434
9.	Concurrencia de los obligados.....	434
10.	Ejercicio de la acción penal.....	434

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 30 DE SETIEMBRE DE 2001 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE