

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

TOMO 1

Jorge E. Buompadre

6

m a v e

Mario A.
Vieira
Editor



ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	9
---------------	---

INTRODUCCIÓN

PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

A) *Conceptos generales*

I) Nociones	31
II) Concepto y objeto de la Parte Especial	34
III) Sistemas y clasificación de los delitos	35
IV) La llamada "Parte General de la Parte Especial" del Código Penal	41
V) Derecho penal común y derecho penal especial	42

B) *El Código Penal argentino*

I) Sistematización de la Parte Especial	43
---	----

C) *Proyectos y leyes reformadores del Código Penal anteriores y posteriores a su sanción*

I) Legislación anterior a 1921	46
II) Legislación posterior a 1921	50
III) Los principios informadores del derecho penal y su relevancia en la Parte Especial	55
1) El principio de mínima intervención	57
2) El principio de legalidad	59

P A R T E P R I M E R A

TÍTULO I: "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS"

1. Sentido y alcance de la denominación	61
---	----

C A P Í T U L O P R I M E R O
DELITOS CONTRA LA VIDA

2. El bien jurídico tutelado: la vida humana	65
3. Contenido del derecho a la vida	67
4. Vida humana, persona y personalidad	68
5. La tutela de la persona humana en algunas cuestiones actuales. Técnicas modernas	70
a) Concepto de ingeniería genética	71
b) Concepto de bioética	75
c) Los capítulos de la bioética	76
1. Esterilización voluntaria	77
2. Transexualismo o cambio quirúrgico de sexo ..	80
3. Sida	84

A) Homicidio simple

6. Referencias históricas	87
7. Definición del delito de homicidio	89
8. El tipo objetivo	89
9. Los sujetos del delito	95
10. El concepto de muerte	97
11. El tipo subjetivo	103

B) Homicidios agravados

12. Ideas generales sobre los tipos agravados	105
13. Naturaleza jurídica de las agravantes	106

C) El homicidio agravado por el vínculo del parentesco

14. Antecedentes históricos y legislativos	107
--	-----

15. Fundamento de la agravante	109
16. Elementos del delito	109
a) Acción	109
b) Sujetos	110
1. Ascendientes	110
2. Descendientes	110
3. Cónyuge	111
i) Matrimonios nulos	111
ii) Divorcio	114
c) El elemento subjetivo	114
 D) <i>Circunstancias extraordinarias de atenuación</i>	
17. Fundamentos	116
18. Concepto	116
19. Requisitos	117
 E) <i>Ensañamiento. Especial referencia a las sevicias graves</i>	
20. Antecedentes legislativos	117
21. Naturaleza de la figura	118
22. Sevicias graves	120
a) Antecedentes	120
b) Criterios de distinción con el ensañamiento	121
1. Criterio cronológico	121
2. Criterio de la indefensión	121
3. Criterio subjetivo	122
4. Criterio de la equivalencia	122
5. Nuestra opinión	123
 F) <i>Alevosía</i>	
23. Generalidades	124
24. Aspectos históricos y legislativos	124
25. El concepto de alevosía	127
26. Elementos de la alevosía	128

G) Veneno

27. Generalidades	129
28. Elementos del delito	130
a) Concepto de veneno	130
b) Clasificación	131
c) La insidia	132
29. Otro procedimiento insidioso	132

H) Precio o promesa remuneratoria

30. Generalidades	133
31. Elementos del delito	134

*I) Placer. Especial referencia al impulso
de perversidad brutal*

32. Antecedentes	136
33. Concepto	136
34. Impulso de perversidad brutal	137

J) Codicia

35. Concepto	140
36. Alcance del término. Diferencias con el ánimo de lucro	141

*K) Odio racial o religioso.
Especial referencia al genocidio*

37. Elementos del delito	142
38. Genocidio	143

L) Por un medio idóneo para crear un peligro común

146

M) Con el concurso premeditado de dos o más personas

147

N) *Homicidio conexo con otro delito*

39. Denominación	148
40. Antecedentes legislativos	148
41. Elementos del delito	148

Ñ) *Homicidio en estado de emoción violenta*

42. Antecedentes legislativos	151
43. El Anteproyecto de 1916. La tesis de RAMOS	153
a) La teoría de los motivos éticos	154
b) Crítica doctrinaria a la tesis de RAMOS	157
44. Elementos a considerar en el estudio del homicidio emocional	157
a) Elemento psicológico	157
b) Elemento temporal	159
45. Parricidio emocional	159

O) *Homicidio preterintencional*

46. Conceptos generales sobre la preterintencionalidad ..	160
47. Homicidio preterintencional	162
a) Antecedentes nacionales y comparados	162
b) Naturaleza del delito	163
48. Elementos del delito	163
a) Elemento subjetivo	163
b) Elemento objetivo	164
49. Resultado muerte. Previsibilidad	165
50. Atenuante	166

P) *Instigación y ayuda al suicidio*

51. Noción de suicidio	167
a) Etimología	167
b) Concepto	167
52. Referencias históricas y legislativas	168
53. Elementos del delito	169
a) Las acciones típicas	169

b) El resultado	171
c) La culpabilidad	172

Q) Homicidio culposo

54. Aspectos generales	172
55. Sistemas de legislación de la culpa en el derecho comparado	174
56. El homicidio culposo en el derecho argentino	176

R) Aborto

57. Concepto de aborto. Teoría de la anidación	180
58. Debate sobre el aborto	183
59. Elementos comunes a los tipos de aborto	184
60. Los tipos delictivos	186
a) Aborto causado por un tercero	186
b) Aborto profesional punible	190
c) Aborto causado por la propia mujer. Tentativa ..	191
d) Aborto preterintencional	192
61. Aborto profesional impune	194
a) Aborto terapéutico	195
b) Aborto eugenésico	195
62. Autorización judicial para abortar	198

CAPÍTULO II
L E S I O N E S

63. El bien jurídico protegido	199
64. Clasificaciones legislativas	200
a) Modelos comparativos	200
b) Modelo del Código Penal argentino	202
65. Sujetos del delito. Autolesión	202
66. Elementos comunes a los tipos de lesión	203

A) Lesiones leves

67. Daño en el cuerpo	206
68. Daño en la salud	207

69. La acción penal	208
---------------------------	-----

B) *Lesiones graves*

70. Debilitación permanente de la salud	209
71. Debilitación permanente de un sentido	209
72. Debilitación permanente de un órgano	210
73. Debilitación permanente de un miembro	211
74. Dificultad permanente de la palabra	212
75. Peligro para la vida del ofendido	212
76. Inutilidad para el trabajo	213
77. Deformación permanente del rostro	215

C) *Lesiones gravísimas*

78. Enfermedad cierta o probablemente incurable	218
79. Inutilidad permanente para el trabajo	219
80. Pérdida de un sentido, órgano o miembro o del uso de un órgano o miembro	219
81. Pérdida de la palabra	220
82. Pérdida de la capacidad para engendrar o concebir ..	220

D) *Lesiones culposas*

.....	221
-------	-----

E) *Contagio venéreo*

83. Antecedentes	223
a) Legislación comparada	223
b) Legislación patria. Ley 12.331	224
84. Elementos del delito	226
a) Elementos objetivos	226
1. Enfermedad venérea	226
2. Sujetos activo y pasivo	227
3. Período de contagio	227
4. La acción punible	227
b) Elemento subjetivo	228

CAPÍTULO III
HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

85. Antecedentes legislativos	229
86. Concepto de riña y agresión	233
87. Elementos del delito	233
a) Riña de tres o más personas	233
b) Resultado mortal o lesivo	234
c) No constancia de autoría	234
d) Ejercicio de violencia	235
88. El tipo subjetivo	235

CAPÍTULO IV
DUELO

89. Antecedentes históricos	237
90. Sistemas reguladores del duelo	238
91. El duelo en el Código Penal argentino	239
a) Duelo regular	240
b) Duelo irregular	243
c) Instigación a provocar o aceptar un duelo. Desacreditación pública por no desafiar o rehusar un desafío	244
d) Provocación al duelo por interés pecuniario o immoral	245
e) Combatiente desleal	246
f) Alevosía de los padrinos	247
g) Concertación del duelo a muerte	247

CAPÍTULO V
ABUSO DE ARMAS

92. Ideas generales	249
93. Disparo de arma de fuego	250
94. Agresión con arma	252
95. Agravantes y atenuantes comunes	252

CAPÍTULO VI
ABANDONO DE PERSONAS

96. Ideas generales	253
97. Exposición a peligro por desamparo	254
a) Colocar a otra persona en situación de desamparo	254
b) Abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar	254
c) Abandono de la persona a la que el autor ha inca- pacitado	255
d) Agravantes	256
98. Agravante por el vínculo y atenuante	257
99. Omisión de auxilio	258

PARTE SEGUNDA

TÍTULO II: "DELITOS CONTRA EL HONOR"

CAPÍTULO VII
GENERALIDADES

1. Ideas generales sobre los delitos contra el honor	263
2. Aspectos históricos	264
3. Sistemas legislativos de clasificación de estos delitos. Los códigos penales modernos	267
a) Sistema francés	267
b) Sistema italiano	267
c) Sistema alemán	268
d) Sistema austriaco	269
e) Sistema español	269
f) Sistema anglosajón	270
4. Concepto de honor	271
5. Cuestiones suscitadas acerca del sujeto pasivo	278
a) Menores	278
b) Incapaces	280
c) Deshonrados	281
d) Muertos	281
e) Personas colectivas	286

CAPÍTULO VIII
TIPOS GENERALES DE LOS DELITOS
CONTRA EL HONOR

6.	Injuría	292
a)	Conceptos generales	296
b)	La prueba de la verdad en la injuria	296
7.	Calumnia	300
a)	Conceptos generales	301
b)	Calumnia y falsa denuncia	303

CAPÍTULO IX
TIPOS DE ESPECIAL REGULACIÓN

8.	Calumnia o injuria equívoca o encubierta	305
9.	Publicación o reproducción de injuria o calumnia infirienda por otro	307
10.	Injurias recíprocas	312
11.	Injurias vertidas en juicio	313
a)	Fundamento de la exención	314
b)	Tipo objetivo	314
c)	Tipo subjetivo	316
12.	Retractación	317
a)	Aspectos históricos	317
b)	Conceptos y características de la retractación	318
c)	Oportunidad	320
d)	Naturaleza y consecuencias procesales	320
13.	Injurias y calumnias propagadas por medio de la prensa	321
a)	Tipo objetivo	321
b)	Los delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa. Jurisprudencia de la CSJN. La cuestión del art. 32 de la Constitución nacional	323
1.	Ideas generales	323
2.	La doctrina de la CSJN y el art. 32 de la Constitución nacional	325
14.	La acción penal	330

PARTE TERCERA

TÍTULO III: "DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL"

CAPÍTULO X
ABUSO SEXUAL

1. La integridad sexual como bien jurídico protegido	333
2. Los nuevos delitos sexuales en la ley 25.087	337
 A) <i>Los abusos sexuales</i>	
3. Abuso sexual simple	341
a) Consideraciones generales	341
b) Bien jurídico	342
c) Definición	342
d) Los elementos del delito	342
1. Tipo objetivo	342
2. Violencia y amenaza	351
3. Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder	353
4. Aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima	354
5. Los sujetos	357
6. Tipo subjetivo	358
e) Agravantes	359
1. Por el resultado	359
2. Por el parentesco con la víctima	363
3. Por la calidad del autor	364
4. Por la existencia de deberes especiales	366
5. Por la patología del autor	367
6. Por el número de autores	368
7. Por el medio empleado	369
8. Por la edad y situación de la víctima	369
4. Abuso sexual gravemente ultrajante	370
5. Abuso sexual agravado por el acceso carnal	372
a) El bien jurídico protegido	372

b) Elementos del delito	373
1. Acceso carnal	373
i) Criterio biológico	374
ii) Criterio jurídico	375
2. Sujeto activo	379
3. Sujeto pasivo	382
6. Circunstancias de criminalidad	387
7. Consumación. Tentativa. Concurso. Culpabilidad. La acción penal	387

B) Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual

8. Consideraciones generales sobre la figura	389
9. Breve reseña histórica-legislativa sobre el delito de estupro	390
10. Los elementos comunes de las nuevas estructuras típicas	392
a) Los sujetos	393
b) Las conductas típicas	393
c) El elemento cronológico	393
d) La inmadurez sexual de la víctima	395
e) El aprovechamiento de la condición de la víctima	396
f) El consentimiento del sujeto pasivo	397
11. Culpabilidad. Consumación. Tentativa. Acción penal	398
12. Agravantes	399

C) Delitos relativos a la corrupción y prostitución de menores

13. Consideraciones generales	400
14. Antecedentes nacionales y comparados	402
15. Corrupción de menores	405
a) El nuevo precepto legal	405
b) Bien jurídico	406
c) El tipo objetivo. Concepto de corrupción	416
d) El tipo subjetivo	410
e) Agravantes	410

*D) Prostitución de menores
y mayores de edad*

16.	Prostitución de menores	412
a)	Los tipos objetivo y subjetivo. Concepto de prostitución	412
b)	Breve reseña histórico-legislativa de la prostitución	413
17.	Sistemas legales sobre la prostitución	415
a)	Sistema reglamentarista	415
b)	Sistema abolicionista	415
c)	Sistema prohibicionista	416
18.	La ley 12.331	416
19.	Prostitución de mayores	417
20.	Rufianería	418
a)	El bien jurídico protegido	419
b)	El tipo objetivo	420
c)	El tipo subjetivo	423

E) Trata de personas

21.	Generalidades sobre la reforma	423
22.	Trata de menores de 18 años	424
a)	Antecedentes de la trata de personas en la Argentina. Generalidades	424
b)	La nueva figura legal	426
23.	Trata de mayores de 18 años	427

F) Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos con menores

24.	Generalidades	428
25.	Difusión de imágenes pornográficas	429
26.	Organización de espectáculos pornográficos	431
27.	Distribución de imágenes pornográficas	432
28.	Facilitación a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de 14 años	432

G) Exhibiciones obscenas

29. Generalidades	435
30. El bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo	436
31. Constitucionalidad del artículo 129 del Código Penal	440
32. Lo obsceno	441
El tipo delictivo	443

H) Rapto

33. Generalidades	446
34. Definición	447
35. Bien jurídico. Orientación actual	447
36. Los tipos delictivos	448
a) Rapto propio	448
b) Rapto impropio	451
c) Rapto de menor de 13 años	452
37. Disposiciones comunes	453
38. Avenimiento	453
39. Instancia privada	456
40. Reglas sobre participación criminal	457

PARTE CUARTA

TÍTULO IV: "DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL"

1. Contenido del Título	459
2. Precedentes legislativos. La reforma penal de la ley 24.410/95	459
3. Los delitos contra la familia en la legislación comparada	460
4. El bien jurídico protegido	463

CAPÍTULO XI
MATRIMONIOS ILEGALES

5. Bien jurídico protegido	465
6. Elementos comunes a los tipos delictivos	465
7. Matrimonio ilegal bilateral	470

ÍNDICE GENERAL

27

8. Matrimonio ilegal unilateral	471
9. Simulación de matrimonio	471
10. Responsabilidad del oficial público	472
a) Autorización dolosa de un matrimonio ilegal	473
b) Autorización culposa	473
c) Celebración dolosa	473
11. Responsabilidad del representante de un menor	474

CAPÍTULO XII SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL

12. Contenido. Breve referencia sobre el derecho a la identidad personal	477
a) Antecedentes en el derecho comparado	478
b) Definición y características del derecho a la identidad. Interpretación del nuevo tipo penal	480
c) Diversos aspectos abarcados por el derecho a la identidad	483
d) Antecedentes de la reforma en el derecho argentino	483
13. Los tipos delictivos	485
a) Supresión del estado civil	485
b) Suposición del estado civil fingiendo preñez o parto	488
c) Supresión de la identidad de un menor de 10 años	490
d) Retención y ocultación de un menor de 10 años	496
e) Intermediación ilícita	497
14. Agravante	499

PARTE QUINTA TÍTULO V: "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD"

CAPÍTULO XIII DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

1. Referencias generales sobre estos delitos	501
2. El bien jurídico protegido	502
3. Distribución de la materia	507

4. Reducción a servidumbre o condición análoga	508
5. Privación ilegal de la libertad personal	512
a) Tipo clásico	513
b) Agravantes	518
c) Secuestro. Agravantes	522
6. Atentados contra la libertad personal cometidos por funcionarios públicos (ley 14.616)	524
a) Primera categoría de delitos	526
1. Retención ilegal de detenido o preso	526
2. Prolongación indebida de la detención	527
3. Incomunicación indebida	527
4. Recepción y colocación indebida de reos	530
5. Recepción ilegal de presos	531
6. Omisión, retardo o negativa a hacer cesar una detención ilegal o de denunciarla	532
7. Agravantes	533
b) Segunda categoría de delitos	534
1. Privación ilegal con abuso de funciones o sin las formalidades legales	534
2. Vejación o apremios ilegales en actos de servicio	541
3. Severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos	542
4. Agravantes	543
7. Sistemática de la ley 23.097	543
a) Motivos y fundamentos de la reforma	543
b) El concepto de tortura. Incidencia de la reforma constitucional de 1994	544
c) La tortura en el derecho supranacional	558
d) Los tipos delictivos en la ley 23.097	562
1. Imposición de tortura. Agravantes	562
2. Omisiones funcionales relacionadas con las torturas	566
i) Omisión de evitar el delito de tortura	567
ii) Omisión de denunciar el delito de tortura	568
iii) Omisión de denunciar el delito de tortura por autor calificado	568
iv) Omisión funcional culposa	571
8. Conducción fuera de las fronteras de la República	573
9. Sustracción de menores	574

10. No presentación de menores	580
11. Inducción a fuga	581
12. Ocultación de menor. Agravante	583
13. Amenazas y coacciones	583
a) Antecedentes legislativos. Bien jurídico	583
b) Los tipos delictivos	585
1. Amenazas	586
2. Coacciones	591

CAPÍTULO XIV
VIOLACIÓN DE DOMICILIO

14. Consideraciones generales	595
15. Bien jurídico. El concepto penal de domicilio	596
a) Violación de domicilio. Figura básica	601
b) Allanamiento ilegal del domicilio	610
c) Casos de justificación	612

CAPÍTULO XV
VIOLACIÓN DE SECRETOS

16. Referencias generales sobre estos delitos	615
17. Antecedentes nacionales y de derecho comparado	616
a) Violación de correspondencia	618
1. Apertura indebida de correspondencia	618
2. Apoderamiento indebido de correspondencia	619
3. Supresión y desvío de correspondencia	620
4. Agravante	621
b) Violación de correspondencia calificada por la calidad del autor	621
c) Publicación indebida de correspondencia	622
d) Violación del secreto particular	624
e) Revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos	630

CAPÍTULO XVI
**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD
DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN**

18. Referencias generales sobre estos delitos	633
---	-----

a) Delitos contra la libertad de trabajo	635
1. Compulsión a la huelga o boicot	635
2. Compulsión al "lock-out"	637
3. Concurrencia desleal	638
b) Delitos contra la libertad de asociación	639

CAPÍTULO XVII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

19. Referencias generales sobre estos delitos	641
20. Los tipos delictivos	642

CAPÍTULO XVIII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

21. Análisis del tipo delictivo	645
---------------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

A) *Conceptos generales*

I) *Nociones*

La Parte Especial del derecho penal se ocupa, al decir de MEZGER, de casi todos los aspectos de la convivencia humana, hasta los más íntimos, y los somete a su reglamentación. En esta comunidad de vida surge, dice el profesor de Munich, dondequiera que sea, la necesidad de un ordenamiento firme y, por consiguiente, la de intervenir contra quien perturba o lesionó tal ordenamiento¹.

El derecho penal, en cuanto funciona como un cuerpo sistemático y armónico de reglas normativas dirigidas a lograr o mantener una pacífica convivencia social, solo puede ser enteramente comprendido a partir de un real conocimiento de las dos partes que, tradicionalmente, han conformado su estructura legislativa: la Parte General y la Parte Especial. La primera, en cuanto se ocupa del estudio del delito y la pena en abstracto (teoría del delito, de la pena y del sujeto responsable), y la segunda, en cuanto se ocupa del estudio del delito y de la pena en concreto, esto es, aplicados al caso particular².

¹ MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, "Parte Especial", 4^a ed., Bibliográfica Argentina, 1959, p. 19.

² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte Especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 1; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, "Parte Especial", Bibliográfica Omeba, 1965, t. 3, p. 15.

La Parte General constituye un sector del derecho penal —el primero en orden sistemático, pero no histórico— en el que se cobijan, al decir de PUIG PEÑA, las nociones primarias y fundamentales que presiden el disciplinamiento de toda la ordenación punitiva; en la Parte Especial, en cambio, quedan alojadas cada una de las figuras delictivas en particular, con las penas que el legislador señala en las mismas³.

Sin embargo, la existencia de un Código Penal en dos partes esenciales no significa que ellas funcionen independientemente la una de la otra, con reglas y principios propios no vinculados entre sí. Si bien antiguamente pudo concebirse una Parte Especial sin Parte General, e inclusive al contrario —como algunos intentos legislativos de los que la historia da buenos ejemplos⁴—, actualmente no sería posible pensar en la operatividad de un sector enteramente aislado del otro.

La bipartición del derecho penal en una Parte General y en una Parte Especial, enseña NÚÑEZ, no lo divide en dos sectores independientes que existen y se realizan por sí mismos sin interferencias. Por el contrario, ambas partes del derecho penal están también sometidas al canon científico de que lo individual se conoce y realiza mejor mediante la determinación sistemática de principios comunes estructurantes o reguladores de los distintos individuos⁵.

Si bien ambos sectores del conocimiento penal se hallan en estrecha relación entre sí, no siempre han sido objeto de una misma consideración en el plano científico. Frente al hecho histórico de que la Parte Especial ha precedido en sus orígenes a la Parte General, esto es, que el tratamiento del delito y de la pena en particular ha sido elaborado con antelación en muchos siglos al del delito y la pena en abstracto⁶, con el transcurso del

³ PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, "Parte Especial", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, t. 3, p. 1.

⁴ Son ejemplos de códigos sin Parte Especial, el Proyecto de Código Penal italiano de Enrico Ferri, de 1921, y el Proyecto ruso soviético de Krilenko, de 1930.

⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., *Parte General y Parte Especial del derecho penal. Sus sistematizaciones*, "Cuadernos de los Institutos", Universidad Nacional de Córdoba, 1962, nº 63, p. 9.

⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de derecho penal*, "Parte Especial", vol. II, p. 2, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; RODRÍGUEZ DEVEZA, José M., *Derecho penal español*, "Parte Especial", Madrid, 1980, p. 3.

tiempo se produjo una irrupción de los estudios dedicados exclusivamente a la Parte General con total descuido del estudio del delito en particular. Esto produjo, como es de suponer, una verdadera hipertrofia del derecho penal.

Grandes obras de la literatura penal, sin embargo, han revalorizado la importancia de la Parte Especial. De aquellas que vieron la luz a partir de mediados del siglo XIX, merecen recordarse, entre los italianos, el monumental *Programa del curso de derecho criminal* de Francesco CARRARA y los tratados de Vincenzo MANCINI y Eugenio FLORIÁN; entre los alemanes, los tratados de BINDING y von LISTZ, y el de GARRAUD en Francia.

También pueden mencionarse, en Italia, obras de gran relieve como el *Derecho penal* de Giuseppe MAGGIORE y el *Manual de derecho penal* de Silvio RANIERI, y más recientemente valiosos trabajos dedicados al estudio de los delitos en particular de autores de la talla de NUVOLONE, ANTOLISEI, SANTORO, PANNAIN, PALIARO, PALAZZO, MANTOVANI, etcétera.

En España, entre otros, cabe destacar los nombres de CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DE VESA, JIMÉNEZ DE ASÚA, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, BARBERO SANTOS, POLAINO NAVARRETE, BAJO FERNÁNDEZ, MUÑOZ CONDE, BUSTOS RAMÍREZ, etc., por mencionar solo a algunos de ellos.

En la Argentina también se advierte un notable incremento de obras dedicadas al estudio de los delitos en particular. Además de las grandes obras de los maestros de siempre, entre los que pueden contarse a GONZÁLEZ ROURA, GÓMEZ, MALAGARRIGA, TERÁN LOMAS, AFTALIÓN, FONTÁN BALESTRA, SOLER, NÚÑEZ, etc., pueden mencionarse autores de la altura intelectual de CREUS, LEVENE (h.), LAJE ANAYA, URE, LÓPEZ BOLADO, PEÑA GUZMÁN, SPOLANSKY, DONNA, etc., cuyos trabajos sobre temas de la Parte Especial del Código Penal se han convertido en obligada consulta de los estudiosos del derecho penal.

Este fenómeno, por así llamarlo de alguna manera, no hace más que poner de relieve —como ha expresado Arturo SANTORO— la grandísima importancia de la Parte Especial del derecho penal, ya que en esta rama del derecho, explica el jurista italiano, se encuentra la voluntad del legislador indicando cuáles son las conductas criminalmente punibles. De allí que, entonces, si ese

derecho penal se encarga de tutelar derechos e intereses, resultará fundamental conocer el modo como se concreta y organiza⁷.

La importancia de la Parte Especial del derecho penal se advierte en cuanto se verifica, como subraya NÚÑEZ, que los principios de la Parte General solo tienen razón de ser con relación a un delito, a una pena o a una medida determinada. Por ejemplo, los principios relativos a la aplicación de la ley penal en orden al territorio, al tiempo o a las personas, a la punibilidad, etc., solo pueden concebirse y aplicarse en su referencia a un delito determinado; más aún, las características particulares de cada delito, así como las de cada pena, influyen en la aplicación de los principios generales, por ejemplo, las reglas del concurso de personas en un delito y de la prescripción de la acción penal sufren en su aplicación la influencia del carácter instantáneo, continuado o permanente de un delito⁸.

La Parte General del Código Penal carecería de todo sentido sin la existencia de una Parte Especial. Sin embargo, no necesariamente es así al revés; la historia da buen ejemplo de ello. Un Código Penal sin Parte General, aunque podría funcionar, no lo haría en verdad con la perfección y eficacia deseables. La Parte Especial no solo es importante, sino que tiene preeminencia sobre la Parte General y, específicamente, sobre la dogmática de la teoría del delito, ya que los elementos esenciales para todo sistema penal son los tipos legales⁹.

II) *Concepto y objeto de la Parte Especial*

Se ha hecho notar precedentemente que la Parte Especial del derecho penal es aquella que se ocupa de los delitos y de las penas en particular¹⁰. Constituye un sector del derecho penal estratificado en un cuerpo legislativo (generalmente es el Libro II del Código Penal), en cuyo marco se estructuran los tipos

⁷ SANTORO, Arturo, *Manuale di diritto penale*, "Parte Speciale", Torino, 1962, cit. por Julio O. CHIAPPINI, en "Revista Penal", Instituto de Derecho Penal y Criminología, nº 2, Facultad de Derecho, Corrientes, 1986.

⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., *Parte general . . .*, p. 8.

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 3.

¹⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal . . .*, p. 15.

legales (homicidio, robo, estafa, violación, etc.). En la Parte Especial se describen los hechos que el legislador considera mercedores de pena. De allí que el principio técnico legislativo de la tipicidad encuentre su natural aplicación en la Parte Especial del Código Penal¹¹.

La Parte Especial tiene por objeto fundamental, según explica ETCHEVERRY, la de establecer con la mayor exactitud posible cuáles son los actos prohibidos por la ley bajo amenaza de pena y qué relaciones existen entre ellos¹².

Con otras palabras, podría decirse que el objeto o misión de la Parte Especial del Código Penal consiste en la descripción de las conductas socialmente dañosas a bienes mercedores de protección legal, que en el léxico penal se denominan bienes jurídicos.

III) *Sistemas y clasificación de los delitos*

Precisamente, como afirma QUINTANO RIPOLLÉS, la sistematización de la Parte Especial consiste primordialmente en clasificar y ordenar las tipologías que encierra¹³.

Ahora bien, ¿qué importancia puede tener una clasificación de los delitos en el marco de un Código Penal? La respuesta habrá de depender, seguramente, de la ideología prevaleciente en un lugar y tiempo determinados, ya sea se trate de una concepción fundada en la persona y en la protección de sus derechos fundamentales (derecho penal de la democracia, con absoluto respeto a la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*), o bien orientada a la tutela del Estado por el Estado mismo, fundada en un absoluto desprecio por las garantías y libertades individuales (derecho penal autoritario, asentado especialmente en el imperio de la analogía).

Si acogemos el primer criterio, seguramente la clasificación habrá de partir de los delitos contra la persona (delitos contra

¹¹ ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho penal*, Santiago de Chile, 1965, t. 3, p. 8; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 1.

¹² ETCHEVERRY, Alfredo, ob. cit., p. 8.

¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, t. 1, p. 2.

la vida y la integridad corporal); en cambio, si lo hacemos por el segundo criterio, la clasificación tendrá como punto de partida los delitos contra la patria o contra el Estado. Sin embargo, cabe señalar que existen países que, al tiempo que sus códigos penales comienzan con los delitos contra el Estado (por ej., Italia), sus regímenes políticos se asientan en ideas democráticas de absoluto respeto por el estado de derecho.

La clasificación de los delitos, que no es un problema científico, sino de técnica legislativa o de política criminal, sirve para facilitar al que lee un código, sea funcionario o simple ciudadano, la identificación del carácter criminoso de un hecho y a encontrar la norma a él referente y la determinación, en cada caso, de su tratamiento penal.

FILANGIERI, a quien se atribuye la primera sistematización completa de una clasificación de delitos, decía que la división de los delitos sirve para mostrar la posibilidad de un Código Penal en que cada delito tenga su pena proporcionada y señalada por la ley¹⁴.

En definitiva, la clasificación de los delitos tiene la importancia de constituir un soporte garantista para la libertad de los ciudadanos, permitiéndoles conocer de antemano qué conductas están prohibidas y castigadas con pena y cuáles están permitidas por el Estado. De esta manera, la clasificación delictiva se convierte en un real y efectivo complemento del principio constitucional de legalidad.

La tarea de ordenación de la Parte Especial a través de la clasificación de distintas infracciones punibles ha sido, en verdad, el producto de una larga evolución.

El derecho antiguo no conoció criterio clasificatorio alguno. Solo se limitó a enumerar en un catálogo los distintos delitos. La legislación romana primitiva tampoco se ocupó de este problema. En el derecho intermedio se habló de *crimina publica* y *delicta privata*, o sea, de delitos públicos perseguitables de oficio y delitos privados perseguitables a instancia de parte. Este es un

¹⁴ Cit. por Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1972, vol. 3, p. 9, nota 10.

criterio, según NÚÑEZ, que tiene en cuenta, para la clasificación, la acción emergente del delito¹⁶.

Tomando en consideración la pena, criterio cuyo origen al parecer comienza en tiempos de la Edad Media, pasando siglos después al Código francés de 1810, al napolitano de 1819 y al sardo de 1859¹⁶, las infracciones punibles se clasifican en crímenes, delitos y contravenciones. Este criterio, según sostienen algunos autores, puede ser utilizado tanto en el derecho penal común como en el derecho penal especial y tiene fundamentalmente en cuenta la valoración de la gravedad de las figuras delictivas. En los crímenes, se trata de ataques a bienes jurídicos particularmente importantes (ej. homicidio, asesinato, robo, etc.); en los delitos, el ataque iría contra bienes jurídicos de menor importancia (casi la mayoría de los hechos punibles del Código Penal, ej., homicidio culposo, lesiones, hurto, etc.); en las contravenciones, finalmente, se tienen en cuenta, o bien los leves riesgos para bienes jurídicos importantes, o constituyen un aseguramiento para la administración frente al ciudadano desobediente. Este modelo clasificatorio persigue el propósito de excluir del ámbito del derecho penal las infracciones más leves¹⁷.

Otros criterios toman en cuenta, o bien el elemento subjetivo, según el cual los delitos pueden ser dolosos, preterintencionales o culposos, o bien el impulso criminal, en el que las infracciones se clasifican en delitos de sangre, delitos de carne o delitos cometidos por venganza, odio o avidez¹⁸.

Históricamente, también se elaboró una clasificación de las infracciones conforme a su ordenación alfabética. Son ejemplos de esta modalidad el Libro V de la *Práctica criminalis* de Julio CLARO (1560) y el *Traité de la justice criminelle* de JOUSSÉ (1771)¹⁹.

En el ámbito legislativo, en cambio, el criterio de mayor predicamento ha sido el del bien jurídico protegido por las distintas figuras delictivas.

¹⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Parte general* . . ., p. 16. Véase también MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 10.

¹⁷ MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 10.

¹⁸ ROXIN, Claus; ARTZ, Günther, y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, ps. 101 y siguientes.

¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Parte general* . . ., p. 17.

¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, ob. cit., p. 11.

La base para la estructura de la Parte Especial está formada, como sabemos, por el bien jurídico protegido (objeto de protección, objeto de ataque). Representa este la causa permanente de clasificación de los distintos hechos punibles²⁰. La determinación del bien jurídico tutelado, enseña SOLER, es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley²¹.

La importancia del bien jurídico en la Parte Especial como criterio clasificador de los delitos se pone de relieve en cuanto se advierte que no solo especifica las garantías del ciudadano en relación a cada delito, sino que además fija el ámbito del injusto y, al mismo tiempo, permite una ordenación en grupos de los diferentes delitos, señalando, en relación a tales grupos, la graduación jerárquica existente²².

El criterio que estamos desarrollando tiene en cuenta, fundamentalmente, la tradicional división en delitos contra las personas y delitos contra la colectividad, según se trate de bienes jurídicos del individuo o de intereses públicos. Entre los primeros (delitos contra las personas), también se pueden distinguir otros grupos de delitos, ya sea referidos a la tutela de valores materiales de los particulares (propiedad, patrimonio), o bien de valores personales (vida, honor, libertad), sin dejar de considerar que existen delitos en los que se combinan ataques a diversos bienes jurídicos (ej., robo con violencia, secuestro extorsivo, etc.). Entre los segundos (delitos contra la colectividad), también se suele distinguir los delitos contra el Estado de los delitos contra especiales intereses e instituciones públicas (ej., delitos contra la administración de justicia)²³.

²⁰ MEZGER, Edmund, ob. cit., p. 23.

²¹ Conf. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, p. 4.

²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 5. Para un estudio más exhaustivo sobre la problemática del bien jurídico, confr., de este mismo autor, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, ps. 159 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975; del mismo y en colaboración con Winfried HASSEMER, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. 3, y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Universidad de Sevilla, 1974.

²³ ROXIN, Claus y otros, ob. cit., p. 100.

A nosotros nos ha parecido de singular interés, no solo científico sino también didáctico, la sistematización de los delitos elaborada por el profesor BUSTOS RAMÍREZ en su *Manual de derecho penal* y, posteriormente, en su obra *Control social y sistema penal*, razón por la cual la reproducimos enteramente aquí para conocimiento del lector.

Para el profesor chileno, la ordenación de los delitos debe ser formulada no a partir no de la perspectiva del sistema liberal democrático que imperó durante el siglo XIX, sino en relación a un sistema social democrático en el que el Estado intervenga para atender las necesidades de todos y cada uno de los ciudadanos²⁴. Más aún, por la aparición, desde no hace mucho tiempo, de los llamados bienes jurídicos colectivos, cuya irrupción impone una sistematización moderna de los bienes jurídicos²⁵.

Desde esta perspectiva, propone una distinción de los bienes jurídicos del modo como se grafica en el cuadro 1 de página siguiente.

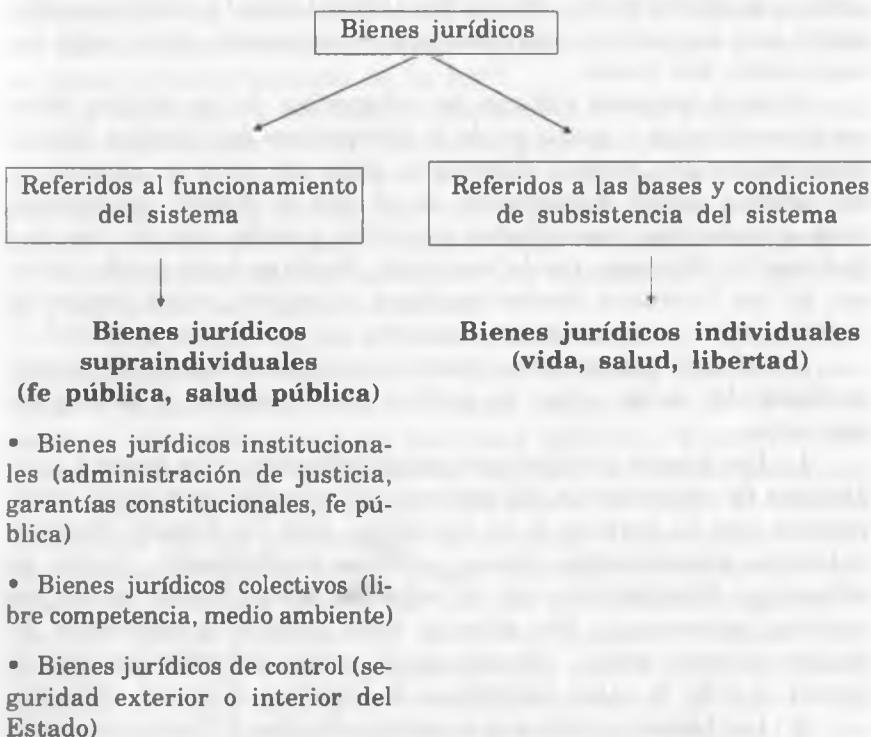
1. Los bienes jurídicos que están referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema son aquellos que están constituidos por la persona y su dignidad. Son los bienes tradicionalmente denominados *bienes jurídicos individuales*. Como se relacionan directamente con el individuo, estos bienes tienen un carácter microsocial. Sin ellos no sería posible la existencia de ningún sistema social. En este grupo están incluidos los delitos contra la vida, la salud individual, la libertad, el honor, etcétera.

2. Los bienes jurídicos que están referidos al funcionamiento del sistema son aquellos que se encuentran relacionados a los procesos o funciones que el sistema debe cumplir para asegurar, precisamente, sus bases y condiciones. Constituyen relaciones de tipo macrosocial, esto es, entre una persona y las demás. Sin ellos el sistema puede existir, pero no funciona o lo hace defectuosamente.

Dentro de este grupo se distinguen, a su vez, tres categorías o niveles de funcionamiento del bien jurídico, que son: a) los bienes jurídicos institucionales, es decir, aquellos referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sis-

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual . . .*, p. 6.

²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social . . .*, p. 199.

Cuadro

tema, por medio de los cuales se establecen vías o procedimientos para obtener el aseguramiento de los bienes jurídicos personales, por ej., los delitos contra la administración pública o de justicia, contra la fe pública, contra las garantías constitucionales, etc.; b) los bienes jurídicos colectivos, que son aquellos que están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de los individuos y sus grupos. Se refieren estos bienes a la satisfacción de las necesidades de carácter social y económicas, por ej., los delitos contra la libre competencia, contra el medio ambiente, contra la política de ingresos y egresos del Estado, etc., y c) los bienes jurídicos de control , que son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que este pueda cumplir

sus funciones propias. En este nivel estarían incluidos, por ej., los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado (traición a la Nación, conspiración para la traición, actos hostiles contra el gobierno, etc.).

IV) *La llamada "Parte General de la Parte Especial" del Código Penal*

La pretensión de construir una teoría general de la Parte Especial del derecho penal²⁶, como una suerte de parte intermedia entre las dos en que ha sido tradicionalmente dividida la materia, proviene de los juristas alemanes Edmund MEZGER y Erik WOLF, quienes han sido los precursores de esta idea, desarrollada a partir de la moderna doctrina del tipo delictivo.

La idea consiste en integrar el plan expositivo de la materia mediante la introducción de una parte interpuesta entre las dos que, históricamente, se han tenido como suficientes para abarcar todos los temas de estudio del derecho penal. Sus autores han considerado insuficiente la actual sistematización de la materia en dos zonas: general y especial, y han sostenido que, mediante la inserción de una teoría general de la Parte Especial pasarían al dominio de la Parte Especial del Código Penal todos los elementos elaborados por la teoría del delito y que hoy se estudian en la Parte General. De esta manera se produciría una repetición de los elementos del delito –ej., tipicidad, antijuridicidad, etc.–, en el estudio de las figuras en particular.

La teoría ha recibido apoyo fuera de Alemania. En Italia, por ejemplo, la acogieron PISAPIA, GREGORI y GRISPIGNI, y en España, ANTÓN ONECA y Juan DEL ROSAL. En la Argentina, según TERÁN LOMAS, parecería aceptar este criterio FONTÁN BALESTRA, cuando afirma que la clasificación de las figuras delictivas y la sistematización de sus elementos constitutivos –aspectos de los que

²⁶ Sobre este tema puede consultarse SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 6; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, 1968, t. 4; QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado . . . , y Compendio . . .*; PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., ps. 5 y ss.; DEL ROSAL, Juan, “Reflexiones sobre el estudio de la Parte Especial del Código Penal”, en *Estudios penales*, Madrid, 1948, ps. 17 y siguientes.

debe ocuparse una introducción a la Parte Especial del derecho penal— constituyen una teoría general de los tipos penales.

En definitiva, la teoría no tuvo aceptación en el ámbito de la doctrina universal.

V) Derecho penal común y derecho penal especial

Todos los preceptos penales tienen un lugar común de ubicación: el Código Penal. Sin embargo, por razones de carácter sistemático, e inclusive de interés práctico, no todas las figuras encuentran ubicación en la parte dogmática del Código. Este ámbito situacional de las prescripciones penales determina la clasificación del derecho penal en derecho penal común y derecho penal especial.

El derecho penal común es aquel que está constituido por los denominados delitos clásicos o tradicionales (homicidio, robo, hurto, violación, etc.). Comprende la llamada criminalidad convencional, de construcción típica simple y con ubicación en la parte dogmática del Código Penal, generalmente en el Libro II (Parte Especial), aunque algunas veces el legislador ha tipificado delitos también en la Parte General (Libro I), por ejemplo, el delito de violación de la prohibición de informar previsto en el art. 51 del Código Penal.

El derecho penal especial es aquel que se halla constituido por todos aquellos delitos que se encuentran tipificados en leyes especiales (por ej., contrabando, estupefacientes, defensa de la competencia, etc.). Son, por lo general, de estructuración típica compleja y requieren para su comprensión frecuentemente de conocimientos específicos sobre la materia legislada (piénsese, por ej., en los delitos previstos en el régimen penal tributario o en la legislación sobre control de cambios, libre competencia, etc.).

Para explicar mejor aún la distinción entre derecho penal común y especial, puede servir la siguiente fórmula: el derecho penal común prohíbe conductas porque son por sí mismas injusto (*mala in se*), mientras que el derecho penal especial prohíbe con-

ductas cuyo injusto proviene, por lo general, de la prohibición legal (*mala quia prohibita*)²⁷.

B) *El Código Penal argentino*

I) *Sistematización de la Parte Especial*

El Código Penal argentino, apartándose de la línea tradicional de los códigos europeos, ha sistematizado su cuerpo normativo en atención al orden jerárquico de los bienes jurídicos tutelados. La regla casi general, en aquellos, consiste en comenzar la sistematización del Libro II haciendo referencia a la tutela de los bienes jurídicos públicos o comunitarios (colectivos), para concluir, frecuentemente, con los ataques a los bienes jurídicos particulares.

Pueden citarse como ejemplos de este último modelo de códigos, el español de 1944, el cual, al tiempo de atender a una clasificación de las infracciones por su gravedad (delitos –Libro II– y faltas –Libro III–), comienza el Título I del Libro II con los delitos contra la seguridad exterior del Estado, y solo recién a partir del Título VIII –Delitos contra las personas–, se ocupa del tratamiento de los bienes jurídicos particulares. El Código Penal francés de 1810 comienza con el Libro III, Título I, con los crímenes contra la cosa pública para terminar en el Título II con los delitos contra los particulares. Cabe señalar que este Código se compone de cuatro Libros: el primero se ocupa de las penas en materia criminal y correccional y sus efectos; el segundo hace referencia a las personas que son punibles o responsables por crímenes y delitos; el tercero trata sobre los crímenes y delitos y sus penas, y el cuarto sobre las contravenciones de policía y sus penas²⁸. El Código Penal italiano de 1930, actualmente en vigencia también con reformas parciales, cuyo tratamiento del Libro II –De los delitos en particular– comienza en el Título I con los delitos contra la personalidad del Estado,

²⁷ ROXIN, Claus y otros, ob. cit., p. 100.

²⁸ *Les codes pénaux européens*, t. 2, ps. 630 y ss., Centro Francés de Derecho Comparado, París, 1957.

concluyendo en el Título XII con los delitos contra la persona (cuyo contenido aprehende a los delitos contra la vida y la in-columidad individual, a los delitos contra el honor y a los delitos contra la libertad individual). La Parte Especial termina en el Título XIII con los delitos contra el patrimonio.

Como excepción a la regla de dar comienzo la sistematización de la Parte Especial con los delitos que atacan bienes jurídicos de tipo colectivo, pueden mencionarse, entre los europeos, al nuevo Código Penal de Portugal de 1982, que inicia el Título I del Libro II con los delitos contra las personas y termina el Título V con los delitos contra el Estado²⁹; al nuevo Código Penal español de 1995, cuyo Título I del Libro II lleva la rúbrica "Del homicidio y sus formas", y al Código Penal francés de 1994, cuyo Libro II se intitula "De los crímenes y delitos contra las personas", Título I, "De los crímenes y delitos contra la humanidad", Título II, "De los atentados contra la persona humana".

En América Latina, la regla de otorgar prioridad a los bienes jurídicos colectivos se mantiene, entre otros, en los códigos de Chile, de 1989 (Título I, Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado); Uruguay, de 1933 (Libro II, Título I, De los delitos contra la soberanía del Estado, contra los Estados extranjeros, sus jefes o representantes); Cuba, de 1987 (Libro II, Título I, Delitos contra la seguridad del Estado); Colombia, de 1980 (Libro II, Título I, Delitos contra la existencia y seguridad del Estado), etcétera. La excepción está dada por los códigos de Panamá de 1982, Brasil de 1940, la Argentina de 1921, Perú de 1991, Honduras de 1997, Paraguay de 1997, etc., que comienzan el tratamiento de las infracciones en particular con los delitos contra las personas, otorgando primer rango a la vida y a la integridad corporal.

Como puede apreciarse, el Código Penal argentino ha mantenido fidelidad a la regla que prioriza los delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de tipo individual. Es, por otra parte, una constante casi general en todos sus precedentes legislativos (con excepción del proyecto de Código Penal de 1881) y en los proyectos de reformas posteriores a su sanción.

²⁹ Texto completo en "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 184.

La Parte Especial del Código Penal, ubicada en el Libro II –De los delitos–, se compone de doce Títulos, subdivididos, a su vez, en Capítulos. Su sistema expositivo es el siguiente:

Título I, “Delitos contra las personas”, compuesto de seis Capítulos: 1) delitos contra la vida; 2) lesiones; 3) homicidio o lesiones en riña, 4) duelo; 5) abuso de armas, y 6) abandono de personas.

Título II, “Delitos contra el honor”.

Título III, “Delitos contra la integridad sexual”, compuesto de cinco Capítulos (según ley 25.087).

Título IV, “Delitos contra el estado civil”, compuesto de dos Capítulos: 1) matrimonios ilegales, y 2) supresión y suposición del estado civil y de la identidad (según ley 24.410).

Título V, “Delitos contra la libertad”, compuesto de seis Capítulos: 1) delitos contra la libertad individual; 2) violación de domicilio; 3) violación de secretos; 4) delitos contra la libertad de trabajo y asociación; 5) delitos contra la libertad de reunión, y 6) delitos contra la libertad de prensa.

Título VI, “Delitos contra la propiedad”, compuesto de nueve Capítulos: 1) hurto; 2) robo; 3) extorsión; 4) estafas y otras defraudaciones; 4 bis) usura; 5) quebrados y otros deudores punibles; 6) usurpación; 7) daños, y 8) disposiciones generales.

Título VII, “Delitos contra la seguridad pública”, compuesto de cuatro Capítulos: 1) incendio y otros estragos; 2) delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación; 3) piratería; 4) delitos contra la salud pública.

Título VIII, “Delitos contra el orden público”, compuesto de cinco Capítulos: 1) instigación a cometer delitos; 2) asociación ilícita; 3) intimidación pública; 4) apología del crimen, y 5) otros atentados contra el orden público.

Título IX, “Delitos contra la seguridad de la Nación”, compuesto de dos Capítulos: 1) traición, y 2) delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.

Título X, “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”, compuesto de tres Capítulos: 1) atentados al orden constitucional y a la vida democrática; 2) sedición, y 3) disposiciones comunes a los capítulos precedentes.

Título XI, “Delitos contra la administración pública”, compuesto de catorce Capítulos y uno adicional: 1) atentado y resis-

tencia contra la autoridad; 2) falsa denuncia (según ley 24.198); 3) usurpación de autoridad, títulos y honores; 4) abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; 5) violación de sellos y documentos; 6) cohecho; 7) malversación de caudales públicos; 8) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; 9) exacciones ilegales; 9 bis) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; 10) prevaricato; 11) denegación y retardo de justicia; 12) falso testimonio; 13) encubrimiento, y 14) evasión y quebrantamiento de pena (según ley 25.188).

Título XII, "Delitos contra la fe pública", compuesto de seis Capítulos: 1) falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito; 2) falsificación de sellos, timbres y marcas; 3) falsificación de documentos en general; 4) disposiciones comunes a los capítulos precedentes; 5) de los fraudes al comercio y a la industria, y 6) del pago de cheques sin provisión de fondos.

Finalmente, tres artículos (303 a 305) componen las disposiciones complementarias.

C) *Proyectos y leyes reformadores del Código Penal anteriores y posteriores a su sanción*³⁰

I) *Legislación anterior a 1921*

Durante la primera etapa constitucional, poco después de la promulgación de la Constitución nacional de 1853, tiene comienzo en nuestro país el movimiento codificador en cumplimiento de lo dispuesto en el inc. 11 del art. 67, Constitución nacional. De las leyes que fueron sancionadas en ese período, dos son las que mayor importancia revisten en materia penal: la

³⁰ Para un estudio más exhaustivo de la historia del derecho penal argentino, puede verse a Abelardo LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, vol. IV; CHICHIZOLA, Mario I., *Historia del derecho penal argentino*, Esnaola, Buenos Aires, 1965; ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1980, t. 1; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1964, t. 1.

ley 27 del 16 de octubre de 1862 y la ley 49 del 14 de septiembre de 1863.

1) Ley 27: estableció la naturaleza y funciones generales del poder judicial de la Nación; particularmente reguló la competencia de la justicia federal.

2) Ley 49: legisló sobre los crímenes cuyo juzgamiento era de competencia de los tribunales nacionales, fijando su penalidad. Esta ley, que rigió hasta la sanción del actual Código Penal, contempló las siguientes figuras delictivas: traición, infracciones que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, piratería, rebelión, sedición, desacato, resistencia a la autoridad, falseades, cohecho, etcétera. Su sistema de penas previó la de muerte, prisión, trabajos forzados, trabajos públicos, servicio militar en las fronteras, destierro, multa, extrañamiento, inhabilitación, suspensión y pérdida del cargo para los empleados públicos. Según ZAFFARONI, esta ley constituye la primera codificación penal argentina³¹.

3) Proyecto Tejedor: fue redactado por el Dr. Carlos Tejedor por encargo del Poder Ejecutivo en 1863. La Parte General fue presentada el 30 de diciembre de 1865 y la Parte Especial el 31 de enero de 1868. Las fuentes extranjeras del proyecto fueron el Código bávaro de 1813, el Código de Louissiana (EE. UU.) y el Código Penal español de 1848 con su reforma de 1850.

El proyecto Tejedor fue, al decir de CHICHIZOLA, el primer proyecto argentino de Código Penal, cuya influencia fue de gran importancia en la legislación posterior, tanto por haber servido de base al Código de 1886 como por haber regido en casi todas las provincias argentinas, entre ellas Corrientes³².

4) Proyecto de 1881: el 16 de octubre de 1868, el Congreso autorizó a una comisión de tres abogados para que examinaran el proyecto Tejedor, la que luego de varias designaciones y reemplazos quedó integrada por los Dres. Sixto Villegas, Andrés Ugariza y Juan Agustín García. La comisión presentó su informe doce años después, el 3 de enero de 1881, acompañando un nuevo proyecto de Código Penal.

³¹ Ob. cit., p. 409.

³² Ob. cit., p. 46.

El nuevo proyecto no fue bien acogido por la crítica, no obstante lo cual llegó a ser adoptado como Código por la provincia de Córdoba³³.

El antecedente inmediato de esta nueva iniciativa fue el Código Penal español de 1870 y entre sus más importantes reformas pueden citarse el abandono del criterio tripartito de crímenes, delitos y contravenciones y del sistema de penas fijas. Legisló el proyecto sobre derecho penal internacional, aunque no sobre delitos de competencia federal. En su régimen de penas mantuvo la de muerte para delitos graves.

5) Proyecto de 1886: Esta nueva propuesta nació también como consecuencia de someter a un nuevo estudio, esta vez en el seno de la Cámara de Diputados, el proyecto Tejedor, el cual había sido –como vimos– ya examinado por el proyecto de Villegas, Ugarriza y García. Esto sucedió en 1885. El 7 de diciembre de 1886 fue promulgado, tanto que, al cabo de un corto tiempo, comenzaron las tratativas de reformas.

Entre las principales modificaciones al proyecto Tejedor pueden citarse: el abandono de la distinción entre crímenes y delitos; de las penas de retractación y confinamiento y del sistema de penas fijas. Fueron suprimidas las contravenciones y se determinó el tiempo de la prisión preventiva como cómputo de la pena.

6) Proyecto de 1891: fue el cuerpo de leyes más importante entre los antecedentes del actual Código Penal. Se gestó en una comisión integrada por los Dres. Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, constituida el 7 de junio de 1890. El proyecto terminado fue presentado al Congreso al año siguiente.

En verdad, este proyecto fue el primer intento serio, completo y ordenado de codificación penal, lo que motivó los elogios de la más calificada doctrina nacional y extranjera.

El proyecto constituye un cuerpo legislativo inspirado en las mejores fuentes de la época, entre las que pueden mencionarse el Código Penal italiano de 1889, el húngaro de 1878, el belga de 1867 y el holandés de 1881. La importancia de este proyecto radica en que fue la base de los proyectos de 1906 y 1916 y la fuente principal del Código Penal de 1921.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob. cit., p. 1022; ZAFFARONI, Eugenio R., ob. citada.

Estuvo compuesto de tres Libros: el primero, de disposiciones generales; el segundo, de la Parte Especial, casi idéntica a la del Código Penal vigente, y el tercero, dedicado a las faltas.

7) Proyecto Lisandro Segovia: fue la obra del jurista correntino Lisandro Segovia, que lo publicó, sin ningún encargo oficial, en 1895, como una alternativa crítica al proyecto de 1891. Constaba de 378 artículos distribuidos en dos partes: una general y otra especial. Fue un proyecto sin ninguna importancia para la labor doctrinaria y legislativa posterior.

8) Ley de reformas de 1903: La ley 4189 de reformas al Código Penal fue promulgada el 22 de agosto de 1903, como contrapartida al intento del Poder Ejecutivo, en 1895, de lograr la sanción del proyecto de 1891.

La ley estuvo compuesta, en definitiva, por disposiciones del Código de 1886 y del proyecto de 1891, pese a los diferentes sistemas en que se basaron estos cuerpos legislativos. La ley fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina, jueces y legisladores de la época.

9) Proyectos de 1906 y 1916. El Código Penal de 1921: como consecuencia de la pésima acogida entre los juristas de la ley 4189, el Poder Ejecutivo designó una comisión para que se encargara de la revisión del Código Penal, la que quedó integrada por seis miembros: cinco juristas, Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa y Norberto Piñero, y el médico José María Ramos Mejía.

El 10 de marzo de 1906, la comisión presentó el nuevo proyecto de Código Penal, que fue remitido al Congreso ese mismo año. Sin embargo, nunca fue tratado.

El proyecto estaba compuesto de 326 artículos y dividido en tres partes: un Libro primero, de disposiciones generales; un Libro segundo, muy similar al del actual Código Penal, y un Libro tercero dedicado a las faltas. Su orientación fue la del proyecto de 1891 y sus precedentes legislativos extranjeros más inmediatos fueron el Código Penal holandés y el Código Penal italiano de 1889.

No obstante la buena recepción que tuvo el proyecto en el ámbito científico, no fue tratado por el Congreso, hasta que recién en 1916 el diputado Rodolfo Moreno (h.) lo volvió a presentar para su tratamiento ante la Cámara de Diputados, con algunas

modificaciones por él mismo introducidas. Entre estas reformas pueden mencionarse la supresión del Libro III sobre faltas y de la pena de muerte; modificaciones en la penalidad de ciertos delitos (homicidio, disparo de arma, agresión con toda arma, alteración del estado civil y de los delitos contra la honestidad); derogación de las leyes relativas a la trata de blancas, seguridad social y cheques dolosos, etcétera.

Luego de algunas discusiones en el seno de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, de encuestas y estudios efectuados sobre el proyecto, fue sancionado el 22 de agosto de 1917. Al pasar en revisión al Senado, el proyecto —conocido como proyecto de 1917— permaneció allí hasta 1919, año en que se expidió la Comisión de Códigos, para ser aprobado en general al año siguiente. Nuevas modificaciones postergaron su sanción, entre idas y venidas de ambas Cámaras, hasta quedar convertido en ley el 29 de octubre de 1921. El nuevo Código Penal, sancionado bajo número de ley 11.179, entró a regir el 30 de abril de 1922.

II) *Legislación posterior a 1921*

De toda la profusa legislación dictada con posterioridad a la sanción del Código Penal, comprensiva de la más variada materia y que puede consultarse fácilmente en cualquier edición del mismo, solo resulta de interés destacar aquellos cuerpos legislativos que fueron, más que nada, tentativas de reformas. Entre ellos, pueden mencionarse:

1) Proyecto de 1937: fue preparado por los Dres. Jorge E. Coll y Eusebio Gómez y presentado para su consideración al Congreso el 25 de agosto de 1937. En realidad, más que una propuesta de reformas, se trató de un verdadero proyecto de nuevo Código Penal. Doctrinariamente fue un proyecto de orientación positivista. No tuvo sanción legislativa³⁴.

2) Proyecto de 1941: fue redactado por el Dr. José Peco y presentado al Congreso para su tratamiento el 25 de septiembre

³⁴ Puede consultarse el texto completo del proyecto de Eusebio GÓMEZ en su *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, 1939, t. 1, p. 695.

de 1941. Al igual que el proyecto del 37, su filiación fue positivista. No tuvo sanción legislativa.

3) Proyecto de 1951: este proyecto fue realizado bajo la dirección del Dr. Isidoro De Benedetti, en el Instituto de Derecho Penal de la Dirección General de Institutos, que en aquel año era una dependencia del Ministerio de Justicia.

Se remitió al Congreso el 1º de agosto de 1951, pero no logró su tratamiento. El proyecto, de cierta inspiración positivista, aunque en menor medida que los anteriores, tuvo su antecedente más inmediato en el Código Penal italiano de 1930. Su contenido no tuvo eco favorable en el ámbito de la doctrina.

4) Proyecto de 1953: en 1952, el Poder Ejecutivo encomendó la elaboración de un proyecto de Código Penal a los profesores Francisco Laplaza y Ricardo Levene (h.), a los que se agregó posteriormente el profesor Horacio Maldonado en reemplazo del primero de los nombrados. A mediados de 1953, la labor concluyó pero el proyecto no fue remitido al Congreso.

Este proyecto, entre otras cosas, legisló sobre individualización de la pena, contemplando el perdón judicial, la exención y la libre atenuación de la pena y la reducción de la sentencia durante su cumplimiento.

5) Proyecto de 1960: fue la obra del profesor Sebastián Soler. El proyecto se elaboró por un convenio celebrado entre Soler y el Ministerio de Educación y Justicia de la Nación en octubre de 1958. En este año y a propuesta del redactor, se sumaron a la tarea los Dres. Eduardo H. Marquardt y Luis C. Cabral.

El proyecto fue enviado al Congreso el 10 de noviembre de 1960, cuya Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados lo sometió a una encuesta pública para conocer la opinión de los más calificados profesores, magistrados y publicistas del país.

Este proyecto tuvo numerosos y prestigiosos detractores, entre los que pueden citarse a quien fuera un recordado profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho del Nordeste y eminente jurista español, don Francisco Blasco Fernández de Moreda, Enrique Aftalión, Carlos Fontán Balestra, Luis Jiménez de Asúa, Isidoro De Benedetti, Francisco Laplaza, Ricardo C. Núñez, etcétera. Su tratamiento en el Congreso quedó interrumpido en 1962 por disolución de las Cámaras Legislativas.

6) Proyecto de 1963: el 20 de diciembre de 1962, el Poder Ejecutivo Nacional designó una comisión para proyectar algunas reformas al Código Penal, la que fue integrada por los Dres. José F. Argibay Molina, Ángel A. González Millán, Gerardo Peña Guzmán, Alejandro R. Caride y Mario A. Oderigo. El proyecto, presentado a comienzos de 1963, se convirtió en el decreto ley 4778 del 12 de junio de 1963, por el cual fueron introducidas reformas parciales al Código Penal, especialmente en las disposiciones sobre reparación de perjuicios, agravación de penas, concurso de delitos, extinción de las acciones y algunos delitos de la Parte Especial. En 1963 estas disposiciones fueron derogadas por la ley 16.648.

7) Leyes reformadoras del Código Penal: entre las de mayor importancia merecen destacarse:

— Ley 16.648, sancionada a instancia de Ricardo Núñez, entró en vigencia el 27/11/64, manteniéndose hasta la actualidad. Esta ley derogó, entre otras disposiciones, los decretos leyes 788/63 y 4778/63 e incorporó al Código Penal los arts. 213 bis (otros atentados contra el orden público), 268 y 268 (enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados); sustituyó y modificó numerosas disposiciones, manteniendo aún vigencia los arts. 73, inc. 3º (acciones privadas: violación de secretos, salvo los arts. 154 y 157), 229 (sedición), 230 (motín), 256 (cohecho pasivo), 258 (cohecho activo), 259 (admisión de dádivas), 261, 2º párr. (peculado de servicios), 265 (negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), 266 (exacciones ilegales), 267 (aggravantes) y 302 (del pago con cheques sin provisión de fondos).

— Ley 17.567, sancionada el 6/12/67 y puesta en vigencia el 1/4/68³⁵. La ley fue obra de los profesores Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio e introdujo modificaciones a la casi totalidad del Código Penal. La reforma alcanzó a disposiciones originales, sustituyendo tipos y denominaciones e incorporó nuevas figuras de delito. Fue derogada (aunque no en su totalidad) por la ley 20.509.

³⁵ Para un examen de esta ley puede consultarse a FONTÁN BALESTRA, Carlos, y MILLÁN, Alberto S., *Las reformas al Código Penal -ley 17.567-*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

— Ley 20.509, sancionada el 27/5/73, que hizo perder eficacia a todas las leyes que no fueron emanadas del Congreso Nacional, lo que produjo, como consecuencia, la puesta en vigor del Código Penal de 1921. Sin embargo, algunas disposiciones de la legislación de facto fueron dejadas intactas, entre ellas, los arts. 173, incs. 7º y 11, 179, 2º párr., 190, 194 y 198, todos introducidos por la ley 17.567 y el art. 175 bis (usura) incorporado por la ley 18.934 (art. 4º, ley 20.509).

— Ley 20.642, sancionada el 25/1/74 y puesta en vigencia el 7/2/74. Esta legislación no solo modificó algunas disposiciones del Código, sino que introdujo nuevas tipologías que hasta hoy mantienen vigor (por ej., homicidio cometido con el concurso premeditado de dos o más personas; amenazas y coacciones, y los delitos previstos en el art. 189 bis).

— Ley 21.338, sancionada y promulgada el 25/6/76 y puesta en vigencia el 16/7/76³⁶. Su normativa constituyó una amplia modificación al Código Penal, lo que se llevó a cabo a través de la restauración de las leyes 17.567, 18.953 (que introdujo, entre otras cosas, la pena de muerte) y 20.840 (Seguridad Nacional: penalidad para las actividades subversivas) y la creación de nuevas figuras delictivas y un aumento significativo de las escalas penales.

— Ley 23.077, denominada de “Defensa de la democracia”, fue sancionada el 9/8/84 y puesta en vigor el 4 de septiembre del mismo año. Su texto deroga numerosas disposiciones de las leyes de facto vigentes hasta entonces, entre ellas la ley 21.338 y recobra vigencia, en casi su totalidad, el Código de 1921. Entre las características de mayor relieve de esta legislación, cabe destacar las siguientes: la sustitución de la denominación “Rebelión” (Capítulo I, Título X, Libro II) por la de “Atentado al orden constitucional y a la vida democrática”; modificación del texto del art. 226; incorporación de los arts. 226 bis, 227 bis y 227 ter; agregado del párr. 3º del art. 67 (suspensión del curso de la prescripción penal para los delitos de los arts. 226 y 227 bis); incorporación de una nueva modalidad de asociación delictiva en

³⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, y MILLÁN, Alberto S., *La reforma penal –ley 21.338–*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977; NÚÑEZ, Ricardo C., *Ánalisis de la ley 21.338, “Parte Especial”*, Lerner, Córdoba, 1976.

el art. 210 bis; sustitución del texto del art. 219 (actos materiales hostiles), etcétera.

— Entre 1993 y 1999, el Código Penal sufrió numerosas reformas parciales, pudiendo citarse como de mayor relevancia las siguientes: ley 24.270 (BO 26/11/93), que introdujo el inc. 3º al art. 72, Código Penal, tipificando el delito de impedimento u obstrucción del contacto de menores de edad con sus padres no convivientes; ley 24.198 (BO 3/6/93), que derogó el art. 244 (desacato) y sustituyó la rúbrica del Capítulo II, Título XI, Libro II; ley 24.410 (BO 2/1/95) que derogó el inc. 2º del art. 81 (infanticidio), modificó las penas del art. 106, eliminó el segundo párrafo del art. 107, sustituyó la rúbrica del Capítulo II, Título IV, Libro II por el de “Supresión y suposición del estado civil y de la identidad”, reformó el delito del art. 138 y sustituyó el art. 139, incorporó el delito del art. 139 bis, sustituyó las penas del art. 146, el tercer párrafo del art. 292, el segundo párrafo del art. 293 y el art. 297; ley 24.441 (16/1/95), que introduce normas sobre el fideicomiso, leasing y letras hipotecarias, incorporando tres nuevos delitos contra la propiedad en los incisos 12, 13 y 14 del art. 173, Cód. Penal; ley 24.453 (BO 7/3/95), que elimina el delito de adulterio (art. 118, Cód. Penal), derogando asimismo el art. 74 del Código Penal y la rúbrica “Adulterio” del Título III, Libro II; ley 25.086 (14/5/99), que modifica la Ley Nacional de Armas y Explosivos 20.429, el art. 189 bis, Cód. Penal e incorpora el art. 189 ter; ley 25.087 (14/5/99), que modifica en su totalidad el Título III del Código Penal, introduciendo como nueva rúbrica del mismo la de “Delitos contra la integridad sexual”, así como el art. 72, Cód. Penal; ley 25.189 (BO 28/10/99), de modificación de los arts. 84, 94, 189, 196 y 203, Código Penal, que incrementa el monto de las penas y los tiempos de inhabilitación especial para determinados delitos culposos; ley 25.188 (BO 1/11/99), que introduce modificaciones en los arts. 23, 29, 30 y 67 de la Parte General del Código Penal; sustituye la rúbrica del Capítulo VI del Título XII, del Libro II, “Cohecho”, por la de “Cohecho y tráfico de influencias”; incorpora el delito de tráfico de influencias en el art. 256 bis; introduce modificaciones en varias figuras delictivas, se incrementa considerablemente la pena privativa de libertad en ciertos delitos y se incorporan nuevos delitos contra la administración pública.

III) *Los principios informadores del derecho penal y su relevancia en la Parte Especial*

El derecho penal, enseña MUÑOZ CONDE, en su misión protectora de bienes jurídicos interviene a la par de otras muchas instituciones sociales y estatales. Sin embargo, lo que caracteriza al derecho penal es el modo en que lleva a cabo específicamente esa tarea protectora cuando se ocupa de las infracciones normativas más graves³⁷.

Con esta definición se quiere destacar, fundamentalmente, que el derecho penal, en cuanto constituye uno de los sistemas formalizados de control social que funcionan en el ámbito de la sociedad, se compone de normas que están destinadas a mantener la paz social a través de la tutela de bienes jurídicos relevantes, de modo coercitivo. Pero, claro está, no todos los bienes jurídicos se sirven de la protección penal, sino solo aquellos que el derecho considera merecedores y necesitados de tal tutela.

El derecho penal en un estado social y democrático de derecho, subraya GARCÍA-PABLOS, no puede castigar cualquier conducta, activa u omisiva, sino solo aquella, socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos, esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos. Pero, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es, ante todo, un límite del *ius puniendi*. No solo explica la función que cumple el derecho penal —que no es un orden meramente imperativista, regulador de voluntades individuales, sino un sistema protector de bienes jurídicos—, sino que limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. El estado social y democrático de derecho solo puede acudir al derecho penal para proteger bienes jurídicos³⁸. La exigencia de que el derecho penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos (penales) constituye una garantía fundamental del derecho penal moderno³⁹.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, y HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 116.

³⁸ GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Derecho penal*, Servicio de Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1995, ps. 264 y siguientes.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 267 y siguientes.

En el marco de esta perspectiva, el derecho penal debe cubrir únicamente aquellos bienes jurídicos que se muestran merecedores, necesitados y capaces de protección penal.

Un bien jurídico es *merecedor* de protección penal cuando la generalidad, y no solo la minoría o determinado sector social, lo considera altamente valioso y digno de máxima protección.

Un bien jurídico está *necesitado* de protección penal cuando fracasan en su amparo los medios de que disponen las otras ramas jurídicas.

Un bien jurídico es *capaz* de protección penal cuando, por su estructura y contenido, los ataques a él dirigidos pueden ser realmente reprimidos o evitados por medio de soluciones penales. Cuando concurren estas tres características, el bien jurídico aparece como digno de protección⁴⁰. En definitiva, como lo pone de relieve Armin KAUFMANN, la misión del derecho penal es proteger bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad⁴¹.

Ahora bien, es por todos conocido que la intervención del Estado es corriente en la vida de los individuos, especialmente a través del ejercicio del poder penal y, muy frecuentemente, sobretutelando bienes jurídicos que carecen de relevancia en el plano social. Es decir que se tutelan bienes jurídicos cuya protección ha perdido interés para los ciudadanos, como sucede, por ej., con el adulterio, la homosexualidad y pornografía para adultos, etcétera. De allí que la excesiva intervención punitiva del Estado puede resultar peligrosa para las garantías individuales, fundamentalmente cuando constituye una intromisión intolerable en el ámbito de privacidad de los ciudadanos.

Por ello, el ejercicio del poder punitivo del Estado debe estar limitado a su más estricta y necesaria intervención. Estos límites surgen de dos principios fundamentales que son las bases del estado de derecho: el principio de mínima intervención y el principio de legalidad.

⁴⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Directrices político criminales del Anteproyecto de Código Penal*, "Doctrina Penal", 1979, ps. 575 y ss.; del mismo autor, *Derecho penal*, "Parte General", Civitas, Madrid, 1978, ps. 18 y siguientes.

⁴¹ KAUFMANN, Armin, "La misión del derecho penal", en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 118.

1) EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

El principio de mínima intervención responde a la idea político-criminal de que el derecho penal debe considerarse siempre como último recurso (*ultima ratio*) de todos aquellos con que cuenta el Estado para el mantenimiento del orden jurídicosocial. El derecho penal solo debe intervenir cuando resulte indispensable para la consecución de sus propios fines: el mantenimiento de la paz social. Si estos fines pueden llevarse a cabo de otra manera; esto es, si el restablecimiento del orden jurídico violado se puede concretar a través de otras medidas distintas a la sanción criminal, la intervención del derecho penal aparece como carente de toda significación. En un análogo sentido expresan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO que a la exigencia de que el derecho penal intervenga solamente para la protección de bienes jurídicos fundamentales se une, como consecuencia del principio de proporcionalidad, el que esa intervención punitiva que restringe las esferas de libertad y que mediante la pena priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales, sea el último de los recursos de los que el Estado tiene a su disposición para tutelar bienes jurídicos (derecho penal como *ultima ratio*) y, a su vez, que sea lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen⁴².

CARBONELL MATEU pone de relieve que probablemente sea la obra de FERRAJOLI la que mejor exprese estas ideas, en el sentido que la tarea del derecho penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad. El denominado derecho penal mínimo, dice el profesor de Valencia, no significa que no debe haber derecho penal; que deba prescindirse del poder punitivo del Estado. Fue RADBRUCH el que expresaba que lo ideal no era un derecho penal mejor sino algo mejor que el derecho penal. Lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al derecho penal mí-

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y ARROYO ZAPATERO, Luis, *Manual de derecho penal*, "Parte General", Praxis, Barcelona, 1994, ps. 59 y siguientes.

nimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos para asegurar las libertades de los ciudadanos⁴³.

El principio de mínima intervención se convierte, de esta manera –como destaca MUÑOZ CONDE–, en un principio político-criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal⁴⁴. Este principio se pone de manifiesto en cuanto se advierte que el derecho penal tiene, por un lado, carácter “fragmentario”, esto es, que no protege todos los bienes jurídicos, sino solo una parte (fragmentos) de ellos, o sea, a los que representan los valores más fundamentales del orden social⁴⁵. El derecho penal solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social, esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad. Y, por otro lado, es de naturaleza *subsidiaria*, porque debe utilizarse solo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona.

Son los bienes jurídicos más valiosos, los más importantes los que merecen la atención del derecho penal. De allí que, por incidencia del principio de mínima intervención, queden sin castigo las acciones meramente inmorales, como, por ej., las prácticas homosexuales entre adultos y la mentira⁴⁶.

En verdad, el derecho penal no ha sido diseñado para servir de código de conducta de los ciudadanos. Sus normas no están destinadas a imponer un determinado orden moral ni a hacer más buenos y rectos a los hombres. Tampoco las normas penales han sido construidas para imponer determinada ideología⁴⁷, sino que su función primordial está orientada, con los alcances que hemos visto anteriormente, a la protección de bienes jurídicos.

En un estado social y democrático, enseña MIR PUIG, el derecho penal debe asegurar la protección efectiva de todos los

⁴³ CARBONELL MATEU, Juan C., *Derecho penal: concepto y principios fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, ps. 200 y siguientes.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción . . .*, p. 71.

⁴⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ob. cit., p. 576.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción . . .*, p. 72.

⁴⁷ Conf., en este sentido, BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, “Parte General”, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 81.

miembros de la sociedad, y ello debe hacerse con arreglo a estos tres principios: el principio de protección de bienes jurídicos, el de proporcionalidad y el de culpabilidad⁴⁸.

El principio de mínima intervención solo es posible concebirlo dentro de un sistema penal de un estado democrático, de absoluto respeto por las garantías individuales y la dignidad de la persona humana. Su antítesis es el derecho penal autoritario, el cual, utilizado abusivamente con fines políticos u otros fines subalternos, deriva en lo que algunos autores tan gráficamente han denominado el *terror penal*. La concepción de un derecho penal como *ultima ratio* aleja toda posibilidad de autoritarismo y consolida, al mismo tiempo, las bases para un *ius puniendi* sustentado en la libertad y dignidad de la persona humana.

2) *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

El principio de legalidad, denominado también por otros autores como principio de intervención legalizada⁴⁹, encuentra en nuestro derecho fundamento normativo en el art. 18 de la Constitución nacional. Este principio conforma, al decir de NÚÑEZ, una de las más preciosas garantías constitucionales, la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso⁵⁰.

Todo el derecho penal está imbuido del principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por cuanto la fuente principal del derecho penal es la ley. Por ello, el principio de legalidad constituye un límite al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal⁵¹. La vigencia plena del principio lo convierte, frente el poder penal del Estado, en la máxima garantía de seguridad para los individuos. Fuera de los límites de este principio, el Estado queda deslegitimado en su potestad para aplicar sanciones a los ciudadanos.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2^a ed., Bosh, Barcelona, 1982, p. 30; del mismo autor, *Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito*, "Doctrina Penal", 1979, ps. 525 y siguientes.

⁴⁹ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción . . .*, ps. 59 y siguientes.

⁵⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., *Parte general . . .*, ya citado.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción . . .*, p. 80.

El principio de legalidad se traduce, al decir de GARCÍA-PABLOS⁶², en las siguientes fuentes de garantías para los ciudadanos:

a) Garantía criminal: ningún hecho puede ser considerado delictivo si una ley anterior a su perpetración no lo ha calificado como tal. Esta garantía, dice GARCÍA-PABLOS, cierra el paso a la creación de comportamientos criminales por vía judicial, a definir conductas como delictivas a través de normas (administrativas) con rango inferior a la ley, a la prohibición de la retroactividad y del derecho consuetudinario y a la prohibición de la analogía *in malam partem*.

b) Garantía penal: no se aplicará ninguna pena sin previo establecimiento de la misma por ley. Esta debe determinar la pena y su duración.

c) Garantía jurisdiccional: nadie puede ser condenado al cumplimiento de una pena, sino en virtud de sentencia firme pronunciada por el tribunal competente.

d) Garantía de ejecución: la pena, impuesta por el tribunal competente, será ejecutada en la forma previamente descripta en la ley.

El principio de legalidad ha sido consagrado expresamente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de 1966. En nuestro país, además de estar proclamado solemnemente en el art. 18 de la Constitución nacional, ha sido receptado en forma expresa en el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), convertido en derecho positivo por la ley 23.054 de 1984 y, en la actualidad, elevado a rango constitucional por el art. 75, inc. 22, Constitución nacional.

⁶² GARCÍA-PABLOS, Antonio, ob. cit., ps. 240 y siguientes.

PARTE PRIMERA

TÍTULO I: "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS"

§ 1. SENTIDO Y ALCANCE DE LA DENOMINACIÓN

El Código Penal argentino contempla, en el Título I, Libro II (Parte Especial), una serie de figuras delictivas que reúne bajo una misma y común denominación: "Delitos contra las personas".

Los Capítulos de que se compone el Título, seis en total, agrupan estructuras delictivas diferentes que se distinguen entre ellas, inclusive, por su diversa naturaleza; algunas configuran delitos de resultado y otras de peligro para la vida o la integridad física de los individuos.

En este marco que nos presenta la ley, se puede percibir claramente que la protección penal ha sido dispensada a solo dos aspectos de la persona humana: a su vida y a su integridad corporal, entendida esta en su más amplio alcance de salud física y mental.

Otros intereses o bienes jurídicos que también pertenecen a la persona humana, v. gr., el honor, la libertad, etc., no han sido en esta parte del Código Penal objeto de tutela, sino en otros títulos separados e independientes.

De esta manera se puede deducir que la ley penal argentina ha empleado el concepto persona en su sentido más restringido de persona física, comprensivo de su salud mental o psicológica.

Si bien es cierto que la rúbrica "delitos contra las personas", desde una primera perspectiva podría ser interpretada con un alcance mucho más amplio que el dado por el legislador dentro

del sistema del Código, ya que delitos contra las personas son, en el fondo, todos los delitos del Código Penal, también es verdad que es el propio contenido del Título el que delimita su particular ámbito de aplicación.

Únicamente la vida y la integridad física del individuo son los bienes jurídicos protegidos en esta parte del Código Penal.

El concepto de persona empleado por la ley debe ser entendido como persona de existencia visible, esto es, como “*todo ente que presenta signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes*” (art. 51, Cód. Civil).

No es la personalidad (entendida como “personalidad moral”, protegida a otro título, v. gr., en los delitos contra el honor; o como “personalidad jurídica”, propia de los entes colectivos o personas de existencia ideal) la que está aquí en juego, sino solo el individuo como entidad psico-física¹.

La denominación empleada por el Código ha sido criticada por defectuosa e inadecuada².

Lo primero, por cuanto se aparta del criterio tradicional de clasificación delictiva (criterio objetivo de clasificación), pues no señala la verdadera objetividad jurídica de los delitos que agrupa.

Es decir que la ley emplea la técnica de señalar, antes que el bien jurídico específico que debe ser objeto de tutela (v. gr., la vida y la integridad física), a la persona, que es el titular del bien jurídico ofendido, esto es, aquel sobre quien reposa el objeto tutelado.

¹ TERÁN LOMAS, Roberto A., *Derecho penal*, “Parte Especial”, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 11.

² En este sentido, NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, ed. 1965, t. 3, p. 19; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. 4, p. 61; en relación con el derecho español, BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos de homicidio*, Temis, Bogotá, 1989, ps. 4 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español*, Madrid, 1980, p. 19; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, “Parte Especial”, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 19; PUIG PENA, Federico, *Derecho penal*, Clarasó, Barcelona, 1946, t. 2, ps. 280 y siguientes.

Lo segundo, por cuanto la vida y la salud no son los únicos bienes propios de los individuos; también lo son, entre otros, la libertad, el honor, el patrimonio, la integridad sexual, etc., que no han sido contemplados en este Título.

La ley debió emplear la denominación en singular, a la manera del Código italiano, y no en plural, a fin de guardar una efectiva coherencia sistemática con todo el contenido del Título.

Las críticas, en nuestra opinión, son acertadas, pudiéndose agregar que tampoco nos parece correcta la escala jerárquica de valores que establece el Código en el ordenamiento de los Títulos.

Después de la vida, a nuestro juicio, el bien jurídico más importante es la libertad; vida y libertad son atributos esenciales de la persona humana, que no pueden subsistir el uno sin el otro.

Sin libertad, la vida no pasa de ser un mero hecho biológico, sin valor alguno; sin la vida, ya no es posible el disfrute de los demás derechos.

Sin embargo, el legislador ha colocado la libertad en quinto lugar, después del honor, la integridad sexual y el estado civil.

CAPÍTULO PRIMERO

DELITOS CONTRA LA VIDA

Los delitos contra la vida humana en nuestro Código Penal admiten la siguiente clasificación: por un lado, están los delitos de homicidio, con los cuales se tutela la vida humana después de verificado el proceso de nacimiento (vida humana independiente), con penas más graves y, por otro lado, están los delitos de aborto, que abarcan a la vida humana en formación (vida humana dependiente), con penas más leves.

La sistemática de la ley permite configurar el siguiente cuadro clasificatorio:

*Delitos de homicidio**Delito tipo básico. Homicidio simple doloso (art. 79)**Formas agravadas (art. 80)*

- por el vínculo parental (parricidio)
- por el modo (alevosía, ensañamiento, veneno u otro procedimiento insidioso)
- por el medio (medio idóneo para crear un peligro común)
- por el fin (placer, codicia, odio racial o religioso)
- por la causa (precio o promesa remuneratoria, *crimis causa*)
- por la pluralidad de agentes (conursos premeditado de dos o más personas)

Formas atenuadas (art. 81, inc. 1º, a): homicidio en estado de emoción violenta

*Homicidio culposo (art. 84)**Delitos secundarios*

- Homicidio predeterminacional (art. 81, inc. 1º, b)
- Homicidio en riña o agresión (art. 95)
- Instigación o ayuda al suicidio (art. 83)

*Delitos de aborto**Abortos dolosos**Aborto doloso simple (art. 85)*

causado por un tercero (art. 85)

- con el consentimiento de la mujer
- sin el consentimiento de la mujer

agravante por el resultado de muerte de la mujer

Aborto profesional (art. 86)

punible (art. 85, inc. 1º)

impune (art. 86, inc. 2º)

- terapéutico
- eugénico

Aborto tentado impune (art. 88)

Aborto preterintencional (art. 87)

§ 2. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: LA VIDA HUMANA

El bien jurídicamente protegido en los delitos contra la vida es la *vida humana misma*. La tutela jurídico-penal de la vida no aparece aquí como una cuestión exenta de dificultades, ya que aún en la actualidad continúa el debate acerca de cuál debe ser, no solo la línea divisoria entre el aborto y el homicidio, sino también la determinación precisa del comienzo de la vida. En el aborto, se discute si el marco de protección penal debe partir desde que se produce el fenómeno de la fecundación del óvulo (teoría de la fecundación) o desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer (teoría de la anidación). Como es de suponer, la adopción de una u otra teoría habrá de producir consecuencias prácticas muy diferentes en orden a la tipificación del delito. En el homicidio, en cambio, la materia de discusión gira alrededor de la determinación del momento del nacimiento del ser humano. Sobre esta cuestión, según la posición que consideramos correcta y que en otra ocasión hemos explicado suficientemente³, la muerte de la persona “durante el nacimiento” da lugar a un delito de homicidio (infanticidio), mientras que con anticipación a dicho momento solo podrá hablarse de aborto.

La vida de la persona carecía en nuestro país antes de la reforma de 1994 –al menos en forma expresa– de reconocimiento constitucional, a diferencia de como sucede con otras legislaciones del mundo⁴. No obstante, algún sector doctrinario creía encon-

³ Véase BUOMPADRE, Jorge E., *Estudio sobre el aborto*, UNNE, Corrientes, 1989, ps. 89 y ss.; puede también consultarse *Fecundación extracorporal y delito*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas”, UNNE, nº 10, 1993.

⁴ Por ej., España, art. 15, Const. nacional: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”; Brasil, art. 5º, Const. nacional: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida”; Paraguay, art. 4º, Const. nacional: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado

trar ese reconocimiento legal en el ámbito de los llamados derechos implícitos del art. 33, Constitución nacional⁵, tesis que entendemos, en el marco legal de entonces, absolutamente discutible, inclusive por su propia generalización.

En verdad, la Constitución nacional no hacía referencia expresa a la vida humana como objeto de protección jurídica fundamental. Sin embargo, la opinión común de nuestra doctrina entendía que la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia, no solo porque el atentado contra ella es irreparable, sino porque es también la condición absolutamente necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes⁶.

En la actualidad y por imperio de la mentada reforma de 1994, el derecho a la vida tiene consagración constitucional a través de la incorporación de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos al texto fundamental, los cuales, según se establece en el art. 75, inc. 22, tienen "jerarquía constitucional, superior a las leyes". De este modo, el constituyente argentino ha otorgado jerarquía constitucional a un número cerrado de tratados sobre derechos humanos (nueve en total), siguiendo los pasos de otras constituciones de países latinoamericanos, como, por ej., Colombia y Perú, derecho supranacional que garantiza el derecho a la vida de toda persona, en general, a partir de la concepción, v. gr., Declaración Universal de Derechos Humanos⁷, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸, Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ –Pacto

en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, solo con fines científicos o médicos".

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *El aborto y el derecho a la vida*, ED, t. 113, p. 1985; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *El derecho a nacer*, ED, t. 96, p. 861.

⁶ Véase, por todos, LEVENE (h.), Ricardo, *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, ps. 7 y ss.; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 12; BUON PADRE, Jorge E., *Estudio . . .*, ps. 12 y siguientes.

⁷ Art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

⁸ Aprobado en Bogotá (Colombia), 1948. Art. I: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

⁹ Pacto de San José de Costa Rica, firmado en dicha ciudad el 22/11/1969 (ley nacional 23.054), cuyo art. 4.1 establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida ar-

de San José de Costa Rica—, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, etcétera.

§ 3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA VIDA

Se discute, sin embargo, en el marco teórico, el contenido del derecho a la vida, esto es, si este derecho debe entenderse solo en un sentido físico-biológico o si, por el contrario, tiene también un contenido valorativo.

Para un sector de la doctrina, la vida constituye un concepto puramente naturalístico, que se determina conforme a criterios biológicos y fisiológicos. En esta postura, destaca el profesor RODRÍGUEZ MOURULLO, que al decir que el concepto constitucional de vida es un puro concepto naturalístico, se quiere subrayar que la existencia o inexistencia de vida no se puede hacer depender de valoraciones sociales y que, en cuanto se cumplan los correspondientes presupuestos bio-fisiológicos, hay que reconocer la presencia de vida, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de prestación social de su titular¹¹. Esta posición, parcialmente exacta desde una primera perspectiva, pues todo análisis que se pretenda hacer sobre la vida debe partir –necesariamente– de un dato esencial de tipo físico-biológico, desde nuestro punto de vista resulta incompleta a la hora de ensayar un marco de protección jurídico-penal de alcance generalizador e integral del derecho a tutelar. Por ello, nos parece que un estudio sobre el derecho a la vida no puede prescindir de un enfoque o análisis de tipo valorativo o social, en cuanto también constituye –como se ha puesto de relieve en el ámbito doctrinario– el soporte de la dignidad, la libertad y de los demás derechos fundamentales¹². El derecho penal, observa MUÑOZ CONDE, con-

bitrariamente". Sobre el tema, véase BUOMPADRE, Jorge E., *Estudio . . .*, ps. 13 y siguientes.

¹⁰ Firmado en New York, el 19/12/66. Parte III, art. 6, 1: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

¹¹ "Protección constitucional de la vida", en *Perspectivas de la Constitución en el derecho penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, ps. 117 y siguientes.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte Especial", Ceura, Madrid, 1987, ps. 4 y siguientes.

templa la vida humana como un fenómeno biosociológico inseparablemente unido¹³.

Un enfoque totalizador de la vida humana se compone no solo de elementos biofisiológicos –configurativos de una realidad indiscutible–, sino también de elementos valorativos, que permitan una inserción del hombre en la cúspide del sistema. La vida humana, dijimos en otro lugar, no es solo un mero hecho biológico desprovisto de toda valoración objetiva. Encarna una realidad verificable en todo su curso vital. La vida, en suma, es un complejo programa vital, es pura energía, cuya importancia radica en proporcionar al hombre sus propias metas, por las cuales poder decir, al final, que valió la pena ser vivida¹⁴. De otro modo, difícilmente podrían explicarse casos como el aborto, la participación en el suicidio, la eutanasia, etcétera.

El derecho a la vida debe ser entendido como *derecho a una vida digna*, lo que solo es posible concebir a partir de un juicio de valor. Por ello, la vida constituye el valor de más alto rango en la escala axiológica y permite inferir que, cualquiera sea la concepción que de ella se tenga, es seguro que no debe existir hombre alguno sobre la tierra que pueda negar o minimizar, a la hora del crepúsculo, la magnitud de su grandeza¹⁵.

§ 4. VIDA HUMANA, PERSONA Y PERSONALIDAD

El Código Penal tutela la vida humana desde su concepción en el seno materno y hasta que se produzca su desaparición con la muerte natural. Esta afirmación, discutible desde un enfoque axiológico y político-criminal garantista de los derechos

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 21. En una misma dirección teórica, GONZÁLEZ RUS entiende que las consideraciones valorativas acerca de la vida no pueden estar ausentes de tratamiento jurídico. La calificación de la vida como humana y como dependiente o independiente depende de criterios de valor, pues la simple aproximación biológica y naturalista es incapaz de explicar suficientemente por qué se considera sin vida digna de protección penal lo que todavía mantiene actividad fisiológica y por qué la protección del embrión y del feto es menor que la del nacido (ob. cit., p. 16).

¹⁴ BUOMPADRE, Jorge E., *Estudio...*, ps. 3 y 4.

¹⁵ BUOMPADRE, Jorge E., *Estudio...*, ps. 4 y siguientes.

de los individuos, permite fijar —por un lado y desde tal perspectiva— el punto de partida de la vida humana y, al mismo tiempo, por otro lado, permite determinar los límites de la protección legal.

Sin embargo, un enfoque a partir de un derecho penal pluralista y democrático, fundado en el respeto pleno de las garantías y seguridades ciudadanas, propias de un estado de derecho, sugiere —de *lege ferenda*— fijar como inicio de la vida humana el momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, pues es a partir de dicho momento —como entiende la más moderna doctrina— que se tiene mayor certeza en el desarrollo de la vida humana¹⁶.

Esta cuestión que acabamos brevemente de exponer tiene gran importancia en aquellos países en los que la personalidad solo se adquiere a partir del nacimiento (v. gr., España, art. 29, Cód. Civil), lo cual impide acordar al feto el atributo jurídico de persona. En nuestro país, en cambio, la cuestión, frente a la expresa disposición del art. 70, Cód. Civil, solo puede tener un interés teórico, pues la personalidad se adquiere desde la concepción del ser humano en el seno materno y es a partir de dicho momento que el Estado le otorga protección legal.

La tutela jurídico-penal prescinde de esta polémica. La protección de la ley punitiva deviene en razón de que el feto es vida humana (en el seno materno), sin importar su personalidad. El Código Penal, al reprimir el aborto lo hace no porque el feto sea persona en sentido técnico-jurídico (que lo es, claro está), sino porque es portador de vida humana. La controversia desatada en el marco de la doctrina sobre la personalidad del *nasciturus* solo puede tener alguna relevancia en el campo del derecho civil, no del penal. No obstante, para quienes deseen profundizar sobre el tema, remitimos a lo que expusimos en otra oportunidad¹⁷.

¹⁶ Véase por todos BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte Especial", Ariel, Barcelona, 1986, ps. 20 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., ps. 85 y siguientes.

¹⁷ BUOMPADRE, Jorge E., *Fecundación . . .* ps. 168 y siguientes.

**§ 5. LA TUTELA DE LA PERSONA HUMANA
EN ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES.
TÉCNICAS MODERNAS**

Constituye un dato histórico suficientemente conocido el inusitado desarrollo operado en el ámbito de la ciencia y la tecnología en las últimas décadas. Este creciente avance científico ha desbordado, en numerosas situaciones, no solo el área reservada al derecho sino, también el de otras disciplinas del conocimiento humano.

Este cuadro de extraordinario desarrollo, nunca visto en el transcurrir histórico de la humanidad, se ha convertido, por un lado, en un camino de esperanza para el hombre pero, por otro, se ha convertido también en una temible y latente amenaza.

El adelanto científico en el campo de la biología molecular, la bioquímica, la ingeniería genética, etc., pretenden explicar, en la actualidad, el origen de la vida: el origen del código genético, la regla que permite pasar de los genes a sus productos¹⁸. De aquí la importancia que cobra en el campo experimental –desde una perspectiva humanística– la figura del hombre, del ser humano de carne y hueso, y no la de aquel sujeto *cosificado* o clasificado como material de investigación y experimentación.

Este creciente avance de las ciencias de la naturaleza amenaza ciertamente la estructura de ciertos valores del individuo y de la sociedad. La incidencia de la tecnociencia en la vida de las personas, sin la suficiente dirección ética, puede generar riesgos insospechados. Un procedimiento científico sin el respaldo de una sólida base ética puede degenerar en un serio peligro para el futuro de la humanidad. Para no corromperse, escribe BUNGE, la investigación científica debe guiarse por principios humanísticos¹⁹.

En la actualidad, cuando se hace referencia a las nuevas tecnologías y, especialmente, a la incidencia de ciertas reglas y

¹⁸ DANCHIN, Antoine, cit. por LESCANO, Rosa, en *Protección penal e ingeniería genética*, "Revista Penal", nº 9, Instituto de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de Corrientes, 1990, p. 71.

¹⁹ BUNGE, Mario, *Ética y ciencia*, Siglo XX, Buenos Aires, 1985, p. 92.

principios morales en el campo de la investigación científica, particularmente en el área de la salud, se alude a diversos procedimientos cuyas denominaciones y contenidos deben ser explicados para una mejor comprensión del problema, por ej., biotecnología, bioética, biomedicina, biología molecular, ingeniería genética, etcétera.

Interesa, entonces, en primer lugar conocer qué se entiende por *ingeniería genética*.

a) *Concepto de ingeniería genética*. — Existe, en general, acuerdo entre los autores en concebir a la ingeniería genética como un conjunto de técnicas destinadas a posibilitar la transferencia de porciones del patrimonio hereditario de un organismo viviente a otro. Estas técnicas o procedimientos (manipulaciones genéticas) tienen por objetivo cambiar o modificar los genes (intervenir sobre el ADN²⁰), el material genético, sea con el intento de eliminar un desorden existente en él, responsable de determinada enfermedad, o bien con la finalidad de obtener nuevas características y construir así un nuevo ser humano. Hoy día, la ingeniería genética permite manipular al hombre desde su ontogénesis hasta el final del nacimiento²¹.

Según LÓPEZ BOLADO, citando a HARING, la ingeniería genética ha sido definida como una tentativa directa de cambiar los genes en el embrión, no solo para eliminar desórdenes genéticos, sino también con el objeto de añadir nuevos rasgos y construir un ser humano más deseable y más deseado. Algunos científicos

²⁰ ADN (ácido desoxirribonucleico): se encuentra en los cromosomas y contiene información genética codificada en orden específicos de sus nucleótidos constituyentes (LESCANO, Rosa, ob. cit., p. 72, nota 5). El ADN es el material genético que conforma el código para determinar las características de los individuos. Es la sustancia encargada de trasmitir la vida y con ella todas las características de la persona, por lo que se ha denominado "código genético", en tanto en cuanto es una clave que va a determinar cómo será básicamente cada persona. Si no hay dos personas idénticas es porque no hay dos ADN idénticos, con excepción de los denominados gemelos univitelinos, porcentaje mínimo y no significativo de la población mundial (LORENTE ACOSTA, José A., y LORENTE ACOSTA, Miguel, *ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Comares, Granada, p. 13).

²¹ REVERTE COMA, José M., *Las fronteras de la medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos*, Díaz de Santos, Madrid-Barcelona, p. 174.

piensan que es posible reconstruir genéticamente un ser humano más perfecto que el que ha resultado de millones de años de evolución²².

Podrá advertir el lector sin mucho esfuerzo los considerables riesgos —por otra parte ya advertidos por la ciencia²³— que encarna la ingeniería genética, en tanto ella no estuviese guiada por una concepción científica humanista. Un humanismo sin ciencia y neutral, nos dice BUNGE, es inoperante; una ciencia sin humanismo es peligrosa²⁴.

Todas las técnicas que utilizan células vivas para transformar una sustancia química en otra pueden considerarse *biotecnología*. Pero lo cierto es que se trata de una ciencia que para alcanzar el logro de sus objetivos se sirve siempre de elementos vivos, tales como microorganismos y células vegetales o animales; o bien, elementos constituyentes (enzimas, ácidos nucleicos, etc.). Limitándose al campo de la ingeniería genética, la biotecnología lo que busca es el desarrollo de técnicas dirigidas a reprogramar células vivas para la obtención de productos óptimos. En consecuencia, los conocimientos biológicos solo serán útiles en el campo biotecnológico cuando sean susceptibles de ser aplicados a procesos de producción reproductibles²⁵.

La compleja variedad de técnicas que hoy pueden observarse en el marco de la ingeniería genética en las experiencias con seres humanos van desde los tradicionales métodos de esterilización hasta los ensayos para concebir y reproducir vida humana independientemente del acto sexual, mediante el procedimiento llamado *cloning*, esto es, la reproducción en serie de duplicados humanos (clones), copias exactas entre sí, todos genéticamente iguales. Este método de reproducción humana por clonaje, que daría origen a los *niños-gajo* (del gajo de una planta se producen tantas plantas semejantes), tal como los ha denominado el pe-

²² *Los médicos y el Código Penal*, Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 317.

²³ MANTOVANI, Ferrando, *Problemas penales de la manipulación genética, "Doctrina Penal"*, 1988, ps. 11 y ss.; del mismo autor, *Las posibilidades, los riesgos y los límites de las manipulaciones genéticas y de las técnicas biomédicas modernas*, Forum Internacional de Direito Penal Comparado, Salvador-Bahia, 1989.

²⁴ Ob. cit., p. 92.

²⁵ LESCANO, Rosa, ob. cit., ps. 71 y siguientes.

riodista CLARKE²⁶, ha sido objeto de unánime repulsa en el mundo científico, tanto que el Consejo de Europa lo ha cuestionado duramente expresando que se trata de un programa totalitario de seres humanos, el segundo gran riesgo biológico, luego de las manipulaciones de los microorganismos patógenos *in vitro*, al decir de MANTOVANI²⁷.

Es preciso señalar que, no hace mucho tiempo atrás, los científicos de la Universidad George Washington, Jerry Hall (autor del experimento) y Robert Stillman (director del programa de fertilización *in vitro*) presentaron ante la Sociedad Americana de Fertilidad de Montreal (Canadá, 13 de octubre de 1993) un trabajo de investigación con el que lograron obtener la primera clonación de embriones humanos. Según la información, aparecida en los diarios "Época" y "El Litoral" (Corrientes) del 26/10/93 y "Clarín", del 25 y 31/10/93 (revelada por el periódico "The New York Times"), esta multiplicación de embriones humanos tendría por objetivo obtener otro método de fertilización asistida que aumente las chances del embarazo (aumentar el número disponible de embriones para implantar en una mujer, aunque serviría también para congelar un gemelo idéntico como fuente de órganos; el hermano gestado recibiría los órganos en caso de necesitar un trasplante). La experiencia permite el desarrollo de embriones con características genéticas idénticas, lo cual constituiría un método que reemplazaría al proceso de formación natural de los gemelos. De acuerdo con este experimento, una pareja estéril podría tener hijos a partir de embriones congelados e idénticos; si los padres estuvieran satisfechos con las características físicas y psicológicas de su hijo, explicó Arthur Caplan del Centro de Ética Biomédica de la Universidad de Minnesota (EE. UU.), podría concebir otro idéntico gracias a los embriones congelados.

Esta variedad compleja de procedimientos en el campo del patrimonio hereditario comprende también distintos tipos de tratamientos experimentales con toda clase de drogas y medicamentos, que rebasan el mínimo contenido y fundamento ético

²⁶ CLARKE, Robert, *Los hijos de la ciencia*, Emecé, Buenos Aires, 1986, pp. 242 y siguientes.

²⁷ Ob. cit., p. 15.

de cualquier terapia convencional, los transplantes de órganos, las técnicas de hibernación y control de la natalidad (métodos anticonceptivos, esterilización, aborto, etc.), la inseminación artificial o *in vitro*, el alquiler de vientres, los llamados bancos de semen, etcétera. Inclusive, no menos alucinantes son las técnicas dirigidas a producir nuevas formas de seres vivos mediante combinaciones de células de especies diferentes, la mayoría de las veces lejanas entre sí; la creación de seres vivientes con características humanas y de animales (se cree que la experiencia ya fue realizada en los EE. UU., lográndose el embarazo de una mona con esperma humano). Actualmente, algunos hablan de lograr el embarazo y el nacimiento de seres humanos por medio de una *máquina-madre*, un robot destinado a sustituir a la mujer en todo ese proceso. Este robot-mamá contendría el feto durante todo su desarrollo y estaría auxiliado por el control externo del hombre²⁸. Algo similar a la máquina de fabricar niños de que hablaba Aldous HUXLEY en una novela escrita en 1932.

En 1986, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, apoyada en protocolos de sociedades científicas de todo el mundo, prohibió a los países miembros de la Comunidad Europea toda investigación tendiente a:

- 1) Crear seres humanos idénticos mediante clonaje u otros métodos.
- 2) Implantar embriones humanos en individuos de otra especie.
- 3) Crear hijos de personas del mismo sexo.
- 4) Fusionar embriones o toda otra operación susceptible de realizar quimeras (organismos fruto de la mezcla de especies).
- 5) Practicar *ectogenesis* (creación de vida en el laboratorio sin dependencia de la madre).
- 6) Elegir el sexo mediante manipulación genética con fines no terapéuticos.
- 7) Reproducir gemelos idénticos (Fuente: "Clarín", 31/10/93, p. 48).

Ahora bien, es preciso recordar que estos problemas que trata la ingeniería genética también forman parte del campo de

²⁸ FERNÁNDEZ DE LANDA, Tomás, *Problemas actuales*, Isag, Buenos Aires, 1986, p. 64.

conocimiento de otras disciplinas, como, por ej., la bioética, caracterizada por el oncólogo americano POTTER como un puente hacia el futuro²⁹.

Frente a esto, cabe entonces preguntarnos ¿qué es la bioética?

b) *Concepto de bioética.* — Desde una primera perspectiva, podríamos definir la bioética como aquella disciplina compuesta de reglas y principios éticos aplicados a las ciencias de la naturaleza, especialmente a la biología y a las ciencias de la salud. La bioética intenta establecer un enlace, un punto de conexión, entre la ciencia y los principios morales, con miras a mejorar la calidad de vida.

El término fue utilizado por primera vez en los 70 por POTTER, en una obra publicada en los EE. UU. titulada, precisamente, *Bioethics*.

Compuesta la palabra por las voces griegas *bios* (vida) y *ethos* (valores humanos, ética), tiene en la actualidad un importante significado en el campo de las ciencias de la vida (biología, medicina, antropología, sociología, etc.). En ella convergen –subraya el profesor MAINETTI– por un lado, la revolución biológica, con su impacto tecnológico sobre la vida humana y, por otro lado, se puede apreciar el interés de la filosofía práctica y la ética filosófica por los asuntos públicos de la sociedad democrática, moralmente secular y moralista. Ambos aspectos se conjugan en el marco de la profesión médica, donde la ética tradicional queda más o menos reducida a etiqueta frente a los graves problemas morales que surgen del avance científico tecnológico y la complejidad institucional de la medicina hoy día³⁰.

La *Encyclopedy of Bioethics* define la bioética como el “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, en cuanto que dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales”³¹.

²⁹ Di MEO, Antonio, y MANCINA, Claudia, en “Prefazione” al libro *Bioetica*, Laterza e Figli, Roma-Bari, 1989.

³⁰ Citado por HOORT, Pedro F., *Bioética y derecho*, ED, t. 132, p. 879.

³¹ HOORT, Pedro F., ob. cit., p. 879; del mismo autor véase *Ciencia y razón*, *LL*, diario del 27/4/93, p. 1, nota 4. Confr. además a CORRAL SÁNCHEZ, Cristina,

c) *Los capítulos de la bioética.* — La bioética tiene un amplio campo de conocimiento y aplicación. Según enseña el profesor Hooft, la bioética se puede dividir en tres grandes capítulos: uno, que comprende los problemas —morales y jurídicos— de la relación terapéutica (como el secreto profesional, consentimiento informado, privacidad, etc.) y las políticas de salud y asignación de recursos; otro, que se refiere a las decisiones a nivel político sobre población, investigación científica y tecnológica, la guerra, etc., y, finalmente, un tercero, que tiene que ver directamente con la intervención biotécnica en la vida humana, desde el nacimiento hasta la muerte (los temas de la genética, contracepción, esterilización, aborto terapéutico y eugenésico, tecnologías reproductivas y problemas conexos, experimentación con seres humanos) y los temas de la definición de la muerte —con incidencia en el tema de ablación y transplante de órganos—, la eutanasia y la prolongación artificial de la vida³². Para otros autores, estos tres grandes capítulos de la bioética comprenden básicamente: a) el nacimiento, desarrollo y transformación de la vida; b) las relaciones específicamente humanas y las concernientes a salud-enfermedad, y c) las relaciones entre hombre y ambiente³³.

El contenido de estos capítulos es lo que nos interesa aquí analizar, particularmente en su vinculación con el derecho penal. Las cuestiones morales y filosóficas, o atinentes a otras disciplinas que esta problemática plantea, exceden el marco de estudio de esta obra. Por ello, teniendo en cuenta que algunos temas comprendidos por la bioética ya han sido analizados en otros lugares³⁴, solo hemos de referirnos en esta oportunidad a aquellos nuevos procedimientos técnicos que aún no han sido objeto de tratamiento desde la óptica del derecho punitivo.

³² “Los problemas de la bioética”, en *El hombre y la muerte*, “Quorum”, nº 14, Madrid, 1986, ps. 41 y siguientes.

³³ *Bioética y . . .*, p. 881.

³⁴ BERLINGUER, Giovanni, “Bioetica quotidiana e bioetica di frontiera”, en *Bioetica*, p. 12. Con similar criterio VIOLANTE, Luciano, “I problemi di una normativa giudicata nel campo della biologia umana”, en *Bioetica*, p. 269; ídem MORI, Mauricio, “Il filosofo e l’etica della vita”, p. 88.

³⁵ Véase BUOMPADRE, Jorge E., *Nota sobre la eutanasia*, “Cuadernos de la Cátedra”, nº 1, Corrientes, 1991; *Estudio sobre el aborto*, UNNE, Chaco, 1989; *Fecundación . . .*

1. *Esterilización voluntaria.* En nuestro derecho, la esterilización voluntaria (esto es, con el consentimiento del paciente) tipifica el delito de lesiones gravísimas del art. 91, Cód. Penal, por cuanto implica la anulación de la capacidad de engendrar del individuo.

Nuestro país no cuenta con una normativa expresa que haga referencia a la compleja problemática de la esterilización, salvo la disposición antes citada del Código Penal que contempla el delito de lesión gravísima cuando la conducta ha causado la perdida de la capacidad procreativa de la persona.

Debe distinguirse la esterilización de la castración. La primera consiste en la anulación de la capacidad de engendrar en el hombre o en la mujer, sin extirpación de sus órganos sexuales. La esterilización implica una intervención permanente e irreversible en el cuerpo humano; cuando la intervención quirúrgica se practica en una mujer se denomina *salpingotomía* (ligadura de las trompas de Falopio) y cuando se la practica en un hombre recibe el nombre de *vasectomía* de los conductos deferentes. La castración, en cambio, consiste en la ablación (extirpación) o destrucción de los órganos genitales, en hombre o mujer, con lo cual se pierde también la capacidad de engendrar.

La esterilización produce la incapacidad para engendrar o concebir (*impotentia generandi*), pero no impide la realización del acto sexual (*potentia couendi*); la castración, por el contrario, implica la eliminación de ambas capacidades. La castración, entonces, comprende la esterilización de la persona, pero no ocurre así a la inversa.

La autocastración o autoesterilización son impunes. El daño, para ser punible, debe inferirse a otro (art. 89, Cód. Penal).

Con relación a la licitud o ilicitud de la esterilización voluntaria, enseña MANTOVANI³⁶ que debe procederse a una distinción fundamental entre esterilización terapéutica y no terapéutica:

1) La esterilización terapéutica es aquella que se efectúa en interés de la salud del paciente. El procedimiento es lícito y se enmarca en el plano de la actividad médico-quirúrgica en general, siempre que se someta a un doble orden de límites:

³⁶ MANTOVANI, Ferrando, *Problemi giuridici della sterilizzazione*, "Riv. Italiana de Medicina Legale", 1983, vol. V, ps. 840 y siguientes.

a) límites objetivos, constituidos por: la real utilidad terapéutica de la intervención, esto es, que exista una relación de proporción entre el beneficio para la salud del paciente y el daño o riesgo que la esterilización comporta; la necesidad de la intervención, o sea, que no pueda ser evitada por otros medios terapéuticos diversos o menos lesivos; la idoneidad del lugar en la que se lleve a cabo la intervención y la capacidad técnica de los ejecutores, y b) límites subjetivos, constituidos por: el consentimiento voluntario, específico, personal y real, si se trata de personas jurídicamente capaces de consentir; o el consentimiento presunto, si se trata de personas jurídicamente capaces de consentir pero que están frente a una concreta imposibilidad de prestarlo (estado de inconsciencia) o frente a una urgente necesidad de la intervención.

2) La esterilización no terapéutica es aquella que se realiza, no en interés de la salud del sujeto, sino de otros intereses diversos, o cuando no existe una real indicación terapéutica. Puede tratarse –explica el profesor de Florencia– de una esterilización eugénica (para protección o mejoramiento de la raza, previniendo descendientes portadores de taras físicas o mentales), demográfica (dirigida a contener el desarrollo demográfico), piadosa (por piedad hacia los padres o la prole), o hedonística (de favor o por comodidad, solo para satisfacer el deseo del paciente).

Para el profesor italiano, la esterilización voluntaria reversible, o sea, la que se puede poner término con una intervención médico-quirúrgica a pedido del interesado, puede considerarse lícita, debiéndose reconocer al consentimiento eficacia desincriminante. La esterilización voluntaria irreversible, en cambio, configura al delito de lesión gravísima.

Entre nosotros, la doctrina también formula una distinción entre intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico o sin él³⁶. En este sentido, destaca ZAFFARONI que en las intervenciones con propósitos terapéuticos no hay dolo de lesión. Una acción que se dirige a conservar o restaurar un bien no puede ser típicamente dolosa, especialmente cuando logra su finalidad. La tipicidad culposa puede surgir, eventualmente, cuando se violen las

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., *Consentimiento y lesión quirúrgica*, JA, t. 1973, p. 381.

reglas del arte médico. En las intervenciones no terapéuticas, en cambio, hay siempre dolo de lesiones y la conducta es típica, pero está justificada por el ejercicio del derecho a ejercer una actividad lícita que se halla limitado por el consentimiento del paciente. ZAFFARONI propone esta distinción: a) cuando no hay consentimiento, la acción dolosa típica de lesiones no estará justificada; b) cuando, además de la falta de consentimiento, se violen las reglas del arte médico con resultados negativos más graves que los propuestos, las lesiones o muerte serán preterintencionales; c) cuando medie consentimiento con resultado negativo por violación de las reglas del arte médico, se tratará de lesiones culposas³⁷.

Coincidimos con la postura de ZAFFARONI, no solo con relación a la propuesta antes desarrollada, sino también en cuanto a la disponibilidad del bien jurídico "integridad corporal" en las intervenciones no curativas, en las que el consentimiento opera como límite del ejercicio del derecho médico, o sea, como límite de la justificación de una conducta típica³⁸. No coincidimos, en cambio, con la tesis de la lesión preterintencional, ya que esta –a nuestro juicio– no encuentra tipificación en el Código Penal argentino. Creemos, sí, que en tales situaciones estaríamos frente a una lesión culposa en los términos del art. 94, Cód. Penal.

La jurisprudencia tiene resuelto que las intervenciones quirúrgicas con propósito terapéutico en sentido amplio, como la que tiende a evitar en el futuro un daño a la salud de la madre (y eventualmente de un próximo hijo), a causa de un nuevo embarazo que en términos médicos sería de alto riesgo, la ligadura tubaria y/u otras acciones terapéuticas que resultaran aconsejables al momento de practicarse la intervención quirúrgica, ha de ser reputada como decisión legítima en la medida que exista cabal observancia de la regla de consentimiento informado y fehaciente y concurran las circunstancias serias valoradas prudentemente por el equipo médico tratante, a cuyo juicio fundado no debe el juez sustituirse. Desde una estricta perspectiva jurídico penal, ante una indicación terapéutica fundada, no habrá ilicitud alguna con motivo de una lesión corporal y/o mutilación,

³⁷ Ob. cit., ps. 385 y siguientes.

³⁸ Ob. cit., ps. 383 y siguientes.

en atención al estado de necesidad justificante, pues no actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si con ello puede ser salvado otro bien de mayor valor. Nuestro ordenamiento jurídico no prevé como mecanismo procesal autónomo el trámite de la denominada autorización judicial para situaciones como la planteada en autos en que la paciente solicita una ligadura tubaria; no obstante, la decisión de las autoridades del hospital público que se niegan a efectuarla si no media la misma, importa en concreto la omisión de la ejecución de una acción terapéutica, omisión que pone en peligro un derecho de raigambre constitucional como es el derecho a la salud, el que no se identifica simplemente con la ausencia de enfermedad sino que se remite al concepto más amplio –en su acepción actual– de bienestar psicofísico integral de la persona (Juz. Crim. N° 3, Mar del Plata, JA, t. 1992-IV, p. 514).

Cabe recordar, por último, que la ley 17.132 (BO, 31/1/1967), de Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, y sus modificatorias, que en su art. 20, inc. 18, prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina practicar intervenciones que provoquen la esterilización, sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores, solo es de aplicación en el ámbito de la Capital Federal y Territorios Nacionales (art. 1º).

2. *Transexualismo o cambio quirúrgico de sexo.* Problemas similares a los que plantea la esterilización voluntaria encontramos en el fenómeno que ha dado en llamarse transexualismo, definido como la condición psiquiátrica caracterizada por el deseo de negar o cambiar el sexo biológico real por el opuesto.

El transexual tiene una persistente preferencia por el rol del género opuesto, basado en la convicción de que en realidad pertenece al otro sexo y está atrapado en el cuerpo equivocado, pese a conservar la anatomía normal para su sexo.

La transexualidad o cambio de sexo consiste en la alteración, mediante una operación quirúrgica, de los caracteres orgánicos de nacimiento de una persona, para aproximarla a su personalidad real. Se pretende, pues, acomodar en lo posible el dispo-

sitivo orgánico funcional a la psique, y frecuentemente también al funcionamiento del individuo afectado³⁹.

En el plano de la intersexualidad, esto es, en aquel estado que presentan ciertos individuos que poseen caracteres de ambos sexos (morfológicos, fisiológicos, psicológicos, genéticos, etc.), debe hacerse una distinción entre:

a) Seudohermafroditas, que son aquellos sujetos que poseen un sexo, pero malformado, con órganos sexuales atrofiados.

b) Hermafroditas verdaderos (Hermes + Afrodita), que tienen desarrollados dos sexos opuestos.

c) Homosexuales, que tienen una morfología genital en relación a un sexo, pero psíquica y emocionalmente controvertidos. Los homosexuales padecen una contradicción sexual entre su anatomía y su psiquis⁴⁰. El homosexual, dice BUERES, es un individuo con deseos sexuales dirigidos total o parcialmente hacia personas del mismo sexo⁴¹. La homosexualidad, por su parte, ha sido definida como la tendencia erótica hacia sujetos del mismo sexo, con aptitud de rechazo o no, respecto del sexo opuesto.

La diferencia entre un homosexual y un transexual estaría dada, nos recuerda TERÁN LOMAS, en que el primero no renuncia a su vestimenta y ubicación masculina en la sociedad, mientras que el segundo presenta una incongruencia entre su cuerpo y su género: se trata de un hombre que es mujer en todo, salvo en sus cromosomas⁴².

En nuestro país, toda la problemática que plantea la intersexualidad no tiene una regulación expresa, ni de orden civil ni penal, salvo en el plano matrimonial en el que la ley 23.515, art. 172, exige como uno de los requisitos esenciales para la celebración del matrimonio, la diversidad de sexos entre los contrayentes, cuya omisión o contrariedad conduce a la inexistencia del acto civil.

³⁹ MATEO, Ramón M., *Bioética y derecho*, p. 118.

⁴⁰ LÓPEZ BOLADO, Jorge D., ob. cit., p. 148; del mismo autor, en colaboración con Héctor VIDAL ALBARRACÍN, véase *Aspectos jurídicos de la homosexualidad y cambio quirúrgico de sexo*, *LL*, t. 1977-A, p. 730.

⁴¹ BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 351.

⁴² TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, p. 330.

En el derecho comparado, en cambio, el Código Penal español de 1944 (reformado por la Ley Orgánica 8 de 1983) en el art. 428 (Cap. IV, "De las lesiones") había desincriminado expresamente los casos de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, llevados a cabo con el consentimiento libre y expreso del paciente⁴³. En la actualidad, con ligeras variantes, la situación ha sido mantenida por el art. 156 del nuevo Código Penal español.

En el ámbito de nuestra doctrina se aduce que resulta preciso distinguir la dirección ético-científica de la intervención médico-quirúrgica llevada a cabo sobre el paciente, esto es, si se trata de una operación correctiva o restauradora de la salud (indicación terapéutica) o si, por el contrario, solo persigue la transformación quirúrgica de la persona a través de la mutilación de sus órganos sexuales para adaptarla psicológicamente a una realidad, por otra parte insustituible e innegable. Con este criterio, en los casos de seudohermafroditismo y hermafroditismo verdadero, la intervención quirúrgica es lícita, por cuanto mediante ella se persigue la corrección de los órganos genitales atrofiados o dañados, y la reafirmación —en el caso— del sexo predominante. Solo resulta exigible, además del consentimiento del paciente, una indicación terapéutica perfectamente determinada y la previa autorización judicial requerida por la ley 17.132, cuyo art. 19, inc. 4º expresa: "*Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones*

⁴³ Código Penal español, art. 428: "Las penas señaladas en el capítulo anterior, se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplantes de órganos, efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizados por facultativos, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz. El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del art. 422 de este Código".

legales vigentes, obligados a no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial".

El problema se presenta en los casos de homosexualidad, en los que la intervención médica solo se limita a la ablación de los órganos genitales para adaptar al paciente a su propia sexualidad psicológica, o —como con acierto expresa BIDART CAMPOS— morigerar una anomalía y, con ello, el drama de la vida biográfica desadaptada de un transexual⁴⁴.

Es verdad que el sexo es un complejo estructural inmodificable, que no es posible cambiarlo en bloque (lo que explica la inalterabilidad del sexo genético) y que el individuo seguirá siendo lo que fue originariamente no obstante la intervención quirúrgica; pero también es verdad —como escribe VERNEAUX⁴⁵— que la persona engloba el cuerpo tanto como el alma, y que si la anormalidad de un órgano se corrige quirúrgicamente sin óbices morales con extirpaciones, prótesis, injertos sustitutivos artificiales, transplantes, amputaciones, elementos auxiliares (por ej., marcapasos), ¿solo se ha de marginar la corrección parcial de la transexualidad por todos los medios, incluso de los de la cirugía?

Desde un perfil estrictamente jurídico, el cambio de sexo por medio de una intervención quirúrgica, que representa en los hechos la ablación (emasculación o castración) de los órganos genitales del individuo, tipifica una lesión gravísima del art. 91, Cód. Penal, ya que produce en forma irreversible la pérdida de la capacidad de engendrar. Aun cuando se carezca de tal capacidad (porque no se la tiene aún —niños—, o ya se la ha perdido —ancianos—), la lesión sigue siendo gravísima por cuanto se traduce en la pérdida de un órgano, supuesto también abarcado por el art. 91.

El carácter rigurosamente dogmático que hemos impuesto a esta obra impide que entremos en el área de estudio de otras

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, JA, t. 1990-III, p. 103. Véase también la interesante nota de LERER, Ignacio A., y GULLCO, Hernán V., *Denegación de pedido de cambio de sexo: una sentencia con fundamentos equivocados*, JA, t. 1990-III, p. 830.

⁴⁵ Citado por BIDART CAMPOS, Germán J., *El cambio . . .*, p. 108.

cuestiones también importantes y referentes al tema que estamos desarrollando, v. gr., el consentimiento del lesionado, la disponibilidad del bien jurídico "integridad corporal", el concepto amplio de salud de la OMS ("estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"), la necesidad o indicación terapéutica, etcétera. No obstante, creemos que todas estas cuestiones deben ser revisadas y adaptadas a un derecho moderno y democrático. De *lege ferenda*, entendemos, debe sancionarse un precepto –como el caso español– que desincrimine este tipo de intervenciones quirúrgicas, otorgando plena eficacia al consentimiento del paciente. Modernamente se sostiene, en cuanto a la integridad corporal y los demás bienes individuales (propiedad, libertad, honor, etc.), que el consentimiento debiera desplegar, en principio, toda su eficacia, siendo negada solo en aquellos delitos contra la comunidad⁴⁶. La integridad corporal –subraya el profesor CASAS BARQUERO– debiera considerarse como un bien jurídico disponible, que la persona debiera tener el dominio sobre su propio cuerpo, exceptuándose aquellos supuestos en los que se trate de salvaguardar un bien estatal o general de la colectividad, debiéndose tipificar tales supuestos de excepción, como sucede en las mutilaciones causadas para eximirse de las obligaciones militares o de un servicio público de inexcusable cumplimiento, en donde no se trata propiamente de proteger un interés estrictamente particular. La limitación a la disponibilidad estaría configurada, de un lado, en atención a la dignidad humana y, de otro, por el interés del Estado en la salud⁴⁷.

3. *Sida*⁴⁸. La problemática que plantea el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida/AIDS), trasciende ciertamente toda cuestión especulativa, sin que pueda enmarcarse definitivamente en una sola área de estudio. No resulta posible abordar

⁴⁶ CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el derecho penal*, Córdoba, España, 1987, ps. 94 y siguientes.

⁴⁷ Ob. cit., p. 94, nota 112.

⁴⁸ Bibliografía especial: MIR PUIG, Santiago, *Problemas jurídico penales del Sida*, Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993.

el estudio de esta denominada tercera epidemia⁴⁹, sin antes recurrir a un enfoque auxiliar multidisciplinario, tarea que no podemos encarar en estas páginas. Solo habremos de afrontar el fenómeno, por una cuestión de método y síntesis, a partir de un perfil estrictamente dogmático-penal. Sin embargo, y pese a todo, creemos preciso realizar algunas consideraciones previas para conocer un poco más de cerca el flagelo, para luego abordar la problemática penal que su tratamiento puede plantear.

El Sida es una enfermedad contagiosa, mortal e incurable, al menos hasta el estado actual de la ciencia. Esto plantea una serie de cuestiones e interrogantes que deben ser resueltos.

En primer lugar, cabe preguntarnos ¿qué es el Sida? Es una afección caracterizada como síndrome, porque sus manifestaciones incluyen una amplia gama de infecciones y desórdenes neurológicos, destruyendo los elementos fundamentales del sistema inmunológico del organismo.

El agente causal del Sida es el HIV (virus de la inmunodeficiencia humana), que es un retrovirus que se encuentra tanto en el hombre como en los animales.

Su principal fuente de contagio son las relaciones sexuales; por ello, es una típica enfermedad de transmisión sexual, al igual que las enfermedades venéreas; sin embargo, esta categorización aún no ha sido resuelta en el ámbito científico. Otras formas de contagio también pueden ser la transmisión por la sangre (transfusiones, uso de jeringas infectadas, contacto con sangre contaminada, etc.) y la transmisión de madre a hijo (durante el embarazo o el parto)⁵⁰.

El Sida, ¿es enfermedad venérea? La pregunta nos introduce en un terreno harto resbaladizo, por cuanto de la respuesta que obtengamos habrá de depender el correcto encuadramiento normativo.

Si debiéramos considerar la enfermedad solo a partir de su forma más frecuente de contagio (vía sexual), que es por otra

⁴⁹ STEIN, Patricia, y JURE, María A., *Responsabilidad civil por transmisión del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida)*, JA, t. 1992-II, p. 677.

⁵⁰ LUZÓN PEÑA, Diego M., "Problemas de la trasmisión y prevención del Sida en el derecho penal español", en *Problemas jurídico penales del Sida*, p. 11: en España, a diferencia de otros países, la principal vía de contagio no es la sexual sino el uso de jeringuillas entre drogadictos.

parte lo que caracteriza a las venéreas, la respuesta debería ser afirmativa. Si, en cambio, basamos el argumento en el axioma de que es solo la ciencia médica la que tiene competencia para decidir cuál enfermedad es venérea y cuál no, la respuesta debe ser negativa, pues, hasta estos momentos, la medicina no se ha pronunciado al respecto. Entre ambas posturas, nos inclinamos por la última, por cuanto la entendemos más respetuosa de los principios de legalidad y seguridad jurídica, tan caros al derecho penal de la democracia⁵¹.

En consecuencia, el contagio de Sida no tipifica el delito del art. 18 de la ley 12.331 (contagio de enfermedad venérea). Puede, sí, dar lugar su transmisión dolosa o culposa, a un delito contra la seguridad pública (art. 202, “propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa”) o contra la vida e integridad corporal (homicidio o lesiones)⁵², según el grado de afectación del bien jurídico tutelado por la norma penal y la dirección final dada a la conducta material.

De *lege ferenda*, resulta conveniente la introducción al Código Penal de un precepto que contemple el delito de contagio de Sida, a título autónomo, en sus formas dolosa o culposa⁵³, previéndose el resultado muerte como una consecuencia agravatoria específica. No se nos escapa las dificultades en orden a la rela-

⁵¹ Cabe señalar, sin embargo, que nuestra doctrina civilista considera al Sida enfermedad venérea, precisamente porque la fuente de contagio más frecuente es la relación sexual. El tema, aunque referido al impedimento matrimonial del art. 13 de la ley 12.331, art. 1º de la ley 16.668 y art. 187, inc. 4º, Cód. Civil (ley 23.515), fue objeto de debate en varios encuentros nacionales de juristas (véase MONK, Eduardo J., y MINYERSKY, Nelly, en *El Sida y los impedimentos matrimoniales*, LL, del 12/6/91; MEDINA, Graciela, en *Sida: derechos personalísimos y derecho de familia*, JA, del 18/8/93). En la doctrina comparada se inclinan por la tesis afirmativa, en el Brasil, DA COSTA, Paulo J., en *Curso de derecho penal*, Saraiva, São Paulo, 1991, vol. 2, p. 30, y en el Uruguay, BERTONI, Luis T., en *El delito de contagio venéreo*, “Rev. del Instituto Uruguayo de Derecho Penal (INUDEP)”, Montevideo, 1987, año VI, nº 8, p. 40.

⁵² Para una interpretación sobre el posible encuadramiento penal de los casos de trasmisión del virus HIV en España, Alemania y Austria, véanse los trabajos de SCHÜNEMANN, Bernd; HERZBERG, Dietrich, y BURGSTALLER, Manfred, en *Problemas jurídico . . .*, ya citado. Zonalmente véase LUZÓN PEÑA, Diego M., ob. cit., en “Poder Judicial”, nº 23.

⁵³ Como en Rusia, en donde el contagio doloso de Sida tiene una pena de 8 años de reclusión y el culposo de 5 años (DA COSTA, Paulo J., ob. cit., p. 30).

ción de causalidad y consecuente imputación objetiva del resultado que la trasmisión del virus puede presentar, pero entendemos que la intervención del derecho penal en esta materia es necesaria, como un recurso más (sumado a las medidas administrativas y sanitarias que pudieran instrumentarse) para contribuir a la lucha contra una enfermedad de tan gravísimas consecuencias como es el Sida.

Teniendo en cuenta las previsiones de la ley 23.798 de Lucha contra el Sida, y su decreto reglamentario 1244/91, que abordan la cuestión como un problema de interés nacional (art. 1º, ley cit.), por cuanto la enfermedad trasciende los límites de la mera salud individual para comprometer la salud de todo el cuerpo social, el delito de "contagio de Sida", en sus más diversas manifestaciones, debe estar previsto como un atentado contra la salud pública, que es el bien jurídico contra el cual atenta la estructura típica propuesta.

A) *Homicidio simple*⁵⁴

El texto original del artículo 79 establece: "Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena".

§ 6. REFERENCIAS HISTÓRICAS

La muerte del hombre ha sido, en toda época y en todos los pueblos, el atentado más grave contra la persona. En el antiguo derecho, el homicidio fue identificado, lingüísticamente, con la voz "parricida", la cual, con el tiempo, fue variando no solo en el sentido del término parricida, sino en su propio concepto y significación.

CARRARA⁵⁵ enseñaba que una antigua ley atribuida a Numa prescribía "si quis hominen liberum dolo sciens morti duit, pari-

⁵⁴ Bibliografía especial: BUOMPADRE, Jorge E., *Homicidio simple*, Del Centro, Corrientes, 1992.

⁵⁵ CARRARA, Francisco, *Programa del curso de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1972, vol. I, t. 3, § 1139.

cida esto" ("si alguno, dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será paricida"). Se empleaba los voz "parcicida" con una sola "ere" (que significaba "el que da muerte a un igual suyo"), expresión que los autores, con el tiempo, fueron leyendo con "doble ere", dando origen, de ese modo, a la voz "parricida" para indicar a aquellos que daban muerte a cualquier hombre libre.

En la Roma antigua, la persecución por homicidio estaba a cargo de los parientes del muerto. El crimen debía ser castigado porque turbaba la *pax deorum* y el pariente vengador era el instrumento de que se valía la comunidad para aplacar la ira divina⁵⁶. El procedimiento por este delito se realizaba ante los *quaestores parricidii*. Posteriormente aparece la *provocatio ad populum*, por medio de la cual el condenado a muerte podía apelar ante la Asamblea Centuriada, procedimiento que posteriormente fue confirmado por la ley de las XII Tablas.

La *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, atribuida a Cornelio Sila en el 81 a. J.C., previó un procedimiento tanto para los homicidios cometidos con arma o por medio de sustancias venenosas como para los atentados criminales que ponían en peligro la paz social. Sin embargo, la muerte del siervo o del hijo por parte del paterfamilias (con motivo del *ius vitae et necis*: derecho sobre la vida y la muerte, reconocido para personas sometidas a potestad) no daba lugar a la aplicación de esta ley, como tampoco para los homicidios culposos y preterintencionales. Posteriormente, hacia la mitad del siglo II, aparece la represión del homicidio del esclavo y del *filiusfamilias*.

En el derecho germánico, se distinguió el homicidio temerario del provocado y el infanticidio. La *lex visigothorum* contempló tanto el homicidio doloso como el culposo y el preterintencional.

En el derecho español, las distintas legislaciones que rigieron durante el período precodificador (Fuero Juzgo, Fueros Municipales, Las Partidas, etc.), castigaron el homicidio en su más variadas formas.

⁵⁶ SANTALUCÍA, Bernardo, voz "Homicidio", *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1979, t. 29, p. 885.

§ 7. DEFINICIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO

Entre los antiguos autores italianos, IMPALLOMENI definía el homicidio como la muerte de un hombre cometida por otro hombre⁵⁷. A este concepto, que fue seguido por ALIMENA⁵⁸, CARRARA le agregó el adverbio “injustamente”, postura que fue sostenida, entre otros, por CARMIGNANI⁵⁹, PUGLIA⁶⁰, CREMANI⁶¹, PESSINA⁶² y RANIERI⁶³. Entre nosotros, la noción de CARRARA fue seguida por RAMOS y VARELA⁶⁴. Se criticó esta definición del homicidio argumentando que, por el agregado del elemento injusticia, resultaba pleonástica⁶⁵, por cuando todo delito, al consistir en la violación de una norma jurídica es necesariamente injusto⁶⁶.

En nuestro derecho, de acuerdo con el texto de la ley, el homicidio consiste en matar a otro y ese otro debe ser una persona nacida con vida del vientre de una mujer.

Son sus elementos una acción u omisión causales, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir un ser humano.

§ 8. EL TIPO OBJETIVO

La acción en el delito de homicidio consiste en “matar a otro”, lo cual implica la destrucción de una vida humana.

⁵⁷ IMPALLOMENI, G. B., *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1889, cit. por LEVENE (h.), Ricardo, ob. cit., p. 7.

⁵⁸ ALIMENA, Bernardino, “Dei delitti contro la persona”, *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di Enrico Pessina, Milano, 1989, vol. 9, p. 381.

⁵⁹ CARMIGNANI, G., citado por MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1972, t. V, p. 274.

⁶⁰ PUGLIA, Ferdinando, *Trattato di diritto penale*, Biblioteca Giurídica Internazionale, Milano, vol. VI, p. 19.

⁶¹ CREMANI, citado por ALIMENA, Bernardino, ob. cit., p. 381, nota 1.

⁶² PESSINA, idem nota anterior.

⁶³ RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, t. V, p. 313.

⁶⁴ VARELA, Bernardo, *Homicidio simple*, Lerner, Córdoba, 1969, p. 15.

⁶⁵ En sentido crítico ALIMENA, IMPALLOMENI, MAGGIORE, LEVENE, etcétera.

⁶⁶ IMPALLOMENI, ob. cit., p. 381.

El delito es de comisión pero, en ciertos supuestos, también puede cometerse por omisión (omisión impropia).

La doctrina es uniforme en señalar que estamos frente a un delito de resultado material o de lesión del bien jurídico vida humana. Se trata de aquella clase de delitos que se denominan “tipos resultativos o tipos prohibitivos de causar”, en los cuales la ley se limita solo a prohibir la producción de un resultado sin determinar la clase del comportamiento típico. Son tipos de injusto que no especifican el modo de ejecución, se limitan a exigir la producción de un resultado sin indicar cómo o de qué modo debe arribarse a dicho resultado. En la gran mayoría de los delitos con estas características, la acción alude también al resultado típico, esto es, que cualquier forma que adopte la acción, siempre es una forma típica: “al que matare”⁶⁷.

Decíamos que el homicidio puede cometerse por omisión. En estos casos, en los que surge la figura del “garante”, es decir, de quien tiene el deber jurídico de actuar para evitar el resultado no querido por el orden jurídico⁶⁸, el círculo de autores se reduce considerablemente. Como subraya BUSTOS RAMÍREZ, en los casos de omisión impropia el delito se transforma en un tipo especial propio, vale decir, solo puede ser cometido por un círculo limitado de personas que, en la emergencia, ostentan la calidad de garantes de la no producción del resultado⁶⁹.

Las fuentes del deber de garantía son la ley, el negocio jurídico y el actuar precedente o de la injerencia del sujeto. Con respecto al primer supuesto, la ley debe ser entendida en sentido amplio, como comprensiva de toda norma jurídica (decretos, ordenanzas, orden superior, sentencia judicial); el negocio jurídico abarca, inclusive, el cuasicontrato y la gestión sin mandato. Por ej., el bañero de una playa o el guía alpino. La invalidez del

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 7; GÓMEZ BENÍTEZ, José M., *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, p. 163; GONZÁLEZ RUS, Juan J., *Curso de derecho penal español*, “Parte Especial”, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. 1, ps. 24 y siguientes.

⁶⁸ ORTS ALBERDI, Francisco, *Delitos de comisión por omisión*, Ghersi, Buenos Aires, 1979, p. 73.

⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 24; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal*, “Parte General”, Civitas, Madrid, 1978, p. 309; GÓMEZ BENÍTEZ, José M., ob. cit., p. 591; ORTS ALBERDI, Francisco, ob. cit., p. 73.

acuerdo no hace desaparecer el deber de actuar⁷⁰. Por último, el actuar precedente o de la injerencia significa que quien con su actuar genera un peligro de lesión de un bien jurídico ajeno, tiene el deber de procurar que ese peligro no se convierta en daño. Quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado, v. gr., quien hace fuego en el bosque para calentarse o para preparar una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenera en el incendio del bosque; quien atropella con su auto a un peatón, tiene la obligación de atenderlo o transportarlo a un hospital, respondiendo del resultado muerte. El actuar precedente doloso que crea el peligro de producción de la muerte (previsible y evitable o que el sujeto hubiera debido prever) hace surgir la posición de garante, permitiendo que la posterior omisión que aparece conectada con la muerte pueda ser considerada como homicidio en comisión por omisión; no son capaces de fundamentar la posición de garante las situaciones de riesgo para la vida creadas fortuita o imprudentemente.

Tratándose de un delito de resultado, cobra especial relieve la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico. En este aspecto, enseña NÚÑEZ que una persona causa la muerte de otra cuando su conducta ha sido físicamente eficiente para quitarle la vida⁷¹. La relación causal, esto es, la vinculación de causa a efecto entre el hecho del autor y la muerte de la víctima, debe ser probada plenamente⁷².

Modernamente, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, se piensa que la verificación del nexo causal entre acción y resultado no son suficientes para imputar ese resultado al autor de la acción. Se requiere, además, la relevancia del nexo causal que permita comprobar que ese resultado puede ser objetivamente imputado al comportamiento del autor. Son necesarios criterios de tipo normativo para fundamentar lo que actualmente se denomina "imputación objetiva". Estos criterios son la crea-

⁷⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, José M., ob. cit., p. 592.

⁷¹ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., t. 3, p. 25.

⁷² VARELA, Bernardo, ob. cit., p. 78; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. 3, ps. 12 y siguientes.

ción de un riesgo no permitido (principio del incremento del riesgo), según el cual no son imputables aquellos casos en los que la acción disminuya el riesgo del bien jurídico. La norma, dice BACIGALUPO, no prohíbe acciones que mejoren la situación del bien jurídico⁷³. Según este criterio, el resultado solo puede ser imputado si se demuestra claramente que, con su acción debida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. El segundo criterio es el de la "producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida", según el cual los resultados que se producen fuera del ámbito de protección de la norma no pueden ser imputados a su autor, v. gr., la provocación imprudente de un suicidio (se deja el arma al alcance de un depresivo que se suicida con ella), la puesta en peligro de un tercero aceptada por este (la muerte del copiloto en la carrera de automóviles)⁷⁴.

El delito puede cometerse por cualquier medio, con excepción de aquellos que lo califican. Resulta indiferente la clase, naturaleza o poder letal del medio empleado. Solo interesa, enseña

⁷³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, "Parte General", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 190.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 25; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 18. Básicamente –explica GONZÁLEZ RUS–, la teoría de la imputación objetiva afirma que una conducta causal solo realiza el tipo si ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se materializa en el resultado típico y que entra dentro de los que la norma prohíbe; en definitiva, cuando el resultado es la realización del peligro prohibido creado por el sujeto con su acción. Para que el resultado sea imputable al sujeto se necesita, en primer lugar, comprobar la existencia de un nexo causal efectivo entre la acción y el resultado producido, conforme a los criterios de la equivalencia de las condiciones; afirmada la causalidad, habrá que analizar, en segundo lugar, si es posible imputar objetivamente al sujeto el resultado producido. Los tres criterios generales de imputación son: 1) que la conducta del sujeto cree un riesgo permitido, o lo que es lo mismo, no comprendido dentro del riesgo permitido; 2) que el resultado sea, precisamente, la realización del riesgo prohibido creado por el sujeto con su comportamiento, por lo que no cabe la imputación objetiva cuando el resultado es la materialización de un riesgo distinto; 3) que el resultado esté comprendido dentro del fin de protección de la norma (GIMBERNAT) o del alcance del tipo penal (ROXIN), por ser la materialización del peligro generado por la acción que el tipo quiere prohibir. Además, para que el sujeto pueda responder penalmente será preciso que el resultado aparezca, con los datos conocidos o cognoscibles en el momento de actuar, como una consecuencia objetivamente previsible de la acción realizada (ob. cit., ps. 39 y ss.).

MAGGIORE, que sea idóneo para causar la muerte. La idoneidad, apunta el jurista italiano, se aprecia *ex post*, en el sentido de que también un medio objetivamente no idóneo puede hacerse adecuado por especiales condiciones de hecho, cuando va acompañado de voluntad homicida, por ej., exponer al frío a un recién nacido⁷⁵.

Los medios pueden ser directos, cuando actúan hacia o contra la víctima de modo inmediato, sin la interferencia de ningún factor extraño, v. gr., golpes, disparo de arma, puñalada, etc.; indirectos, cuando actúan hacia o contra la víctima pero de modo mediato, esto es, por incidencia de un factor extraño que expone a la muerte al individuo. Con otros términos, el suceso letal sobreviene como consecuencia de la intervención de ese factor extraño, por ej., exponer a un incapaz a morirse de hambre o sed, abandonar a un bebé en un lugar determinado para que muera de frío o sea pasto de las fieras, etcétera. Un medio indirecto también lo constituye el empleo de un animal para causar la muerte; materiales, cuando actúan físicamente sobre el cuerpo o la salud de la víctima, a través de vías de hecho. Puede tratarse de objetos o instrumentos capaces de ofender la integridad física de la persona, por ej., cualquier tipo de arma, o bien del empleo de la fuerza física, castigos corporales, estrangulamiento, ahogamiento, etc.; dentro de esta categoría están los llamados medios "mecánicos", que son todos aquellos instrumentos o aparatos predisuestos para funcionar automáticamente y producir un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o su muerte. Pueden actuar como defensa mecánica predispuesta (*offendicula*) con potencialidad para causa la muerte, v. gr., el arma de fuego que se dispara automáticamente, el alambre electrificado, las rejas con puntas, los vidrios en los muros, etcétera.

Se discute la posibilidad de comisión del homicidio por un medio moral. Los medios morales son aquellos que actúan sobre la psíquis del individuo, concretándose en fuertes sacudimientos

⁷⁵ MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., ps. 278 y siguientes. RANIERI, por su parte, considera que el acto o medio empleados para matar deben ser eficaces, es decir, causalmente relevantes para la producción de la muerte (ob. cit., p. 313). En igual sentido NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 25.

morales o psicológicos que producen la muerte debido a la influencia de aquella sobre lo orgánico⁷⁶, por ej., las sevicias o torturas psíquicas, el miedo, el dolor, la sorpresa, las malas noticias a una persona cardíaca, el gran susto al anciano, la presión psicológica, etcétera.

En opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA, el problema radica en la relación de causalidad y en la adecuación al tipo concreto. El verbo activo que rectora el tipo es matar a otro. Para averiguar si el sujeto ha muerto hay que descubrir el sentido total del tipo, profundizar en su *ratio legis*. El homicidio no se comete por medios morales. No se mata asustando. En los ejemplos de la muerte por susto, terror o sufrimiento, afirma este autor, no se describe la acción típica del homicidio. Aquí no se mata, se aterroriza. El verbo activo es matar no aterrorizar⁷⁷. Sin embargo, como enseña SOLER, no puede negarse, aunque fuera excepcionalmente, que ciertas impresiones psíquicas pueden causar la muerte.

El que cuenta con esa posibilidad y asume mentalmente el riesgo, añade, causa, sin duda, y causa dolosamente⁷⁸. La cuestión, sin embargo, ha perdido interés en la actualidad. El homicidio puede causarse tanto por medios materiales como por medios morales.

⁷⁶ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. 1, ps. 4 y ss.; también VARELA, Bernardo, ob. cit., p. 75.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1965, t. 3, nº 1059 y 1116; también en *La relación de causalidad y la responsabilidad criminal*, LL, t. 16, p. 823.

⁷⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, ps. 13 y siguientes. En doctrina argentina, en la actualidad, se pronuncia a favor de la admisión de esta clase de medios, p. ej., TERRAGNI, Marcos A., *Delito contra las personas*, Jurídica Cuyo, Mendoza, 2000, ps. 111 y ss.; DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 26. La doctrina española también acepta los medios morales como típicos de homicidio (véase por todos GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal*, "Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. I, p. 54).

GONZÁLEZ RUS recuerda el caso resuelto por el Tribunal Supremo en s. del 23/2/87, en el que una hija presa del terror ante la brutalidad de las agresiones a que la está sometiendo su padre, se arroja por una ventana, produciéndose la muerte (ob. cit., p. 24).

§ 9. LOS SUJETOS DEL DELITO

Sujeto activo puede ser cualquier persona, sin distinción de cualidades o condiciones personales, ya sea que actúe por sí mismo o valiéndose de terceros, de medios mecánicos o de animales.

Excepcionalmente y dadas algunas exigencias del tipo, v. gr., parentesco, la figura genérica se desplaza a otras que requieren de un autor calificado, por ej., art. 80, inc. 1º.

Como puntualizamos anteriormente, en los casos de omisión impropia, sujeto activo solo puede ser quien está en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, nacida viva del vientre de una mujer. El feto no puede ser sujeto pasivo de homicidio, pues su destrucción implica la configuración de otro delito específicamente reprimido en el Código Penal (aborto).

Respecto de este punto, cabe destacar que toda intervención culposa que produce lesiones o muerte de un feto, sea dentro del seno materno o por su expulsión prematura, no constituye delito para el derecho penal argentino. Tampoco las lesiones dolosas son punibles, por ausencia de tipicidad penal. Para la doctrina dominante en Alemania, el daño doloso al feto que produce su muerte después del nacimiento constituye un caso de aborto. Si las consecuencias, dolosas o culposas, son meramente lesivas, el hecho es impune, ya que la ley no prevé el delito de lesiones al feto. Los delitos de homicidio solo entran en consideración, hace notar LUTTGER, si después del comienzo del nacimiento se produce un nuevo ataque, doloso o culposo, a la vida del niño⁷⁹. En la doctrina española, BAJO FERNÁNDEZ entendía con anterioridad a la regulación penal de 1995 que si la acción dirigida sobre la embarazada se hace con la intención de abortar, se estaría frente a un caso de homicidio preterintencional en concurso con tentativa de aborto⁸⁰. MUÑOZ CONDE, en cambio, a nuestro juicio más correctamente, sostenía que nunca puede ca-

⁷⁹ LUTTGER, Hans, *Medicina y derecho penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Edersa, Madrid, 1984, p. 76.

⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 25, nota 60.

lificarse de homicidio, salvo disposición expresa de la ley, la acción dirigida a destruir la vida humana todavía no dependiente⁸¹. En la actualidad, la nueva regulación relativa a las lesiones al feto contenida en el Título IV, Libro II (arts. 157 y 158) del Código Penal de 1995, ha venido a colmar la laguna de punibilidad de la legislación anterior.

Entre nosotros, se sostiene que las lesiones, dolosas o culposas, inferidas al feto, carecen de tipicidad⁸². Por consiguiente, pensamos que sería un contrasentido sostener la punibilidad de la muerte culposa del concebido. Solo cabría hablar de homicidio, doloso o culposo, si durante o después del proceso de nacimiento se produce (o continúa) una nueva agresión que ocasiona la muerte del sujeto pasivo. Los efectos ulteriores a tales momentos, causados por daños al feto, no resultan punibles a ningún título.

Otro punto que ha merecido particular interés doctrinario en el ámbito de estos delitos es el de la "vitalidad" del sujeto pasivo, vale decir, si la vitalidad del individuo es o no una condición necesaria para la tipificación del homicidio. La cuestión fue ampliamente tratada entre los autores italianos.

La vitalidad, definida como la potencialidad o posibilidad de la prolongación de la vida fuera del seno materno, ha sido exigida por un importante sector doctrinario, hasta el punto de sostenerse que las condiciones de un niño nacido vivo pero sin vitalidad, no constituyen verdaderamente vida sino solo una apariencia de vida. La distinción entre vida y vitalidad no existe en la naturaleza sino solo en el análisis científico, advierte NAPODANO. La vida sin vitalidad no es posible. Por su parte, PUGLIA pone de relieve su posición de rechazo al homicidio si la muerte ha sido dada a un niño nacido vivo pero que, por condiciones morbosas o desarrollo incompleto, habría vivido poco tiempo⁸³. Como podrá suponerse, tales conclusiones no pueden hoy ser aceptadas. Toda criatura, por deforme que sea o con poca esperanza de vida, merece la protección de la ley. Una muerte propinada en estas condiciones configura homicidio. La tutela penal se confiere con prescindencia de la vitalidad del individuo.

⁸¹ Citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 25, nota 60.

⁸² Así FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., t. 4, ps. 246 y ss.; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, p. 229.

⁸³ PUGLIA, Ferdinando, ob. cit., p. 51.

§ 10. EL CONCEPTO DE MUERTE

Así como el nacimiento marca el límite mínimo de la vida humana independiente, el límite máximo está dado por la muerte natural del ser humano. Solo cabe hablar de homicidio desde que comienza el nacimiento de la persona hasta su muerte natural. Determinar el preciso momento en que la muerte de la persona tiene lugar, dado que no se trata de un acontecimiento instantáneo sino progresivo, es una cuestión que ha generado múltiples dificultades.

Actualmente y debido fundamentalmente a los enormes avances de la ciencia médica, el concepto clásico de muerte, esto es, el cese definitivo de la actividad cardíaca, respiratoria y de los centros nerviosos centrales (signos negativos de vida), se ha visto cuestionado frente a un nuevo concepto: la muerte cerebral.

En la doctrina italiana, MANTOVANI ha puesto de relieve algunas premisas tendientes a lograr un concepto unívoco de muerte, que satisfaga los requerimientos de las disciplinas que de ella se ocupan. En este sentido, apunta el profesor de Florencia que: 1) en primer lugar, la muerte no puede ser definible desde un plano puramente naturalístico, sino también valorativo; 2) frente a la variedad de definiciones (muerte cortical, muerte cerebral, muerte cardíaca, etc.), determinar a cuál de estas corresponde el momento de la muerte del individuo no es un problema que incumbe exclusivamente a la ciencia médica, sino también a otros componentes culturales, como ser biológicos y científicos, filosóficos, religiosos, sociológicos, éticos y jurídicos; 3) el concepto de muerte, cualquiera que él sea, es un concepto único. No debe hablarse más de muerte cardíaca, de muerte cerebral o de otras muertes, sino de "muerte verdadera", pues resultaría abominable desde un punto de vista humano y moral utilizar un concepto de muerte para los casos de cesación de las reanimaciones y los trasplantes de cadáveres y otro concepto para los cuerpos humanos destinados a la investigación científica, a la autopsia judicial, a la inhumación, etcétera. Desde el punto de vista jurídico, subraya el profesor italiano, sería una de las más graves, odiosas e intolerables violaciones del principio per-

sonalístico de igualdad y dignidad de la persona humana; 4) resulta imprescindible exigencia la certeza científica de la muerte, la cual debe estar referida a un hecho actual, irreversible y no a un hecho futuro. Cualquiera sea el concepto de muerte, debe siempre tratarse de una muerte asegurada con certeza; 5) finalmente, concluye MANTOVANI diciendo que el concepto de muerte, atendiendo a los nuevos avances científicos y a las nuevas posibilidades terapéuticas, no puede limitarse a la mera suspensión de las funciones superiores y coordinadoras de la vida, sino que debe también tener en cuenta las posibilidades de sobrevivencia real e integral del individuo⁸⁴.

En la actualidad, existe amplio contento entre los juristas alemanes de que el momento de la muerte está decidido por la muerte cerebral, esto es, el cese total, definitivo e irreversible de las funciones del cerebro⁸⁵. La muerte cerebral, destaca LUTTGER, es la destrucción anatómica gruesa o estructural del cerebro en su totalidad. En este sentido nos dice el profesor alemán: el concepto de muerte solo se realiza con la extinción de la función cerebral en su totalidad (corteza cerebral y encefálica), nunca con una lesión cerebral; además, la destrucción cerebral tiene que ser definitiva. Solo así (destrucción total y definitiva) la persona está muerta, aun cuando continúe latiendo el corazón⁸⁶. En la doctrina española es también uniforme el criterio que sostiene que el momento de la muerte se ubica cuando sucede el cese irreversible de la actividad cerebral. MUÑOZ CONDE sostiene que la protección de la vida humana termina con la muerte real de la persona, no siendo suficiente el cese de la respiración o de los latidos del corazón. En la actualidad, afirma, se considera como definitivamente muerta a una persona cuando se demues-

⁸⁴ MANTOVANI, Ferrando, *Y trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Milano, 1974, ps. 371 y siguientes.

⁸⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos . . .*, ps. 17 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 26; LUTTGER, Hans, ob. cit., ps. 99 y siguientes. GRACIA MARTÍN, Luis, ob. cit., ps. 46 y siguientes.

⁸⁶ LUTTGER, Hans, ob. cit., p. 102. En opinión de Joaquín Aguirre López, al estar el cerebro dañado irreversiblemente y globalmente, el individuo debe considerarse muerto a todos los efectos médicos y legales. Ha de equipararse, por tanto, el concepto y el momento de muerte del individuo (conf. "Bioética y transplantes", en *Materiales de bioética y derecho*, Cedece Textos Abiertos, Barcelona, 1996).

tra, por medio de un encefalograma, por ejemplo, que la actividad cerebral ha terminado totalmente⁸⁷.

No todos, sin embargo, comparten estas conclusiones. La muerte, dice JIMÉNEZ HUERTA, es un fenómeno fisiológico integral que solo se produce cuando cesan las intercorrelaciones orgánicas funcionales de aquellos órganos que hacen posible las condiciones físicas y químicas del medio interno, esto es, cuando dejan de funcionar completamente el corazón, los pulmones y el cerebro. Quejándose de expresiones como muerte cerebral, muerte intermedia, muerte aparente, muerte encefalográfica, etc., añade el profesor mexicano que únicamente la muerte tisular, biológica, definitiva o integral es la que debe considerar el orden jurídico para poder afirmar que se ha extinguido o dejado de existir una vida humana⁸⁸. La doctrina tradicional argentina ha rechazado el criterio de la muerte cerebral pudiendo citarse, entre otros, a DO PICO⁸⁹, HERRERA⁹⁰, BONNET⁹¹, TERÁN LOMAS⁹², GODFRID⁹³, etcétera. TERRAGNI, por su parte, parece tener dudas sobre su con-

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho...*, p. 25. En opinión de ROMEO CASABONA, la muerte se caracteriza ante todo por ser un proceso irreversible, por lo que el momento de la misma habrá de determinarse en función de esa peculiaridad, es decir, cuando se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano (cit. por GRACIA MARTÍN, Luis, ob. cit., p. 47). Según señala este autor, a efectos jurídicos no es posible aceptar un concepto de muerte estricta y rigurosamente referido al proceso biológico, sino que es preciso formular un concepto "legal" que tendría necesariamente un contenido médico-valorativo (ob. cit., p. 47). El momento de la muerte lo decide el "cese irreversible de las funciones cerebrales" (ob. cit., p. 48).

⁸⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Los trasplantes de corazón y la tutela penal del bien jurídico de la vida", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 530. Véase en esta misma obra el trabajo de TOZZINI, Carlos, *El problema de la muerte del donante en los trasplantes del corazón*, ps. 245 y siguientes.

⁸⁹ DO PICO, Avelino, *Problemática de la muerte cerebral. La ley de trasplantes de órganos (ley 21.541)*, en VI Jornadas Médico-Legales y Criminológicas, ps. 97 y siguientes.

⁹⁰ HERRERA, Lucio E., *Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos*, LL, del 13/8/82.

⁹¹ BONNET, Emilio F., *Medicina legal*, p. 240.

⁹² TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 374 y siguientes.

⁹³ GODFRID, Mario A., *Muerte cerebral y muerte real*, LL, t. 1983-A, ps. 844 y siguientes.

veniencia⁹⁴. En la actualidad, sin embargo, se entiende que el criterio adoptado por la ley de transplantes para determinar el momento de la muerte de una persona es el que mejor se ajusta a la esencia de lo que es el ser humano.

La ley 21.541 del 2/3/77, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, reformada por las leyes 23.464/86 y 24.193 (BO, 26/4/93), adoptó el criterio de la muerte cerebral. En el art. 21 de la ley se establece: "*Exclusivamente a los fines de esta ley también será admisible la certificación del fallecimiento del dador mediante juicio médico determinado por un equipo formado por un clínico, un neurólogo o neurocirujano y un cardiólogo, no integrantes del equipo que efectuará las operaciones de ablación y/o implante, quienes determinarán dicho estado por comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales. Dicho determinación será suscripta en acta, en la que deberá consignarse el o los órganos y/o materiales anatómicos que serán usados y su destino, todo lo cual se establecerá en la reglamentación respectiva*". Por su parte, el art. 23 establece que: "*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Único Coor-*

⁹⁴ TERRAGNI, Marco A., *Homicidio y lesiones culposos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 102. Recientemente, sin embargo, ha escrito este autor que como el paro cardíaco se puede superar, y el respiratorio también, mientras que dañadas las partes nobles del cerebro no es posible su recuperación, el hombre –como animal social– está muerto, pues nunca podrá volver a comunicarse con el mundo que lo circunda. Hasta que el fallecimiento no se produce conforme a las pautas de la ahora vigente ley 24.193, el derecho sigue considerando a ese ser como persona y, consecuentemente, todo atentado contra su vida, su salud o integridad corporal estará castigado con las penas que fijan a los distintos hechos las normas agrupadas bajo el Título que estamos considerando (ob. cit., p. 90).

dinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en caso de paro cardio-respiratorio total e irreversible".

El método más conocido, pero no excluyente, de comprobación de la muerte cerebral es el llamado electroencefalograma plano, cuyo trazado lineal demuestra la finalización de toda actividad bioeléctrica del cerebro.

La adopción del concepto de muerte cerebral como criterio para determinar el fin de la existencia humana a los fines determinados por la ley de trasplantes y otro con validez general para el resto del ordenamiento jurídico, como surge del art. 103, Cód. Civil, no nos parece acertado. Según la norma del Código Civil antes mencionada, termina la existencia de las personas con la muerte natural de ellas. De este modo se establece con suficiente claridad el concepto clásico de muerte: muerte real o natural. Por lo tanto, el criterio adoptado por la ley de trasplantes al establecer un nuevo concepto de muerte implica una abierta contraposición con la legislación civil, en tanto debe reconocerse la existencia de dos clases de muerte: una a los fines del trasplante de órganos (muerte cerebral) y otra a los fines civiles (muerte natural o real, v. gr., para inhumación de cadáveres, trasmisión hereditaria, etc.).

La muerte real del individuo significa su muerte jurídica. Sin embargo, esto no sucede exactamente así en los casos de muerte cerebral. El concepto adoptado por la ley de trasplantes puede generar graves dificultades en un proceso penal por homicidio. La ablación de un órgano de una persona descerebrada (de la que solo ha muerto su cerebro pero no otros órganos susceptibles de implantes), que sin duda produce su muerte real, por ej., por ablación del corazón, ¿constituye homicidio o un acto conforme a derecho? La respuesta del profesor TERÁN LOMAS, que compartimos, es terminante: si la llamada muerte cerebral no coincide con la real o natural, la ablación del corazón constituirá homicidio⁹⁵.

⁹⁵ TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 375. De igual parecer LEVENE (h.), Ricardo, en "Trasplante de órganos", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 850. En la doctrina española se reconoce que el mantenimiento con vida de un órgano es lo que hace posible la realización del transplante y que aquel puede desarrollar las funciones que le son propias en el cuerpo del receptor. Sin embargo, se

Como conclusión, podemos sostener los siguientes principios:

1) El concepto de muerte, a los fines de los tipos penales que tutelan la vida humana, no puede extraerse de la ley de trasplantes, sino del art. 103, Cód. Civil⁹⁶. Razones de conveniencia práctica y seguridad jurídica aconsejan esta conclusión.

2) Por lo tanto, el criterio a tener en cuenta es el de la muerte real o natural y no el de muerte cerebral.

3) El concepto de muerte real comprende al de muerte cerebral, pero no necesariamente sucede así a la inversa.

4) El concepto de muerte es uno solo, indivisible, con validez general para todo el ordenamiento jurídico. No resulta aconsejable ni conveniente establecer una clase de muerte para determinadas finalidades (ablación de órganos) y otra para finalidades diferentes (inhumación de cadáveres). Esta situación lleva a admitir, como señala Do Pico, la posibilidad de una doble certificación de la muerte.

5) La muerte real de las personas se produce con el cese total, definitivo e irreversible de las funciones vitales respiratoria, circulatoria y neurológica-cerebral⁹⁷.

6) La ablación de un órgano con anticipación a la determinación de la muerte real del individuo y que conduce irremediablemente a su eliminación como individuo de la especie humana, configura el delito de homicidio.

Esta conclusión, de formulación teórica indiscutible, resulta incompatible con las disposiciones de la ley 21.541 y sus modificatorias, pero acorde con la legislación civil.

Por lo tanto, la revisión y modificación de los criterios legales acerca de la muerte del ser humano deviene como conveniente en la hora actual.

tiene dicho, la extracción del órgano vivo del donante presupone necesariamente la muerte del donante (GRACIA MARTÍN, Luis, ob. cit., p. 47).

⁹⁶ TERRAGNI, Marcos A., ob. cit., p. 102, no obstante exponer los argumentos en contrario, concluye que el concepto dogmático de muerte debe extraerse de la ley 21.541, esto es, la muerte cerebral.

⁹⁷ LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 850; GODFRID, Mario A., ob. cit., p. 844.

§ 11. EL TIPO SUBJETIVO

El homicidio simple admite una sola forma de imputación subjetiva: dolosa. No requiere, sin embargo, de ninguna motivación ni finalidad específica. Es suficiente con el dolo común. El tipo subjetivo admite las tres clases del dolo: directo, indirecto y eventual.

El dolo directo presupone el gobierno de la voluntad. En él, las consecuencias que el agente se ha representado mentalmente fueron voluntariamente buscadas y queridas⁹⁸. El autor quiere la acción, elige los medios y quiere el resultado⁹⁹. Con otros términos, el autor quiere matar, emplea el medio elegido y mata.

En el dolo indirecto se producen consecuencias que son necesarias al resultado querido directamente. El autor se representa mentalmente que junto al resultado deseado, se producirá otro necesariamente porque está inseparablemente unido al primero. Es conocido el ejemplo de la bomba colocada para matar al Jefe de Estado (resultado querido directamente), cuya explosión mata, al mismo tiempo, a los acompañantes (consecuencia necesaria que no forma parte del propósito original). El autor quiere matar el Jefe del Estado pero, al mismo tiempo, se representa que con su acción matará necesariamente a sus acompañantes y, frente a esa representación, actúa. En el dolo eventual se requiere, además de la previsibilidad del resultado como posible, que el autor haya asentido en él, esto es, que lo haya

⁹⁸ FRÍAS CABALLERO, Jorge, *Temas de derecho penal*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 182. Nos dice GRACIA MARTÍN que el tipo subjetivo del homicidio está constituido por el dolo, es decir, por la conciencia y voluntad de realización de una acción dirigida a la producción de la muerte de otro. El dolo, más exactamente, es la "voluntad de realización", en este caso, voluntad de realización de la muerte de otro, sobre la base del "conocimiento" de los elementos del tipo ya concurrentes en el momento de realización de la acción y la "previsión" de la realización de los demás elementos del tipo, entre los que se encuentra la relación de causalidad entre la acción y el resultado (ob. cit., p. 58).

⁹⁹ TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 1, p. 507.

ratificado o aceptado¹⁰⁰. Aquí el autor se representa que con su acción puede causar el resultado (previsión) y, frente a esa representación, adopta una actitud de indiferencia, de menosprecio, hacia el objeto de tutela. El agente, a pesar de representarse la muerte como posible, no se detiene en su actuar, continúa su acción hacia ese resultado, en definitiva, lo acepta.

La jurisprudencia italiana ha reconocido que, a los fines de la subsistencia del elemento psicológico del delito de homicidio voluntario, es necesario y suficiente que el agente se haya representado la muerte como la consecuencia directa de su acción u omisión, y que la haya querido (dolo directo); o bien, que se haya representado el evento muerte como indiferente respecto al de las lesiones (dolo indirecto bajo la forma de dolo alternativo); o bien, que el agente se haya representado como posible o probable el evento más grave, o sea, la muerte, y no obstante, haya igualmente obrado aun a costa de causar dicho evento, aceptando preventivamente el riesgo de causarlo (dolo indirecto bajo la forma de dolo eventual)¹⁰¹.

B) *Homicidios agravados*

El artículo 80, texto según ley 21.338, vigente por la ley 23.077, establece que: “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:

- 1) a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;
- 2) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;
- 3) por precio o promesa remuneratoria;
- 4) por placer, codicia, odio racial o religioso;
- 5) por un medio idóneo para crear un peligro común;
- 6) con el concurso premeditado de dos o más personas;
- 7) para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para

¹⁰⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Depalma, Buenos Aires, 1957, ps. 112 y siguientes.

¹⁰¹ Jurisprudencia citada en *Commentario breve al Codice Penale a cura di Federico Stella y Giuseppe Zuccalá*, Cedam, Padova, 1990, ps. 759 y siguientes.

sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito".

§ 12. IDEAS GENERALES SOBRE LOS TIPOS AGRAVADOS

El Código Penal reúne, en el art. 80, distintos tipos delictivos que, por la concurrencia de especiales circunstancias, se transforman en tipos agravados de la figura central o rectora matar a otro que describe el art. 79. Estas circunstancias, cuyas características varían según la modalidad comisiva del delito de que se trate, tienen la particularidad de provocar un aumento de la pena del homicidio simple.

El sistema adoptado por el legislador, proveniente originalmente de la ley 17.567, se aparta de aquellas legislaciones que han tipificado las circunstancias agravantes en fórmulas genéricas en la Parte General y, a la vez, en fórmulas específicas en la Parte Especial, como, por ej., los códigos de España, Italia, Uruguay, etcétera.

La aplicación de una circunstancia agravante solo es posible, en el caso particular, en la medida que ella se encuentre prevista expresamente como tal en la ley. No existen factores de agravación del delito que puedan ser presumidos o de formulación implícita. Tampoco pueden ser aplicables por vía de integración judicial, si el texto de la ley no los consagra expresamente. La concurrencia de agravantes no modifica la penalidad (por ej., matar al ascendiente por medio de veneno) ni significan reaggravación del tipo delictivo.

En cuanto a la sanción penal, el Código ha receptado el sistema de pena fija, permitiendo al juez optar solamente por la prisión o reclusión perpetua, pudiéndose aplicar, inclusive, la medida del art. 52. Esta última modalidad sancionadora ha merecido, con razón, la crítica de la doctrina, pues la disposición del art. 52 se refiere a la accesoria de la última condena la que, por ser perpetua, obviamente impide su aplicación. Por otra parte, si debiera entenderse que lo que la ley ha querido decir es que la pena debe cumplirse en algún establecimiento de los territorios del sur del país, ello estaría en pugna con la posibilidad de

la libertad condicional al reo a los 20 años de encierro (art. 13, Cód. Penal), ya que sería absurdo, como bien señala SOLER, que dicho beneficio sea concedido con reclusión suplementaria¹⁰². Por lo tanto, el único sentido posible de la disposición es que el juez puede disponer que la pena se cumpla en un establecimiento especial para la reclusión accesoria previsto en la Ley Penitenciaria Nacional. Se trata, dice SOLER, solamente de una agravación facultativa del régimen de la pena¹⁰³.

§ 13. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGRAVANTES

En cuanto a la naturaleza de las circunstancias de agravación, conviene destacar, como subraya LÓPEZ BOLADO, que la determinación depende del examen de cada legislación en particular¹⁰⁴.

La doctrina, en general, clasifica a las agravantes en subjetivas y objetivas. Las primeras hacen referencia a la personalidad del sujeto, sus inclinaciones y motivos, impulsos, etc.; las segundas, en cambio, se relacionan con el daño o resultado producidos, con los factores externos al autor, catástrofe, inundación, despoblado, etcétera. Sin embargo, no siempre ambas categorías tienen distinto significado; por el contrario, generalmente se hallan en una estrecha relación entre sí, que impide considerarlas independientemente una de la otra. Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, son circunstancias objetivas de agravación aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito, o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, con independencia de que de ellos se deduzca o no una mayor reprobabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad por el hecho cometido permite explicar aquí el incremento de la pena. En cambio, son subjetivas aquellas en las que no es

¹⁰² SOLER, Sebastián, ob. cit., t. 3, p. 46; con igual postura crítica LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 161; LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los homicidios calificados*, ps. 28 y siguientes.

¹⁰³ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 46; véanse los importantes comentarios de LÓPEZ BOLADO, en ob. cit., ps. 28 y siguientes.

¹⁰⁴ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 18.

posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por lo menos aumente el reproche del autor por el hecho cometido. En realidad, agregan estos autores, lo que está presente en ellos es una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de ser o su actitud ante el derecho, sin que ese menor reproche se refiera al hecho concreto objeto de enjuiciamiento¹⁰⁵.

La relación subjetivo-objetiva, destaca BAIGÚN, es una contraposición gnoseológica; se da en cualquier proceso de cognición, en el marco de la correspondencia sujeto-mundo circundante. Lo subjetivo y lo objetivo constituyen una relación inescindible, un proceso permanente de interacción recíproca. Así como el sujeto refleja lo objetivo, el objeto se refracta en aquel¹⁰⁶. De este modo, las circunstancias de agravación participan de ambas categorías¹⁰⁷, pues en ellas siempre existen componentes objetivos y subjetivos.

En síntesis, las circunstancias agravantes del art. 80 tienen naturaleza típica, porque integran la figura penal, coadyuvan a su configuración formando parte de su contenido¹⁰⁸.

C) *El homicidio agravado por el vínculo del parentesco*

§ 14. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

El homicidio del padre (y de otros parientes, según las épocas), conocido históricamente como parricidio, ha estado previsto

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal*, "Parte General", Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, ps. 428 y siguientes. Para un más detallado estudio sobre el punto, véase el importante trabajo de Manuel de RIVACOBRA Y RIVACOBRA, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, "Doctrina Penal", 1988, ps. 473 y siguientes.

¹⁰⁶ BAIGÚN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Pannedille, Buenos Aires, 1971, ps. 13 y 14.

¹⁰⁷ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 19.

¹⁰⁸ BAIGÚN, David, ob. cit., p. 36; LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 20.

en la mayoría de las legislaciones del mundo y creció junto a la evolución de los pueblos.

De la clasificación histórica entre parricidio propio (muerte del padre) y parricidio impropio (muerte de los demás parientes), nuestro Código Penal ha receptado el segundo, aunque más restrictivamente que su modelo histórico, por cuanto no solo comprende la muerte del padre por el hijo, sino que extiende la agravante a los demás ascendientes, descendientes y al cónyuge¹⁰⁹.

El parricidio no tiene historia propia, sino que forma parte de la historia del homicidio, cuya evolución, en alguna medida, ya la hemos estudiado al ocuparnos del delito de homicidio simple y allí remitimos al lector¹¹⁰.

Esta clase de homicidio estuvo prevista, si bien con variada redacción, en todos nuestros precedentes legislativos, desde Tejedor hasta la actualidad. En algunos casos se extendió la agravante a la muerte del hermano (proy. Tejedor, proy. de 1881); en otros, al parentesco por adopción (proy. Tejedor) y, finalmente, en otros, al bienhechor (proy. de 1891, proy. de 1906). Los proyectos posteriores al Código Penal han mantenido el texto original de 1921.

En el derecho comparado, la muerte de los ascendientes, descendientes y cónyuge es característica del Código Penal español de 1944 (art. 405), el Código francés (art. 299: padres o ascendientes en línea recta) y el Código italiano (art. 576: ascendientes o descendientes; *íd*em art. 577), con la diferencia de que estos dos últimos cuerpos legislativos no contienen ninguna previsión específica sobre la muerte del cónyuge, que pasa a configurar un homicidio común. Con respecto al nuevo Código Penal español, cabe subrayar que, si bien no tipifica expresamente la muerte del pariente o del cónyuge en el título correspondiente al homicidio, sí lo hace en el art. 23 al contemplar la circunstancia mixta de parentesco (cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor). Tampoco califica la muerte

¹⁰⁹ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 35; LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 163.

¹¹⁰ BUOMPADRE, Jorge E., *Homicidio . . .*, ps. 19 y ss. y bibliografía allí citada, p. 30.

del cónyuge el nuevo Código Penal de Portugal de 1982. Otros códigos no hacen referencia al homicidio del pariente como figura calificada, al menos en forma específica, por ej., los códigos de Alemania, Austria, Holanda, Suiza, Noruega, etc., y en América Latina el Código Penal del Brasil; sin embargo, cabe señalar que este último prevé la muerte del ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge como una circunstancia genérica de agravación, en el art. 61, II, inc. e.

§ 15. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

El homicidio de los ascendientes o de los descendientes viola, no solo la ley escrita que establece el vínculo jurídico del parentesco, sino una realidad biológica (*substantia filiationis*) proveniente de la ley de la naturaleza y que da origen al vínculo de sangre entre los individuos.

En cuanto al cónyuge, el homicidio se califica porque implica el quebrantamiento de un vínculo jurídico entre los esposos. La tesis que fundamenta la agravante en el menospicio del respeto que se deben mutuamente los esposos (NÚÑEZ, LÓPEZ BOLADO, etc.), no nos resulta convincente. Ello así, por cuanto, por ej., en los casos de separaciones de hecho, en las que la mayoría de las veces ese mutuo respeto desaparece, la muerte de un cónyuge por el otro configura el delito agravado, pero porque subsiste el vínculo del matrimonio y no, precisamente, porque tenga algo que ver el respeto debido. Exista o no el deber de respeto, la agravante resulta de aplicación.

§ 16. ELEMENTOS DEL DELITO

a) *Acción.* — La acción típica consiste en matar a otro, y ese otro debe ser uno de los sujetos expresamente señalados en la ley: ascendiente, descendiente o cónyuge. Por consiguiente, estamos frente a un delito especial impropio, limitado solo a un determinado círculo de autores, pues solo puede ser cometido por quien se encuentra ligado a la víctima por alguno de los vínculos que la misma ley determina. En todo lo demás, son

de aplicación las mismas reglas y principios que hemos visto para el homicidio simple, con excepción de las cuestiones particulares que serán analizadas a continuación.

b) *Sujetos*. — Sujetos activo y pasivo solo pueden ser, como ya lo hemos puesto de manifiesto, aquellos expresamente mencionados en la ley.

1. *Ascendientes*. Son los antecesores consanguíneos del autor: padre, abuelo, bisabuelo, etc. (art. 352, Cód. Civil). Se trata de un parentesco en el que los sujetos se encuentran ligados por un vínculo de sangre en línea recta, sin límite de grados, y que también comprende a los descendientes (arts. 349 y 350, Cód. Civil), con excepción de la línea colateral (hermanos, arts. 354 y ss., Cód. Civil).

2. *Descendientes*. Son los sucesores consanguíneos del autor: hijo, nieto, bisnieto, etc. (art. 352, Cód. Civil).

Están comprendidos tanto el parentesco matrimonial como el extramatrimonial.

La ley no comprende a aquellas personas que, aunque ostenten la calidad de parientes, no reúnen la condición exigida normativamente; en consecuencia, quedan al margen de la agravante los hermanos, unilaterales o bilaterales (art. 360, Cód. Civil); el parentesco por afinidad (suegros, cuñados, yerno, nuera, padrastros, etc., arts. 363 y ss., Cód. Civil) y el parentesco por adopción (ley 19.134), pues el vínculo que adquieren los hijos adoptivos no es de sangre sino jurídico¹¹¹. Como consecuencia de la derogación del delito de infanticidio por la ley 24.410/95, la muerte del infante “durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal”, configura una hipótesis de homicidio agravado por el vínculo parental.

¹¹¹ BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. 2, ps. 253 y ss.: “la adopción crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación de sangre”.

3. *Cónyuge*. La calidad de cónyuge se adquiere con el matrimonio legítimo y válido, celebrado de acuerdo con las leyes del país. Por consiguiente, no están comprendidas en la agravante: las uniones extramatrimoniales (concubinato); las relaciones que impliquen amancebamiento, por más estables que estas sean; los casos de matrimonios simulados o aparentes, que son aquellos celebrados sin la presencia del oficial público autorizado; ni los matrimonios inexistentes, es decir, aquellos que se celebran sin la concurrencia de los requisitos enunciados por el art. 172, Cód. Civil (ley 23.515), esto es, consentimiento de ambos contrayentes, diferenciación de sexos (hombre y mujer) y la expresión del consentimiento ante la autoridad competente¹¹².

Diversas cuestiones se han suscitado en los casos de matrimonios nulos de nulidad absoluta y relativa, en los de matrimonios putativos y en los casos de divorcio, temas que serán analizados a continuación.

Sin embargo, previo al examen de cada caso en particular, interesa subrayar que tiene razón LÓPEZ BOLADO –contrariamente al pensamiento dominante en la doctrina– cuando afirma, frente a estos casos, que es necesario establecer una regla rectora en la interpretación del inc. 1º del art. 80, Cód. Penal, cuando se refiere a los cónyuges: “la creencia común sobre la realidad del vínculo no basta, se requiere la existencia válida del matrimonio, pues, solo quien ha contraído matrimonio legalmente para las leyes argentinas, aun cuando se hubiere celebrado en el extranjero, puede considerarse casado”¹¹³.

i) *Matrimonios nulos*: La ley 23.515 establece un criterio que distingue entre la nulidad absoluta (art. 219) y la nulidad relativa (art. 220) del matrimonio (denominados matrimonios absolutamente nulos y anulables en la versión de la ley 2393).

¹¹² BELLUSCIO, Augusto C., ob. cit., t. 1, ps. 274 y ss.; D'ANTONIO, Hugo D., *Régimen legal del matrimonio civil, ley 23.515*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 163.

¹¹³ LÓPEZ BOLADO, ob. cit., p. 50. De la misma opinión CHIAPPINI, Julio O., “El matrimonio putativo ante el derecho penal”, en *Estudios de derecho penal*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1984, ps. 27 y ss.; CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte Especial*, 1983, t. 1, p. 12.

El matrimonio es nulo de nulidad absoluta cuando es celebrado con algunos de los impedimentos dirimentes establecidos en el art. 166, inc. 1º, Cód. Civil (consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación), inc. 2º (consanguinidad entre hermanos y medios hermanos), inc. 3º (adopción plena o simple), inc. 4º (afinidad en línea recta en todos los grados), inc. 6º (ligamen: matrimonio anterior, mientras subsista) e inc. 7º (crimen: autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges) (art. 219, ley 23.515).

El matrimonio es nulo de nulidad relativa cuando se contrae existiendo alguno de los demás impedimentos dirimentes del art. 166, inc. 5º (falta de edad legal: tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18) e inc. 8º (privación de razón) y los establecidos en el art. 200, inc. 3º (impotencia) e inc. 4º (vicios del consentimiento a que hace referencia el art. 175: violencia, dolo y error).

Matrimonio putativo es aquel matrimonio nulo o inválido celebrado de buena fe al menos por uno de los cónyuges. El régimen de estos matrimonios está establecido en los arts. 221 a 226, Cód. Civil (ley 23.515).

Es una regla general que la declaración judicial de nulidad del matrimonio priva a este de todos sus efectos, desplaza a los contrayentes del estado de casados y el estado de familia vuelve a ser el anterior a la celebración del acto. Estos efectos de la nulidad matrimonial son de orden civil y con trascendencia para el derecho civil (por ej., para cuestiones de tipo familiar, patrimonial, etc.); pero, para el derecho penal carecen de importancia. Un matrimonio celebrado con un impedimento que causa su nulidad absoluta (por ej., ligamen), no es un matrimonio válido, pues no ha sido celebrado de acuerdo con las leyes del país, que exigen, precisamente, la inexistencia de impedimentos de esta categoría; por lo tanto, los contrayentes no son cónyuges para el Código Penal, independientemente de la buena o mala fe con que el matrimonio ha sido contraído. Como afirma CHIAPPINI, con cuya opinión estamos en un todo de acuerdo, el homicidio calificado se da si hay matrimonio válido, con absoluta prescindencia de lo que sepan —o de lo que les parezca— los cónyuges acerca de la validez *in fieri* de sus esposales. Ello así, ya que el elemento normativo matrimonio es, queramos o no, objetivo,

extrapenal, de estatus ontológico¹¹⁴. En la misma línea argumental, LÓPEZ BOLADO subraya que si el matrimonio es nulo no puede aplicarse la figura calificada. Porque solo quien ha contraído matrimonio válido para las leyes argentinas puede considerarse casado, es decir, cónyuge, no interesando al Código Penal la buena o mala fe de los contrayentes¹¹⁵.

La opinión doctrinaria que sostiene la tesis del parricidio cuando el delito lo comete el cónyuge de buena fe u homicidio simple cuando el consorte es de mala fe (NÚÑEZ, SOLER, LEVENE, LAJE ANAYA, TERÁN LOMAS, etc.), o bien aquella opinión que, a la inversa de la anterior afirma que cuando la víctima fuera el cónyuge de buena fe será de aplicación la agravante, mientras que no lo será cuando sea de mala fe, porque la víctima no es el cónyuge y el victimario solo cree que lo es, y que si ambos son de buena fe, mientras esta se mantenga, la muerte de cualquiera de ellos por el otro es parricidio (FONTÁN BALESTRA), no nos parecen convincentes, por cuanto basan sus argumentos en un criterio estrictamente subjetivo (saber o no que se es cónyuge, o que la víctima tiene o no tal cualidad que, como dice CHIAPPINI, nada tienen que hacer con el tema) que prescinde del elemento objetivo cónyuge requerido por la ley. Ninguna importancia tiene "creer" que se mata al cónyuge, cuando jurídicamente la víctima no posee tal condición. Por otra parte, la tesis en cuestión implica, desde un perfil político-crílminal, una fórmula injusta e inconveniente, pues quien mayor reproche penal merece (contrayente de mala fe) obtiene menor castigo (homicidio simple), y a la inversa, quien menor reproche penal merece (contrayente de buena fe) obtiene mayor castigo (homicidio agravado).

En los casos de matrimonios nulos de nulidad relativa, hasta la declaración de nulidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la unión es válida y los contrayentes tienen la calidad jurídica de cónyuges; por consiguiente, la muerte de un cónyuge por el otro, en dicho período, es parricidio. Esto es así por cuanto la nulidad relativa solo afecta el interés privado (no el público, como en los casos de nulidad absoluta) y resulta subsanable a voluntad del beneficiario; no puede ser declarada de

¹¹⁴ CHIAPPINI, Julio O., ob. cit., ps. 32 y siguientes.

¹¹⁵ Ob. cit., p. 51.

oficio (art. 1048, Cód. Civil), ni pedida por el Ministerio Fiscal; los actos afectados de nulidad relativa pueden ser confirmados (art. 1058, Cód. Civil) y la acción de nulidad es prescriptible (art. 4023, párr. 2º, Cód. Civil).

ii) *Divorcio*: La ley 23.515 ha consagrado un doble régimen de separación conyugal: la separación personal (arts. 201 y ss., Cód. Civil) y el divorcio vincular (arts. 214 y ss., Cód. Civil), cuya distinción fundamental radica en la disolución o no del vínculo matrimonial y, por ende, en la posibilidad o no de contraer nuevas nupcias.

En los casos de separación personal, el vínculo matrimonial no se disuelve (art. 201, Cód. Civil); por lo tanto, al seguir siendo los contrayentes jurídicamente cónyuges, la agravante subsiste. Idéntica conclusión cabe para los casos de separaciones de hecho, con o sin trámite judicial de divorcio. En cambio, si el divorcio es vincular su principal efecto es la disolución del matrimonio válido; los cónyuges dejan de ser tales y se encuentran habilitados para contraer nuevas nupcias; por consiguiente, con posterioridad a la sentencia judicial declarativa del divorcio vincular, pasada en autoridad de cosa juzgada, la muerte del otro contrayente es un homicidio simple; si el homicidio, en cambio, se comete durante la tramitación del juicio de divorcio, resulta de aplicación la agravante, pues –hasta allí– siguen siendo cónyuges.

c) *El elemento subjetivo*. — El parricidio exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto a la culpabilidad común del homicidio. Para que el delito pueda ser imputado a título de homicidio agravado, el autor debe tener un conocimiento determinado, específico, sobre la relación parental que lo une a la víctima.

Sabiendo que lo son, dice la ley, lo cual significa que el autor debe matar a la víctima “sabiendo” que se trata de un ascendiente, descendiente o cónyuge. Este saber o conocimiento debe ser asertivo, firme, categórico, acerca del vínculo parental. Por esto, el delito no puede ser imputable a título de dolo eventual¹¹⁶.

¹¹⁶ En contra FONTÁN BALESTRA, Carlos, que admite el dolo eventual, alegando que esta es la opinión dominante, pero las citas que hace son de autores

La figura queda excluida también por ignorancia o error, aun culpables. Tampoco son suficientes la mera creencia en la existencia del vínculo, ni la duda o sospecha acerca de él. Insistimos, el conocimiento cierto sobre el vínculo parental integra la figura típica, no la culpabilidad; solo que se suma al dolo común de homicidio (aunque este sí puede ser eventual), que abarca a aquel saber, sin admitir ningún género de dudas.

En los casos de *error in personan* (error en la identidad) o *aberratio ictus* (error en el golpe), la cuestión se resuelve por aplicación de los principios generales en materia de error y culpabilidad. En el primer caso, existe un error en la identidad física de quien se quiere matar (se quiere matar a un tercero y se mata a un pariente: hay homicidio simple por defecto inicial del elemento subjetivo; a la inversa, también queda excluida la agravante por inexistencia del vínculo parental); en el segundo caso (el autor quiere matar a un tercero, efectúa el disparo, yerra y mata a un pariente) juegan los mismos principios explicados para el *error in personan*, salvo en aquella circunstancia en la que, queriendo matar a un pariente, efectúa el disparo y mata a otro pariente; aquí, el homicidio resulta agravado por cuanto concurren los elementos objetivo y subjetivo exigidos por el tipo penal.

El parricidio admite tentativa y todas las formas de participación criminal. De acuerdo con la regla del art. 48, Cód. Penal, en materia de comunicabilidad de las circunstancias personales, cuyo efecto es agravar la penalidad, los cómplices, investigadores o coautores que conocen el vínculo quedan atrapados por la agravante.

D) *Circunstancias extraordinarias de atenuación*

El artículo 80, último párrafo (según ley 21.338, vigente por la ley 23.077), establece: “*Cuando en el caso del inc. 1º de este*

españoles, entre los cuales sí la del dolo eventual era la opinión prevaleciente (confr. por todos BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 51). No debe olvidarse, empero, que el Código español (art. 405) no exigía el particular elemento subjetivo del tipo que requiere la ley argentina. El nuevo Código de 1995 ha eliminado el parricidio como tipo específico.

Título, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 a 25 años".

La fórmula proviene de la ley 17.567. En la exposición de motivos de esta ley se decía: "Determinamos una escala penal alternativa, igual a la del homicidio simple, para el caso de homicidio de parientes cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso, la inconveniencia de una pena fija".

Sin embargo, no se dijo en qué consistían estas circunstancias extraordinarias de atenuación ni qué debía entenderse por ellas, tarea que ha quedado reservada a la doctrina y jurisprudencia.

§ 17. FUNDAMENTOS

El fundamento de la disposición debe buscarse, según lo pone de relieve LAJE ANAYA, en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución del respeto hacia el vínculo de sangre, o a la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo¹¹⁷.

§ 18. CONCEPTO

Sin perjuicio de otras hipótesis posibles, las circunstancias extraordinarias de atenuación son las que colocan al agente en una situación tal que, por alguna razón, los vínculos tenidos en cuenta para agravar el delito hayan perdido vigencia en cuanto a la particular consideración que debían suponer para una persona determinada (CPenal Mercedes, del 2/4/68, voto del Dr. Emilio Daireaux, *LL*, t. 130, p. 527).

¹¹⁷ LAJE ANAYA, Justo, *Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación*, JA, t. 1968-V, ps. 819 y siguientes. Del mismo autor, *Homicidios calificados*, ps. 15 y siguientes; *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. 1, ps. 27 y siguientes.

§ 19. REQUISITOS

Entiende la doctrina que la disposición exige la concurrencia de requisitos positivos y negativos (LAJE ANAYA en JA, t. 1968-V, p. 819):

a) Positivos: 1) Una objetividad, un hecho, un acontecimiento; 2) que el hecho traduzca en sí mismo una entidad de tal naturaleza que se halle fuera del orden o regla natural o común; 3) que esa objetividad sea captada subjetivamente por quien actúa y funcione como causa determinante de la muerte; 4) que determine, por su naturaleza, una disminución de la culpabilidad.

b) Negativos: 1) Que no haya emoción violenta excusable por las circunstancias.

Las circunstancias extraordinarias de atenuación pueden referirse a relaciones entre el autor y la víctima o a conductas que provienen de esta última (por ej., graves y constantes agravios o amenazas; infidelidad de la esposa; contestación de la esposa que implica la confirmación del adulterio; sorpresa de ilegítimo concubito, etc.); o también a situaciones personales de desgracia, enfermedad, angustia o de grave dolor que impulsan al crimen, pero que no tienen su génesis en una inconducta de la víctima, sino que se encuentran en ellos mismos, por ej., larga y penosa enfermedad de la hija, que puede arrastrar al homicidio piadoso o a petición. Los casos de eutanasia generalmente configuran causas extraordinarias de atenuación.

La pena prevista para este delito corresponde a la escala alternativa del homicidio simple (art. 79, Cód. Penal), y la reducción no es obligatoria para el juez, sino facultativa.

E) *Ensañamiento. Especial referencia a las sevicias graves*

§ 20. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El ensañamiento es de origen español. Su concepto proviene de la antigua codificación, en la que era considerado asesinato

(Cód. 1822, art. 609). Actualmente, siguiendo estos viejos antecedentes, el Código Penal español define el ensañamiento como el “aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido” (art. 139, inc. 3º), concepto más preciso que el del art. 22, inc. 5º –como circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal– que lo define como el aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

Estos conceptos fueron recibidos por nuestros primeros precedentes legislativos (Cód. 1886) y mantenidos hasta la actualidad, con la salvedad de que el Código vigente, a diferencia de los antecedentes españoles, no define el ensañamiento, sino que lo trata como una causal específica de agravación del homicidio. Es de allí la importancia que adquieren los antecedentes a la hora de interpretar el contenido y alcance de la agravante.

§ 21. NATURALEZA DE LA FIGURA

Para FERNÁNDEZ ALBOR, el ensañamiento está integrado por dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero se caracteriza por la producción de males innecesarios; el dolor que se produce a la víctima con la acción inhumana puede ser físico o moral. El segundo –elemento subjetivo– se manifiesta con la expresión “deliberadamente” que describe el Código español. Siguiendo otros autores, el profesor español expone que el ensañamiento exige algo más que la sola intención de quitar la vida; no es solo ferocidad brutal, sino una tranquila, refinada y fría crueldad, o como dice ANTÓN ONECA, una crueldad reflexiva, no la brutalidad alocada de un momento emotivo¹¹⁸. En opinión de BUSTOS RAMÍREZ, la agravante exige que el aumento deliberado sea, además, inhumano y referido al dolor del ofendido. Si esta última exigencia no se da objetivamente, no cabría la posibilidad de asesinato¹¹⁹.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Homicidio y asesinato*, Montecorvo, Madrid, 1964, p. 193.

¹¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 31.

Entre nosotros, en cambio, es opinión dominante que el ensañamiento es esencialmente subjetivo, es decir que no se traduce únicamente en la producción de un hecho físico (muerte de la víctima) sino que requiere la concurrencia de un componente psíquico, que es el que le da su nota característica. El autor quiere causar *deliberadamente* el mayor mal posible, innecesario para la consumación del delito. Al ánimo de dar muerte, propio de todo homicidio, dice LÓPEZ BOLADO, se une un elemento subjetivo independiente que es el propósito de hacerlo en forma perversa y cruel¹²⁰.

El ensañamiento requiere una idea, una circunstancia subjetiva que —precisamente— consiste en ese propósito deliberado de causar daño de más por crueldad. Por eso es un modo cruel de matar¹²¹.

La agravante solo puede explicarse a partir de esta afirmación: el sujeto no solo quiere matar, sino que —además— quiere hacerlo de modo perverso y cruel, mutilando y causando el mayor daño posible y el mayor dolor posible a su víctima.

En la doctrina española, MUÑOZ CONDE —contrariamente a la opinión predominante— se ha pronunciado por el carácter subjetivo del ensañamiento, al entender —acertadamente— que su esencia radica más en la perversidad y en la intención malvada del sujeto que quiere hacer más vivo el dolor de la víctima, que en la modalidad ejecutiva misma¹²².

La importancia de caracterizar al ensañamiento desde un punto de vista subjetivo radica en que, por una parte, excluye toda posibilidad de imputación a título de dolo eventual y, por otra, impide que se incluyan en la agravante hechos cometidos por motivos pasionales o arrebatos de cólera u odio¹²³.

Actualmente, por los problemas que se presentan en el ámbito de la imputabilidad de los sujetos que actúan aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, algún sector de la ciencia propone la eliminación de la agravante¹²⁴, razonamiento que no nos parece acertado por cuanto, de aceptarse

120 LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 85.

121 LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 225.

122 MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 43.

123 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado . . .*, t. 4, ps. 96 y siguientes.

124 En este sentido BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos . . .*, p. 65.

tal criterio, llevaría necesariamente también a eliminar todas aquellas otras circunstancias agravantes que ofrecen dificultades en este campo del delito (por ej., el homicida por placer caracteriza generalmente a un sujeto en las fronteras de la inimpunitabilidad y no por ello resulta conveniente o aconsejable la eliminación del placer como circunstancia calificante del homicidio).

§ 22. SEVICIAS GRAVES

a) *Antecedentes.* — Las sevicias graves fueron eliminadas del Código Penal como causal autónoma de agravación. Estuvieron previstas en el texto original junto al ensañamiento, y aparecen por primera vez en nuestros precedentes con el proyecto de 1906, que toma la fórmula del Código italiano de 1889. Fueron suprimidas por los proyectos de 1941 y 1960.

El texto actual proviene de la ley 21.338, que siguió los lineamientos de la ley 17.567, en cuya exposición de motivos se encuentran los fundamentos de la derogación: “Suprimimos las sevicias graves –se dijo– por su dudoso contenido, superpuesto al ensañamiento”. Con esta explicación, sus autores justificaron la supresión de las sevicias, en la inteligencia de que estaban comprendidas en el concepto de ensañamiento. Sin embargo, a poco de ver se advertirá la inexactitud de esta afirmación.

Autor del proyecto de 1960 y de las leyes antes mencionadas que fueron inspiradas por él, ha sido, como es sabido, SOLER. Y es el propio SOLER quien, al responder a CARNELLI por una crítica que este le formulara, nos habla sobre la distinción entre las sevicias y el ensañamiento, diciendo que, dentro del derecho argentino, se apoya en el principio general de interpretación según el cual cuando la ley dice algo es porque, en principio, quiso decir algo, de modo que si ensañamiento y sevicia son exactamente lo mismo, no tendría sentido hablar de ensañamiento o sevicias graves y aun separar las dos expresiones por una frase (por precio o promesa remuneratoria), que viene a subrayar más aun el sentido de diversidad¹²⁵. Con este pasaje de SOLER queda claro, según nuestro parecer, que sevicias y ensañamiento no

¹²⁵ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 29, nota 61.

son la misma cosa, que admiten diferencias, no solo por haber estado previstas las dos circunstancias separadamente en la ley, sino porque ontológicamente tienen características diversas.

Tal razonamiento lleva a las siguientes conclusiones: por un lado, al no estar las sevicias contenidas dentro del concepto de ensañamiento ni estar tipificadas específicamente entre las agravantes del homicidio, la muerte producida bajo tal circunstancia configura un simple homicidio; por otro lado, la situación descripta demuestra la inconveniencia del sistema actual, que evidencia que la supresión de las sevicias graves como agravante del homicidio ha sido incorrecta.

La confusión en esta materia proviene, al parecer, del hecho que el legislador, al introducir ambas agravantes en el Código no reparó, no solo en el distinto origen de cada una de ellas (las sevicias tienen origen en el Código italiano de 1889; el ensañamiento en el Código español de 1822), sino en la circunstancia de que lo que para los italianos se denominaba sevicias graves para los españoles era ensañamiento, es decir, dos causales de agravación del homicidio con distintos nombres pero con idéntico significado. De allí la necesidad en que se encontró nuestra doctrina y jurisprudencia de distinguir ambas agravantes, más aún si se atiende a que, tanto una como la otra, son –objetivamente– modos crueles y perversos de producir la muerte.

b) *Criterios de distinción con el ensañamiento.* — En el campo doctrinario se han formulado varios criterios de distinción:

1. *Criterio cronológico.* Tiene en cuenta el momento en que se lleva a cabo el homicidio. Las sevicias se cometen antes de la muerte y se siguen aplicando hasta que esta se produzca; el ensañamiento, en cambio, coexiste con la muerte, es decir, que se aplica en el preciso momento en que la víctima fallece, no antes. Esta ha sido la posición de GONZÁLEZ ROURA¹²⁶.

2. *Criterio de la indefensión.* Las sevicias se efectúan para cometer el homicidio antes de que la víctima esté indefensa;

¹²⁶ GÓNZALEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1925, t. 3, p. 29.

mientras que el ensañamiento solo puede cometerse cuando la víctima se encuentra ya en ese estado. Antes de que la víctima esté indefensa, puede haber sevicias; después, solo ensañamiento. Es la posición de SOLER¹²⁷.

3. *Criterio subjetivo.* Intenta distinguir las sevicias del ensañamiento atendiendo al elemento subjetivo de cada figura. En ambas debe existir el propósito de matar –como dolo propio de todo homicidio–, pero en las sevicias la gravedad subjetiva de la conducta del autor no radica necesariamente en la realización de los hechos para matar a la víctima, sino que reside en la ejecución deliberada de actos especiales de crueldad y de su repetición para que el sujeto pasivo padezca, con la posibilidad de que eventualmente ocurra el óbito¹²⁸. Es decir, que subjetivamente las sevicias son compatibles con el dolo eventual de homicidio¹²⁹. En suma, como se ha resuelto jurisprudencialmente, el dolo de homicidio mediante sevicias graves, resulta tanto de la forma despiadada en que fue tratada la víctima, menor de 7 años¹³⁰, como de los medios empleados, utilizados cruelmente. El sujeto que castiga a un niño cruelmente, sabe y le consta que puede morir; hay una torpeza en la conducta que debe representar al sujeto la eventual consecuencia.

4. *Criterio de la equivalencia.* Llamado así por nosotros, por cuanto sostiene la equiparación de ambas agravantes. Lo sustentan, entre otros, CARNELLI, PECO, etcétera. Dice este último, en la Exposición de Motivos del proyecto de 1941: “Sea que en las sevicias graves los actos inhumanos coincidan con la ejecución del homicidio, sea que el enlace de los tratamientos inhumanos se desarrolle en época más o menos cercana al homicidio, toda sevicia grave va a parar al ensañamiento. Cuando las sevicias son un medio para cometer el delito, como privar de sueño o alimentos o atar a un árbol a la víctima para servir de pasto a las fieras, se cae en la refinada crueldad; en rigor, las sevicias

¹²⁷ SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 29 y siguientes.

¹²⁸ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., ps. 95 y 99.

¹²⁹ NUÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 42.

¹³⁰ SCBA, JA, t. 1949-I, p. 425.

graves expresan el apogeo del ensañamiento. A través de los viejos autores italianos se echa a ver cómo las sevicias graves están dotadas del mismo contenido del ensañamiento. Los teóricos italianos tienen las sevicias graves como un medio de atormentar inútilmente a la víctima. Por último, puede existir ensañamiento sin sevicias graves, pero jamás sevicias graves sin ensañamiento”¹³¹. De aquí la supresión de las sevicias graves del proyecto del 41.

5. *Nuestra opinión.* En resumen, desde nuestro punto de vista, las sevicias graves pueden distinguirse del ensañamiento. Son dos modos de matar que, no obstante poseer notas características similares, se diferencian entre sí en varios aspectos:

1) La sevicia grave (crueldad excesiva) es un medio para matar, en tanto que el ensañamiento es una forma de matar.

2) A diferencia del ensañamiento, en la sevicia la crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar a la muerte, en la que el proceso termina. Precisamente, esta duración prolongada de los malos y crueles tratamientos, aplicables en el tiempo, mediáticamente a la muerte, en medio de un lapso que puede durar indefinidamente hasta el momento del desenlace, es lo que diferencia a la sevicia del ensañamiento; este, más bien, se caracteriza por una duración más breve, con una ejecución casi inmediata con el fallecimiento de la víctima.

3) El ensañamiento requiere una exigencia subjetiva que es su nota particular, esto es, la intención de causar “deliberadamente” males innecesarios. Al ánimo de dar muerte, propio de todo homicidio, se une un elemento subjetivo independiente que es el “propósito de hacerlo en forma perversa y cruel”¹³². Para la sevicia, en cambio, es suficiente el dolo eventual.

4) Por último, conforme con lo expuesto precedentemente podemos sostener que la supresión de las sevicias graves del elenco de las agravantes del homicidio no ha significado la ampliación del concepto de ensañamiento. Por ello, insistimos, la muerte causada por sevicias, en el estado actual de nuestro derecho, configura una hipótesis de homicidio simple.

¹³¹ Citado por LAJE ANAYA, Justo, *Homicidios . . .*, ps. 153 y siguientes.

¹³² LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 85.

F) Alevosía**§ 23. GENERALIDADES**

La alevosía no constituye en el derecho argentino un título delictivo autónomo o independiente, ni una agravante común o genérica de distintos tipos delictivos, sino una circunstancia agravante del delito de homicidio. Su efecto consiste en aumentar la criminalidad del tipo básico, determinando, como consecuencia, un aumento en la penalidad. Con este carácter, se encuentra prevista en el art. 80, inc. 2º, Cód. Penal.

La ley no ha definido la alevosía, como ha sucedido en algunos antecedentes patrios, por ej., el proyecto Tejedor: "La alevosía consiste en dar muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente" (art. 209), o el Código de 1886: "Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sin peligro para el agresor" (art. 84, inc. 2º); o extranjeros, por ej., el Código español de 1822 ("a traición y sobre seguro"), sino que su concepto ha quedado librado al criterio interpretativo de la doctrina y jurisprudencia.

§ 24. ASPECTOS HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

Históricamente, el crimen alevoso fue considerado asesinato. Esta expresión, desconocida entre los romanos y germanos, al parecer tuvo su origen en la Edad Media, en tiempo de las Cruzadas, en ciertos pueblos llamados *assassini* (también conocidos a través del vocablo árabe *asis* (insidias) o *haxxaxin*, esto es, bebedores de *haxis* (correspondiente a la *Cannabis Sativa* o cáñamo de la India, actualmente conocida como *haschis* o marihuana), sustancia narcótica que un rey llamado Arsaces o Viejo de la Montaña, hacía ingerir a sus secuaces para animarlos en la ejecución de sus crímenes; estos pueblos se ubicaban en las cercanías del Monte Líbano y estaban bajo el dominio de este rey, quien enviaba a sus súbditos a mezclarse entre los cruzados para

darles muerte a traición. Por esto, se comenzó a llamar “asesinato” a todo homicidio cometido por mandato o recompensa¹³³.

En la Roma antigua, la “Lex Cornelia de Sicariis et Veneriis”, atribuida a Cornelio Sila en el año 81 a. J.C., no se ocupó expresamente del crimen alevoso, pese a contar con un extenso catálogo dedicado al homicidio y otros delitos. En realidad, esta legislación tuvo más en cuenta, antes que a los delincuentes comunes, la represión de los miembros de bandas armadas al servicio de grupos políticos opositores. No obstante, previo entre sus disposiciones el delito de andar armado (portación pública) con fines de homicidio o hurto (*i sicarii*: los sicarios), el homicidio doloso, el incendio doloso, diversos tipos de corrupción judicial y el envenenamiento (*il veneficio*)¹³⁴.

En época de la Alta Edad Media, durante la vigencia de los Fueros Municipales, el homicidio adquiere en España la denominación de “trayción”, dando lugar a la pérdida general de la paz. El autor del homicidio era considerado “traydor”, pudiendo ser matado por cualquier miembro de la comunidad (pérdida de la paz).

Entre los muchísimos efectos de los “contratos de paz”, explica CARRARA, estaba el de considerar como homicidio con alevosía, merecedor de pena infamante, el cometido sobre un enemigo después de haber hecho con él paces solemnes¹³⁵.

Este cuadro del derecho intermedio constituye, para algunos autores, el germen del asesinato, tal como lo conoce el derecho penal de estos días¹³⁶.

Las Partidas de Alfonso X también contemplaron casos de traición y asesinato. Entre las distintas clases que allí se citan está la muerte causada a Adelantados Mayores del Rey, a los Consejeros Honrados del rey, a los Caballeros o Jugadores o de alguna otra persona que haya sido asegurada por el rey. Cuando estas actuaciones se dirigían, no contra el rey sino contra los demás hombres, recibían el nombre de “alevosía” (Part. 7.2.1).

¹³³ CARRARA, Francisco, ob. cit., vol. 1, t. 3, § 1193, nota 1; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1949, t. 2, p. 445.

¹³⁴ SANTALUCÍA, Bernardo, ob. citada.

¹³⁵ Ob. cit., § 1162.

¹³⁶ FERNÁNDEZ ALBOR, ob. cit., p. 47.

En la Partida 7.27.3, los “omes desesperados e malos que matan a trayción”, recibieron el nombre de asesinos.

En el Ordenamiento de Alcalá se penó el homicidio con la muerte, contemplándose, entre otros supuestos, el ataque a una persona en concierto con otro o en acecho, mientras que en el Ordenamiento de Montalvo se dio una amplia interpretación a la alevosía, definiéndosela como el “matar a muerte segura”, esto es, sin que se haya realizado en pelea, batalla o riña. La pena para el traidor y para el alevoso eran el arrastramiento y la horca, correspondiendo sus bienes, los del primero al rey y los del segundo, la mitad al rey y la otra mitad a sus herederos.

La Novísima Recopilación no introdujo ninguna novedad a la legislación anterior. Durante la época de la codificación, el Código Penal español de 1822 trató el asesinato de modo muy minucioso en el art. 609: “Son asesinos, decía este cuerpo de leyes, los que matan a otra persona, no solo voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: 3) con alevosía o a traición y sobre seguro”. Los códigos de 1848 (art. 324) y el reformado de 1850 (art. 333), trajeron en una sola figura el asesinato y el homicidio, imponiendo la pena perpetua o de muerte si el óbito se ejecutaba con alevosía. Vuelve a recobrar independencia el asesinato en el Código de 1870 (art. 418), para el que se reservaba una pena temporal en su grado máximo o la muerte. El Código de 1928 trata el asesinato como un homicidio calificado, contemplando una pena de reclusión de 20 años o muerte, siendo seguido casi a la letra por el Código de 1932, salvo en lo que hace a la penalidad, disminuyéndose la pena privativa de libertad y suprimida la de muerte. El Código de 1944 conserva el sistema de la legislación anterior, pero aumenta la penalidad. Las reformas de 1983 y 1989 mantienen el mismo régimen, al igual que la reforma de 1995, de manera que, además de seguir conformando una hipótesis de asesinato (art. 139, inc. 1º), la alevosía constituye una circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal (art. 22, inc. 1º). Esta disposición expresa que hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la

ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

§ 25. EL CONCEPTO DE ALEVOSÍA

Si bien es cierto que, no obstante ser la fuente de la fórmula argentina de origen español, nuestros precedentes legislativos –como bien señala LÓPEZ BOLADO¹³⁷– se apartaron de tal modelo, también es verdad, según nos parece, que la definición contenida en el art. 22, inc. 1º del actual Código Penal español puede muy bien ser de aplicación en nuestro país, ya que reúne los requerimientos exigidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, a saber, el “ocultamiento de la intención o de la agresión”, la “falta de riesgo o peligro” (actuación “sobre seguro”) y el “estado de indefensión” de la víctima.

De modo, entonces, que fundiendo estos elementos del concepto español, podemos definir la alevosía como la muerte dada ocultamente a otro, asegurando su ejecución por evitación de todo riesgo o peligro e imposibilitando intencionalmente la defensa de la víctima.

Más allá de la controversia suscitada acerca del carácter de la alevosía, esto es, si es objetiva, subjetiva o mixta, reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha distinguido tres modalidades de ella:

1) *proditoria*, caracterizada por la trampa, emboscada o acecho;

2) *aleve o súbita inopinada*, es decir, por sorpresa, repentina, imprevista, y

3) aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento o indefensión, es decir, muerte de seres indefensos, niños, ancianos, enfermos graves o víctimas embriagadas en fase comatosa o letárgica. Sin embargo, conviene destacar que esta postura del Tribunal Supremo no está sostenida por la doctrina en general.

¹³⁷ Ob. cit., p. 112.

§ 26. ELEMENTOS DE LA ALEVOSÍA

Tres son los elementos de la alevosía:

- 1) Ocultamiento del agresor o de la agresión misma.
- 2) Falta de riesgo para la persona del autor.
- 3) Estado de indefensión de la víctima.

Entre los elementos mencionados y que se encuentran contenidos en el concepto que proponemos de alevosía, se debe señalar que el “ocultamiento” no responde exactamente a las formas históricas del homicidio *proditorio* o del insidioso, aunque puede comprenderlas. El ocultamiento del cuerpo constituye el “acecho” o la emboscada, mientras que el ocultamiento moral se refiere a la intención del agente, pudiendo ambos coincidir o no en la ejecución de la muerte. La “falta de riesgo” supone una situación que ha sido procurada por el autor; no basta la ausencia de peligro o riesgo en sí, es decir, que exista aunque el agente lo ignore. El autor debe haber buscado su propia seguridad personal antes de ejecutar la muerte. Por último, la “indefensión” de la víctima también debe haber estado en la mente del autor procurársela. No es suficiente una mera situación objetiva de indefensión (por ej., víctima dormida), sino que resulta menester que el sujeto haya intencionalmente buscado y logrado ese estado; luego, la muerte. Se obra sobre seguro ante ausencia de riesgo; por ello, puede no ser alevosa la muerte de personas desvalidas (niños, ancianos, ciegos, alcoholizados, desvanecidos, etc.), pues resulta imprescindible que la víctima posea “aptitud de defensa”, pero que se torna totalmente inoperante frente a la acción del autor que la ha colocado en esa situación objetiva de indefensión. Por lo tanto, la muerte llevada a cabo en tales situaciones no es alevosa. La postura que sostengamos es la opinión predominante en la moderna doctrina española (CÓRDOBA RODA, BAJO FERNÁNDEZ, BUSTOS RAMÍREZ, MUÑOZ CONDE, BACIGALUPO, etc.), claro está que referida siempre al texto del art. 22, inc. 1º del Código Penal español.

Lo decisivo en la alevosía, explica MUÑOZ CONDE, es el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido; de ahí que se estime

siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa¹³⁸. Renglón aparte merece la opinión de BACIGALUPO, para quien el texto español antes referido resulta inadecuado para justificar la agravación contenida en el asesinato. Para este autor, la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que la víctima depositó en el autor. De esta manera, en la alevosía concurren el abuso de superioridad junto al abuso de confianza. El que obra con alevosía —añade—, no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que “quebranta la confianza especial que la víctima le proporcionó poniéndose prácticamente en sus manos”. BACIGALUPO exige también otro elemento para que se de la alevosía: que el autor haya obrado con una voluntad hostil a la víctima, entendiendo por esto que el autor no haya ejecutado el hecho tomando “en consideración” a la víctima, o que no haya actuado por sorpresa para evitarle sufrimientos. De este modo, para el autor citado la alevosía requiere estos tres elementos: a) indefensión de la víctima; b) abuso de confianza, y c) expresión de una manifiesta actitud de hostilidad a la víctima.

La tesis de BACIGALUPO no puede ser aceptada. En primer lugar, porque no tendría ninguna aplicación en el derecho argentino, ya que tales exigencias excluyen del contexto de la alevosía típicos comportamientos alevosos, por ej., la muerte a traición o por la espalda, los casos de víctimas desprevenidas colocadas en tal situación por el agresor, los casos de personas desconocidas, la sorpresa, la emboscada, etcétera. En segundo lugar, tampoco resulta compatible en el derecho español con el concepto legal de alevosía que surge del art. 22, inc. 1º del Cód. Penal, todo lo cual conlleva su inaplicabilidad.

G) *Veneno*

§ 27. GENERALIDADES

El Código Penal, en su versión original, castigaba con pena “perpetua al que matare a otro . . . por veneno”. El texto actual,

¹³⁸ Ob. cit., p. 40.

que proviene de la ley 21.338, reprime al que matara a otro “con veneno u otro procedimiento insidioso”.

La disposición tiene su antecedente inmediato, en el orden nacional, en la ley 17.567 y en el proyecto de 1960; entre los extranjeros, en el Código Penal italiano de 1930 (arts. 576, inc. 2º, y 577). La agravante fue suprimida por el proyecto de 1891, por la ley de Reformas de 1903 y por el proyecto de 1951, por entenderse que estaba incluida en el concepto de alevosía.

La muerte con el empleo de veneno plantea una serie de cuestiones de indudable interés doctrinario y, al mismo tiempo, de suma importancia práctica. La redacción actual de la ley sugiere, como principio general, el siguiente razonamiento: “no toda muerte provocada con veneno califica el homicidio, sino solo aquella ejecutada insidiosamente”. De esta manera, queda zanjada la polémica desatada con motivo del texto anterior, en el sentido de si calificaba o no el homicidio el empleo del veneno en forma violenta, manifiesta o con conocimiento de la víctima.

§ 28. ELEMENTOS DEL DELITO

Con arreglo al texto de la ley, el homicidio se agrava si concurren estas dos circunstancias: 1) que la sustancia empleada para matar sea veneno, y 2) que se la use de modo insidioso.

a) *Concepto de veneno.* — Por veneno debe entenderse toda sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa, que introducida en el cuerpo humano mata cambiando su naturaleza por acción química o bioquímica. Es este un concepto generalmente aceptado en el ámbito de nuestra doctrina y en la doctrina italiana (CARRARA, CARMIGNANI, MAGGIORE, etc.).

Una sustancia no se transforma en veneno, ni por el modo como se la emplea ni por las condiciones particulares de la víctima. La sustancia solo puede ser categorizada como veneno cuando adquiere ese carácter por influjo de su propia naturaleza o cuando la ciencia particular que de ella se ocupa (la toxicología) así lo decide.

El concepto jurídico a que hace referencia SOLER¹³⁹, que si bien pudo ser de alguna aplicación durante la vigencia del texto original del Código, hoy no puede ser aceptado, por cuanto no solo omite toda referencia a la naturaleza del medio empleado —que es precisamente lo que la ley exige—, sino que relativiza el concepto hasta el límite de caracterizarlo solo por la capacidad de obrar insidiosamente en el cuerpo humano. Por consiguiente, no tienen la categoría de veneno aquellas sustancias que, aún cuando poseen capacidad para matar y pueden ser usadas insidiosamente, solo actúan en el cuerpo bajo efectos físicos, mecánicos o térmicos, por ej., el vidrio molido, el plomo derretido, los alfileres, etc. (son sustancias que producen ulceración en los tejidos, desgarramiento en las paredes intestinales, etc., pero no obran químicamente), ni aquellas otras, generalmente inocuas (por ej., el azúcar suministrado a un diabético), o que producen daños a la salud por la especial condición de la víctima (por ej., el agua al hidrópico grave; el alcohol suministrado a un bebé, etc.).

Creemos, en suma, que tiene razón LÓPEZ BOLADO cuando afirma que los juristas deben adecuarse a la concepción de la ciencia médica, porque se trata de un elemento cultural científico. No se debe entonces, añade, crear un concepto de veneno para el derecho penal, sino tomarlo de la ciencia que específicamente se ocupa de él, que es la toxicología, que estudia las sustancias tóxicas y señala cuáles son venenosas y cuáles no, y dentro de ellas, cuáles están comprendidas en el concepto de veneno¹⁴⁰.

b) *Clasificación.* — Los venenos se clasifican:

- a) Segundo su estado físico, en sólidos (fósforo, estricnina, arsénico, etc.); líquidos (ácido sulfúrico, clorhídrico y nítrico, amoniaco, etc.) y gaseosos (óxido de carbono, gas, cloro, ácido cianhídrico, etc.).

¹³⁹ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 32; dice SOLER que por veneno debe entenderse cualquier sustancia mineral, vegetal o animal capaz de obrar en forma insidiosa y destructiva en el organismo, ya sea por sus propias cualidades o por las que conocidamente adquirirá al ser ingerida por determinada persona. El concepto jurídico de veneno deriva totalmente del carácter insidioso del medio.

¹⁴⁰ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 140.

b) Según su origen, en minerales (arsénico), vegetales (morphina) y animales (cultivo de microbios).

La vía por donde se suministra el veneno puede ser bucal, nasal, rectal, pulmonar, hipodérmica, intravenosa¹⁴¹, vaginal, epidérmica o mediante ingestión, inyección, inhalación, unción, etcétera¹⁴².

La doctrina moderna equipara el veneno a la alevosía, o al menos lo consideran una forma especial de ella (BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ, MUÑOZ CONDE, FERNÁNDEZ ALBOR, CAMARGO HERNÁNDEZ, QUINTANO RIPOLLÉS, etc.), llegando algunos, inclusive, a sostener su eliminación del catálogo de agravantes del homicidio (LÓPEZ BOLADO).

c) *La insidia.* — Es el elemento que caracteriza a la muerte con veneno. La agravante solo resulta aplicable si el veneno ha sido empleado insidiosamente, esto es, en forma oculta o subrepticiamente. La clásica definición de CARRARA resume la cuestión en estos términos: el envenenamiento –enseñaba el maestro de Pisa y Lucca– es la muerte de un hombre realizada mediante veneno que se le propina de modo doloso y oculto¹⁴³. Por consiguiente, están fuera del marco de la agravante los actos gobernados por la emoción o la irreflexión, por la violencia o por conductas advertidas o manifiestas.

§ 29. OTRO PROCEDIMIENTO INSIDIOSO

El origen de esta fórmula es italiano. El Código de 1930 hace referencia, en el art. 576, inc. 2º, al homicidio del ascendiente o descendiente empleando “un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso”, y en el art. 577, inc. 2º, al homicidio común cometido “col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso” (por medio de sustancias venenosas, o bien con otro medio insidioso).

¹⁴¹ CEDIVALLI, *Compendio di medicina legale*, 1922, p. 186, cit. por MAG. GIORE, Giuseppe, ob. cit., t. 4, p. 295, nota 73.

¹⁴² MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 296.

¹⁴³ CARRARA, Francisco, ob. cit., t. 3, p. 203, § 1171.

Para la jurisprudencia italiana, insidia es sinónimo de fraude, engaño, emboscada, etcétera.

Entre nosotros, la agravante proviene del proyecto de 1960 y fue introducida al Código Penal por la ley 17.567. Esta reforma, al mismo tiempo que caracteriza a la insidia como el *modus operandi* del autor, permite superar la polémica desatada en la doctrina acerca de si deben o no considerarse veneno ciertas sustancias que actúan físicamente sobre el cuerpo de la víctima (vidrio molido, alfileres, etc.).

La nueva fórmula posibilita la siguiente interpretación: las muertes provocadas por sustancias que actúan químicamente en el cuerpo humano y han sido propinadas ocultamente, configuran homicidio agravado con veneno; toda otra sustancia con capacidad letal, empleada del mismo modo, va a parar a la agravante "otro procedimiento insidioso". Una vez más, la reforma ha dado la razón a NÚÑEZ.

H) *Precio o promesa remuneratoria*

§ 30. GENERALIDADES

Dice el Código español en el art. 139: "Será castigado como reo de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 2) por precio, recompensa o promesa". Este concepto se repite en el art. 22, inc. 3º, como circunstancia genérica de agravación. Disposiciones como esta, en la que la muerte lleva el nombre de asesinato y cuyos precedentes se remontan al antiguo derecho¹⁴⁴, inspiraron a nuestro primeros antecedentes patrios.

Con excepción del Código de 1886, que incriminó solo el homicidio por precio, todos los antecedentes desde Tejedor en

¹⁴⁴ La palabra "asesino" aparece por primera vez en la legislación española en las Partidas (Part. VII, Tít. XXII, Ley 3º), que contempló, asimismo, el homicidio por precio, pasando posteriormente a la Novísima Recopilación y al Código de 1822 (CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Bosch, 1949, ps. 446 y ss.). Para mayores detalles sobre la evolución de los derechos español, italiano, francés y alemán, véase nuestra obra *Homicidio simple*, ps. 24 y siguientes.

adelante, inclusive los proyectos posteriores al Código Penal, contemplaron la agravante.

Esta clase de homicidio es, históricamente, el *crimen intersicarios* u homicidio por mandato del derecho romano. Entre nosotros, se trata de un homicidio agravado por el móvil (lucro) que guía al autor.

El fundamento de la agravante radica, al decir de NÚÑEZ, no en el mandato que el asesino recibe del tercero, sino en el pacto infame sobre el precio, que representa la causa por la que el autor material interviene y comete el hecho¹⁴⁵.

§ 31. ELEMENTOS DEL DELITO

El delito requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) la intervención de, al menos, dos personas; 2) la existencia de un pacto, y 3) el precio o promesa determinantes de la acción homicida.

1) Como mínimo, se requiere la intervención de dos personas: el mandante o autor moral, que es quien encomienda matar y ofrece el precio o la promesa, y el mandatario o autor material, que es quien ejecuta el homicidio. Pueden ser también más de dos personas las que protagonizan el hecho, por ej., si el ejecutor material, a su vez, encarga a un tercero la comisión del homicidio. A todos les alcanza la agravante en calidad de coautores.

En los casos de exceso del mandato (por ej., el mandante encomienda lesionar y el mandatario mata), cada parte responde, una por aquello que comisionó y la otra por el hecho cometido. El *error in personan* por parte del ejecutor material carece de relevancia, la agravante subsiste. El desistimiento se rige por las reglas comunes (art. 43, Cód. Penal). La tentativa es admisible.

2) Debe existir un pacto homicida entre el mandante y el mandatario. Pero, por sí solo no es suficiente, es necesario que el hecho haya comenzado a ejecutarse para generar responsabi-

¹⁴⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 48 y siguientes.

lidad (art. 42, Cód. Penal). La sola formulación del pacto sin principio de ejecución constituye un acto preparatorio impune.

El pacto o acuerdo criminal debe ser expreso, pudiendo ser verbal o escrito, pero nunca tácito o presumido. Por lo tanto, quedan fuera de la agravante la intención del mandante de pagar un precio al mandatario, no comunicada; el pago de una suma de dinero como premio; el deseo del ejecutor de recibirlo, etc., si no son la consecuencia directa de un acuerdo homicida previo.

3) Por último, el delito requiere la existencia de un precio o de una promesa remuneratoria, que sean determinantes de la acción homicida.

Por precio debe entenderse tanto como precio en dinero como cualquier otra ventaja que sea apreciable económicamente. Toda otra retribución (por ej., de tipo sexual o satisfacción de vicios o apetencias de otra índole), queda fuera del concepto y no genera la agravante. En tanto se entienda al vocablo precio como comprensivo de ánimo de lucro, será de aplicación la pena de multa conjunta prevista en el art. 22 bis, Cód. Penal.

El pago del precio debe hacerse efectivo antes de la ejecución del hecho. Esta interpretación surge de la propia ley, por cuanto establece, paralelamente, la promesa remuneratoria —que constituye un ofrecimiento de pago—, esto es, algo que supone un pago con posterioridad al homicidio (con intervalo de tiempo entre el acuerdo y el hecho). De otro modo, deberíamos admitir que el legislador previó, en ambas hipótesis, la misma situación, lo que no parece razonable sostener.

La promesa remuneratoria consiste en el ofrecimiento de una suma de dinero o cualquier otro beneficio traducible económicamente. La promesa debe ser efectiva, no presunta o esperada por el sicario¹⁴⁶.

La doctrina española es pacífica en interpretar exclusivamente en un sentido económico las referencias al precio, recompensa o promesa mencionadas en la ley, con exclusión de cualquier otra ventaja o provecho¹⁴⁷.

¹⁴⁶ CUELLO CALÓN, E., ob. cit., p. 449.

¹⁴⁷ Véase por todos BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 65.

I) *Placer. Especial referencia al impulso de perversidad brutal*

§ 32. ANTECEDENTES

El homicidio por placer estuvo previsto originariamente en el proyecto de 1960, que lo tomó del proyecto alemán de 1958. Se debe su introducción a la legislación positiva al decreto ley 4778/63, que contempló en forma conjunta los homicidios por perversidad brutal, por placer y para satisfacer o excitar deseos sexuales; posteriormente fue reincorporado por la ley 17.567 y, actualmente, puesto en vigencia por la ley 23.077 que restableció la reforma de la ley 21.338.

Como fundamentos de esta incorporación se dijo, en el proyecto del 60, que se abandonaba la muy discutida figura del impulso de perversidad brutal, de dudoso contenido y sobre la cual la doctrina se había mostrado muy imprecisa, y en la ley 17.567 porque el homicidio por placer era más comprensivo que el sustituido impulso de perversidad brutal.

§ 33. CONCEPTO

El homicidio por placer es el crimen del sádico y del perverso. Mata por placer el que, al hacerlo, experimenta una sensación agradable; quien encuentra en ello satisfacción; quien se regocija perversamente al destruir una vida¹⁴⁸.

Generalmente, la sensación de placer que experimenta el autor de este tipo de homicidio está referida a lo sexual, pero no excluye otros placeres, v. gr., el placer de matar, *libidine di sangue* en expresión de CARRARA (*libido*, deseo; *sangue*, sangre: deseo de ver sangre). Comprendería esta especie criminal, en suma, el placer de la sangre y el propósito de satisfacer impulsos sexuales. Para NÚÑEZ, sin embargo, la agravante comprende casos de impulso de perversidad brutal, por ej., el placer que deriva

¹⁴⁸ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 183.

del hecho mismo de matar, y otras clases de sensaciones, como la sola contemplación de la muerte¹⁴⁹.

La opinión de NÚÑEZ, a nuestro juicio, es correcta, aunque solo parcialmente. Hay casos de impulso brutal homicida que, al mismo tiempo, causan en el autor una sensación de agrado o deleite. Esto es verdad, pero no es suficiente. La variedad de situaciones que pueden presentarse en la vida real y que desbordan los límites de la agravante demuestran que la eliminación del impulso de perversidad brutal del catálogo de circunstancias calificativas del homicidio ha sido inoportuna e inconveniente. Hubiera sido aconsejable la vigencia de ambas agravantes y evitar, de esa manera, las forzadas interpretaciones a que ha llevado la reforma en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

§ 34. IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL

La agravante fue tomada del Código italiano de 1889, cuyo art. 366 prescribía: "Se aplicará la pena del ergástolo si el delito previsto en el art. 364 (homicidio) se comete: 3) *per solo impulso di brutale malvagità*" (por solo impulso de brutal maldad). Sin embargo, al redactarse el texto por el proyecto de 1891, se suprimió el adverbio "solo" que traía la ley italiana y se sustituyó el calificativo maldad por perversidad, quedando el artículo redactado como "impulso de perversidad brutal". Claro está que estos cambios se realizaron sin ningún tipo de explicaciones.

Esta modificación del texto italiano, que desde una primera perspectiva pareció no tener mucha importancia, fue no obstante motivo de las más dispares interpretaciones en el plano doctrinario y jurisprudencial de nuestro país. El problema se suscitó, no solo en la determinación de la naturaleza y sentido de la agravante, sino también en precisar su alcance, esto es, si estaban comprendidos en forma muy particular aquellos homicidios cometidos por causas nimias o fútiles, los motivos abyectos, o los casos de la llamada venganza transversal.

¹⁴⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Análisis de la ley 21.338*, Lerner, Córdoba, 1976, p. 13.

En el derecho italiano, mientras tanto, la agravante de brutal maldad no pasaba al Código de 1930 como calificante específica del homicidio, sino como circunstancia agravante común de cualquier delito, con el siguiente texto: "haber obrado por motivos abyectos o fútiles" (art. 61, inc. 1º, Cód. Penal). En la Parte Especial solo se castiga el parricidio por estos motivos (art. 576, inc. 1º), en cuyo caso se aplica la pena del ergástolo.

En la doctrina italiana, algunos autores exigen, para que se esté en presencia de esta clase de homicidio, que exista en el sujeto un odio general a la humanidad (CARRARA, CRIVELLARI); otros, restringiendo más el alcance de la agravante, entienden que basta con odiar a un sector entero o a una determinada clase de personas de la sociedad (MANZINI); otros creen que la verdadera esencia no está en el motivo injusto o frívolo, sino en la ausencia de todo motivo (IMPALLOMENI); otros, finalmente, por la rareza y complejidad de este tipo de homicidios, opinan que deben ser borrados del Código Penal (CARMIGNANI). En el ámbito de esta doctrina, como lo hizo notar IMPALLOMENI, la existencia del adverbio "solo" en el Código de 1889 tenía por virtualidad dejar fuera de la agravante a los motivos fútiles y a la venganza transversal¹⁵⁰.

Por motivo fútil debe entenderse a todo aquel que revela una evidente desproporción entre el estímulo a cometer el delito y el delito cometido, o como explica HUNGRÍA, es aquel motivo notablemente desproporcionado o inadecuado, desde el punto de vista del hombre medio y en relación al crimen de que se trata¹⁵¹. Motivo abyecto es todo aquello que suscita un profundo sentido de repugnancia y de desprecio en una persona de moralidad media. Es el motivo despreciable y vil, que denota repulsión y resulta injustificable por su enormidad frente al sentimiento humano. La venganza transversal (*innoxii pro noxio*: el

¹⁵⁰ Citado por LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 178, nota 76 bis. Para CARRARA, los casos de venganza transversal no estaban comprendidos en la agravante, no solo porque la figura no estaba prevista en el Código toscano sino porque es un homicidio que no carece de causa y que procede del móvil ordinario de odio contra un individuo (ob. cit., p. 263, nº 1205).

¹⁵¹ HUNGRÍA, Nelson, *Comentarios ao Código Penal*, 5^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, vol. V, p. 164.

inocente en vez del culpable), fórmula de viejo origen itálico¹⁵², no estuvo prevista en el Código de 1889 ni en el Código toscano de 1853, ni lo está en el vigente Código de 1930. Solo la contemplan, actualmente, el Código Penal de San Marino y el Código del Cantón de Ticino. Consiste la venganza transversal en dar muerte a una persona que le es querida al enemigo, para vengarse de este u ocasionalle una grave aflicción moral, v. gr., dar muerte al hijo para vengarse del padre o causarle dolor.

Todas estas situaciones, en nuestra opinión, están comprendidas por la agravante que estamos analizando, más aún si tenemos en cuenta –recordemos– la mayor amplitud del texto argentino con relación al italiano. Precisamente, estos son los casos que revelan la inoportunidad de la reforma de 1967 al suprimir la agravante y reemplazarla por el placer.

El homicidio por impulso de perversidad brutal es, en terminología carrariana, el homicidio brutal, por ferocidad o por sed de sangre, también denominado homicidio *ad lascivian* o *per libidine di sangue*.

Entre nuestros autores no existe coincidencia en torno a la caracterización de la agravante. Para NÚÑEZ, el impulso de perversidad brutal reside en el estímulo inhumano de la propiamente del autor. En estos casos, el autor obra con desprecio u odio por la condición humana de la víctima, aunque no está comprendida, en su opinión, la causa fútil¹⁵³.

Para RAMOS, este tipo de homicidio es el que se comete aparentemente sin causa que lo justifique; debe mediar falta de motivo externo alguno, falta de móvil de venganza, de interés personal¹⁵⁴. En este mismo sentido se pronuncian JOFRÉ, MALAGARRIGA, MORENO, etcétera. Incluyen la causa fútil o desproporcionada MORENO, ODERIGO, LÓPEZ BOLADO, LEVENE, TERÁN LOMAS, GÓMEZ, etcétera.

¹⁵² CARRARA explica que esta clase de homicidio estuvo previsto en las antiguas pragmáticas napolitanas y en el Código Penal del Reino de Nápoles de 1819, y que se han encontrado referencias acerca de él en el Estatuto de Lucca de 1308 (ob. cit., p. 263, nota 1).

¹⁵³ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, t. 3, ps. 61 y siguientes.

¹⁵⁴ RAMOS, Juan P., t. V, ps. 63 y 65.

En suma, puede concluirse que lo que importa en esta agravante es, especialmente, su aspecto subjetivo, que se caracteriza, o por la falta de motivos o por la existencia de un motivo mínimo. El impulso perverso se tipifica cuando el mal causado carece de motivo determinante, o cuando la causa que ha llevado al agente a delinquir es desmesuradamente desproporcionada con el daño producido. La venganza transversal, por su parte, configura un móvil abyecto y, por lo tanto, está comprendida en la agravante¹⁵⁶.

La jurisprudencia de nuestros tribunales tiene resuelto que "no solo se puede apreciar la presencia del impulso de perversidad brutal cuando no existe móvil, o cuando la futilidad del móvil es tal que bajo ningún concepto justifique el ímpetu homicida, sino también cuando es perverso el móvil que lleva a la acción, o más bien, la perversidad brutal está ínsita en la determinación que lleva a matar"¹⁵⁶. Por su parte, la Suprema Corte de Buenos Aires dijo que "obra con perversidad brutal quien mata sin causa, sin que medie un interés o una pasión, al solo impulso del instinto; la existencia de un motivo fútil y lejano en el tiempo, carece de eficacia excusante"¹⁵⁷.

J) *Codicia*

El homicidio por codicia fue introducido en nuestro derecho positivo por el decreto ley 4778/63 y restablecido por la reforma de la ley 17.567, siguiéndose en ambas oportunidades los lineamientos de la legislación alemana.

§ 35. CONCEPTO

Según el *Diccionario de la lengua*, codicia es todo apetito desmesurado y desordenado de riquezas o beneficios.

¹⁵⁶ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit, ps. 173, 180 y 182.

¹⁵⁶ CCrim. Capital Federal, 20/12/63, JA, t. 1964-IV, p. 519.

¹⁵⁷ JA, t. 1959-V, p. 53; en igual sentido, CNParaná, LL, t. 93, p. 513.

**§ 36. ALCANCE DEL TÉRMINO.
DIFERENCIAS CON EL ÁNIMO DE LUCRO**

El concepto se caracteriza subjetivamente, en el que adquiere relevancia lo interno (aspecto volitivo) del sujeto, esto es, su inclinación exagerada el lucro (NÚÑEZ).

Codicia no equivale a ánimo de lucro, aunque lo comprende. Lo primero revela un estado espiritual especial del individuo, de características más estables y de logros indeterminados, que requiere ser indagado en el interior del sujeto; lo segundo, en cambio, denota una circunstancia que inclusive puede ser casual, surgida en el caso concreto y frente a situaciones concretas. El ánimo de lucro, generalmente, se agota con el propio delito; la codicia importa un ánimo o anhelo de ganancias o beneficios indeterminados, que puede permanecer en el sujeto aún después del hecho delictuoso. La codicia, podríamos decir, es un estado de ánimo; el ánimo de lucro, en cambio, una mera intencionalidad.

Para algunos autores, la codicia comprende un campo más amplio de actividad que el ánimo de lucro¹⁵⁸. El concepto abarcaría otros bienes o ventajas que no son propiamente económicos, por ej., una mejor ubicación en el empleo; perseguir una distinción o grado determinado en una secta; los favores de una mujer, etcétera. Sin embargo, la opinión dominante circunscribe el alcance de la agravante al dinero o a otras utilidades apreciables pecuniariamente. Para esta posición, por lo tanto, todo otro objetivo del autor que carezca de sentido económico queda fuera del concepto de codicia y, en consecuencia, de la agravante.

Los argumentos utilizados para ampliar el alcance de la agravante a otros bienes o beneficios que no poseen una caracterización patrimonial, a saber, que la ley no hace ninguna distinción y que, por otra parte, ya ha reprimido por separado el móvil económico en el homicidio por precio (LÓPEZ BOLADO) no nos parecen convincentes. El homicidio por codicia bien puede distinguirse del homicidio por precio, precisamente por las diferentes estructuras típicas de ambas circunstancias agravantes,

¹⁵⁸ En este sentido LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., ps. 166 y siguientes.

no obstante su común aspecto económico. La expresión “codicia”, en su sentido semántico o técnico, equivale solo a dinero u otras ventajas que puedan ser traducidas económicamente, concepto que no permite su interpretación extensiva a otras situaciones diversas, menos aún cuando tal interpretación desmejora la situación del reo.

**K) *Odio racial o religioso.*
*Especial referencia al genocidio***

La agravante proviene del proyecto de 1960 y fue incorporada por primera vez al derecho argentino por el decreto ley 4778/63. Posteriormente lo hizo la ley 17.567, correspondiendo el texto actual a la ley 21.338.

§ 37. ELEMENTOS DEL DELITO

El delito exige: 1) la muerte de una o más personas, y 2) un móvil determinante en el autor: el odio racial o religioso hacia la víctima.

La agravante se caracteriza subjetivamente, esto es, requiere que el autor experimente una profunda aversión hacia determinada persona o grupo de personas, por pertenecer o no pertenecer a una determinada raza, o por profesar o no un determinado credo. No es suficiente que se mate solo por odio o porque el individuo pertenece o no a un tipo de raza o religión, sino que ese odio debe estar estrechamente vinculado a la pertenencia o no del individuo a una raza o religión determinadas. El odio debe tener su génesis o causa determinante en esa pertenencia. Esta clase de homicidio admite cualquier medio de comisión, aunque ello implique la superposición de agravantes.

La disposición comprende la eliminación en masa de personas (genocidio), pero para su consumación basta con que se mate a un sola persona por los motivos antes expuestos. Esto implica reconocer que, por un lado la agravante es más restringida que el genocidio, pues es suficiente a los fines consumativos la muerte de una sola persona; pero por otro lado es más amplia,

por cuanto basta con que se den los motivos raciales o religiosos para que sea de estricta aplicación.

§ 38. GENOCIDIO¹⁵⁹

La doctrina es concordante en admitir que la fuente de la agravante por odio racial o religioso, antes examinada, es la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 9/4/48, Convención a la que adhiriera la Argentina por el decreto ley 6268/56, ratificado por la ley 14.467. En la actualidad, debe considerarse al genocidio como un delito definido constitucionalmente, debido a la incorporación de dicha Convención al art. 75, inc. 22, Constitución nacional, que ha otorgado al tratado jerarquía constitucional.

El genocidio ha sido definido por el Comité de Expertos de la ONU, como el exterminio en masa de un grupo nacional, racial, étnico, religioso o político, perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente el grupo. Si bien este concepto coincide básicamente con el receptado por la Convención en el art. II, difiere de él en cuanto no abarca la definición del Tratado al genocidio por razones o motivos políticos. El concepto, además de la matanza de los miembros del grupo, también comprende:

- a) Las lesiones graves a la integridad física o mental de los mismos.
- b) El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial.
- c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- d) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁵⁹ Para un mayor estudio de este delito, puede consultarse a José Agustín MARTÍNEZ, *El nuevo delito de genocidio*, "Rev. de Derecho Penal", año 3, Buenos Aires, 1947 y año 4, 1948; LAPLAZA, Francisco P., *El delito de genocidio o genticidio*, Arayú, Buenos Aires, 1953; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, ps. 97 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, *Homicidios...*, ps. 115 y siguientes. LÓPEZ DE LA VIESCA, E., *El delito de genocidio. Consideraciones penales y criminológicas*, Madrid, 1999.

Este tipo de eliminación masiva es denominado por el Comité internacional genocidio físico, por oposición al llamado "genocidio biológico" (experimentos médicos, esterilización, separación deliberada y sistemática de los cónyuges, etc.) no incluido por la Convención.

Comprende también la definición el denominado genocidio cultural, consistente en "cualquier acto deliberado cometido con el propósito de destruir el lenguaje, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso, por motivos nacionales, raciales o de credo, tales como: 1) prohibición del uso del lenguaje (habitual o propio) del grupo en el discurso o intercambio diario, o en las escuelas, o en la impresión o circulación de publicaciones (redactadas) en el lenguaje del grupo; 2) destrucción o prohibición del uso de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares del culto religioso u otras instituciones culturales y objetos del grupo". Claro está que esta clase de genocidio, en lo que a nuestro tema interesa, carece de relevancia; su mención está solo hecha a título ilustrativo, ya que no está comprendido en la definición del art. II de la Convención. Por su parte, el art. III de este instrumento internacional obliga a los Estados contratantes a castigar, no solo el genocidio en los términos definidos en el art. II –lo cual implica para el legislador común la obligación de tipificar penalmente la conducta–, sino también la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública, la tentativa y los actos de complicidad.

El artículo 1º de la Declaración expresa que el genocidio es un crimen de derecho internacional, que acarrea sanción sea que se lo cometa en tiempo de paz o en tiempo de guerra. Por imperio de la propia Declaración, el genocidio no puede ser considerado delito político bajo ningún pretexto, lo que significa, por lo tanto, que sus responsables quedan sometidos a las leyes y tratados que sobre extradición suscriban los países signatarios, a cuya concesión están obligados normativamente.

En el marco constitucional de Latinoamérica, la Constitución paraguaya de 1992 declara en su art. 5º, "De la tortura y otros delitos", que el genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.

En la actualidad, se tiende a la tipificación del genocidio como delito en los códigos penales, por ej., el Código español de 1995, que lo contempla en el Título XXIV, "Delitos contra la comunidad internacional", Capítulo II, "Delitos de genocidio", art. 607¹⁶⁰; el Código peruano de 1991, que lo tipifica en el Título I, "Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud", Capítulo V, art. 129¹⁶¹ y el Código del Paraguay de 1997 que lo contempla en el Título IX, "Hechos punibles contra los pueblos", Capítulo Único, "Genocidio y crímenes de guerra", art. 319¹⁶².

¹⁶⁰ Código Penal español, art. 607: "Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes: 1) con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros; 2) con la prisión de quince a veinte años, si agredieren sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149; 3) con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150; 4) con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro; 5) con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado. 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".

¹⁶¹ Código Penal del Perú, art. 129: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: 1) matanza de miembros del grupo; 2) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; 3) sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial; 4) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; 5) transferencia forzada de niños a otro grupo".

¹⁶² Código Penal del Paraguay, art. 319, "Genocidio: El que con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social: 1) matara o lesionara gravemente a miembros del grupo; 2) sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente; 3) trasladara, por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual; 4) imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres; 5) impusiera medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo; y 6) forzara a la dispersión de la comunidad; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años".

L) *Por un medio idóneo para crear un peligro común*

La disposición proviene del proyecto de 1960 y fue introducida al derecho positivo por la ley 17.567 y restablecida por la ley 21.338, cuya redacción se encuentra actualmente en vigencia. El texto original, de casuística solo ejemplificativa, calificaba el homicidio cuando la muerte se producía a través de un medio catastrófico (capaz de causar grandes estragos), como ser, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión, etcétera.

En su redacción actual, la agravante exige: 1) la muerte de una persona; 2) el empleo de un medio capaz de crear un peligro común; 3) una relación causal que vincule ese medio con el resultado producido.

Un medio es idóneo para crear un peligro común, cuando posee capacidad para colocar en riesgo de daño a bienes o personas en forma indeterminada. De esta manera, la agravante se configura cuando ocurre el peligro que caracteriza a los delitos previstos en el Título VII del Libro II, Código Penal. No es suficiente el peligro de daño a una persona o personas determinadas. Se requiere un peligro colectivo, que afecte a un número indeterminado de individuos o a bienes en general.

La fórmula actual es más amplia que el texto original, pues comprende no solo a los medios catastróficos (que por definición generan peligro común) sino a aquellos que no tienen tales características pero sí poseen potencialidad para crear el peligro exigido por la norma, por ej., la liberación de gases venenosos.

Para un sector doctrinario (NÚÑEZ, SOLER y LÓPEZ BOLADO) resulta suficiente el dolo eventual; para otro, en cambio (FONTÁN BALESTRA, DÍAZ, MORENO, GÓMEZ y ODERIGO) es necesario el dolo directo. La agravante se consuma con la muerte de la persona y admite la tentativa y todas las formas de participación criminal.

M) *Con el concurso premeditado de dos o más personas*

El origen de la fórmula es la ley 20.642 de 1974, restablecida por la ley 21.338. El texto anterior (ley 17.567) decía: "con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho".

Para una correcta interpretación de la agravante, resulta esclarecedora la Exposición de Motivos de la reforma de 1968: "Responde a la idea de la Comisión –se expresaba en la exposición– considerar específicamente los casos en que la pluralidad de autores tiene significado. No se trata de una mera concurrencia, sino de un acuerdo para ejecutar el delito".

De esta manera, puede afirmarse que la agravante exige los siguientes elementos:

- 1) la muerte de una persona;
- 2) llevada a cabo (ejecutada) por tres o más individuos como mínimo, y
- 3) la existencia de un concurso (acuerdo) premeditado, previo al delito.

La ley es clara en lo que respecta al número de intervenientes. El autor debe matar con el concurso de dos o más personas, deben concurrir tres como mínimo. Las tres personas deben participar del acuerdo y de la ejecución del homicidio. El acuerdo debe haberse formalizado con anterioridad al delito; por ello exige la norma que sea premeditado, esto es, pensado con antelación al hecho.

Los que participan del acuerdo deben ser capaces penalmente, esto es, imputables, por cuanto la exigencia de la premeditación indica que cada interviniente debe reunir un mínimo de conciencia y voluntad en la formalización del convenio. Sin discernimiento no puede haber acuerdo válido. Por consiguiente, quedan fuera de la agravante los inimputables por minoridad, por deficiencia mental y aquellos cuyo acuerdo ha sido conseguido por medio de violencia, coacción, error o engaño. Estas situaciones benefician al autor imputable.

Teniendo en cuenta que la ley exige el “concurso premeditado” (acuerdo previo al homicidio), la ratificación posterior al hecho no conduce a la agravante¹⁶³. Si la norma hubiera requerido solo el concurso de personas, sin premeditación del acuerdo, la razón la tendría NÚÑEZ, que considera válida la ratificación ulterior.

N) *Homicidio conexo con otro delito*

§ 39. DENOMINACIÓN

Homicidio *criminis causa* (NÚÑEZ); homicidio final o causalmente conexo (SOLER).

§ 40. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La agravante ya existía en el Código Penal francés de Luis Felipe del 28 de abril de 1832, pero su fuente más inmediata es el art. 366 del Código Penal italiano de 1889¹⁶⁴.

Entre los antecedentes nacionales pueden citarse el proyecto de 1891 y el proyecto de 1906, de donde proviene originariamente la fórmula actual.

§ 41. ELEMENTOS DEL DELITO

En el estudio de este delito se deben considerar, fundamentalmente, dos aspectos que constituyen la estructura medular de la agravante: 1) uno, referido a la naturaleza de la misma, y 2) otro, que hace referencia al sistema adoptado por la ley para calificar el homicidio, esto es, la conexión con otro delito.

¹⁶³ LOPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., p. 219. En contra NÚÑEZ (*Derecho . . .*, p. 70), para quien vale la ratificación individual ulterior y consciente.

¹⁶⁴ Voto del juez Jacinto A. Malbrán, CCrim. Capital Federal, *LL*, t. 50-I, cit. por Julio O. CHIAPPINI, en *Problemas de derecho penal*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1983, p. 53, cuestión, por otra parte, pacífica en la doctrina nacional.

Ambos aspectos, por la estrecha vinculación que tienen entre sí, no admiten su verificación en forma independiente el uno del otro, tanto que si así sucediera, la agravante no concurriría.

1) En cuanto al primer aspecto, debemos convenir que la naturaleza de la agravante es eminentemente subjetiva. Sobre esto hay acuerdo. El autor debe obrar con una "motivación especial" que es la determinante de su conducta. Las preposiciones para y por empleadas por la ley anticipan esta afirmación. Se comete el homicidio para o por otro delito.

Además del dolo propio de todo homicidio (el agente debe querer matar), la ley incorpora un elemento subjetivo especial ("para" preparar, facilitar, etc.; "por" no haber logrado el fin propuesto) que obra como intención final del autor.

El homicidio representa el medio para lograr o consumar el otro delito. Por ello, la conexión es necesaria entre uno y otro tramo, entre lo que el autor hace (mata) y lo que persigue (el otro delito). De lo contrario, resultan de aplicación las reglas del concurso delictivo.

Con referencia a la culpabilidad, como ya anticipáramos, este tipo de homicidio solo es concebible a título doloso, con exclusión de todo supuesto de culpa o preterintencionalidad. En opinión de NÚÑEZ, el tipo subjetivo del delito se satisface con la preordenación, que puede ser: "premeditada", si el designio de matar con el fin delictivo o de matar por despecho delictivo, fue concebido de antemano fríamente y fríamente ejecutado¹⁶⁵; "reflexiva", si antes o durante la ejecución del homicidio ha sido resuelta mediante una consideración detenida aunque no fría; y "resuelta", cuando el autor, sin deliberación alguna, se ha determinado a matar para o por uno de los motivos señalados en la ley. Para este autor, la fórmula mencionada en último lugar es suficiente para integrar el dolo propio de esta figura¹⁶⁶.

Para LÓPEZ BOLADO, la comisión del homicidio admite el dolo eventual. No es necesario, dice este autor, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. La ley solo exige que el deseo del autor de cometer un delito funcione como mo-

¹⁶⁵ El concepto no hace otra cosa que definir lo que técnicamente se conoce como "premeditación"; véase nuestra obra *Homicidio simple*, ps. 76 y siguientes.

¹⁶⁶ Ob. cit., ps. 54 y ss., especialmente nota 128.

tivo que lo lleve al homicidio. Esto solo requiere decisión, que puede producirse de improviso; el homicidio puede nacer y ocurrir en el momento mismo en que se ejecuta el otro delito¹⁶⁷.

Coincidimos con esta última opinión solo parcialmente. Es verdad que para que concurra la agravante no es necesario ni preordenación ni premeditación (aunque las incluye), pero entendemos que el dolo eventual tampoco es suficiente. Al contrario, resulta difícil concebir esta modalidad del dolo en estos tipos de homicidio. Precisamente, la conexión subjetiva entre el homicidio y la finalidad del autor (que ha obrado como determinante de su conducta), excluye el dolo eventual. El autor comete un delito (mata a otro) para o por concretar otro delito (que puede ser cualquiera), de manera que esa motivación que lo ha llevado a matar (para preparar, facilitar, procurar la impunidad, etc.) integran el dolo del tipo en cuestión (ingresa en los designios del agente), que lo especializa por su "específica" finalidad. El dolo de matar "para" o "por" es un dolo directo, que debe aparecer "antes" o "durante" la ejecución del homicidio.

2) La agravante exige para su configuración, una conexidad subjetiva o ideológica que funciona como un eslabón que une el homicidio con el otro delito. Los dos hechos (el homicidio y el otro delito) están conectados psicológicamente entre sí. No se trata aquí, como bien destaca SOLER, de agravar el homicidio por el hecho objetivo de su concurso con otra infracción. No basta el concurso: se precisa la conexión¹⁶⁸.

De la conexidad nace el homicidio agravado; de la falta de conexidad, el concurso de delitos. Siempre debe darse esta ecuación: un delito medio (el homicidio) y un delito fin (el "otro delito"), ambos conectados entre sí subjetivamente ("para" o "por"). Esta idea del delito fin, como ya anticipáramos, es anterior a la consumación del delito medio; si la idea surgiera con posterioridad (por ej., el ladrón va con un objeto robado, se encuentra con su enemigo y lo mata), existen dos hechos independientes que concursan materialmente.

La conexidad ideológica o subjetiva puede manifestarse de dos maneras: como conexión final o como conexión impulsiva.

¹⁶⁷ *Los homicidios . . .*, ps. 231 y siguientes.

¹⁶⁸ Ob. cit., ps. 41 y siguientes.

En el primer caso, el sujeto actúa para, esto es, con un motivo proyectado hacia el futuro (mata procurando obtener algo deseado). La ley hace referencia a esta clase de conexión cuando dice: para “preparar” (realizar todos los actos necesarios para lograr el fin propuesto: delito fin. Incluye los actos preparatorios propiamente dichos), “consumar” (cometerlo, perpetrarlo), “ocultar” (tapar, disfrazar el delito, v. gr., matar al testigo presencial), “asegurar los resultados” (del delito fin, v. gr., matar para quedarse con el botín obtenido por la estafa, el robo, etc.), “procurar la impunidad” parea sí o para otro (mata para obtener un beneficio propio o para sus colaboradores, v. gr., la muerte de quien pretende impedir la fuga). En el segundo caso, actúa por, es decir, por un motivo surgido del pasado (mata por sentirse frustrado en sus fines o planes, vengando el fracaso ya sufrido)¹⁶⁹. La norma alude a este caso cuando expresa: o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. Es un homicidio por despecho, frustración, resentimiento o venganza, por no haber concretado los propósitos perseguidos, v. gr., quien, al no encontrar el dinero en la caja de caudales, por resentimiento mata al dueño; el que ante el fracaso de no poder violar a la mujer, la mata. Si el otro delito (delito fin) se concreta, sea en su forma tentada o consumada, se da una hipótesis de concurso real con el homicidio. Es admisible la tentativa de homicidio agravado y la participación se rige por las normas comunes.

N) *Homicidio en estado de emoción violenta*

El artículo 81, en su inciso a, establece: “Se impondrá reclusión de 3 a 6 años, o prisión de 1 a 3 años:

“a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”.

§ 42. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En todos nuestros precedentes legislativos, anteriores y posteriores al Código Penal, estuvo prevista alguna forma de ate-

¹⁶⁹ LÓPEZ BOLADO, Jorge, ob. cit., ps. 249 y siguientes.

nuación, excusa o justificación del homicidio cometido por un impulso emotivo o psicológico.

El proyecto Tejedor, entre las causas que disminuyen la criminalidad, contempló la de haber obrado arrebatado por una pasión o en un momento de perturbación intelectual; el homicidio provocado por ofensas e injurias ilícitas y graves; la muerte del cónyuge sorprendido en flagrante adulterio (derecho solo acordado al hombre), etc., circunstancias todas también previstas, en mayor o menor medida, en el proyecto de 1881.

El Código de 1886 siguió también los lineamientos de Tejedor, pero con algunas variantes de importancia, particularmente en lo referente a la excusa del crimen por adulterio, beneficio que fue extendido a ambos cónyuges. Lo característico de este Código es haber contemplado una exención de pena para estos casos de adulterio, lo que significó, en la letra de la ley, la consagración de un verdadero derecho a matar al cónyuge infiel. El proyecto de 1891, al igual que el anterior, también mantuvo la impunidad del uxoricidio por adulterio, pero con la diferencia que impuso, como condición de la excusa, que el cónyuge homicida no haya dado causa a su deshonra. La muerte provocada por una injuria inmerecida fue castigada con la pena de 3 a 10 años de penitenciaría. La ley de reformas 4189 de 1903, en una casuista previsión, castigó el homicidio por ofensas o injurias ilícitas; la muerte de ciertos parientes (descendiente o hermana) sorprendidos en ilegítimo concubito, en cambio, era impune. El proyecto de 1906 reprodujo el texto de 1903, con la variante de que, en los casos de muerte a los amantes deshonestos, permitía al juez eximir de pena al culpable, según las circunstancias particulares del hecho. El proyecto de 1917 mantuvo textualmente las reformas del proyecto anterior. Con respecto al homicidio emocional contempló en dos disposiciones el homicidio provocado y el uxoricidio por adulterio. Dos años después, estando ya aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados, el Senado lo sometió a revisión y produjo innovaciones de importancia en la materia, particularmente en lo referente a la eliminación de la compleja casuística de la legislación anterior. Al abandonar la línea impresa por Diputados, el Senado agrupó en una sola disposición los delitos de infanticidio, homicidio emocional y homicidio preterintencional, dando origen, de esta ma-

nera, a la fórmula de la emoción violenta actualmente en vigencia.

§ 43. EL ANTEPROYECTO DE 1916. LA TESIS DE RAMOS

La legislación patria anterior al Código Penal, como hemos visto, se limitó a enumerar en forma extensa y casuista las distintas atenuantes y agravantes relacionadas con el homicidio llevado a cabo en especiales circunstancias. En toda ella se advierte una línea tendente a excusar o autorizar la muerte de la persona (y su cómplice) que se encontraba yaciendo ilegítimamente, sea la esposa, hija o hermana del homicida. En suma, nuestra tradición legislativa había consagrado un singular derecho a matar en casos de ilícito concubito.

La Comisión de la Cámara de Senadores, en conocimiento del Anteproyecto suizo de 1916, abandonó esta casuística adoptando una fórmula, no solo novedosa en la materia sino también más genérica, pues abarcó tanto las situaciones previstas en nuestros precedentes como otras nuevas que pudieren suceder en la praxis. Entre los fundamentos de la innovación se dijo: "siguiendo al pie de la letra, aunque modificando la duración de la pena, el art. 105 del Anteproyecto suizo de 1916, hemos creído más justo y razonable establecer una regla general para el caso de homicidio por pasión, que puede ser aplicable, cuando las circunstancias lo hicieren excusable, a los que se encontraren en las condiciones preindicadas. El inciso sería así menos casuista y podría abarcar otros casos de muerte dada en estado de emoción violenta". Esta casuística a que hace referencia la Comisión es, en especial, la del Código de 1886, y la diferencia entre ambas legislaciones está, al decir de PEÑA GUZMÁN, en que los suizos pretendieron reducir el ámbito de vigencia del precepto, mientras que nuestros senadores pretendieron ampliarlo adecuadamente¹⁷⁰.

¹⁷⁰ PEÑA GUZMÁN, Gerardo, *El delito de homicidio emocional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 37 y siguientes.

La reforma del Senado, señala este autor, es básica y profunda. No se limita al hallazgo de una fórmula extranjera, más o menos adecuada y feliz, sino que es una transformación íntegra del precepto. Los numerosos casos de las leyes anteriores podrán comprenderse en la reforma, pero esta abarca mucho más. Ahí reside su mérito mayor¹⁷¹.

RAMOS¹⁷² ha sido tal vez quien con mayor profundidad haya estudiado los antecedentes de los expertos suizos en las discusiones del Anteproyecto, y quizás quien con mayor vigor haya criticado la fórmula adoptada por el legislador argentino, tanto es así que sus conclusiones fueron consideradas, por mucho tiempo, como la "interpretación auténtica" del precepto, seguidas invariablemente por nuestra jurisprudencia por más de 20 años.

a) *La teoría de los motivos éticos.* — RAMOS elabora su teoría a partir de las ideas de los expertos suizos Lang, Haster, Gabuzzi, Gautier y Thormann, especialmente este último, cuya propuesta (que según RAMOS, fue la que triunfó) consistía en que la emoción debía ser justificada por las circunstancias que hagan aparecer el hecho como excusable por motivos éticos.

El profesor argentino temió, frente a la nueva fórmula suiza —señala PEÑA GUZMÁN— que ella se aplique en forma desaprensiva; que al amparo de un sentimentalismo trasnochado penetraran en los estrados judiciales esos casos de absoluciones indignantes por su tremenda injusticia, donde se llegaba a librar de toda sanción al delincuente por el solo hecho de invocar el amor como causa de su delito¹⁷³. De allí que la tesis de RAMOS implique una interpretación exageradamente restringida de la fórmula legal.

Para el profesor de Buenos Aires, la razón y la extensión del término emoción violenta debía buscarse en las discusiones del texto suizo y, en clara adhesión a la postura del experto Thormann, sostuvo que eran los motivos éticos los fundamentales en la apreciación de la justificación de las causas que hagan excusable las circunstancias del homicidio. La discusión suiza,

¹⁷¹ PEÑA GUZMÁN, Gerardo, ob. cit., p. 38.

¹⁷² Puede verse los estudios de RAMOS en su trabajo *Significación del término emoción violenta en el homicidio*, JA, t. 16, p. 818.

¹⁷³ PEÑA GUZMÁN, Gerardo, ob. cit., p. 59.

la enmienda y las palabras de Thormann, decía RAMOS, son los antecedentes necesarios que se deben conocer para aplicar de una manera correcta el término "emoción violenta" y caracterizar las circunstancias que la hacen excusable¹⁷⁴.

De esta manera, los elementos a tener en cuenta para la comprensión del concepto eran los siguientes:

- 1) No toda emoción califica al homicidio pasional.
- 2) Es menester que se haya cometido en un estado de emoción violenta.
- 3) El arrebato pasional debe coincidir con el acto delictuoso.
- 4) Este es, pues, una consecuencia inmediata de aquel y, por ende, su causa.
- 5) La causa debe responder a motivos éticos, para que las circunstancias del hecho sean excusables.
- 6) Son motivos éticos únicamente aquellos que mueven de una manera adecuada a una conciencia normal.
- 7) La ley no ha querido acordar un privilegio a las muertes pasionales.
- 8) Considera a sus autores como muy peligrosos, pero encuentra que, en ciertos casos, puede atenuarse en su favor la pena del homicidio simple, cuando han obrado en razón de circunstancias excusables por motivos éticos.

El motivo ético, explicaba RAMOS, debe ser la causa determinante de la reacción emocional violenta que se manifieste en el homicidio o lesiones. Esto es lo que el Código establece categóricamente cuando habla de circunstancias que la hagan excusable. No basta que haya emoción violenta si no existe un motivo ético inspirador, el honor herido de un hombre de honor, la afrenta inmerecida, la ofensa injustificada¹⁷⁵.

Esta tesis del profesor y magistrado de la Capital Federal, destaca NÚÑEZ, tuvo sin temor a exagerar, uno de los éxitos más terminantes que se pueden registrar en los anales jurisprudenciales y doctrinarios del país. Los tribunales y los autores la aceptaron como verdad indiscutible¹⁷⁶. Sin embargo, pronto ha-

¹⁷⁴ RAMOS, Juan P., ob. cit., p. 825.

¹⁷⁵ RAMOS, Juan P., ob. cit., ps. 825 y siguientes.

¹⁷⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., "El homicidio en estado emocional", en *Temas de derecho penal y derecho procesal penal*, Ejea, Buenos Aires, 1958, p. 52.

brían de venir las críticas que derrumbarían la teoría, especialmente de SOLER, PEÑA GUZMÁN y del propio NÚÑEZ.

b) *Crítica doctrinaria a la tesis de RAMOS.* — La teoría de los motivos éticos provocó, como era de prever, una severa y generalizada reacción en la doctrina de nuestros autores. A las observaciones de SOLER, PEÑA GUZMÁN y NÚÑEZ, pronto se sumaron las de FONTÁN BALESTRA, LEVENE, COSSIO, GARCÍA ZAVALÍA, TERÁN LOMAS, etcétera.

Las críticas de la doctrina, si bien por diferentes caminos, todas conducen a conclusiones muy similares, motivo por el cual solo hemos de constreñir nuestra tarea a las opiniones de NÚÑEZ y SOLER, quienes son, según nuestro parecer, los que con mejores argumentos han formulado las objeciones.

Para NÚÑEZ¹⁷⁷, la tesis de RAMOS tiene los siguientes inconvenientes:

a) No es conceptualmente exacta. No es el resultado de una interpretación directa de la fórmula del Código Penal. El concepto de "motivos éticos" no traduce, sin más, el concepto legal.

b) La de los motivos éticos no es la real explicación histórica de la fórmula del Código. Es la explicación de Thormann, pero no la que dan los otros expertos. La fórmula se va estructurando mediante consideraciones parciales, en las cuales no aparece como decisiva y terminante la idea de Thormann sobre los motivos éticos.

c) Restringe el alcance de la atenuante. RAMOS exige una condición para la atenuante que la ley no ha querido exigir. Estas condiciones son para él: un estado emocional y una causal de honor como móvil. La conclusión práctica a que llega así es la restricción de la atenuante al exigir una condición más que vuelve menos amplia su admisión. La posición no es admisible, porque cuando el Código ha querido que una atenuante se funde en ambas condiciones, lo ha dispuesto de manera expresa, como sucede con el infanticidio de los parientes (art. 81, inc. 2º, 2º disp.). En segundo lugar, se restringe el alcance de la atenuante porque se limita la excusabilidad de la emoción a los casos de homicidio provocado por injurias ilícitas y graves

¹⁷⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, ps. 53 y siguientes.

y de justo dolor; y esto va en contra de las ideas de la Comisión del Senado, que fueron las de ampliar el contenido de la atenuante para comprender otros casos fuera de esos.

d) La tesis del móvil ético reduce el beneficio de la atenuante a un círculo privilegiado. El criterio de la conciencia normal utilizado como cartabón para decidir acerca de la excusabilidad de la emoción, significa traer al ámbito del derecho, para decidir sobre lo que en definitiva es el reconocimiento de un privilegio punitivo, un criterio selectivo que, sin culpa de los individuos, los excluye del beneficio por el solo hecho de no participar de ese sector de normalidad.

A su turno, SOLER, con certeros argumentos, explica con toda claridad que todo intento de definir pasiones o emociones como excusables o inexcusables en sí mismas y a priori debe necesariamente frustrarse, porque el mismo tipo de pasión o de emoción puede presentarse en circunstancias excusables o inexcusables; la ley, para considerar si concede o no la excusa, no se atiene a motivos generales sino a las circunstancias, es decir, que ningún motivo, por ético que sea, tiene garantizada por adelantado la excusa; la emoción es un hecho psíquico, un puro desnudo hecho psíquico, carente en sí mismo de sentido ético, si no se lo considera desde afuera, en su cuándo, su cómo y su por qué. Una cosa es su ser y otra muy distinta es su valer, y este depende precisamente de las circunstancias. No se requiere una calificación ética de la emoción, la ley no exige móviles éticos de la emoción, sino una emoción violenta; no se trata de realizar una valoración ética del hecho, sino una valoración jurídica, lo cual es muy diferente. Para SOLER, la fuerza excusante de la pena es subjetiva y reside en la emoción; pero la fuerza excusante de la emoción reside en las circunstancias del hecho¹⁷⁸.

§ 44. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN EL ESTUDIO DEL HOMICIDIO EMOCIONAL

a) *Elemento psicológico.* — La emoción es una cualidad de los sentimientos que gobiernan la vida de los individuos. El hom-

¹⁷⁸ SOLER, Sebastián, ob. cit., t. 3, ps. 54 y siguientes.

bre no podría nacer, ni vivir, ni compartir su vida con sus semejantes sin sentimientos, por mí nimos que ellos sean o por poco que se expresen. Es por esto, como señala PEÑA GUZMÁN, que la emoción, tanto en su proceso de formación cuanto en el estallido del ímpetu pasional, es un estado propio del individuo¹⁷⁹.

El Código Penal, en la regulación de este tipo de homicidio, no hace referencia a cualquier emoción, por más perturbación espiritual que ella produzca en la persona, sino a una emoción violenta. Por lo tanto, lo que interesa, desde una primera perspectiva, es la intensidad de la emoción. La emoción es intensa cuando produce una conmoción psicológica en el individuo, de tal magnitud que debilita su capacidad de *frenación* frente al hecho externo que la estimula. Sin embargo, esta intensidad (o violencia) no debe hacer perder el poder de inhibición al sujeto, pues, si así ocurriera, la situación se desplazaría hacia los confines de la inimputabilidad. Un individuo emocionado no es un individuo inimputable. La emoción debe ser violenta, eso sí, pero no ser la causa de la pérdida del control de la conducta que configure un estado de inconsciencia subsumible en el art. 34, inc. 1º, Cód. Penal.

La emoción, identificable como un área afectiva del individuo, puede presentarse bajo diversas formas: miedo, temor, ira, cólera, furor, dolor, amor, celos, piedad, venganza, odio, etcétera¹⁸⁰, circunstancias todas que benefician al autor. Pero el beneficio no alcanza a aquellas personas fácilmente coléricas (SOLER), intemperantes o malvadas (NÚÑEZ), ni a los irascibles que se dejan arrastrar a la violencia, como tampoco al que adopta, frente al estímulo externo, una actitud serena y reflexiva. La emoción violenta no es compatible con la premeditación. La emoción violenta es aquella que, en expresión de NÚÑEZ, obrando sobre los sentimientos del autor, lo arrastra al crimen¹⁸¹.

La emoción no puede ser el resultado del propio carácter del agente, sino que debe encontrar su estímulo en una causa externa, fuera de él. Debe ser eficiente, esto es, con la suficiente entidad como para provocar la reacción anímica violenta en el

¹⁷⁹ PEÑA GUZMÁN, Gerardo, ob. cit., p. 115.

¹⁸⁰ TERAN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 133 y siguientes.

¹⁸¹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 60.

autor. No son suficientes los motivos mínimos, fútiles o intrascendentes. El autor no debe haber provocado ni facilitado su propia conmoción emotiva. La provocación debe ser extraña al sujeto.

b) *Elemento temporal.* — El momento exacto en que deben coincidir el arrebato emocional y su fuerza impulsora es bastante difícil de determinar. Es tan difícil como pretender desentrañar una cuestión sentimental o afectiva a través de una ecuación matemática.

Entre el estímulo generador y la reacción emocional puede transcurrir un tiempo, corto o largo, y no obstante ser de aplicación la atenuante. Lo importante es que la reacción tenga su causa en la emoción, y esta, a su vez, en un estímulo externo, sin interferencias de otros motivos o circunstancias que impliquen una interrupción de la cadena causal. El tiempo es un criterio relativo, que debe ser evaluado en el caso concreto y en todo su contexto. La ley, como dice NÚÑEZ, no puede ser malvada, tan inmoral que le diga al individuo: mata rápido, que si no, no te beneficio¹⁸².

§ 45. PARRICIDIO EMOCIONAL

Está previsto en el art. 82, Cód. Penal (texto original), según el cual: “Cuando en el caso del inc. 1º del art. 80 concurriere alguna de las circunstancias del inc. 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de 10 a 25 años”.

Se trata de una concurrencia, en un mismo hecho, de circunstancias atenuantes y agravantes de dos figuras delictivas: el homicidio agravado por el vínculo parental (parricidio) y el homicidio en estado de emoción violenta.

La pena prevista para el delito no guarda coherencia ni proporcionalidad con el hecho descripto en la disposición normativa. La ley 21.338 corrigió con acierto este problema de la penalidad, rebajándola a prisión de 2 a 8 años.

¹⁸² NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 92.

O) *Homicidio preterintencional*

El artículo 81, en su inciso b, establece: "Se impondrá *reclusión de 3 a 6 años, o prisión de 1 a 3 años:*

"b) al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

§ 46. CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD

El Código Penal, contrariamente a otros ordenamientos (por ej., Uruguay, art. 18), o a algunos proyectos posteriores a 1921 (por ej., proy. Coll-Gómez, proy. Peco, proy. 1979), no define el delito preterintencional. Solo hace referencia a distintas figuras imputables a ese título y a resultados preterintencionales que funcionan como circunstancias agravantes de ciertos tipos delictivos.

Señala LEVENE (h.), y con razón, que el único delito que en nuestro Código admite la forma preterintencional es el homicidio¹⁸³. Otros delitos, como el de aborto del art. 87, por ej., presenta ciertas peculiaridades que ofrecen un amplio margen de discusión en el plano doctrinario, pero que, al menos desde nuestro punto de vista, no presenta la estructura de un delito preterintencional; tampoco, claro está, las denominadas lesiones preterintencionales, que no encuentran tipificación expresa en la ley.

Existen referencias del delito preterintencional en las civilizaciones primitivas. Su manifestación más visible en el antiguo derecho romano, pareciera ser que fue la caracterización del hecho en su puro aspecto material u objetivo, sin tener en cuenta el elemento moral o subjetivo. Este elemento recién aparece en la época romana clásica y, posteriormente, se lo elabora por influencia del cristianismo durante gran parte de la Edad Media. Se afirma, en esta etapa, el principio subjetivo espiritualista

¹⁸³ LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 329.

del derecho canónico, por oposición al principio germánico, esencialmente objetivo, de la responsabilidad por el resultado¹⁸⁴. Sin embargo, como hace notar FINZI, pertenece al derecho canónico el principio con arreglo al cual el reo debe cargar con todas las consecuencias no queridas, derivadas de su actuación ilícita: *versari in re illicita*, principio consagratorio de la responsabilidad objetiva, en la actualidad por fortuna desterrado del derecho penal.

Sin pretender abordar aquí un estudio dogmático del delito preterintencional, propio de la teoría general, aparece no obstante como conveniente conocer su concepto. Se lo puede definir, con palabras de FINZI, como el hecho en el que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave. En estas figuras, enseñaba el profesor de Siena, el evento ha sobrepasado el delito que el agente tenía en miras, ha excedido el fin que el culpable se había propuesto¹⁸⁵.

Con referencia al aspecto subjetivo de la preterintencionalidad, se han perfilado entre nuestros autores tres líneas de pensamiento: quienes creen que el resultado más grave se atribuye a título de responsabilidad objetiva (LANDABURU, AFTALIÓN, etc.); quienes ven en el resultado excedente una responsabilidad dolosa, por algunos entendida como un dolo preterintencional (GÓMEZ, RAMOS, GONZÁLEZ ROURA), por otros como un dolo indirecto (DÍAZ) y, finalmente por otros, como un dolo eventual (RAMOS MEJÍA), y la opinión prevaleciente que considera que la preterintención tiene naturaleza mixta de dolo y culpa, esto es, dolo en el delito base y culpa en el resultado excedente (MALAGARRIGA, SOLER, FRÍAS CABALLERO, FONTÁN BALESTRA, LEVENE, JIMÉNEZ DE ASÚA, NÚÑEZ, etc.)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, *El delito ultra o preterintencional*, Lerener, Córoba, ps. 75 y ss.; para mayores detalles sobre este tipo de delito, véase FINZI, Marcello, *El delito preterintencional*, Depalma, Buenos Aires, 1981; PEREDA, Julián, *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código Penal*, Madrid, 1948.

¹⁸⁵ FINZI, Marcello, ob. cit., p. 1. El exceso en el fin también es señalado por NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, p. 44.

¹⁸⁶ CARRERA, Daniel P., *Notas al libro de Finzi*, ps. 199 y siguientes.

§ 47. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

a) *Antecedentes nacionales y comparados.* — La fórmula del delito proviene del proyecto de 1891, reproducido posteriormente por el proyecto de 1906. Sin embargo, el texto fue incorporado al derecho positivo por la ley 4189 de 1903, aunque sin la parte final del artículo que dice: “cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”. Esta última parte fue agregada al proyecto de 1917 por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, pasando de allí al Código Penal.

Nuestros primeros precedentes legislativos no contemplaron este tipo de homicidio, no así los proyectos posteriores al Código, que en forma expresa previeron el delito preterintencional. Los proyectos de 1941 y 1960 reemplazaron la clásica denominación por la de delitos calificados por el resultado. Sobre esta cuestión se pronunció SOLER en la nota respectiva al proyecto de 1960: para un derecho penal fundado en la culpabilidad y que, en consecuencia, repudie toda forma de responsabilidad objetiva, no hay inconveniente alguno en definir esas figuras según la tradicional concepción que ve en ellas un hecho básico doloso y una consecuencia más grave culposa.

En el derecho extranjero, entre los códigos que regulan el delito preterintencional, pueden mencionarse el Código del Uruguay, cuyo art. 18 expresa: “El hecho se considera (...) ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto”, y el Código italiano, que en el art. 584 tipifica el homicidio preterintencional en los siguientes términos: “Quien, con actos dirigidos a cometer uno de los delitos previstos por los arts. 581 y 582 (golpes y lesiones personales), ocasiona la muerte de un hombre, será penado con reclusión de 10 a 18 años”. Los códigos modernos tienden a proscribir de sus catálogos las figuras preterintencionales a través de la sanción de normas generales, por ej., el Código Penal del Perú, cuyo art. VII del Título Preliminar dice: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscripta toda forma de responsabilidad objetiva”.

b) *Naturaleza del delito.* — Se discute en la doctrina el carácter de esta figura. En opinión de GÓMEZ, se trata de una modalidad atenuada del homicidio simple. La tesis predominante, en cambio, entiende que estamos frente a un delito autónomo (SOLER, FONTÁN BALESTRA, LAJE ANAYA, TERÁN LOMAS, NÚÑEZ, MAGGIORE, etc.). NÚÑEZ, en opinión que compartimos, destaca que el homicidio preterintencional no deriva del homicidio simple, porque su elemento anímico no es una modalidad del dolo propio de este delito, sino un estado psicológico que implica su negación¹⁸⁷. Otros, ratificando esta última opinión, afirman que el homicidio preterintencional está definido en la ley como un auténtico delito autónomo, en el cual es necesario coordinar la exigencia objetiva de un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte, con la culpabilidad, puesto que el autor debe saber o creer que no ocasionará tal resultado¹⁸⁸. Es esta también la posición sostenida en el plano jurisprudencial¹⁸⁹.

§ 48. ELEMENTOS DEL DELITO

El homicidio preterintencional requiere para su configuración de dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo.

a) *Elemento subjetivo.* — Está constituido por el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona (*animus ledendi* o de lesionar). Cualquier otra intención, excluye la preterintencionalidad. El problema radica en determinar el alcance del dolo de lesión y el grado de la lesión causada. En primer lugar, cabe hacer notar que la ley solo hace referencia al daño, sin mencionar a que clase de daño alude, esto es, que no hace ningún tipo de distinción al respecto. Por lo tanto, aparece como razonable admitir todo tipo de lesión (leves, graves y gravísimas) en el ánimo del autor¹⁹⁰. No nos parece incompatible

¹⁸⁷ Ob. cit., p. 103.

¹⁸⁸ GALLEGOS, Raúl A., y YAÑEZ, Víctor A., *Homicidio preterintencional*, JA, t. 1972, p. 219.

¹⁸⁹ STJ Misiones, 15/4/70, JA, t. 1970-VI, p. 822.

¹⁹⁰ En contra NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, ps. 105 y ss., que excluye las lesiones graves y gravísimas. En el sentido del texto LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 332.

el propósito de causar una lesión grave, por ej., una deformación en el rostro, con un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte, por ej., un golpe de puño. Sin embargo, convenimos en que habrá de ser, en no pocos casos, el examen de las circunstancias particulares las que llevarán el hecho a un encuadre penal correcto. En lo que respecta al alcance del dolo de lesión, creemos con NÚÑEZ y FONTÁN BALESTRA, que es suficiente el dolo eventual¹⁹¹.

b) *Elemento objetivo.* — Está representado por el medio que el autor utiliza para agredir, el cual, según la disposición penal, no debe razonablemente ocasionar la muerte. Si el medio empleado "debía" razonablemente ocasionar la muerte, desaparece la posibilidad del homicidio preterintencional para dar lugar al homicidio doloso.

El elemento del medio empleado por el autor constituye una regla de interpretación que debe ser apreciada en todo el contexto del caso, que exige una valoración –como lo tiene resuelto la jurisprudencia– no solo en abstracto sino también en concreto, porque un medio por lo general no idóneo, puede ser apto en determinadas circunstancias o sobre ciertos sujetos; y, por el contrario, un instrumento inequívocamente mortífero, deja de serlo por la forma inocua e intencionadamente menos vulnerante con que se lo utiliza.

Esta regla de interpretación funciona en un doble sentido: a) cuando el medio tiene eficacia letal y se lo emplea conforme a esa aptitud, queda excluido el homicidio preterintencional; b) cuando el medio carece de eficacia letal, el hecho solo será homicidio preterintencional si otras pruebas no acreditan que el autor obró con dolo respecto de la muerte de la víctima¹⁹².

La casuística de nuestra jurisprudencia es rica en el análisis, interpretación y aplicación a casos particulares de los elementos

¹⁹¹ En contra SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 71, que admite solo el dolo directo.

¹⁹² CARRERA, Daniel P., ob. cit., p. 177, citando a NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, ps. 66 y 67.

del homicidio preterintencional que acabamos de ver. Así, se tiene resuelto que la racionalidad del medio empleado no ha de referirse a la vulnerabilidad del instrumento empleado por sí solo, sino que deben analizarse todas las circunstancias del caso (SC Mendoza, 15/5/64, JA, t. 1964-VI, p. 410); la idoneidad del medio empleado en un homicidio no debe apreciarse solamente por la calidad del mismo, sino también por su forma de uso (CCrim. Capital Federal, 13/4/62, JA, t. 1962-IV, p. 558); el vocablo "razonablemente" debe ser entendido como señalando un medio que ordinariamente no se emplea para producir la muerte (SC Buenos Aires, JA, t. 37, p. 1550); *prima facie* media homicidio preterintencional cuando la víctima fallece a raíz de su caída por golpes de puño propinados por el procesado, porque ello no constituye un medio razonable para ocasionar ese resultado fatal (ST Misiones, 30/12/57, JA, t. 1959-I, p. 134).

El elemento que estamos analizando, como decíamos, configura una regla de interpretación que atañe a la culpabilidad, por cuanto se halla estrechamente unido al propósito del autor; es esencialmente relativo, pues su apreciación, según hemos puesto de relieve (racionalidad, idoneidad, capacidad letal, etc.) depende de las circunstancias particulares concernientes a la persona, tiempo, lugar del hecho, clase y potencialidad del arma empleada, modo del uso, condiciones del sujeto pasivo, etcétera. Por lo tanto, se trata de una cuestión de hecho, verificable en cada caso concreto, que puede ser revisada en casación.

§ 49. RESULTADO MUERTE. PREVISIBILIDAD

El tipo penal exige, para su consumación, que se produzca la muerte de una persona, ocurrida como consecuencia del accionar del autor. Por consiguiente, debe existir un nexo causal entre la conducta del autor y el resultado producido. Este debe ser la consecuencia de aquella. Sin que se produzca la muerte, no puede hablarse de homicidio preterintencional, circunstancia que revela la inadmisibilidad de la tentativa.

La muerte de la víctima debe ser un acontecimiento previsible para el autor, pero no debe haber sido prevista en el caso concreto. Si el resultado fue previsto como posible y, no

obstante, frente a esa previsión el autor realizó la conducta, desaparece la figura preterintencional para dar paso al homicidio cometido con dolo eventual.

La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala 7^a, con el voto de los Dres. Ouviña y Navarro, puso de manifiesto claramente que el homicidio preterintencional es una figura privilegiada donde deben concurrir básicamente un elemento subjetivo: el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, "que difiera del *animus necandi* y que carezca de volición, representación, asentimiento, respecto de la muerte"¹⁹³.

En general, la teoría admite que el resultado más grave o excedente, si bien no previsto en el caso particular, debe ser previsible. Consecuentemente, el límite de la responsabilidad penal por el resultado más grave está dado por la previsibilidad; más allá está el caso fortuito (art. 514, Cód. Civil), por el que no se asume ningún tipo de responsabilidad. Las consecuencias imprevisibles no pueden ponerse a cargo del autor, pues excluyen toda posibilidad de culpa.

§ 50. ATENUANTE

Está prevista en el art. 82, Cód. Penal, que se refiere al llamado parricidio preterintencional. No se trata de una circunstancia atenuante del homicidio preterintencional, sino del homicidio agravado por el vínculo que tipifica el art. 80, inc. 1º, Cód. Penal. Si este último se comete preterintencionalmente, la pena aplicable será la de reclusión o prisión de 10 a 25 años.

P) *Instigación o ayuda al suicidio*

El artículo 83 del Código Penal establece: "Será reprimido con prisión de 1 a 4 años, el que instigare a otro al suicidio o

¹⁹³ JA, t. 1990-I, p. 266.

le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado".

§ 51. NOCIÓN DE SUICIDIO

a) *Etimología.* — La palabra suicidio proviene de las voces latinas *sui* (de sí mismo) y *cidium* (asesinato o muerte), esto es, matarse a sí mismo. Es la agresión contra uno mismo.

b) *Concepto.* — El suicidio es el acto de quitarse voluntariamente la vida. La idea de introducir otros componentes en la definición, como lo hace por ej., BAJO FERNÁNDEZ —siguiendo a TORIO LÓPEZ— al decir que es la muerte querida de una persona imputable, no nos parece conveniente, pues puede generar problemas con otros sectores del derecho penal (por ej., con casos de autoría mediata en el homicidio)¹⁹⁴. De manera que, para que exista suicidio, solo basta que el sujeto dirija su voluntad a la producción de la muerte¹⁹⁵.

Entre nosotros, como en otras partes del mundo, el suicidio no es delito; tampoco podría serlo, pues se oponen a ello poderosas razones de política criminal.

Por una parte, carece de todo sentido aplicar una pena a quien ya ha muerto; la finalidad preventivo-represiva que caracteriza a la sanción penal pierde toda su eficacia frente a este hecho.

Por otra parte, si el suicidio ha quedado en grado de tentativa, resulta del todo inconveniente su penalización, pues implicaría agregar un motivo más para insistir en la muerte cuando no ha sido lograda (CARRARA), o bien, como dice NÚÑEZ, por la falta de peligro que para los terceros significa el acto del suicidio frustrado¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Confr., en sentido crítico, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., ps. 44 y siguientes.

¹⁹⁵ TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 177; TOZZINI, Carlos, *El suicidio*, ps. 6 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 90; MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 68; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 139.

¹⁹⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 141.

§ 52. REFERENCIAS HISTÓRICAS Y LEGISLATIVAS

El suicidio, en general, fue objeto de castigo en la Antigüedad. En Grecia se lo condenó, tanto por la doctrina como por la legislación. Entre los antiguos filósofos, particularmente Pitágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles, el suicidio fue generalmente rechazado, y admitido solo en casos excepcionales. Entre los estoicos (Epicuro, Lucrecio, etc.), en cambio, fue aceptado. Se ha considerado a Séneca, entre los estoicos romanos, como el más decidido apóstol del suicidio¹⁹⁷. Sin embargo, el *Digesto* previó la pena de confiscación de bienes (la más importante sanción durante varios siglos) cuando la muerte se producía con el objeto de sustraerse a una condena capital o a una pena de deportación¹⁹⁸.

Durante la Edad Media, en especial por el influjo de la Iglesia, el castigo se mantuvo, inclusive hasta bien entrada la edad moderna. Entre los siglos XVI y XVIII, tanto en Francia como en Alemania y Austria, el suicidio fue objeto de una doble penalidad: la prohibición de los funerales cristianos y la confiscación del patrimonio. En España, Las Partidas castigaron con la pena del homicidio el hecho de prestar armas u otros medios al suicida.

La lucha contra este estado de cosas tiene comienzo con el movimiento iluminista francés del siglo XVIII, cuyos más célebres representantes (Montequieu, Voltaire, Holbach, Rousseau, Diderot, etc.) se pronunciaron contra la penalización del suicidio. Las ideas de estos pensadores tuvieron gran influencia en dos de los más grandes escritores italianos de entonces, Césare Beccaria y Gaetano Filangieri, fieles propugnadores de la despenalización.

Lo cierto es que, en el derecho moderno, el suicidio –sea tentado o consumado–, ha dejado de figurar en los catálogos penales a título delictivo.

En Inglaterra, uno de los pocos países que mantenían el castigo, la pena por el suicidio fue abolida en el siglo XIX, mientras que la tentativa lo fue a través de la *Suicide Act* de 1961.

¹⁹⁷ WACK, Andrese, "Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto", *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Giuffrè, Milano, 1983, vol. 3, p. 693.

¹⁹⁸ PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., t. 2, p. 312.

§ 53. ELEMENTOS DEL DELITO

El delito se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

- a) las acciones típicas de instigar o ayudar al suicidio;
- b) el resultado (suicidio tentado o consumado), y
- c) la culpabilidad (dolosa).

a) *Las acciones típicas.* — Son de dos clases:

1) Instigar al suicidio, que quiere decir tanto inducir como determinar a otra persona para que se quite la vida. La actividad (inducción) desplegada por el autor debe ser directa y eficaz para hacer nacer, reforzar o mantener la idea en el suicida de darse muerte. La instigación supone una acción psicológica (moral) sobre el instigado.

La acción de instigar, como la ayuda, no tienen aquí el mismo sentido que las empleadas por el Código en la Parte General como formas de participación criminal, como piensa un sector de la doctrina¹⁹⁹. Instigar a otro al suicidio, como lo pone de relieve NÚÑEZ, no parece ser ni indicar lo mismo que "haber determinado directamente a otro a cometer el hecho" (art. 45, Cód. Penal); la ayuda, en la Parte General, está considerada como un supuesto de participación secundaria posterior al hecho, mientras que en el art. 83 tiene un contenido más amplio, ya que abarca la ayuda anterior al hecho, única hipótesis imaginable²⁰⁰.

La conducta instigadora debe estar dirigida a persona determinada. Puede ser condicional (la muerte queda supeditada a una condición o suceso), recíproca (cuando existe instigación mutua) o condicional-recíproca (por ej., el duelo americano, en el que la suerte decide quien habrá de suicidarse; o bien la llamada ruleta rusa, consistente en colocar un proyectil en el tambor

¹⁹⁹ En este sentido SOLER, Sebastián, ob. cit., t. 3, p. 87; TERÁN LOMAH, Roberto A., ob. cit., p. 185. También fue la opinión originaria de FONTAN BALESTRA.

²⁰⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 143.

del revólver, hacerlo girar y dispararse sucesivamente cada protagonista).

El instigado debe ser una persona imputable. El suicidio de un inimputable o incapaz, o logrado mediante error, ignorancia, violencia o coacción, configura una hipótesis de homicidio.

2) Ayudar al suicidio consiste en una cooperación material al suicidio ajeno. La ayuda puede prestarse en forma principal o accesoria, siempre que el autor no participe en los actos de ejecución de la muerte del otro. Puede manifestarse antes del hecho (proveyendo el arma, el veneno, etc.) o durante su ejecución (montar guardia para impedir la intervención de un tercero; desviar la vigilancia, etc.).

Se discute en la doctrina la posibilidad de la ayuda omisiva. Para la mayoría de nuestros autores no resulta posible ayudar por omisión (SOLER, GÓMEZ, PEZO, DÍAZ), mientras que otros sostienen la posición contraria (NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, TERÁN LOMAS). Frente a esto, conviene destacar que la simple inacción (por ej., observar impasible el suicidio de otro) no constituye una omisión punible, pero la no prestación del auxilio cuando se está obligado a prestarlo, por la posición de garantía asumida frente al bien jurídico tutelado puesto en peligro (por ej., el bañero que no actúa ante quien se ha arrojado a las aguas para ahogarse y aún no ha muerto), tipifica la omisión a título de ayuda al suicidio. Estos ejemplos configuran hipótesis punibles de comisión por omisión.

En la doctrina española, si bien el tema es objeto de controversia, la generalidad de los autores admite el castigo del auxilio omisivo al suicidio²⁰¹. Entre los alemanes, en cambio, se sostiene predominantemente –según lo pone de relieve BAJO FERNÁNDEZ– la impunidad de la conducta de no impedir el suicidio o de omitir los medios de salvación, tanto frente a los delitos contra la vida (si el omitente es garante) como frente a la omisión del deber de socorrer (si no es garante)²⁰².

Especial consideración merece la huelga de hambre en las cárceles, llevada a cabo por personas privadas de su libertad

²⁰¹ Véase por todos BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 91; en contra RODRÍGUEZ DEVESA, José M., ob. cit., p. 70; BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos . . .*, ps. 86 y siguientes.

²⁰² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 91.

ambulatoria, en aquellos casos en que la extrema situación coloque al detenido ante el inminente peligro de muerte. En Alemania, la legislación obliga a alimentar al preso que está en huelga de hambre, cuando hubiera peligro para su vida o su salud, lo que se explica —afirma el autor antes citado— por la posición de garantía del funcionario de prisiones²⁰³. Sin embargo, en dicho país la tentativa, la instigación y la ayuda al suicidio no constituyen conductas penalmente castigadas. De manera que, en los casos de huelgas de hambre, existiendo un deber jurídico de tutelar la vida, cabría la posibilidad de homicidio si se permite pasivamente, o no se evita, el suicidio²⁰⁴. En estos casos, en nuestra opinión, son aplicables las reglas de la comisión por omisión (omisión impropia). De manera que la no prestación de ayuda al reo en huelga de hambre a punto de morir (por ej., no suministrar alimentos, atención médica, no interrupción de la huelga para evitar la muerte, etc.), por parte de quien tiene el deber jurídico de actuar o garantizar que el resultado no se produzca (médico policial, alcalde, otros funcionarios de la prisión, etc.), configura una omisión punible a título de ayuda al suicidio²⁰⁵.

b) *El resultado.* — Está dado por la muerte del suicida o su intento. Ambos supuestos producen la consumación del delito, siendo el límite mínimo el comienzo de ejecución del suicidio. Las dos hipótesis están sometidas a la misma escala penal.

²⁰³ Ob. cit., p. 91.

²⁰⁴ Confr. PANNAIN, Bruno y otros, *L'omicidio del consenziente e la questione eutanasia*, Scientifice Italiane, Napoli, 1988, p. 32, nota 178. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, aunque cabe aclarar que este autor exige para la imputación de homicidio de comisión por omisión, los siguientes requisitos: 1) peligro inminente de muerte; 2) propósito directo o, al menos, eventual del huelguista de llegar hasta el fin; 3) una posición de garante que en estos casos se deriva, aparte del carácter funcional del médico, por la propia situación en que se encuentra el huelguista recluso frente a la administración penitenciaria, cuyos funcionarios son los únicos que están en condiciones de prestarle ayuda; 4) pérdida de conciencia o debilitamiento de la misma en el huelguista, hasta el punto de que este no esté ya en condiciones de decidir libremente o, por lo menos, con una voluntad jurídicamente relevante (*Manual* . . ., p. 72).

²⁰⁵ En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 92.

Coincidimos con FONTÁN BALESTRA en que no es posible la tentativa en este delito, pues —como ya pusieron de relieve anteriormente—, el comienzo de los actos de ejecución del suicidio (actos típicos de tentativa de suicidio) ya implican la consumación típica²⁰⁶.

c) *La culpabilidad.* — El delito de instigación o ayuda al suicidio solo es punible a título de dolo, que se configura con la conciencia y voluntad de intervenir en el suicidio de otro. No está prevista en la ley la forma culposa.

Q) *Homicidio culposo*

El artículo 84 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 5 años e inhabilitación especial, en su caso, por 5 a 10 años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

“El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor” (texto según ley 25.189).

§ 54. ASPECTOS GENERALES

La disposición referida tipifica en el ordenamiento penal argentino el delito de homicidio culposo, conocido también como homicidio imprudente. Sus elementos estructurales, en lo fundamental, coinciden con los del delito-tipo de homicidio del art. 79. Por consiguiente, le son de aplicación, en líneas generales, los principios y reglas desarrollados en el estudio de esta figura, a cuyo comentario nos remitimos²⁰⁷.

²⁰⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento..., p. 201. En contra NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho..., p. 147.*

²⁰⁷ Para un estudio más completo del homicidio culposo, recomendamos, además de nuestra obra *Homicidio simple*, especialmente ps. 70 y ss., a JIMÉNEZ

No corresponde aquí abordar cuestiones relacionadas con la culpa, propias de la Parte General, salvo en cuanto fuere necesario hacerlo por fines meramente didácticos. Recordemos, sí, que en nuestro derecho el delito culposo ha sido estructurado bajo la forma típica cerrada de imputación o de *numerus clausus*, esto es, que solo son culposos los delitos que como tales y sobre la base de ciertas exigencias, se hallan expresamente tipificados en la Parte Especial del Código Penal.

El sistema vigente permite estructurar el homicidio culposo sobre la base de cuatro formas específicas de la culpa: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.

El delito tiene previsto pena de prisión conjuntamente con la de inhabilitación especial, para cuyos efectos son de aplicación los arts. 20, 20 bis y 20 ter del Cód. Penal (agregados por la ley 21.338). La fuente de estos artículos es el proyecto de 1960, en el que se anota: "En vez de sancionar en cada caso de modo expreso la inhabilitación, el sistema adoptado responde a la naturaleza accesoria de esta sanción; se aplica sobre la base de la existencia de cualquier infracción, siempre que el delito se vincule con una esfera de derechos o deberes de los que son materia de inhabilitación o con el ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, y el hecho demuestre menoscropio, incompetencia o abuso".

La ley 25.189 (BO, 28/10/99) incrementó el máximo de la pena de prisión del primer párrafo del artículo a cinco años (tres años en el texto original) y agregó un segundo párrafo por medio del cual se aumenta la pena mínima de prisión prevista en el primer párrafo, a dos años, para aquellos supuestos en los que la conducta culposa causare dos o más víctimas fatales o el hecho fuera causado en oportunidad de la conducción de un vehículo automotor.

DE ASÚA, Luis, *Problemas modernos de la culpa*, "Rev. de Derecho Penal y Criminología", La Ley, 1968, nº 1; TERRAGNI, Marco A., *Homicidio y lesiones culposas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979; sobre la culpa en general, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo*, Jurídica de Chile, 1995.

§ 55. SISTEMAS DE LEGISLACIÓN DE LA CULPA EN EL DERECHO COMPARADO

JIMÉNEZ DE ASÚA²⁰⁸, a quien seguimos en este punto aunque con algunos aportes complementarios de investigación propia, ha realizado una exhaustiva investigación sobre los diversos sistemas existentes en los principales países de Europa y América para legislar sobre la culpa, de cuyo estudio resulta la siguiente clasificación:

1) Códigos que, sin definir la culpa en la Parte General, sancionan en la Parte Especial algunos delitos culposos. Dentro de este sistema pueden mencionarse, entre otros, el Código francés, el Código Penal argentino, el Código Belga, el Código holandés, el Código paraguayo, etcétera.

2) Códigos que se refieren a la culpa en la Parte General para hacer constar en ella, que los delitos culposos sólo se castigarán en aquellos casos taxativamente establecidos. Se mencionan, dentro de este sistema, al Código Penal húngaro, que prescribía que las acciones culposas solo pueden ser punibles en los casos expresamente previstos en la Parte Especial del Código; el Código Penal danés y el Código para Groenlandia. En el ámbito latinoamericano puede citarse al Código Penal del Perú, cuyo art. 12, párr. 2º, prescribe: "El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley. Del mismo modo, el Código Penal español establece en el art. 12 que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley". Puede citarse también el Código Penal del Paraguay como adscripto a este sistema.

3) Códigos que no definen la culpa en la Parte General, pero que enclavan en la Parte Especial una definición amplia. Son ejemplos de este sistema los códigos españoles a partir de 1848 en adelante y hasta la reforma de 1989. El ordenamiento español vigente, por el contrario, con la nueva formulación ha estructurado el delito culposo bajo el sistema de *numerus clausus*, sancionando como delito el homicidio imprudente solo cuando

²⁰⁸ *Problemas modernos . . .*, ps. 9 y siguientes.

es cometido por imprudencia grave (art. 142, inc. 1º), mientras que la imprudencia leve que causa la muerte de otra persona está prevista como falta en el art. 621-2, conminada con pena de multa de uno a dos meses. En la misma disposición del art. 142 están previstos también el homicidio imprudente cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, así como la hipótesis de imprudencia profesional. Por ello, ubicamos esta legislación en el sistema explicado en el número anterior. Sigue una orientación similar al modelo español, el Código Penal de Chile, cuyo Título X del Libro II, denominado "De los cuasidelitos" (arts. 490 a 493), describe en el art. 490 a la imprudencia temeraria con una definición idéntica a la del Código español anterior a la reforma de 1989.

4) Códigos que dan una definición de la culpa en la Parte General, y en la especial enumeran taxativamente los delitos culposos. Son ejemplos de este sistema, los códigos penales ruso soviético de 1960, italiano, suizo, brasileño, uruguayo, etcétera. El Código italiano dice, por ej. en el art. 43: "Elemento psicológico del delito", "El delito (...) es culposo, o contra la intención, cuando el evento, aún previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas". El Código Penal uruguayo, por su parte expresa, en el art. 19: "El hecho ultraintencional y el culpable solo son punibles en los casos determinados por la ley"; y en el art. 314, en el que tipifica el delito de homicidio culpable, dice: "el homicidio culpable será castigado con 6 meses de prisión a 8 años de penitenciaria". El Código Penal cubano de 1987 prescribe en el art. 9.3 que "el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto". El Código Penal para el Distrito Federal de México de 1931, establece en el art. 9º, párr. 2º, que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Entre nosotros, el proyecto de 1960 sigue este sistema. Dice el art. 20 del proyecto: "Obra con culpa el que produce un re-

sultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo". Decía SOLER en la nota del proyecto, que una definición general de la culpa evita que en la Parte Especial se haga necesario repetir la fórmula tantas veces como incriminaciones culposas haya.

§ 56. EL HOMICIDIO CULPOSO EN EL DERECHO ARGENTINO

El delito de homicidio culposo se halla estructurado en el Código Penal argentino, sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art. 84).

La ley 25.189 ha modificado parcialmente el artículo, introduciendo un segundo párrafo por el cual se agrava la pena mínima de prisión a dos años, en dos supuestos: cuando el obrar culposo haya producido dos o más víctimas fatales o el resultado acaecido sea la consecuencia directa del manejo de un vehículo automotor. Se trata de hipótesis alternativas que funcionan independientemente la una de la otra, pero si ambas fueren el resultado de un mismo obrar humano (por ej., producir la muerte de dos personas conduciendo un vehículo automotor), ellas no se multiplican, sino que la pena deberá ser graduada de acuerdo con la escala prevista en la norma.

No existe un concepto general de culpa, ni es posible deducirlo de las disposiciones legales. Sin embargo, como señala CREUS, la culpa no constituye un delito propio en sí mismo (que se puna la culpa por la culpa misma, *crimen culpeae*), sino que no cualquier delito atribuido en la ley a título de dolo, susceptible de recibir forma culposa, es punible por esta última *si* la misma no se encuentra expresamente prevista²⁰⁹. El homicidio culposo

²⁰⁹ CREUS, Carlos, *Sinopsis de derecho penal*, Zeus, Rosario, 1974, p. 125.

solo es punible por cuanto se halla expresamente prevista su punición en el art. 84, Cód. Penal.

Para nuestra ley, según el referido autor, la culpa aparece como una violación del deber de cuidado, el cual se estructura directamente sobre la previsibilidad del resultado típico; o sea, que el deber de cuidado existe en el caso dado, en tanto y en cuanto el autor haya podido prever la posibilidad del resultado típico²¹⁰. Es también la opinión de NÚÑEZ, para quien la conducta culposa, en cualquiera de las formas previstas por la ley, no es en sí misma imputable y punible. Para que lo sea, tiene que haber causado un resultado imputable a título de culpa, especie culpable que en su concepción integral se funda en la previsibilidad del daño²¹¹.

El tipo objetivo está dado por el verbo causar (la muerte de otro), que representa la acción material punible. La estructura de la acción en este delito admite tanto la comisión como la omisión impropia (comisión por omisión), no así la simple omisión, que se caracteriza por la irrelevancia del resultado. El hecho culposo sin resultado, afirma TERÁN LOMAS, es irrelevante para el derecho penal²¹².

Entre la acción y el resultado debe mediar un nexo de causalidad, una relación entre la conducta realizada y el resultado producido, sin interferencia de factores extraños, como es propio de todo delito cuya acción provoca una modificación en el mundo exterior. En el delito imprudente, subraya MUÑOZ CONDE, la acción imprudente solo se castiga si produce un resultado lesivo²¹³.

Diversas teorías han sido desarrolladas por la doctrina para resolver complejas cuestiones en el plano de la causalidad (por ej., la equivalencia de condiciones, causalidad adecuada, imputación objetiva, etc.), que no habrán de ser abordadas en este

²¹⁰ CREUS, Carlos, ob. cit., p. 125.

²¹¹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho*..., ps. 175 y ss.; SCHURMANN PACHECO, Rolando, *La culpa antirreglamentaria*, "Doctrina Penal", 1982, ps. 671 y ss.; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 1, ps. 537 y siguientes.

²¹² TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, p. 190.

²¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 21.

lugar por corresponder a la teoría general. Sin embargo, cabe poner de relieve, volviendo a MUÑOZ CONDE, que la relación de causalidad entre acción y resultado, o si se prefiere, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado es, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido²¹⁴.

De acuerdo a la posición dominante, subraya GONZÁLEZ RUS, la imprudencia es una cuestión tanto de injusto como de culpabilidad, por lo que la culpa requiere la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), la lesión o, en ciertos tipos, el peligro para el bien jurídico (desvalor de resultado) y la imputación objetiva del resultado.

El tipo subjetivo se satisface con la realización de las formas culposas previstas en la ley: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo²¹⁵. La "imprudencia" es el obrar ligero, precipitado o peligroso. Obra imprudentemente quien realiza un acto que las reglas de la prudencia aconsejan su abstención. Es un hacer de más, o como bien lo explica LEVENE (h.), un exceso de acción a lo cual se suma un defecto en la previsión del evento²¹⁶. La negligencia, por el contrario, es sinónimo de descuido, desatención, falta de precaución en el obrar. Obra negligentemente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja hacer. En la negligencia hay un defecto de acción y un defecto en la previsión del resultado. La impericia, también conocida como culpa profesional, configura un obrar deficiente de una profesión, arte u oficio. Implica una conducta gruesa, de proporciones considerables, inexperta o inhábil para el ejercicio de la actividad. En opinión de BETTIOL, la impericia no solo se presenta sustancialmente como una imprudencia calificada, sino como un caso de temeridad profesional, por ej., el médico cirujano que pretende ejecutar una operación difícil y riesgosa aun sabiendo que no está a la altura

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 22.

²¹⁵ BUOMPADRE Jorge E., *Homicidio . . .*, ps. 70 y siguientes.

²¹⁶ LEVENE (h.), Ricardo, *El delito . . .*, p. 354.

de su tarea²¹⁷. En suma, la impericia es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importa un desconocimiento de los procedimientos más elementales, por ej., el médico que equivoca el diagnóstico o comete fallos groseros de técnica operatoria²¹⁸. No obstante, cabe destacar, como enseña NÚÑEZ, que la impericia no se identifica necesariamente con cualquier error o ignorancia en el ejercicio de la actividad. No basta con decir, en el campo de la actividad médica, que hubo un error de diagnóstico para que haya culpa, sino que debe tratarse de un error que, cayendo fuera del marco de lo opinable y discutible, sea grosero e inadmisible por obedecer a una falta de saber mínimo²¹⁹.

Por último, la inobservancia de los reglamentos y deberes del cargo configura un supuesto de culpa punible que puede derivar de cualquier normativa de orden general emanada de autoridad competente (art. 77, Cód. Penal). Se trata de la inobservancia de disposiciones expresas (ley, reglamento, ordenanza, etc.) que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañinos²²⁰. Las reglas de acatamiento exigibles se hallan predeterminadas en disposiciones normativas reguladoras de la actividad o cargo de que se trate. El desconocimiento u omisión de ellas generan una hipótesis de responsabilidad culposa, en la medida que el obrar de ese modo causara un resultado típico. En síntesis, volviendo a GONZÁLEZ RUS, subjetivamente es preciso haber querido la conducta descuidada, no haber querido la producción del resultado y que hubiera sido posible haber actuado conforme al deber objetivo de cuidado (deber subjetivo de cuidado). Es preciso que se haya producido el resultado de muerte, pues en la imprudencia no cabe la tentativa, resultando punible únicamente la consumación.

²¹⁷ BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, "Parte General", Temis, Bogotá, 1965, p. 406.

²¹⁸ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos . . .*, ps. 94 y siguientes.

²¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, ps. 87 y siguientes.

²²⁰ ARTEAGA SÁNCHEZ, José, *La culpabilidad en la teoría del hecho punible*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, p. 155.

R) *Aborto*²²¹**§ 57. CONCEPTO DE ABORTO.
TEORÍA DE LA ANIDACIÓN**

El Código Penal argentino, como tantos otros ordenamientos, no define el aborto; solo se ha limitado a clasificar en distintas figuras tipos descriptivos de conductas destructoras de la vida humana en formación. La noción ha quedado librada a la doctrina y jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista, el aborto puede ser definido como la interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo.

¿Por qué exigimos la anidación del óvulo como acontecimiento previo a la configuración del aborto? Las razones son varias.

La problemática de la anidación surge como consecuencia de los avances de la moderna medicina, que puso en crisis la teoría tradicional de la fecundación, frente al debate suscitado acerca del límite mínimo del comienzo de la vida como objeto material del delito de aborto. Actualmente, la opinión predominante en el desarrollo teórico europeo entiende que el límite mínimo del delito de aborto está fijado a partir de la anidación del óvulo en el útero de la madre (BAJO FERNÁNDEZ, MUÑOZ CONDE, BUSTOS RAMÍREZ, GARCÍA VITORIA, LAURENZO COPELLO, COBO DEL ROSAL, CARBONELL MATEU, LUTTGER, ROXIN, etc.).

La exigencia de la anidación como punto de partida del proceso de gestación y, por consiguiente, del proceso de aborto, significa una real y eficaz protección jurídico-penal de la persona por nacer, pues es solo a partir de esa circunstancia que puede afirmarse con cierto grado de exactitud el comienzo de la vida. En tanto no se produzca la fijación del huevo fecundado en la matriz, no podría afirmarse inequívocamente la existencia de

²²¹ Para un desarrollo más completo de los distintos problemas de orden general que plantea el aborto, véase nuestra obra *Estudio sobre el aborto*, UNNE, Chaco, 1989.

un embarazo cuya interrupción sea abortiva. La protección penal antes de la anidación, como pone de relieve ROXIN, se asentaría en gran parte en lo imaginario²²². Estrictas razones de seguridad jurídica, propias de un estado de derecho, aconsejan la adopción de este criterio.

En favor de la teoría de la anidación se han expuesto, entre otros, los siguientes argumentos:

a) Hasta el momento en que ocurre la anidación, el embrión no tiene contacto fijo con el organismo materno, motivo por el cual solo existe un 50 % de probabilidad de su implantación en el útero y otro 50 % que, por causas naturales, no llegue a anidarse. Por ello, si toda destrucción del óvulo fecundado fuera aborto, surgiría el problema de demostrar, precisamente, si ese óvulo fecundado murió como consecuencia de maniobras abortivas o por causas naturales.

b) Si se admitiera que la vida tiene comienzo con la fecundación habría que considerar aborto la destrucción del óvulo fecundado en el laboratorio (fecundación *in vitro*), como también la interrupción del embarazo uterino.

c) La teoría de la anidación amplía el campo de acción de los medios anticonceptivos, cuya irrelevancia penal —destaca MUÑOZ CONDE— se deduce de que no inciden en la vida ya surgida. Precisamente, uno de los medios anticonceptivos más utilizados es el dispositivo intrauterino (DIU), que actúa evitando la anidación del óvulo fecundado²²³. En este mismo sentido, subraya LAURENZO COPELLO, que de fijarse el comienzo de la protección penal en la fecundación, la utilización de dispositivos intrauterinos (DIU) como medios de control de la natalidad quedaría

²²² ROXIN, Claus, *Problemas básicos de derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 75. Confr. los argumentos de este autor y de otros más en BUOMPADRE, Jorge E., *Estudio . . .*, p. 27, nota 63. En opinión de CORO DEL ROSAL y CARRONELL MATEU, el límite mínimo del objeto material del aborto está dado por el momento de la anidación, antes del cual no puede hablarse propiamente de vida en formación. El comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan solo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte —señalan—, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción ("El aborto en el Código Penal español", en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989).

²²³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho . . .*, ps. 86 y siguientes.

comprendida dentro de las conductas prohibidas por la norma ya que, como es sabido, dichos dispositivos no impiden la concepción sino la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. A todo esto, agrega que, de admitirse la protección penal del *nasciturus* a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer solo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido²²⁴.

De manera entonces, que en el período que termina en el preciso momento es que se produce la anidación (calculado científicamente entre 7 y 14 días después de la fecundación), solo cabrá responsabilidad penal por las consecuencias remanentes que la acción abortiva pudo haber causado (por ej., lesiones, muerte, etc.). Ahora bien, el momento en que la conducta punible deja de ser aborto para configurar un homicidio está dado por el nacimiento de la persona. Producido este, solo es concebible un homicidio; antes, solo aborto.

²²⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 80 y siguientes. En opinión de Juan-Felipe HIGUERA GUIMERÀ, el desarrollo embriológico tiene tres fases distintas, diferenciables biológicamente: 1) Una primera fase sería el llamado embrión pre-implantatorio o preembrión que corresponde a la fase de "preorganogénesis", y que puede definirse como "grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde cuando anida establemente en el interior del útero materno". Esta terminología es aceptada por los Consejos europeos de investigación de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), y por la Recomendación 1046 del Consejo de Europa. 2) Embrión posimplantatorio o embrión, que puede definirse como la fase de desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de unos dos meses y medio más. Es lo que corresponde a la fase denominada embrión posimplantatorio, es decir, el óvulo fecundado cuando han transcurrido los 14 días desde su fecundación. 3) Finalmente, el feto es la fase más avanzada del desarrollo embriológico con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente preparándose para superar su viabilidad y autonomía después del parto (*El derecho penal y la genética*, Trivium, Madrid, 1995, ps. 113, 195 y ss.).

§ 58. DEBATE SOBRE EL ABORTO

Desde antiguo se debate en torno al aborto con argumentos de la más variada naturaleza, lo que ha provocado, como es de suponer, una larga e interminable discusión. Tal vez una estéril discusión. Por un lado están los que propugnan la impunidad del aborto sobre la base de un pretendido derecho de la mujer a interrumpir su embarazo libremente, y por otro lado están quienes, invocando el carácter de valor absoluto de la vida humana, pretenden la incriminación de toda forma de aborto. Pareciera ser que toda la discusión gira en torno a un conflicto de intereses entre el derecho a la vida del ser en formación y los derechos personales de la mujer.

Modernamente, sin embargo, se considera que, teniendo en cuenta las consecuencias negativas del aborto, el dilema no está, en la práctica, entre la continuación del embarazo o su interrupción médica, sino más bien entre intervención médica o maniobras abortivas clandestinas²²⁵, o como destaca BARBERO SANTOS –haciendo referencia a aquellos países que han adoptado la tesis desincriminadora– la discusión no gira en torno a la despenalización o no del aborto, sino más bien en cómo habrá de llevarse a cabo esa despenalización²²⁶.

De todas maneras, en defensa de la libertad para abortar se invocan razones que, si bien no son nuevas, aún mantienen estricta actualidad:

1) El derecho de la mujer a disponer libremente de su cuerpo. El feto es, para esta doctrina, una parte del cuerpo de la madre, un episodio de su vida, que pertenece a sus propias entrañas y, por lo tanto, puede destruirlo de la misma manera como puede hacer uso de su derecho al suicidio. Esta teoría no es más que la aplicación del antiguo criterio romano que consideraba al feto *pars viscerum matris* (parte de las vísceras de la madre).

²²⁵ HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal*, Lima, 1982, p. 167.

²²⁶ BARBERO SANTOS, Marino, *Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental*, "Doctrina Penal", 1985, p. 604.

2) El concebido no es un bien jurídico individual, sino un interés de la comunidad, que solo en ciertos casos puede ser protegido. La vida del feto no representa un interés ético o familiar, sino un interés demográfico. La teoría, si bien tiene sus raíces en Cicerón, ha sido propugnada en Alemania, entre otros, por von Ihering, Kohler, Merkel, von Liszt, Radbruch, etcétera²²⁷.

3) La amenaza penal es impotente para evitar los abortos, lo que se demuestra, no solo a través de las estadísticas criminales, sino en el propio consenso tácito de la gente que no tiene interés en denunciar el hecho sino más bien ocultarlo.

4) La ley que reprime el aborto es una ley de excepción contra el proletariado. Esta postura parte de la base de que las mujeres pertenecientes a las clases acomodadas tienen mayores posibilidades y oportunidades para evitar la aplicación de la ley, la que recae, con todo su rigor, entre las mujeres de la clase trabajadora. Estas razones llevaron al legislador soviético a declarar la impunidad del aborto en los códigos penales de 1922 y 1926.

Entre las razones que se invocan para sostener la incriminación del aborto, pueden destacarse: a) el peligro que representa para la vida y la salud de la madre²²⁸; b) el creciente índice de disminución de la natalidad debido al formidable aumento del aborto criminal (consideración de política demográfica), y c) el principio de respeto absoluto de la vida humana, sostenido tradicionalmente por la Iglesia Católica.

§ 59. ELEMENTOS COMUNES A LOS TIPOS DE ABORTO

Son presupuestos del delito de aborto:

1) Estado de embarazo o preñez. Debe existir una mujer realmente embarazada, lo cual presupone la presencia de un feto. Existe preñez desde que el semen viril fecunda el óvulo

²²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Losada, Buenos Aires, 1942, ps. 328 y siguientes.

²²⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, "El aborto criminal", en *Tres temas penales*, Bosch, Barcelona, 1955, ps. 36 y siguientes.

femenino y este anida en la matriz. Por lo tanto, queda descartado el falso embarazo (o embarazo aparente). Carece de relevancia que al embarazo se llegue a través de un proceso natural o por inseminación artificial, quedando excluidos los casos de fecundación *in vitro* aun en fase de laboratorio. La ingestión de productos anticonceptivos o el empleo de otros medios tendientes a evitar el embarazo, se encuentran al margen del Código Penal.

2) Vida y muerte del feto. El feto debe estar con vida en el momento en que se producen las maniobras abortivas, sin que importen sus condiciones de viabilidad. En la doctrina española se exige, como requisito del objeto material del delito de aborto, la viabilidad intrauterina del producto de la concepción, esto es, la capacidad de desarrollo fisiológico para nacer vivo, pero no su viabilidad extrauterina, entendida esta como la capacidad orgánica para vivir separado del claustro materno²²⁹. La tesis, entre nosotros, no tendría cabida, pues el feto, por más inviable que sea (por otra parte, estado de muy dudoso pronóstico), tiene protección legal y su destrucción configura el delito que estamos analizando. Idéntica conclusión cabe para los casos de embarazos ectópicos, en los que el óvulo fecundado anida y se desarrolla fuera de la cavidad uterina y cuyo producto se considera no viable²³⁰.

Al resultado muerte se puede llegar —señala LAJE ANAYA— porque la persona por nacer ha muerto en el vientre de la madre, o ha sido privada de la vida en la expulsión o a consecuencia de ella, mediante un procedimiento abortivo²³¹. La muerte del feto antes de la acción abortiva (lo cual debe considerarse como feto inexistente), así como los casos de embarazos aparentes, plantean cuestiones de gran interés doctrinario. Algunos autores, en situaciones como estas, se pronuncian por la aplicación del delito imposible en grado de tentativa (SOLER, FONTÁN BALESTRA, GAVIER, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, etc.). Para NÚÑEZ, en cambio, el hecho resulta impune, salvo los daños remanentes que puedan

²²⁹ Confr. por todos BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 125.

²³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 126; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual* . . . , p. 59.

²³¹ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 56.

haberse causado a la mujer²³². Para TERÁN LOMAS, en opinión que compartimos, se está frente a una hipótesis de falta de adecuación típica²³³. La ausencia de un elemento típico (en el caso, feto vivo) elimina el delito como tal, postura sostenida también en el plano comparado, en el que se rechaza casi en general la tesis del delito imposible.

En cuanto a los medios para causar la muerte del feto, cualquiera es admisible, sean físicos, químicos o psíquicos. El aborto es un delito de lesión, de resultado material e instantáneo. Puede cometerse por acción o por omisión (comisión por omisión u omisión impropia). La tentativa es posible, y también todas las formas de participación criminal.

Sujeto activo, en principio, puede ser cualquier persona, salvo en aquellas hipótesis en que la ley exige una calidad o condición especial para ciertas formas de participación o autoría, por ej., el aborto profesional (art. 86, párr. 1º) o el aborto de la propia mujer (art. 88).

Sujeto pasivo es el feto. La discusión que se plantea en el ámbito de la doctrina extranjera sobre si el sujeto pasivo debe ser el feto, la comunidad, la madre o algún otro interés (por ej., demográfico, familiar, etc.), carece de relevancia entre nosotros, por cuanto la generalidad admite la opinión que exparemos en el texto.

Todas las formas de aborto previstas en la ley son dolosas, de dolo directo. El dolo eventual solo resulta admisible en el llamado aborto preterintencional del art. 87, Cód. Penal. El aborto culposo carece de tipificación penal.

El delito se consuma con la muerte del feto, sea que ella se produzca en el seno materno o como consecuencia de su expulsión. Lo importante es que se trate de un aborto provocado. El aborto natural o espontáneo no es punible.

§ 60. LOS TIPOS DELICTIVOS

a) *Aborto causado por un tercero.* — El art. 85 establece: “*El que causare un aborto será reprimido:*

²³² NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 168.

²³³ TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 200.

"1. con reclusión o prisión de 3 a 10 años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta 15 años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

"2. con reclusión o prisión de 1 a 4 años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a 6 años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

La descripción legal contempla una clase de aborto común que se caracteriza por un doble aspecto: por un lado el consentimiento (que debe ser prestado por la mujer), que solo tiene relevancia a los fines punitivos, por cuanto su ausencia determina nada más que un sensible aumento de la penalidad. Por otro lado, cualquiera sea la hipótesis de aborto (con o sin consentimiento), la muerte de la mujer funciona como agravante. En ambos supuestos, el autor del delito debe ser un tercero, aunque la mujer realice actos de coautoría.

El consentimiento, o su ausencia, constituye un elemento del tipo, según cuál sea la clase de aborto. El aumento de la pena para casos de falta de consentimiento, solo es aplicable al autor. El consentimiento puede ser expreso (verbal o escrito) o tácito, pero no presunto. Carece de toda relevancia el acuerdo obtenido mediante violencia, coacción o engaño, lo cual configura un supuesto de falta de consentimiento. El permiso debe ser jurídicamente válido, esto es, que debe ser prestado por quien tiene la capacidad legal para otorgarlo. Esta capacidad no es la civil (21 años), sino la penal (imputabilidad penal). La mujer debe tener 16 años cumplidos y no estar afectada por alguna de las causales del inc. 1º del art. 34, Cód. Penal.

El aborto se agrava, mediare o no el consentimiento, cuando muere la mujer que ha sido sometida a maniobras abortivas. La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante se tipifica de la siguiente manera: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo) al que se añade la muerte de la mujer. Dados estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 en su tipo calificado. Se trata, como subraya MUÑOZ CONDE frente a una disposición similar en el Código Penal español, de un delito calificado por el resultado, en el que el resultado cualificante

no es necesario que sea abarcado por el dolo del autor²³⁴. Cabe destacar, sin embargo, que la opinión de este autor hacía referencia a la fórmula vigente del Código Penal anterior a la reforma de 1995. En la actualidad se sostiene que si a consecuencia de las maniobras abortivas sobreviene la muerte de la mujer, se dará un caso de incierto ideal entre el delito de aborto y el de homicidio, doloso o culposo según corresponda.

Ahora bien, si se tratara de una hipótesis de inexistencia de embarazo o el feto ya estuviera muerto al momento de ejecutarse la acción abortiva, la cuestión deja de ser uniformemente interpretada. Un sector doctrinario niega, en estos supuestos, la aplicación del art. 85. Es la tesis de SOLER, FONTÁN BALESTRA, ODERIGO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, etc., para quienes, si la muerte se produce como consecuencia de maniobras abortivas sobre una mujer no encinta, el hecho constituye una tentativa de aborto imposible en concurso con homicidio culposo²³⁵. Esta opinión requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer. Para NÚÑEZ y GAVIER, en cambio, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85, por cuanto esta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto en su forma tentada o imposible²³⁶. NÚÑEZ explica que, al decir la ley “si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”, la palabra “hecho” debe ser interpretada, no como aborto consumado, sino como maniobras abortivas (que pueden abarcar solo la tentativa). La agravante no se extiende solamente el delito (aborto) consumado, sino también a su tentativa. Lo decisivo, dice NÚÑEZ, es la finalidad del autor (dolo de aborto) en relación con el resultado producido, sea este consecuencia de un aborto (consumado) o de actos de ejecución de un aborto (tentativa). Por lo tanto, para esta posición doctrinaria, si se realizaron maniobras abortivas con la intención de matar al feto (dolo de aborto), aunque este no haya existido o la mujer no haya estado embarazada y como consecuencia de esas maniobras se produce la muerte de la mujer, el hecho tipifica el delito de aborto agravado en

²³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 95.

²³⁵ Por todos FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento . . .*, ps. 220 y siguientes.

²³⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, ps. 170 y siguientes.

los términos del art. 85. De otra opinión es TERÁN LOMAS. Para este autor la hipótesis encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae –lesiones– es delictiva en sí misma²³⁷.

No compartimos ninguno de los criterios expuestos. Desde nuestro punto de vista, la acción abortiva ejecutada sobre una mujer no embarazada o con feto muerto y cuya consecuencia produce la muerte de la misma, configura una hipótesis de muerte culposa encuadrable en el tipo del art. 84, Cód. Penal. Veamos nuestros argumentos:

a) La figura del delito imposible debe quedar descartada –como bien se ha puesto de relieve en nuestra doctrina– en casos de inidoneidad del objeto o del sujeto pasivo²³⁸. Si la mujer no está embarazada o el feto está muerto, por más que se quiera causar un aborto a través de una acción abortiva, esta será atípica porque no puede matarse algo que no existe y, por lo tanto, no puede producirse el resultado típico.

b) Cuando el art. 85, Cód. Penal hace referencia al hecho seguido de la muerte de la mujer, creemos con FONTÁN BALESTRA que se está refiriendo al aborto –como delito tentado o consumado– y no solo a maniobras abortivas²³⁹. Claro está que la redacción empleada por la ley no ha sido del todo feliz, pero de tal imperfección no puede inferirse que no ha querido hacer referencia al tipo consumado o tentado de aborto, más aún cuando la propia circunstancia agravante se encuentra tipificada en la misma disposición de la figura básica. El aborto agravado por el resultado muerte será de aplicación cuando el autor haya cometido el tipo de aborto consumado, con todos sus elementos, y, como consecuencia del mismo, muera la mujer. Si las maniobras

²³⁷ TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 204 y siguientes.

²³⁸ Confr. por todos PESSOA, Nelson, *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, ps. 105 y siguientes.

²³⁹ Como piensa NÚÑEZ. Adviértase que este autor exige, para la configuración del aborto, que concurran los siguientes elementos: mujer embarazada, existencia del feto y muerte del mismo (*Derecho...*, ps. 162 y 163). Además, caracteriza al aborto como un delito material, en el cual “el núcleo reside en la causación de la muerte del feto y no en las maniobras abortivas” (ps. 161 y 162).

abortivas se realizan pero no llegan a producir la muerte del feto, por circunstancias extrañas a la voluntad del agente y, no obstante muere la mujer, la acción abortiva que causa la muerte de esta encuadrará, del mismo modo, en la figura agravada que estamos examinando. Si falta un elemento del tipo básico (embarazo en la mujer o feto inexistente), la acción abortiva que causa la muerte de la mujer encuadrará en la figura del homicidio culposo del art. 84, Cód. Penal. Pensamos que estamos frente a una clara hipótesis de culpa por imprudencia o impericia –según cuáles hayan sido las circunstancias particulares del caso–. La acción abortiva implica, por sí misma, un acto temerario, arriesgado y peligroso para la incolumidad física de la persona, por lo que la muerte consecuente de ese obrar imprudente o inhábil debe ser atribuido al agente a título de culpa. Nuestra posición ha sido seguida por el profesor DONNA en su reciente obra *Derecho penal*.

c) La tesis del homicidio preterintencional tampoco puede ser aceptada. Sujeto pasivo del aborto es el feto, no la mujer, de manera que si aquel no existe no puede haber delito de ninguna clase, salvo la imputación por el resultado remanente causado. La postura que estamos analizando puede llevar a la siguiente inconsecuencia: si no se produce la muerte de la mujer, pero sí resultados lesivos, el hecho no sería delictivo ya que en el Código Penal argentino las lesiones preterintencionales carecen de tipificación. En cambio, la tesis del delito culposo que propugnamos sí sería posible, pues dicho resultado encuadraría en el tipo de lesiones culposas del art. 94, Cód. Penal. Las lesiones (dolosas o culposas) no pueden quedar absorbidas por el aborto, como piensa NÚÑEZ, porque al faltar un elemento del tipo básico (el feto) no puede tipificarse el mismo. Por lo tanto, al no existir aborto, nada puede ser por él absorbido. Insistimos, el resultado previsible (muerte de la mujer) pero no querido, debe serle imputado al autor a título culposo.

b) *Aborto profesional punible*. — El art. 86, párr. 1º, establece: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos

que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo".

Solo pueden cometer este delito las personas taxativamente mencionadas en el texto legal. Por lo tanto, quedan excluidos aquellos que tienen vinculación con el arte de curar pero no están expresamente enumerados, por ej., enfermeros, practicantes, etcétera. La doctrina es pacífica en sostener que se trata de una disposición que constituye una modificación a los principios comunes de la participación criminal. Se produce, como destaca LÓPEZ BOLADO, una derogación de las reglas generales estableciéndose una complicidad típica, por cuanto se identifica —mediante el monto de la pena— al simple partícipe secundario (que normalmente tendría sanción atenuada) con el autor principal²⁴⁰. Además de la pena correspondiente al tercero, se le aplica al autor la pena conjunta de inhabilitación por doble tiempo que el de la condena.

Se trata de un delito especial propio, por cuanto es exigible en el autor una cualidad específica.

El profesional que causa el aborto o coopera en su realización, debe actuar abusando de su ciencia o arte, esto es, con malicia. Para la jurisprudencia española, cuya posición bien puede ser aplicable entre nosotros, hay abuso en el arte cuando los conocimientos técnicos del facultativo se ponen a disposición de la finalidad delictiva²⁴¹. La cooperación a que hace referencia la ley puede ser física o psíquica.

c) *Aborto causado por la propia mujer. Tentativa.* — El art. 88 establece: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".

La disposición contempla dos figuras: el aborto causado por la propia mujer y el consentimiento dado por ella para que un tercero lo practique.

En el primer supuesto, el autor es la propia mujer, que es quien ejecuta el aborto. En el segundo, el artículo solo declara —como subraya AQUINO— la pena que debe aplicarse a la mujer

²⁴⁰ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos . . .*, p. 125.

²⁴¹ Citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 145.

que consiente que se practiquen sobre ella las maniobras abortivas que darán lugar al aborto²⁴². Esta última figura debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del art. 85, inc. 2º, Cód. Penal. El art. 88 abarca un caso de delito de acción bilateral²⁴³, pues requiere la acción conjunta del tercero que practica el aborto (art. 85) y de la mujer que presta el consentimiento (art. 88).

La tentativa de aborto de la propia mujer no es punible. Se trata de un excusa absolutoria establecida en su favor, aunque también se extiende a los terceros que han participado con actos de complicidad secundaria en el aborto tentado²⁴⁴. La excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta: evitar el escándalo que significaría un proceso judicial frente a un hecho que solo queda en la intimidad de la mujer y que no tiene ninguna repercusión social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.

d) *Aborto preterintencional.* — El art. 87 establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

Son elementos de este delito: a) el ejercicio de violencia, física o psíquica, sobre el cuerpo o dirigida hacia la mujer; b) una mujer en estado de embarazo; c) que ese estado le conste al autor (conocimiento asertivo del mismo, aunque no fuere visible) o sea notorio (manifiesto para la generalidad de los individuos, no solo para el autor); d) la muerte del feto, o sea, que se cause un aborto (no su tentativa) como consecuencia del empleo de violencia (relación causal entre el acto violento y el resultado

²⁴² AQUINO, Pedro B., en *Manual de derecho penal*, “Parte Especial”, dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 112.

²⁴³ Así TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208.

²⁴⁴ En contra TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208; AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 112. Para LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 67, no se trata de un excusa absolutoria, sino de una causal de impunidad, semejante al art. 34, Cód. Penal, porque la tentativa de la mujer no es delito. Sin embargo, si lo ejecutado por la mujer es una tentativa, pareciera ser que se hace referencia a una “tentativa de delito” o delito imperfecto, siempre delito al fin.

muerte del feto), y e) inexistencia de dolo de aborto por parte del autor.

Se discute en doctrina la naturaleza subjetiva de esta figura.

Para un sector de opinión, estaríamos ante un caso de aborto culposo (PECO, DÍAZ, ODERIGO, RAMOS, RICHI, etc.), ya que la violencia, aunque ilícita (?), no constituye en sí misma delito y su empleo causa un resultado imprudente. Fue esta también la tesis sustentada por quien fuera maestro de generaciones de alumnos (y de quien esto escribe) en nuestra Facultad de Derecho, profesor GALLINO YANZI. Para RAMOS MEJÍA se trata de una hipótesis de sucesión de dolo y culpa, esto es, un primer tramo que responde a una acción dolosa (la violencia) que es lo querido por el agente, y un resultado (el aborto) que no es querido pero que ha sido producido por culpa, en este caso consciente porque el embarazo de la paciente es notorio o le consta al autor²⁴⁵. FONTÁN BALESTRA lo considera un aborto preterintencional, al igual que SOLER, TERÁN LOMAS, NIEVA²⁴⁶ y CARRERA²⁴⁷. Esta es la tesis que también propone AQUINO, pero admitiendo, al mismo tiempo, la forma culposa²⁴⁸. Para GÓMEZ es un aborto doloso pero de dolo indirecto²⁴⁹. BUSTOS RAMÍREZ, GRISOLÍA y POLITOFF, con cuya opinión coincide DONNA, entienden que se trata de un supuesto que abarca un obrar doloso (violencia) en contra de la mujer y, con respecto al aborto, puede ser doloso o culposo. Por último, otro sector doctrinario encuadra el delito en la tipicidad dolosa, pero con exclusión del dolo indirecto y de toda forma de culpa, aceptando, a la vez, la figura preterintencional (NÚÑEZ).

Nosotros creemos, coincidiendo con LÓPEZ BOLADO, que estamos ante un caso de aborto doloso, pero de dolo eventual²⁵⁰. Al estar la violencia dirigida contra la mujer, no contra el feto,

²⁴⁵ RAMOS MEJÍA, Enrique, "La responsabilidad penal por otro resultado más grave", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 304 y siguientes.

²⁴⁶ Por todos TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 209 y ss., y t. II, ps. 36 y siguientes.

²⁴⁷ Notas al libro de Marcello FINZI, *El delito preterintencional*, Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 178 y siguientes.

²⁴⁸ AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 111.

²⁴⁹ GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., t. 2, p. 143.

²⁵⁰ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos...*, p. 130.

no puede configurarse la forma culposa. La culpa, dice NÚÑEZ, no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer. Por otra parte, agregamos nosotros, si el legislador hubiera querido configurar este tipo de aborto a título de culpa, lo hubiera así tipificado expresamente, como lo hizo con otras figuras culposas, más aún si no perdemos de vista el sistema de *numerus clausus* escogido por el Código Penal argentino para sancionar los tipos culposos. De otra manera, con un criterio tan amplio, podríamos considerar la posibilidad culposa frente a cualquier delito, lo cual conspiraría contra todo sistema racional de ordenación delictiva. La tesis del dolo directo tampoco resulta aceptable, no solo porque generaría confusión con la forma común del aborto, sino porque la propia descripción legal lo excluye (*"sin haber tenido el propósito de causarlo"*, dice el art. 87). Con respecto a la figura preterintencional tampoco la consideramos probable, pues, si bien es cierto que ella requiere una acción inicial dolosa (admitiendo que la violencia es dolosa), el resultado final debe ser culposo, lo que no sucede con el tipo del art. 87, que exige también un acontecimiento final doloso (si bien no directo), por cuanto el autor, al emplear la violencia contra la mujer, lo hace asintiendo en la posibilidad real de causar un aborto, en definitiva lo quiere. Hay dolo eventual. Se trata de un caso en que el autor, no obstante advertir (o conocer) el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible (el aborto) si ejerce la violencia, no le importa dicho resultado (lo menosprecia), no se detiene en su actuar, ejecuta el acto violento y provoca el aborto. Estamos ante una hipótesis de dolo eventual.

§ 61. ABORTO PROFESIONAL IMPUNE

El artículo 86, párrafo 2º, establece: *"El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible."*

"1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

"2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este

caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

El texto fue introducido por la Comisión del Senado sobre la base del Proyecto suizo de 1916, conocido en la Argentina a través de un artículo que Luis JIMÉNEZ DE ASÚA publicara en Madrid en 1918, bajo el título *La política criminal en las legislaciones europea y norteamericana*.

En lo que interesa destacar de la disposición, ella contempla dos hipótesis de impunidad: *a) el aborto médico o terapéutico, y b) el aborto eugenésico.* En ambos casos, el aborto debe ser practicado por un médico diplomado, esto es, por quien ha obtenido el título universitario respectivo y se encuentra en condiciones de ejercer la profesión de acuerdo con los requerimientos administrativos que son de obligatorio cumplimiento (matrículación). Están excluidos otros profesionales del arte de curar (por ej., parteros) o aquellos que están vinculados a la medicina pero no son médicos (por ej., enfermeros, practicantes, farmacéuticos, etc.). Además, la mujer debe estar embarazada y debe haber prestado su consentimiento para el aborto.

*a) Aborto terapéutico*²⁵¹. — La normativa contempla, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud. La ley 21.338 de 1976 agregó al texto el adjetivo grave para caracterizar el peligro, pero, aunque la redacción actual no lo prescriba, entendemos que la interpretación debe hacerse en dicho sentido. No se trata, dice NÚÑEZ, de resguardar daños insignificantes o intrascendentes²⁵².

*b) Aborto eugenésico*²⁵³. — El texto dio origen a una dilatada controversia en la doctrina, que aún no ha finalizado. Por un lado, están aquellos que han visto en la disposición solo un

²⁵¹ Véase más detalladamente esta indicación en mi obra *Estudio . . .*, ps. 72 y siguientes.

²⁵² NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, p. 341.

²⁵³ Véase más detalladamente esta indicación en mi obra *Estudio . . .*, ps. 74 y siguientes.

supuesto de aborto eugenésico (doctrina monovalente), interpretando que las dos expresiones empleadas en la ley –violación y atentado al pudor– hacían referencia, como víctima de la agresión, a una mujer idiota o demente. Esta postura excluye, como es de suponer, el denominado aborto sentimental o ético del texto de la ley. Son sus partidarios, entre otros, NÚÑEZ, PECO, FINZI, DAIEN, CABALLERO, LÓPEZ LASTRA, AQUINO, TERÁN LOMAS, etcétera. Por otro lado, están quienes ven en el art. 86, inc. 2º una figura comprensiva del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugenésico (caso de atentado al pudor sobre mujer idiota o demente) –doctrina polivalente–. La tesis está sostenida, entre otros, por JIMÉNEZ DE ASÚA, RAMOS, MOLINARIO, SOLER, GHIONE, FONTÁN BALESTRA, GÓMEZ, etcétera.

La disposición fue tomada casi textualmente (excepción hecha del incesto) del proyecto suizo de 1916, pero, curiosamente, en aquel país no se convirtió en ley. El Código Penal federal suizo de 1937 (en vigencia desde 1942), por el contrario, eliminó la figura, y en su lugar insertó una cláusula genérica de atenuación libre de la pena, en estos términos: “Si el embarazo ha sido interrumpido a causa de otro estado de angustia grave en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar libremente la pena”. Como puede apreciarse, los senadores argentinos –como suele ser costumbre en este país– copiaron un texto extraño, polémico e innecesario, inclusive desechado en el país de origen. Esto les sucede, como dice RAMOS, a los que copian sin saber lo que copian²⁵⁴.

PECO ha sido quien expuso, con gran acierto, los más claros y terminantes argumentos en pro de la tesis restrictiva²⁵⁵. Decía el profesor:

1) Si el Código argentino hubiera querido hacer referencia a la violación de mujer sana (aborto sentimental), hubiera puesto una “coma” entre las palabras “violación” y “atentado al pudor”.

2) El propósito que inspira el artículo no se funda en motivos de escrupulo personal en favor de la abortada, sino en razones de selección eugénica en favor de la sociedad. Decía PECO que la

²⁵⁴ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad . . .*, p. 352.

²⁵⁵ Para mayores detalles sobre esta polémica, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob. cit., ps. 349 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento . . .*, ps. 234 y siguientes.

sociedad podrá tener interés en destruir el germen de una vida procedente de una idiota, pero no tiene interés eugenésico en la destrucción de una esperanza de vida de una mujer rozagante y lozana, víctima de la luxuria de un desenfrenado.

3) La exposición de motivos se refiere exclusivamente a la violación cometida sobre mujer idiota o demente.

4) La frase "en este caso se requiere el consentimiento del representante legal" empleada en el Código carecería de sentido si se tratara de la violación de una mujer sana mayor de edad.

5) El atentado al pudor, según nuestra doctrina, excluye la cópula, por lo que no puede dar lugar a la concepción de un hijo.

La polémica llegó a su fin con la sanción de la ley 17.567 de 1968, que introdujo un nuevo texto, reproducido por la ley 21.338 de 1976, ambas inspiradas en el pensamiento de SOLER, con la siguiente redacción: el aborto no es punible: 2) "Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal".

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 86, se dejaba en claro que el texto hacía referencia al aborto sentimental cuando el embarazo provenía de una violación a una mujer normal y era practicado de acuerdo a las condiciones exigidas por la ley, y, por incidencia, al aborto eugenésico cuando la víctima de la violación era una mujer idiota o demente.

La sanción de la ley de reformas 23.077 en 1984, al derogar nuevamente la disposición, volvió las cosas a su estado anterior y, consecuentemente, a la antigua polémica.

En un trabajo, TERÁN LOMAS²⁵⁶ hace la siguiente observación, que entendemos merece destacarse para poner punto final al tema: "Al verse obligado SOLER a resolver la cuestión a través de la introducción de un nuevo texto en el decreto ley 17.567 –decía el que fuera profesor de la Universidad del Litoral–, no ha significado otra cosa que admitir la tesis contraria y dar la razón a NÚÑEZ", esto es –agregamos– que el art. 82, inc. 2º, en su versión originaria, ha receptorado solo el aborto eugenésico.

²⁵⁶ TERÁN LOMAS, Roberto A., *El aborto de la mujer víctima de violación*, JA, t. 29, p. 453, nota 2.

La jurisprudencia de nuestros tribunales, si bien oscilante en este punto, en general sostiene la tesis restringida. En este sentido se ha resuelto que “la norma contenida en el art. 86, inc. 2º, Cód. Penal, legitima el aborto cuando el embarazo proviene del acceso carnal mantenido con una enferma mental, cualquiera fuere la denominación científica de la dolencia, que precisamente por esa circunstancia no ha podido válidamente prestar su consentimiento para el acto sexual. El art. 86, inc. 2º solo ampara el aborto practicado en una mujer idiota o demente, excluyendo al mismo tiempo, en consecuencia, el llamado aborto sentimental. Si únicamente la interrupción del embarazo es lícita, legítima o válida en alguna de las hipótesis del inc. 2º del art. 119, precisamente la de la mujer idiota o demente del art. 86, no puede sino concluirse en que lo eugenésico o eugénico es el arco de bóveda de la norma. Así, la causa de justificación solo operará cuanto esté en juego la posibilidad cierta de transmisión hereditaria del mal padecido por la madre potencial”²⁵⁷.

§ 62. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ABORTAR

El Código Penal no contiene ninguna disposición que haga referencia al tema en cuestión. La práctica del aborto en las circunstancias del art. 86 solo requiere la concurrencia de las condiciones exigidas por la norma, esto es, dadas las circunstancias para el aborto terapéutico o eugenésico, es necesario que lo pratique un médico diplomado, con el consentimiento de la embarazada (o del representante legal, en el caso). La autorización judicial no es necesaria como condición previa para el aborto, ni el juez está obligado a intervenir frente a una petición expresa en tal sentido. El juez, sea del fuero penal o civil, carece de competencia para decidir una cuestión de esta naturaleza. La decisión para abortar, en estos casos, pertenece al ámbito privado del individuo, sin que ello importe compromiso alguno para el orden público ni para los derechos de terceros.

²⁵⁷ Juz. nº 2, 1^a Instancia en lo Penal, Mendoza, JA, t. 1989-III, p. 352.

CAPÍTULO II

LESIONES

§ 63 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de lesiones se hallan ubicados en el Capítulo II, Título I (arts. 89 a 94, Cód. Penal), bajo una denominación común, "lesiones", sin que se haga ningún tipo de referencia al bien jurídico tutelado. Sin embargo, encontramos un punto de partida en el propio concepto de lesión que nos brinda el art. 89 del Cód. Penal, al decir que "*lesión es todo daño en el cuerpo o en la salud de otro*". De manera, entonces, que el bien jurídico tutelado por estos delitos es, desde una primera perspectiva, la incolumidad personal, entendida esta, claro está, no en toda su dimensión, que abarcaría el aspecto moral del individuo, sino solo en el doble aspecto de integridad física o psíquica.

La incolumidad personal, afirma RODRÍGUEZ MOURULLO¹, comprende una pluralidad de derechos:

- a) El derecho a la integridad física, es decir, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal.
- b) El derecho a la salud física y mental, esto es, el derecho de la persona a no ser sometida a enfermedades que eliminan (o debiliten, añadimos) su salud.
- c) El derecho al bienestar corporal y psíquico, es decir, el derecho de la persona a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento.

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Protección constitucional de la vida", en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal. Algunos problemas específicos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, ps. 128 y siguientes.

d) El derecho a la propia apariencia personal, o sea, el derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa.

§ 64. CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS

a) *Modelos comparativos.* — Desde antiguo, estos delitos han experimentado diversas clasificaciones legislativas. En el derecho romano, por ej., la lesión personal fue considerada como un delito de injuria material o real, hasta que en el derecho intermedio esta asume un perfil autónomo como ofensa moral. Los antiguos criminalistas italianos siguieron la doctrina romana e inspiraron en el siglo XVII algunas leyes germánicas². En el derecho germánico se distinguió entre golpes, heridas y mutilaciones, mientras que el Código alemán sistematiza la lesión personal en dos grupos: malos tratos corporales y daño a la salud.

El Código toscano de 1853 castigó como lesión personal tanto el daño como el dolor en el cuerpo o la perturbación mental. El Código sardo de 1859 contempló las heridas, golpes y cualquier otra ofensa voluntaria contra la persona. El Código Penal de 1889, posteriormente, consideró lesión personal el hecho de occasionar a alguien, sin propósito de matar, un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación mental. Las lesiones levísimas (perseguibles por querella de parte), eran aquellas que no causaban una consecuencia directa o indirecta (enfermedad o incapacidad para las ocupaciones habituales), o si producían estas consecuencias, la enfermedad o incapacidad laborativa no debía ser mayor a 10 días. El Código de 1930, actualmente en vigencia, distribuye el Título sobre las lesiones de la siguiente manera: en primer lugar, la distinción entre los simples golpes (*percossé*, art. 581) y las lesiones personales se basa en el criterio de la enfermedad. Si la violencia no ha causado una enfermedad corporal o mental, el delito es de golpes; en caso contrario, es una lesión; en segundo lugar, este mismo criterio de la enfermedad

² PIROMALLO, Eugenio, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, bajo la dirección de Ugo CONTI, Milán, 1936, vol. 3, ps. 244 y siguientes. Véanse otras clasificaciones legislativas en ALIMENA, Bernardino, "Dei delitti contro la persona", *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cargo de Enrico PESSINA, Milán, 1909, vol. 9, ps. 623 y siguientes.

pero atendiendo a su duración sirve para determinar el tipo de lesión personal en función de la gravedad del daño (enfermedad) causado. A este fin, la ley distingue cuatro grados:

1) Lesión levísima, si la duración de la enfermedad no pasa de 20 días³, persegurable a querella de parte (art. 582, párr. 2º).

2) Lesión leve, si la duración es de cuarenta días (art. 582, en función con el art. 583, inc. 1º).

3) Lesión grave, si la duración es superior a cuarenta días (art. 583, inc. 1º).

4) Lesión gravísima, si la enfermedad es cierta o probablemente incurable (art. 583, párr. 2º, inc. 1º).

El Código español, por medio de la reforma penal de 1989 (Ley Orgánica 3 del 21/6/89), había abandonado el casuismo del texto de 1944 y reestructurado el título dedicado a las lesiones a través de un tipo básico de donde surgía el concepto general de lesión. Diferenció la lesión como delito de la lesión como falta, atendiendo al criterio de si el daño causado precisaba o no tratamiento médico o quirúrgico o si solo exigía una primera asistencia facultativa. Reguló las formas calificadas y las lesiones graves producidas de propósito. Con este esquema de tipificación, se reemplazaron los viejos delitos de castración, esterilización y mutilación previstos en los antiguos textos. Por último, la legislación derogada tipificó las lesiones por infracción a las leyes de trabajo y las mutilaciones para eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexorable cumplimiento. El Código actual derogó parte de este esquema, introduciendo el concepto de lesión en el art. 147-1 y manteniendo el criterio diferenciador con la falta (Libro III: "Faltas y sus penas", Título I: "Faltas contra las personas", art. 617-1), siguiendo el criterio del sistema derogado. Los tipos agravados están previstos en los nuevos arts. 148, 149 y 150, según la clase de resultado causado, el riesgo producido o la gravedad del daño. El art. 152, en sus variadas formas, prescribe el tipo culposo por imprudencia grave, según el medio empleado y por imprudencia profesional. El art. 153 contempla los supuestos de violencia física sobre el cónyuge o sobre personas ligadas por un vínculo afectivo, sobre

³ Modificación operada por la ley 689 del 24/11/1981, que reemplazó el tiempo de 10 días del texto anterior por el de 20 días.

los hijos convivientes, pupilos, ascendientes o incapaces. El consentimiento del ofendido opera como reducción de la punibilidad, salvo que se trate de un menor de edad o de un incapaz (art. 155). El art. 156 desincrimina expresamente los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual llevados a cabo con el libre consentimiento del paciente. Por último, en Título separado, el IV, se tipifican las lesiones dolosas o culposas al feto (arts. 157 y 158). La figura que preveía sanción por lesiones para eximirse del servicio militar ha quedado derogada.

b) *Modelo del Código Penal argentino.* — El Código Penal argentino clasifica a las lesiones en tres categorías: leves (art. 89), graves (art. 90) y gravísimas (art. 91), estableciendo un criterio de distinción en base a la gravedad del resultado. Abandonado el casuismo de Tejedor y del Código de 1886, el método adoptado por el Código actual, como señala SOLER, centró el concepto de lesión en la idea del daño sufrido por la víctima⁴. Se trata de un criterio objetivo de tipificación. En opinión de BONNET, en cambio, el criterio diferenciador es mixto, esto es, por un lado cronológico-temporal, ya que tiene en cuenta el tiempo de la incapacidad laborativa producida por la lesión, y por otro lado dinámico-funcional, ya que establece una escala progresivamente creciente de los efectos negativos de la lesión sobre la salud de la víctima⁵.

§ 65. SUJETOS DEL DELITO. AUTOLESIÓN

Sujeto activo puede ser cualquier persona, sin que se requiera ninguna caracterización o cualidad especial.

Sujeto pasivo puede ser, en principio, también cualquier persona, con dos excepciones: a) por imperativo legal (art. 89), la lesión debe causarse a otro, lo cual conduce a la impunidad de

⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, p. 110.

⁵ BONNET, Emilio, *Medicina legal*, 2^a ed., p. 429.

la autolesión; b) el feto, que si bien tiene la categoría jurídica de persona, no puede ser considerado sujeto pasivo del delito.

Con respecto a la autolesión, cabe señalar que solo es punible como infracción a un deber militar (substracción al cumplimiento de las obligaciones que impone la ley de defensa nacional o al compromiso de servicios, art. 820, CJM, ley 14.029), pero no como un atentado a la incolumidad personal.

§ 66. ELEMENTOS COMUNES A LOS TIPOS DE LESIÓN

La acción material del delito consiste en causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud. Para evitar posibles interpretaciones dispares sobre el sentido que debe darse al verbo causar desde un perfil subjetivo, más aún teniendo en cuenta que el art. 94 prevé la modalidad culposa del delito, conviene entender la acción punible como inferir intencionadamente a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

La ley no ha seleccionado medios específicos de comisión. Cualquiera es admisible, pero siempre deben ser tenidos en cuenta a los fines de la dosificación de la pena (art. 41 Cód. Penal). Se discute sin embargo, en el plano doctrinario, la posibilidad de comisión por medios morales. En el derecho italiano, que es tal vez donde más se ha debatido el tema, se muestra como tenaz partidario de la posición restringida PESSINA, para quien la configuración del delito exige un acto de eficacia material sobre una persona que le produzca un daño en la salud corporal o en la integridad mental⁶. La doctrina predominante, en cambio, sostiene la posibilidad de lesionar por medios morales (CARRARA, MANZINI, ALIMENTA, MAGGIORE, RANIERI, etc.). Entre los españoles, la tesis dominante también se pronuncia por la afirmativa (GRACIA MARTÍN, GONZÁLEZ RUS, RODRÍGUEZ DE VESA, BAJO FERNÁNDEZ, PUIG PEÑA, BUSTOS RAMÍREZ, etc.). En la Argentina la situación es similar; la doctrina, en general, está de acuerdo en considerar el medio moral como apto para configurar tanto la lesión como

⁶ Citado por GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, t. 2, ps. 157 y siguientes.

el homicidio (NÚÑEZ, TERÁN LOMAS, FONTÁN BALESTRA, GÓMEZ, MORENO, DÍAZ, LAJE ANAYA, etc.).

El delito puede cometerse por acción o por omisión (omisión propia). Esta última modalidad solo habrá de operar únicamente para aquellas personas que se hallen en posición de garante respecto de la evitación del resultado⁷. La lesión es un delito de resultado material e instantáneo, pues para su consumación se requiere la producción de un daño efectivo en el cuerpo o en la salud de la víctima. Por la propia naturaleza del delito, la tentativa resulta admisible, pero, frente a los casos concretos, no debe prescindirse de la disposición del art. 104, Cód. Penal (abuso de armas) que, en sus dos hipótesis, tipifica el disparo de arma de fuego contra una persona sin herirla y la agresión con toda arma aunque no se cause herida. El abuso de armas absorbe toda tentativa de lesión leve con o sin armas, pero no ocurre lo mismo en los casos de tentativa de lesiones graves y gravísimas, en los que son de aplicación los principios generales de los arts. 42 y siguientes del Cód. Penal.

La magnitud del daño causado carece de importancia a los fines de la consumación del delito. El daño, por insignificante que sea, es lesión. La jurisprudencia, en estos casos, se ha pronunciado por el criterio correcto al resolver que para la configuración del delito de lesiones no obsta la mínima magnitud del daño causado en el cuerpo o en la salud, porque la ley no distingue con relación a su naturaleza o extensión, de manera que cualquiera sea la lesión, llámese contusión, equimosis, excoriación o hematoma, ella debe considerarse como tal a los fines de la ley penal. De *lege ferenda*, sin embargo, resulta deseable una disposición normativa que establezca una eximición de pena para hipótesis de lesiones levísimas, de corta duración y curables en escaso tiempo, como estaba previsto en el Proyecto Coll-Gómez de 1937, cuyo art. 127, párr. 2º, decía: "La lesión producida sin uso de arma, que no ocasionare otra consecuencia que la de incapacitar a la víctima para sus ocupaciones habituales por un término que no exceda de tres días y que cure espontáneamente en el mismo término, no está sometida a sanción".

⁷ Confr. Buonpadre Jorge, "Homicidio . . .", ps. 49 y siguientes.

Las lesiones de los arts. 89, 90 y 91 son dolosas y admiten todas las formas del dolo, mientras que la lesión culposa está prevista en el art. 94. Con respecto a esta última modalidad de lesión, la ley 25.189 ha introducido algunas modificaciones que serán analizadas más adelante. La llamada por algunos lesión preterintencional carece de tipificación en el derecho argentino⁸. En el plano comparado, en cambio, se discute la posibilidad de su comisión, particularmente en el derecho español en el que el resultado preterintencional funciona como una circunstancia genérica de atenuación de la responsabilidad criminal⁹.

Las formas calificadas del delito están previstas en el art. 92, Cód. Penal, que prescribe un régimen ascendente de pena según el grado de la lesión causada. Las circunstancias calificativas de agravación son las mismas que están previstas para el homicidio en el art. 80, Cód. Penal. La forma atenuada, en cambio, tiene regulación en el art. 93 y se refiere solo a la circunstancia emocional del art. 81, inc. 1º, letra a. Cabe aquí recordar que, en caso de lesión inferida en estado de emoción violenta, mediando un vínculo de parentesco entre el autor y la víctima, la pena aplicable no sufre, como en casos de homicidio (art. 82, Cód. Penal) ninguna modificación.

La lesión culposa, como ya se anticipara, está prevista en el art. 94, cuyos elementos estructurales no presentan diferencias sustanciales con los del homicidio del art. 84, que ya fueron explicados y al cual hacemos la remisión. Sin embargo, cabe hacer esta aclaración: a los fines consumativos del delito culposo, carece de importancia la gravedad del daño causado, pues a diferencia de las lesiones dolosas, la ley no ha receptado ningún sistema de clasificación sino que ha tipificado un solo tipo de lesión. La magnitud del resultado del obrar culposo únicamente podrá ser tenido en cuenta para la graduación de la pena (arts. 40 y 41, Cód. Penal).

⁸ CPenal Rosario, Sala 3º, del 4/12/91, JA, t. 1992-IV, p. 278.

⁹ Por todos, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, ps. 184 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, "Parte especial", 8º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, ps. 112 y siguientes.

A) *Lesiones leves*

El artículo 89 del Código Penal establece: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código” (t. original vigente por ley 23.077).

El concepto básico de lesión que describe el art. 89, Cód. Penal, se obtiene, por estricto imperativo legal, por exclusión: todo daño en el cuerpo o en la salud “que no esté previsto en otra disposición de este Código” es lesión leve. Se trata de un tipo penal de los llamados subsidiarios.

Lesión es todo menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona¹⁰. Por consiguiente, para su configuración no son suficientes las simples vías de hecho sin resultado (agresión o ataque sin consecuencias para la persona), sino que es necesaria la producción del daño ajeno. Este daño debe producirse en el cuerpo o en la salud de otro.

§ 67. DAÑO EN EL CUERPO

Se entiende por tal a toda alteración anormal en la estructura física o anatómica de una persona. El daño puede ser externo o interno y carece de importancia, para su caracterización, que exista o no derramamiento de sangre. Sin embargo, el detrimento en la contextura física debe ser anormal, esto es, que tenga incidencia real –como afirma NÚÑEZ– en la eficacia vital del cuerpo humano¹¹. Por lo tanto, la alteración de parte del cuerpo que no afecte esta vitalidad o que no tenga incidencia en ella, por ej., corte de cabellos, de barba, de uñas (que son partes que están destinadas a ser cortadas normal y periódicamente), no constituye lesión, aunque su comisión puede dar lugar a otra figura delictiva (injuría real). Entendemos que el

¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 172.

¹¹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, 1964, p. 187.

mismo criterio (afectación vital) sirve para determinar, en el caso concreto, si ciertos actos de violencia pueden configurar el delito, por ej., una bofetada, la torcedura de un brazo, el tirón de cabellos, etcétera. Es este el criterio generalmente aceptado en nuestra jurisprudencia: el corte de cabellos efectuado a la víctima, así como los golpes propinados que le ocasionaron un enrojecimiento en la zona dorsolumbar –afirma la CNCrim. y Correc., Sala 3^a– no tienen entidad suficiente para configurar el delito de lesiones leves; en cuanto al corte de cabellos, porque la vitalidad de las personas no puede ser afectada por alteraciones en parte físicas que están naturalmente destinadas a ser cortadas (sin perjuicio de que tal conducta pueda ser constitutiva de delito contra el honor en determinadas circunstancias) y porque el enrojecimiento zonal en la piel no tiene entidad de lesión. Todo ello sin perjuicio que pueda encuadrarse el caso como tentativa de lesiones leves, dada la aptitud lesiva del accionar de los procesados y su finalidad¹².

§ 68. DAÑO EN LA SALUD

Es un desorden de carácter fisiológico o psíquico. El daño en la salud afecta el desarrollo funcional del organismo humano, sea en su aspecto físico como mental. Por lo tanto, cualquier detrimiento o perturbación en el organismo que afecte su desarrollo o equilibrio funcional constituye un daño en la salud tipificable como delito, criterio este que habrá de tenerse en cuenta en la calificación de hipótesis que pueden generar dudas, por ej., los vómitos, pérdida transitoria de la memoria, la sensación de dolor, calor, frío o asco, el desmayo, etcétera.

La jurisprudencia, en situaciones como las descriptas, ha resuelto que, para que exista lesión es necesario que concurra un daño y este no se caracteriza por el dolor, sino por las modificaciones que haya producido el ataque a la integridad física, dado que aquél debe producir una consecuencia apreciable por los sentidos. El dolor –como daño a la salud–, si bien debe admis-

¹² Para mayores detalles sobre el tema, véase ORGEIRA, José M., *Lesiones leves dependientes de instancia privada (ley 23.487)*, JA, t. 1987-II, p. 571.

tírselo con calidad de detrimento funcional, cualquiera sea su entidad, requiere imprescindiblemente la nota de cierta permanencia en el tiempo que le de característica de afectación a la situación de estar sano y, en ese sentido, no la da el dolor pasajero¹³.

§ 69. LA ACCIÓN PENAL

Las lesiones leves, en el estado actual de nuestro derecho, son delitos cuya acción penal es dependiente de instancia privada¹⁴. Siguiendo la línea iniciada, primeramente por el proyecto de 1960, y luego por las leyes 17.567 y 21.338, la ley 23.487, sancionada el 31/10/86, modificó el art. 72, Cód. Penal, imponiéndole la siguiente redacción: “*Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 2) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público*”.

B) *Lesiones graves*

El artículo 90 del Código Penal establece: “*Se impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro*”.

La nota característica de este tipo de lesión es el debilitamiento que el daño causa en el organismo de la víctima. En esto, en general, hay acuerdo. Sin embargo, como acertadamente pone de relieve TERÁN LOMAS, la forma lesiva que configura el límite entre las lesiones leves y las graves es la “inutilización para el trabajo por más de un mes”¹⁵.

¹³ Fallo del 26/8/86, JA, t. 1987-II, síntesis.

¹⁴ CNCrim. y Correc., Sala 3^a, del 20/11/90, JA, t. 1991-III, p. 357.

¹⁵ TERÁN LOMAS, Roberto A., *Derecho penal, “Parte Especial”*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 234.

La acción penal para esta clase de lesión es pública, ejercitable de oficio.

Veamos las diversas hipótesis previstas en la ley por separado.

§ 70. DEBILITACIÓN PERMANENTE DE LA SALUD

Se trata de una disminución de la capacidad funcional del sujeto por un período considerable de tiempo. El debilitamiento, aunque pueda desembocar en una enfermedad, no debe confundirse con esta, en cuyo supuesto el daño habrá de configurar una lesión gravísima. Revela, sí, el debilitamiento, un proceso o secuela de una enfermedad u otra circunstancia lesiva, que se traduce en la pérdida del vigor o del poder de resistencia de la víctima. El hombre, en estos casos, como dice NÚÑEZ, no es el de antes¹⁶.

El debilitamiento en la salud, dice la ley, debe ser permanente. Esta nota no debe ser entendida como algo definitivo o perpetuo, aunque si así fuera el caso estaríamos, no obstante, en presencia de esta clase de lesión. La ley no requiere tanto. Se trata de un concepto que debe ser materia de diagnóstico y no sujeto a corroboración del tiempo. La jurisprudencia de nuestros tribunales tiene resuelto que el debilitamiento no elimina ni el sentido ni el órgano pero la pérdida sí, y es precisamente sobre distinción tan diáfana que se distinguen las lesiones graves de las gravísimas (CPenal Santa Fe, Sala 1^a, 6/12/76, JA, t. 1978-I, p. 49).

§ 71. DEBILITACIÓN PERMANENTE DE UN SENTIDO

El sentido es, en opinión de BONNET, una determinada facultad por medio de la cual recibimos los estímulos externos.

¹⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 205; ídem LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 74.

Se trata de un concepto que debe ser entendido fisiológicamente, y no solo anatómicamente, ya que varios órganos pueden servir a una función, por ej., en la vista, los dos ojos¹⁷.

Comprende todas las funciones (vista, oído, olfato, tacto, gusto). Precisamente, cuando la lesión afecta la aptitud de la función sensorial que permite la comunicación con el mundo exterior, estamos frente a una debilitación del sentido.

En el caso "Carlos Monzón", la Cámara Penal de Santa Fe, Sala 1^a, sostuvo que el debilitamiento de un sentido, para encuadrar en el art. 90, Cód. Penal, debe concretarse en cuanto disminución de la facultad propia del sentido, de la capacidad funcional, es decir, el resultado de la conducta del agente debe haberse proyectado hacia una disminución de la aptitud de percepción externa en sí misma. Si bien puede existir un debilitamiento del sentido como secuela de lesión, pueda darse una debilitación del órgano, en el caso de aquellos que cumplen doble función una de las cuales es sensorial. Por ej., se explica perfectamente que la disminución de la función aprehensora de las manos pueda verse disminuida, sin que se disminuya para nada el sentido del tacto. Pero en el caso de la vista, es imposible distinguir la "función orgánica" del "sentido", ya que el órgano de la vista –funcionalmente entendido– no cumple otra actividad en el organismo que la de concretar el sentido de la percepción visual¹⁸.

§ 72. DEBILITACIÓN PERMANENTE DE UN ÓRGANO

La doctrina es uniforme en considerar al órgano en un sentido funcional, no anatómico. El concepto comprende al conjunto de las partes que integran una determinada función¹⁹. De manera que si la lesión produce, en determinados casos, la eliminación del órgano pero con subsistencia de la función, resulta encuadrable en el art. 90, Cód. Penal. Esto sucede, generalmen-

¹⁷ BONNET, Emilio, ob. cit., p. 431.

¹⁸ CPenal Santa Fe, Sala 1^a, del 6/12/76, JA, t. 1978-I, p. 49.

¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 206; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 237; LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 75.

te, con los órganos bilaterales o compuestos, o con aquellos órganos que, siendo unilaterales, su pérdida no elimina la función que cumplen en el organismo humano, sino que solo producen una debilitación de ella. Es lo que sucede en los casos de pérdida o extirpación quirúrgica del bazo.

Si el concepto de órgano –como anticipáramos– está referido solo a su función, y si la intención del legislador ha sido la de tipificar como lesión grave su debilitamiento, los casos de pérdida del órgano con pérdida de su función propia pero que al mismo tiempo es suplida por otros órganos o vísceras que la cumplen satisfactoriamente, configuran hipótesis de lesiones graves. Sin embargo, cabe destacar que la conclusión no es pacífica, ni en el campo doctrinario ni en el jurisprudencial²⁰. Similar criterio debe ser de aplicación en los casos de pérdida de dientes que afectan o debilitan el órgano de la masticación.

§ 73. DEBILITACIÓN PERMANENTE DE UN MIEMBRO

La ley, al hablar de miembro, lo hace refiriéndose a las cuatro extremidades del cuerpo humano, esto es, brazos y piernas, con exclusión de la cabeza y el miembro viril.

El concepto es anatómico-funcional y la protección legal se discierne en forma individual para cada miembro, no por pares²¹.

La pérdida de las dos manos implica la pérdida del órgano de la aprehensión y, por lo tanto, la lesión es gravísima. La pérdida de una sola mano, en cambio, no significa la pérdida del miembro, pero igualmente la lesión es gravísima porque implica la pérdida del uso del miembro. El debilitamiento se produce cuando, con motivo de la lesión, se pierde parcialmente la función del miembro o su capacidad de servicio. La pérdida de un solo dedo, por ej., constituye solo un debilitamiento del miembro²² y, por lo tanto, la lesión es grave.

²⁰ Ver nota 18.

²¹ Por la calificación más grave, SOLER, LAJE ANAYA, CREUS, etc.; por aplicación del art. 90, NÚÑEZ, BONNET, etcétera. En el terreno jurisprudencial, véase importantes fallos en JA, t. 1988-III, p. 965, JA, del 7/4/93, p. 64.

²² LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 75; SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 121.

§ 74. DIFICULTAD PERMANENTE DE LA PALABRA

La ley, en estos casos, hace referencia a los inconvenientes duraderos que la lesión produce en la aptitud de las personas para comunicarse con sus semejantes a través del lenguaje oral. Estos inconvenientes pueden traducirse en afectaciones al uso normal de la palabra hablada, a la construcción de la comunicación, a la forma de expresión, a la disociación de ideas, etcétera. La agravante se configura cualquiera sea el inconveniente producido (mental, mecánico, psíquico-emocional, etc.)²³. Están comprendidos el ceceo (imposibilidad de pronunciar la letra ese), la llamada afasia sensorial (pérdida total de conexión entre el concepto que se tiene de una cosa y la palabra que se emite para designarla, por ej., quiere expresar una idea y pronuncia otra) y la dificultad en la perfección fonética, no así el menor o mayor esfuerzo para hablar.

La lesión puede recaer en las piezas dentarias, labio o en cualquier otro lugar que esté relacionado con el habla o que produzca la consecuencia prevista por la ley.

§ 75. PELIGRO PARA LA VIDA DEL OFENDIDO

Se trata de una hipótesis que ha merecido la crítica doctrinaria, pues, como hace referencia a un juicio futuro de probable concreción, es decir, a un pronóstico y no a un diagnóstico concreto y real, deja la agravante inserta en una zona de razonable incertidumbre y a merced exclusiva de la opinión médica, con todo el margen de inseguridad que ello acarrea. Sin embargo, tratándose de una cuestión de hecho, como otros tantos casos que la vida cotidiana somete a comprobación científica, siempre habrá de ser objeto de verificación en el caso concreto, no pudiéndose prescindir de la pericia médica.

²³ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 121.

El peligro a que alude la norma es un peligro realmente corrido por la víctima, no presunto. Debe tratarse de un riesgo inmediato de muerte. Debe tenerse en cuenta, en el juicio de verificación, no necesariamente el medio empleado por el autor en el caso concreto, sino la lesión misma, es decir, lo que ya se ha producido y no lo que pudo haberse producido.

Pone en peligro la vida del ofendido, dice LAJE ANAYA, quien la coloca en trance de pronóstico probable de muerte, o en inminente peligro de morir²⁴. La jurisprudencia, en estos casos, ha expresado que a los efectos de calificar el hecho como delito de lesiones graves, basta que la herida recibida sea de tal naturaleza que normalmente cree un riesgo de muerte (en el caso se abrió la pared estomacal del lesionado, vertiéndose su contenido séptico, formándose así un foco infeccioso que no llegó a producir peritonitis por el cuidado e inmediata atención médica a que fue sometido)²⁵.

En opinión de ACHÁVAL, peligro de vida es una expresión que se deriva de la función médica del diagnóstico y nunca del pronóstico, es lo actual y no lo por suceder, no es el peligro de que peligre la vida. El diagnóstico de ese estado será efectuado mediante la búsqueda semiológica habitual de un médico para una hemorragia grave, estados de *shock*, de colapso, etcétera²⁶.

§ 76. INUTILIDAD PARA EL TRABAJO

Esta hipótesis presenta un caso de afectación de la capacidad laborativa de la víctima, además de constituir el límite temporal entre la lesión leve y la grave.

El Código Penal utiliza una escala que puede resumirse de la siguiente manera:

a) Inutilidad para el trabajo menor a un mes = lesión leve (art. 89).

b) Inutilidad para el trabajo mayor a un mes = lesión grave (art. 90).

²⁴ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 76; NUÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 210.

²⁵ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 76.

²⁶ ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de medicina legal y práctica forense*, 2^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 57.

c) Inutilidad permanente para el trabajo = lesión gravísima (art. 91).

El criterio legal es objetivo y hace referencia, no al trabajo que la víctima realizaba en el momento de la lesión (que también lo incluye), sino al trabajo en general, comprensivo del habitual y el transitorio. La agravante no tiene en cuenta, sin embargo, el posible o mayor daño económico que pudo haber causado la lesión. La amplitud de la fórmula legal permite comprender, no solo casos como los del desocupado, el estudiante, el mendigo, el rentista, etc., sino que abarca tanto el trabajo físico como el mental y los de creación espiritual o intelectual.

La lesión es verificable cualquiera sea la causa que le haya dado origen y aunque ella haya desaparecido, por ej., la incapacidad laborativa producida por una enfermedad que luego desaparece antes del mes; la lesión igualmente es grave, pues, a los fines de la consumación típica, carece de relevancia que la causa del daño persista o no con el efecto producido durante todo el tiempo que requiere la ley. No están comprendidos los meros pasatiempos o recreos (alpinismo, juegos del jubilado, etc.) porque no son trabajo²⁷, ni las actividades consideradas ilícitas, por ej., las del vagabundo, del ocioso, del usurero, del jugador de juegos de azar, de la prostituta, etcétera²⁸.

El término mínimo requerido por la ley debe ser computado de acuerdo con lo establecido en los arts. 24 y 25, Cód. Civil (art. 77, Cód. Penal), cuyos textos especifican: Título 2, "Del modo de contar los intervalos del derecho", art. 24: "*El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha*". Art. 25: "*Los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año*".

²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 180.

²⁸ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1972, p. 349.

La fórmula legal ha merecido objeciones por parte de la doctrina. En efecto, la determinación del plazo puede crear situaciones verdaderamente injustas, pues, según cuál haya sido el día de producción de la lesión, será de aplicación el art. 89 o el 90. Lo demuestra DE LA RÚA con este ejemplo: si "A" lesionó a "B" el 15/1/71 y la incapacidad dura hasta el 14/2/71, a la hora 24, comete lesiones leves, pues si bien "B" estuvo 30 días, no llegó a las 24 horas del día igual al mes siguiente (art. 25, Cód. Civil), pero si "C" lesionó a "B" el 15/2/71 y la incapacidad dura hasta el 16/3/71, comete lesiones graves, aunque aquella solo fue de 29 días, pues llegó a las 24 del día igual²⁹. De aquí que sea preferible identificar la palabra mes, no con los días que dura el mes sino con el mes calendario que corresponda (por ej., mayo, septiembre, diciembre, etc.), que es el que nos dará el término en días que se necesita para el cómputo del plazo legal.

§ 77. DEFORMACIÓN PERMANENTE DEL ROSTRO

La fórmula, si bien con distinta redacción, proviene de la legislación italiana. El Código Zanardelli de 1889 hacía la distinción entre el *sfregio permanente del viso* (tajo o herida cortante en la cara), tipificándolo como lesión grave, y la *deformazione permanente del viso*, como lesión gravísima. El *sfregio* fue entendido como todo daño a la regularidad, armonía o belleza del rostro, mientras que la *deformazione* era la desfiguración total o alteración permanente de los tejidos faciales³⁰. El legislador de 1930, frente a esta diferencia de tratamiento penal y, teniendo en cuenta que el *sfregio* subsistía como una bárbara usanza en algunas provincias meridionales de Italia, particularmente napolitanas, ya que era empleado no solo en casos de venganza (*vendetta*) por supuestas traiciones sino también contra mujeres que se negaban a convertirse en esposa o amante, consideró opor-

²⁹ Véase LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., ps. 76 y siguientes.

³⁰ ALIMENA, Bernardino, ob. cit., p. 640.

tuno reprimirlo con mayor severidad equiparándolo a la *deformazione*³¹. Por tal razón, el vigente Código italiano castiga como lesión gravísima ambos tipos de lesión (art. 583, párr. 2º, inc. 4º, con pena de 6 a 12 años de reclusión, la *deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso*).

Según ALIMENA, el Código Zanardelli empleó la palabra *viso* en vez de *faccia* (cara), como se decía en los códigos sardo y toscano, porque en el lenguaje común aquella palabra denota “la parte anterior de la cabeza, que va desde la frente hasta la extremidad del mentón y de una a otra oreja”³².

Entre los italianos, la deformación consiste en el desfiguramiento del rostro, en una profunda alteración de su simetría y de su forma, de manera que suscite espanto o repugnancia³³. Para la jurisprudencia de ese país, el *sfregio* permanente consiste en cualquier daño a la regularidad del rostro, sin determinar un desfiguramiento repugnante, pero que constituye una sensible turbación de la armonía de sus lineamientos³⁴.

Entre nosotros, en cambio, es opinión predominante que la deformación no exige una transformación en el rostro de manera tal que lo vuelva repugnante, grosero o repulsivo. Es necesario, como explica NÚÑEZ, una desfiguración de la fisonomía por alteración de la simetría del rostro o de una de sus partes³⁵.

Si bien el Código argentino no hace referencia, como el italiano, a los dos tipos históricos de lesión (*sfregio* y *deformazione*) en una misma disposición, debe entenderse que si la herida, tajo o cicatriz produce en el rostro las consecuencias más arriba señaladas, habrá una deformación en los términos del art. 91, Cód. Penal, lo cual significa que el *sfregio* italiano está comprendido en este último artículo.

Por rostro debe entenderse la parte anterior de la cara, que va desde la parte frontal hasta la extremidad del mentón, y de

³¹ PIROMALLO, Eugenio, ob. cit., ps. 258 y ss.; ídem MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 352.

³² ALIMENA, Bernardino, ob. cit., p. 645.

³³ Así MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 353.

³⁴ STELLA, Federico, y ZUCLAA, Giuseppe, *Commentario breve al código penal*, Cedam, Padova, 1990, p. 782.

³⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 218.

una a otra oreja. Su extensión a ciertas partes del cuello, invocando razones de tipo social (SOLER), no nos parece aceptable. La opinión, si bien comprensible, se aparta de las razones históricas que fundamentan la agravante y de lo que técnica y vulgarmente se conoce por rostro.

Resulta bastante obvio, desde nuestro punto de vista, que el cuello no es rostro, salvo que se quiera hacer decir a la ley lo que ella no dice ni comprende.

La jurisprudencia³⁶ de nuestro país tiene resuelto que debe entenderse por deformación del rostro, no solo el cambio de forma, sino también la alteración sensible de la armonía del mismo, la desfiguración que atrae la atención de los demás, aun cuando no alcance un mayor grado ni se trate de una mutilación repugnante³⁷.

La deformación del rostro es una cuestión de hecho verificable en casación, cuyas particularidades deben ser apreciadas en cada caso en particular, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, persona, sexo, edad, condición social de la víctima, juventud, profesión, etcétera. Además, debe ser "permanente", concepto sobre el cual ya expusimos anteriormente.

C) *Lesiones gravísimas*

El artículo 91 del Código Penal establece: "Se impondrá reclusión o prisión de 3 a 10 años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad para engendrar o concebir".

Las lesiones gravísimas están tipificadas en el art. 91 del Código Penal, siendo sus notas características y que las diferencian de otro tipo de lesión, la pérdida y la perpetuidad.

³⁶ Véase una completa síntesis doctrinaria y jurisprudencial en la nota *Deformación permanente del rostro*, en ED, t. 30, p. 669.

³⁷ CApel. Crim. y Correc. Mendoza, del 19/8/44, ED, t. 30, p. 670.

§ 78. ENFERMEDAD CIERTA O PROBABLEMENTE INCURABLE

La salud, explica BONNET, equivale a equilibrio anatómico-funcional, y que cuando este equilibrio se rompe, la salud podrá debilitarse o perderse transitoria o definitivamente³⁸. Lo primero puede generar un debilitamiento, lo segundo una enfermedad.

La enfermedad es un estado patológico en actividad, que anula la capacidad funcional del individuo (ROJAS, BONNET); la enfermedad es activa, la evolución del proceso puesto en marcha no ha terminado y es vivido como una forma de invalidez de magnitud variable o una amenaza para el futuro por sí misma o por su posible evolución (ACHÁVAL).

La ley exige, además, un dato empírico: que la enfermedad sea cierta o probablemente incurable. Es tal aquella que, a juicio de la ciencia, nunca puede ser sanada por completo, sea a través de un pronóstico de certeza o de una mera probabilidad³⁹. Si frente a un pronóstico de incurabilidad la salud se recupera, merced a la intervención científica o en forma natural, creemos que el caso puede ser objeto de nuevo pronunciamiento judicial, como un hecho nuevo en favor del autor que da derecho al recurso de revisión (art. 514, Cód. Proc. Penal, Corrientes).

La persistencia de la enfermedad incurable que desemboca en la muerte de la víctima no transforma el hecho en homicidio, pues la incurabilidad implica un estado o proceso patológico que comprende la posibilidad de la muerte. En este sentido, la CPenal Santa Fe, Sala 1^a, tiene resuelto que, mientras pueda afirmarse que la víctima ha sobrevivido a las lesiones con una enfermedad, resulta indiferente que luego esa enfermedad produzca la muerte⁴⁰.

La enfermedad causada por la lesión puede ser de cualquier naturaleza, física o psíquica, y afectar cualquier parte del or-

³⁸ Citado por TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 235.

³⁹ MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 351; idem NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 221.

⁴⁰ Fallo 27042, del 1º/4/77, JA, t. 1978-I, p. 132.

ganismo, siempre que reúna las características antes mencionadas.

§ 79. INUTILIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO

En esta hipótesis, a diferencia del tiempo transitorio previsto como lesiones graves, la incapacidad laborativa debe ser permanente, esto es, de una duración persistente, por largo tiempo⁴¹, o como dice GÓMEZ, de duración firme y constante⁴². En lo demás, véanse las referencias formuladas en oportunidad de estudiar la incapacidad para el trabajo como tipo de lesión grave.

§ 80. PÉRDIDA DE UN SENTIDO, ÓRGANO O MIEMBRO O DEL USO DE UN ÓRGANO O MIEMBRO

Estos supuestos se diferencian de los casos de debilitamientos constitutivos de lesiones graves, no solo por la pérdida del sentido, órgano o miembro, sino también por la pérdida del uso de los mismos. Lo primero indica una privación absoluta o irreparable, de carácter anatómico-funcional; lo segundo, solo una privación funcional.

En opinión, que compartimos, de FONTÁN BALESTRA, la pérdida de un miembro o de su uso, aún cuando formen parte de un órgano que solo se debilita, constituye lesión gravísima, porque la ley tutela cada miembro por separado, tanto en su debilitamiento como en su pérdida física o de uso⁴³.

Para la jurisprudencia, en los casos de lesiones gravísimas la pérdida puede ser anatómica o funcional, y puede producirse sin separación o amputación del órgano o del miembro, pues basta que permanezca sin la función propia⁴⁴.

⁴¹ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 203 y 223.

⁴² GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., p. 167.

⁴³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. 4, p. 280.

⁴⁴ CCrim. y Correc. Santiago del Estero, del 12/1/73, JA, t. 1973-18, p. 697.

§ 81. PÉRDIDA DE LA PALABRA

La doctrina es pacífica en admitir que esta hipótesis se refiere a la pérdida de la palabra como posibilidad de articulación, aunque puedan emitirse sonidos, pues lo que verdaderamente importa es el hecho de la comunicación mediante el lenguaje oral (NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, TERÁN LOMAS, LAJE ANAYA).

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado la agravante en casos de pérdida de la fonación, pero no de la capacidad de articular palabras. La Cámara en lo Criminal de la Capital Federal ha dicho que constituye lesión gravísima de las previstas en el art. 91, Cód. Penal, la que ocasiona la pérdida de la fonación, al extremo que la damnificada, aunque habla, lo hace con voz cuchicheada, por la boca, sin participación de la laringe, órgano que también resulta perdido⁴⁵.

FONTÁN BALESTRA acepta el criterio de completa afonía como hipótesis de lesión gravísima, como pérdida de la eficacia de la función del lenguaje⁴⁶.

La pérdida de la palabra puede provenir, o ser la consecuencia, de una lesión física o psíquica.

§ 82. PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD DE ENGENDRAR O CONCEBIR

La fórmula hace referencia a la eliminación o desaparición de la función reproductora. La ley atiende a la capacidad presente o futura de reproducción y, por lo tanto, la agravante se concreta en el sentido de esterilidad o impotencia (LAJE ANAYA).

Se pueden obtener estos resultados a través de la castración, que consiste en la ablación (extirpación) o destrucción de los órganos genitales masculinos o femeninos, que producen en el sujeto la pérdida de la capacidad *coeundi* o *generandi*⁴⁷, o por

⁴⁵ JA, t. 1954-IV, p. 259.

⁴⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 281.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 71.

cualquier otro medio que lleve a idénticos resultados, por ej., exposición a rayos X, lesiones en la médula, vulvectomía o clitoridectomía por celos o venganza, maniobras abortivas, etcétera.

La *impotencia coeundi* se traduce en la incapacidad para realizar el coito, mientras que la *impotencia generandi* lo es con respecto a la incapacidad para engendrar. Ambas afectan la capacidad de procrear del individuo.

La esterilización, por su parte, es la anulación de la capacidad genésica. Cuando se la practica por medio de una intervención quirúrgica, la ligadura de los conductos deferentes en el hombre se denomina vasectomía, y la resección entre dos ligaduras de las trompas uterinas en la mujer (trompas de Falopio) se denomina salpingotomía.

La agravante alcanza a la capacidad reproductora futura o en formación (por ej., niños sexualmente normales), pero no a los ancianos o impotentes (casos de inexistencia o pérdida de la capacidad procreativa). No obstante, si la afectación se produce por ablación de los genitales, la lesión igualmente es gravísima porque implica la pérdida del órgano de la reproducción.

D) *Lesiones culposas*

El artículo 94 del Código Penal establece: "Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

"Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses".

El texto en vigor ha sido introducido por la ley 25.189, que incrementó el monto máximo de la pena de prisión prevista en el primer párrafo a tres años (dos años en el texto derogado, correspondiente a la ley 21.338) e introdujo un segundo párrafo por el que se aumenta el monto mínimo de la pena de prisión

prevista en el primer párrafo a seis meses, el correspondiente a la pena de multa a tres mil pesos y el de la pena de inhabilitación especial a 18 meses, en la medida que las lesiones causadas por el obrar culposo sean de las previstas en los arts. 90 o 91, Cód. Penal (lesiones graves o gravísimas) y concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 84, Cód. Penal, esto es, que las víctimas del hecho hayan sido dos o más o el hecho haya sido causado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

De manera, entonces, que la agravante solo resulta aplicable siempre que los resultados previstos en la norma hayan sido producidos en forma conjunta: lesiones graves o gravísimas más algunas de las circunstancias enunciadas en el segundo párrafo del art. 84. De modo que si la lesión es leve, carecen de relevancia tanto el medio empleado por el autor cuanto el número de víctimas ocasionadas: resulta siempre aplicable la figura básica.

La nueva disposición permite configurar el siguiente cuadro:

Lesiones culposas (art. 94)

Lesiones leves, graves o gravísimas sin vehículo automotor a una persona.	}	Figura simple, párr. 1º
Lesiones leves con vehículo automotor a una o más personas.		
Lesiones graves o gravísimas con vehículo automotor a una o más personas.	}	Figura agravada, párr. 2º
Lesiones graves o gravísimas a dos o más personas sin vehículo automotor.		

E) *Contagio venéreo*⁴⁸

El artículo 18 de la ley 12.331 establece: "Será reprimido con la pena establecida en el artículo 202 del Código Penal quien,

⁴⁸ Para mayores detalles sobre este delito, puede consultarse JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El delito de contagio venéreo*, LL, t. 1941; del mismo autor *Libertad*

sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona".

§ 83. ANTECEDENTES

El delito de contagio venéreo fue introducido en nuestro derecho positivo por la ley 12.331, en vigencia desde el 30/12/1936. La ley introdujo, además, todo un régimen legal diferente al de las otras enfermedades contagiosas, imponiendo, por ej., el tratamiento obligatorio en establecimientos públicos o privados; la responsabilidad de los padres o tutores; la hospitalización obligatoria del enfermo contagioso que no hiciese el tratamiento o cuando por posibilidades de contagio constituya un peligro social, etcétera. El delito ha sido previsto, con una técnica no muy feliz, en el art. 18 de la ley.

a) *Legislación comparada.* — En el derecho comparado, el contagio venéreo está previsto como figura específica, entre otros, por el Códigos de Brasil, art. 130, cuyo texto prescribe: "Exponer a alguien, por medio de relaciones sexuales o cualquier acto libidinoso, a contagio de enfermedad venérea, que sabe o debe saber que está contaminado. La pena es de 3 meses a 1 año de detención o multa, pero si el agente tuvo la intención de transmitir la enfermedad, la pena se eleva de 1 a 4 años de reclusión y multa"; el de Chile, art. 316: "El que diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad, será penado con presidio mayor en su grado máximo y multa"; el de Perú, art. 289: "El que a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez

de amar y derecho a morir, Losada, Buenos Aires, 1942; ROJAS, Nerio, y BONNET, Federico, *El contagio venéreo ante la medicina forense*, El Ateneo, Buenos Aires, 1938; GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., ps. 192 y ss.; ACHAVAL, Alfredo, ob. cit., ps. 427 y ss.; BERNALDO DE QUIRÓS, Carlos, *Eugenésia jurídica y social (derecho eugenésico argentino)*, Ideas, Buenos Aires, 1943, ts. 1 y 2; del mismo autor *Delincuencia venérea (estudio eugenético-jurídico)*, Buenos Aires, 1934; NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 235.

años. Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años".

Con respecto al derecho italiano, que es al parecer uno de los antecedentes de nuestra legislación, debe destacarse que la ley 194, denominada "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", sancionada el 22/5/1978, abrogó en su totalidad el Título X del Código Penal ("De los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe", arts. 545 a 555), que contemplaba el delito de contagio de sífilis y blenorragia en el art. 554, con el siguiente texto: "Quien, estando afectado de sífilis y ocultando su estado, realiza actos que ocasionen el peligro de contagio, será castigado, si el contagio se produce, con reclusión de 1 a 3 años. La misma pena sufrirá quien, estando afectado de blenorragia y ocultando su estado, realiza alguno de los actos previstos por la disposición precedente, si el contagio se produce y de ello deriva una lesión personal gravísima. En ambos casos el culpable será penado a querella de la persona ofendida. Si el culpable ha obrado con el fin de occasionar el contagio, se aplicarán las disposiciones de los arts. 583, 584 y 585 del Código Penal".

b) *Legislación patria. Ley 12.331.* — Entre nuestros antecedentes legislativos, merece destacarse el proyecto de 1941 (Peco), que introdujo la figura como delito de lesiones en el Capítulo de los "Delitos que ponen en peligro la vida o la integridad corporal", con la siguiente redacción: "Al que atacado de enfermedad venérea en su período transmisible, expusiere a contagio a otro, mediante relación intersexual, extragenital o nutricia, se le aplicará privación de libertad de 1 mes a 1 año o multa. Si llegare a producir el contagio, se le aplicará privación de libertad de 1 a 3 años. A instancia de parte se procederá si el hecho ocurriere durante el matrimonio, promesa de matrimonio o concubinato". El proyecto de 1960 (Soler), en la misma línea que el del 41, ubica el delito en el Capítulo de las lesiones. El art. 129 expresa: "Será castigado con prisión hasta 1 año o multa hasta 60 días al que, sabiéndose atacado de enfermedad venérea, ejecutare sobre otro actos que importen peligro de contagio. Si el contagio ocurriere, la pena será de prisión de 1 a 3 años.

El hecho solo es perseguible a instancia privada". No obstante la sistemática empleada por Soler en este proyecto (insertarlo en el Capítulo de las lesiones), cuando se ocupa del estudio del delito lo hace en el Capítulo de los delitos contra la salud pública, considerándolo, como la mejor doctrina, como una infracción de peligro⁴⁹.

La ley 12.331 ha sido objeto de severas críticas por parte de nuestra doctrina, no solo en cuanto a la poco afortunada estructuración del delito como figura de daño contra la integridad física de la persona, sino en lo que se refiere, por un lado, a la gravedad de la pena prevista en el tipo penal al que hace remisión (art. 202, Cód. Penal), que implica una notable desproporción con la figura trazada en el art. 18, y por otro lado, a la clase de acción con que fue dotada: pública, perseguible de oficio.

Las observaciones son correctas. La fórmula descripta por la ley 12.331 solo puede generar, desde un perfil teórico, confusiones e interpretaciones dispares en orden a sus elementos típicos. El art. 18 ha definido un delito de lesión, pero, inexplicablemente, remite en cuanto a la pena a una figura de peligro, como lo es ciertamente la propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa del art. 202, Cód. Penal. Esto, por una parte. Por otra parte, la severa sanción prevista para el tipo delictivo del art. 202 no se compadece, no solo con el delito definido por el art. 18 que, a diferencia de aquel, solo exige el contagio de una sola persona, sino que no es tampoco, de buena técnica legislativa en materia sancionadora, legislar al margen del principio de proporcionalidad de las penas con relación al daño producido o el peligro creado para el bien jurídico en cuestión. Además, en lo que hace a la naturaleza de la acción penal y a su ejercicio, la acción pública crea problemas en la práctica, especialmente en los delitos que exigen la instancia privada para su persecución (v. gr., abusos sexuales), o sea, cuando el abuso sexual (instancia privada) produce como consecuencia, además, el contagio de la enfermedad venérea (instancia pública)⁵⁰. De *lege ferenda*, como

⁴⁹ SOLER, Sebastián, ob. cit., t. 4, ps. 561 y siguientes.

⁵⁰ Véanse las opiniones diferentes de SOLER (ob. cit., p. 565) y de FONTAN BALKESTRA (ob. cit., p. 349) sobre el punto.

se orienta hoy la legislación más moderna y en su oportunidad lo hicieran los proyectos de 1941 y de 1960, resulta aconsejable la instancia privada.

§ 84. ELEMENTOS DEL DELITO

El contagio venéreo requiere para su configuración, los siguientes elementos objetivos y subjetivos.

a) Elementos objetivos:

- 1) Existencia de una enfermedad venérea.
 - 2) Un agente activo afectado de enfermedad venérea.
 - 3) Enfermedad venérea en período transmisible o de contagio.
 - 4) Contagio de la enfermedad a otra persona.
- b) Elemento subjetivo: El agente activo debe saber que padece una enfermedad venérea en período de contagio.

a) *Elementos objetivos.* — Las especificaciones de los elementos objetivos son las siguientes.

1. *Enfermedad venérea.* Enfermedad venérea es aquella afección infecto-contagiosa cuya transmisión se produce, generalmente, a través de un acto directo de carácter sexual. Su categorización corresponde a la medicina, y a sus conclusiones —por respeto al principio de legalidad, que veda la analogía en materia penal— deben ajustarse rigurosamente quienes deban interpretar o aplicar la ley penal. Por esto, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida/AIDS), no obstante ser una enfermedad infecto-contagiosa de transmisión sexual, no es enfermedad venérea, pues hasta la actualidad la ciencia no la ha categorizado como tal.

El origen del venéreo (nombre que proviene de la diosa Venus, Mal de Venus) es bastante incierto, pero se cree que ya existió en la más remota antigüedad. Se lo conoció, desde entonces, con diversas denominaciones, elefantiasis, peste blanca, mal de Nápoles en Italia, mal de América en España (por el contagio de Cristóbal Colón al regresar de las Antillas en 1493, y de cientos de sus soldados en 1498) o sífilis en Francia (cuyo nombre se atribuye a las desventuras de un pastor llamado Sífilo, que

habiendo disgustado a los dioses por un acto impío, fue castigado con una horrible enfermedad contagiosa; leyenda o cuento relatado por Jerónimo Fracastoro —quien dio nombre definitivo a la enfermedad, siendo considerado, al mismo tiempo, fundador de la epidemiología moderna— en unos versos publicados en 1530⁵¹.

En el estado actual de la ciencia, las enfermedades venéreas son la sífilis, la gonococia (conocida también como gonorrea, gonococo o blenorragia), el chancre blando y el linfogranuloma venéreo (de amplia sinonimia: parodenitis inguinal, enfermedad de Nicolás Favre, cuarta enfermedad venérea, etc.)

2. *Sujetos activo y pasivo.* Sujetos activo y pasivo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer. Pueden estar ambos o solo uno de ellos infectados por la enfermedad. En el caso de que el sujeto pasivo sea una persona infectada al momento del contacto, el delito se realiza si se contagia otra enfermedad venérea o se aumenta o agrava la existente.

3. *Período de contagio.* La enfermedad venérea debe estar en un período infeccioso, es decir, con capacidad para ser transmitida o contagiar a otra persona. El período de infección tiene relación directa con el tipo de enfermedad; se trata, en suma, de una cuestión médica determinable en el caso particular.

4. *La acción punible.* La acción material punible consiste en contagiar a otra persona. El contagio se constituye así, en la conducta rectora del tipo penal y puede producirse por cualquier medio o vía de transmisión, la ley no hace ninguna distinción al respecto. Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos la enfermedad venérea se transmite a través del acto sexual directo (coito normal, anormal y también oral, aunque esto último está muy discutido).

Algunas enfermedades venéreas, v. gr., el chancre blando, "la más venérea de las venéreas" (Ricord), la sífilis, etc., generalmente excluyen otros tipos de contagio que no sea el contacto sexual. La vía de transmisión más frecuente es el contacto di-

51 VIOLOGLIA, Pablo A., "Sífilis: clínica, patología y tratamiento", en *Tratado de venereología práctica*, Fossati, Buenos Aires, 1977; BERNALDO DE QUIROS, Carlos, ob. cit., p. 84.

recto. La doctrina es uniforme, sin embargo, en aceptar el contagio mediante otras vías, como son las relaciones intersexuales (a través del mecanismo del coito, uniones matrimoniales o extra-matrimoniales), extrasexuales (mediante mecanismo distintos del coito, por ej., relación oral, besos, mordiscos, utensilios o vajillas, transfusiones de sangre o plasma, heridas infectadas, etc.) o nutricia (que puede darse de la nodriza al niño o del niño a la nodriza, especialmente a través del amamantamiento u otro tipo de cuidados o contactos).

El delito es de daño efectivo y para su consumación requiere la producción del contagio de la enfermedad a otra persona. La exposición a peligro de contagio no es suficiente a los fines consumativos. Es posible la tentativa y la participación criminal y la instigación se rigen por las reglas comunes. El consentimiento de la víctima en correr el riesgo del contagio, carece de relevancia. El delito queda absorbido en los supuestos de violación, en cuyo caso se configura la agravante del grave daño en la salud de la víctima del art. 122, Cód. Penal⁵². En opinión de NÚÑEZ, si se produjera el contagio de la enfermedad venérea a través de un abuso sexual, se da una hipótesis de concurso real⁵³.

b) *Elemento subjetivo.* — El delito es doloso. El texto legal exige, para su configuración, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (*sabiéndose . . .*) que implica, por parte del autor, el conocimiento assertivo de que se encuentra afectado de una enfermedad venérea en período de contagio. La certeza debe estar referida a la existencia de la enfermedad, a su carácter venéreo, y a su etapa activa de transmisión. La duda o el error acerca de ello, eliminan el dolo. Sin embargo, es suficiente el dolo eventual con referencia al contagio. El delito no es punible a título culposo.

Teniendo en cuenta que la remisión que el art. 18 hace al art. 202, Cód. Penal, es *ad poenan no ad delictum* (al solo efecto de la pena, no del delito), no le alcanza la forma culposa del art. 203.

⁵² Confr. casos de jurisprudencia en RUBIANES, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, t. 2, ps. 725 y siguientes.

⁵³ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 129 y siguientes.

CAPÍTULO III

HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

Sobre el tema, el Código Penal establece las penalidades en dos de sus artículos.

Así, el artículo 95 establece: “*Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicara reclusión o prisión de 2 a 6 años en caso de muerte, y de 1 a 4 en caso de lesión*”.

El artículo 96 expresa: “*Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de 4 a 120 días de prisión*” (t. original vigente por ley 23.077).

§ 85. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El concepto de riña y los delitos que se cometan en ocasión de ella provienen del derecho italiano.

La legislación italiana anterior al Código de 1889 (Código sardo y código toscano), regulaba la materia concerniente al delito de riña en disposiciones incompletas y ambiguas. En el Código de 1889 (proyecto Zanardelli), en cambio, se reprimió la participación en la riña solamente en el caso en que alguno fuese muerto o herido y diferenció los partícipes según hayan o no puesto manos sobre el ofendido¹.

¹ PIROMALLO, Eugenio J., *Il codice penale, illustrato articolo per articolo*, dir. por Ugo CONTI, Milano, 1936, vol. 3, p. 271.

Esta legislación contempló, por un lado, la llamada *complacencia correspектив* (correlativa, art. 378), según la cual, cuando varias personas han tomado parte en una riña o agresión de la cual resulta muerte o lesiones, y no se conoce al autor de estos resultados, todos son punibles con una pena especial equivalente a la de los cómplices; y, por otro lado, la *complacencia por participación* (art. 379), consistente en reprimir el simple hecho de participar en una riña poniendo manos sobre el ofendido, cuando de ello resulte muerte o lesiones².

El Código italiano en vigencia (art. 588) ha suprimido la antigua complacencia correspектив, tipificando en su lugar la sola participación en una riña y poniendo a cargo de todos los copartícipes las consecuencias más graves que de ella resultaran³. Dice el texto del artículo: "Quien participa en una riña será reprimido con multa hasta 600.000 liras. Si en la riña alguno queda muerto o recibe lesiones personales, la pena, por el solo hecho de la participación en la riña, será de reclusión de 3 meses a 5 años. La misma pena se aplicará si la muerte, o la lesión personal, sucede inmediatamente después de la riña y como consecuencia de ella".

Con respecto al segundo párrafo del artículo 588, que tipifica una hipótesis de agravación del delito de participación en una riña, frente a una cuestión de legitimidad constitucional planteada en referencia a lo que dispone el art. 27, párr. 1º de la Constitución italiana⁴, la Corte Constitucional ha dicho que "la norma impugnada no configura una responsabilidad por el hecho de otros o por un hecho propio inculpable. Los copartícipes de la riña no responden por los homicidios o por las lesiones personales eventualmente cometidos en el curso de ella, sino por

² SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, ps. 136 y ss.; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, ps. 200 y siguientes.

³ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1972, ps. 367 y ss.; RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, t. 5, ps. 385 y siguientes.

⁴ Constitución de Italia, art. 27: "La responsabilidad penal es personal. El imputado no será considerado culpable sino por una condena definitiva. Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado. No está admitida la pena de muerte, sino en los casos previstos por las leyes militares de guerra".

la participación consciente y voluntaria en una acción siempre susceptible de generar peligros para la incolumidad personal de quien se ve envuelto en ella, y se los castiga con más o menos gravedad según los efectos concretos de la riña".

En el derecho español, la Ley Orgánica 3 del 21 de junio de 1989, había derogado el antiguo y controvertido delito de homicidio en riña tumultuaria, que estaba previsto en el art. 408, las lesiones en riña tumultuaria del art. 424 y la falta del art. 583.7, Cód. Penal, por cuanto, se dijo, todos estos preceptos aparecían tachados como tipos de sospecha y, por tanto, de difícil conciliación con los arts. 9.3 y 24.2 de la Constitución y el art. 1º, Cód. Penal⁵. En la propia exposición de motivos de la ley se reconoció la incompatibilidad entre estas disposiciones con los principios de seguridad jurídica y de culpabilidad. En la actualidad, sin embargo, el nuevo Código Penal derogó este esquema de imputación, previendo solo la riña tumultuaria en sí misma como delito de peligro contra la vida o la integridad personal (art. 154) o como falta en el art. 620.1, de un modo muy parecido a como estaba tipificada en el anterior art. 424, que decía: "Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación

Constitución de España, art. 9.3: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Art. 24.2: "Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confessarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Código Penal, art. 1º: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa" (el texto de este artículo corresponde al Código Penal anterior a la reforma de 1995. En la actualidad y con ligeros variantes, está reproducido en los arts. 1º a 9º, Título Preliminar, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal").

en la riña con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio".

No obstante que el nuevo delito sancionado por la reforma de 1995 supera algunos escollos que presentaba la anterior redacción, algunos entienden que, al extender la responsabilidad de quienes utilizan los medios indicados en la ley (medios o instrumentos peligrosos) a todos los partícipes en la riña, al no poder personalizar quien los esgrime, de algún modo sigue perviviendo en el texto un cierto aire y estilo de delito de sospecha⁶.

Entre nosotros, desde los primeros precedentes (proyecto Tejedor) estuvo legislado el homicidio en riña con los lineamientos de la complicidad correspuesta de los viejos textos italianos. El Código de 1886 contemplaba por separado las lesiones en riña. Las bases del actual art. 95 fueron echadas por el proyecto de 1891, la ley 4189 (que agregó la pelea o agresión) y el proyecto de 1906. A su turno, el proyecto de 1937 contempló en forma independiente los casos de homicidio y lesiones. El proyecto de 1941 siguió los antecedentes españoles y el proyecto de 1951 los antecedentes italianos.

Merece destacarse, entre todos, el proyecto de 1960 (seguido posteriormente por el proyecto de 1979), pues produjo una sustancial reforma en el tradicional sistema del Código Penal. Entre sus principales características pueden citarse: castiga la riña en sí misma, definiéndola en la propia disposición; equipara la responsabilidad (en caso de muerte sin que conste el autor) de los que ejercieron violencia sobre el ofendido con los que han intervenido con armas; elimina a la agresión como tipo delictivo. Dice el texto del proyecto: "Se impondrá prisión hasta 6 meses al que tomare parte en un acometimiento recíproco y tumultuario en el que interviniere 3 o más personas. Si en la riña resultare la muerte de alguno sin que se determine quien o quienes fueron los autores, se impondrá prisión de 1 a 6 años a los que ejercieron violencia física sobre la persona del ofendido o interviniere con armas. Si resultaren lesiones de los arts. 123 y 124, la pena será de prisión hasta 4 años. Si resultaren lesiones del art. 122, la pena será hasta 1 año de prisión".

⁶ *Código Penal, comentarios y amplia jurisprudencia*, AA. VV., 5^a ed., Colex, Madrid, 1989, p. 269.

§ 86. CONCEPTO DE RIÑA Y AGRESIÓN

Según el *Diccionario de la lengua española*, la riña se define como pendencia, disputa, cuestión o quimera, y la riña tumultuaria como aquella en que varias personas se acometen mutuamente y en forma confusa, de manera que no se puede distinguir los actos de cada una de ellas.

La riña es el súbito acometimiento recíproco y tumultuario, de más de dos personas.

En la riña, la lucha se caracteriza por la reciprocidad de las acciones de violencia, por la mutua agresión, sin que cada protagonista sepa cuál es el papel que lleva en la pelea⁷.

La jurisprudencia tiene resuelto que, por reciprocidad en los ataques y en la defensa debe entenderse como hechos hostiles y no palabras, confusión, tumulto, creciente indignación, lo que presupone hechos existentes de los contendores (CCrim. Mendoza, JA, del 29/9/50).

La agresión es el acometimiento tumultuario de tres o más personas contra una u otras que no resisten activamente.

§ 87. ELEMENTOS DEL DELITO

Varios son los requisitos a considerar⁸.

a) *Riña de tres o más personas*. — El número mínimo de intervenientes surge de la propia ley. De esta manera, se evitan las dispares interpretaciones que se observan en el marco de la doctrina italiana sobre idéntica cuestión, v. gr., para algunos bastaban dos personas (CARRARA, MANZINI, PANNAIN, RANIERI); otros exigían al menos tres (MAJNO, ALTAVILLA, SALLELLI y ROMANO DI FALCO, DI VICO, MAGGIORE); otros, finalmente, opinaban que eran

⁷ DONNA, Edgardo A., *El homicidio en riña en su aspecto dogmático*, "Doctrina Penal", 1990, p. 313.

⁸ DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 310.

necesarias varias personas en grupos contrapuestos, por lo menos dos por cada bando (VANNINI)⁹.

El homicidio en riña es un delito colectivo con pluralidad de individuos, al menos tres como mínimo. Este número mínimo de intervenientes puede estar conformado por sujetos inimputables y de cualquier sexo o condición.

b) *Resultado mortal o lesivo.* — La riña, en sí misma, sin resultados, no es punible como delito, sino como simple contravención de tipo policial. Solo es punible en la medida que de ella resulte una muerte o una lesión.

La muerte o lesión deben resultar de la riña, esto es, ser una consecuencia del tumulto y de las hostilidades mutuas. No necesariamente estos resultados deben producirse en la riña y en las personas de sus participantes, sino que pueden ser una consecuencia de ella o cometerse con motivo u ocasión de ella. Por esto, el ofendido que resulta muerto o lesionado puede no haber intervenido en la riña, sino ser un tercero ajeno a ella, por ej., un transeúnte, un curioso, un agente de la autoridad, un pacificador, etcétera¹⁰. No obstante, en todos los casos, el resultado debe estar conectado causalmente a la riña.

c) *No constancia de autoría.* — La individualización del autor de los resultados previstos en la ley implica el desplazamiento de la figura hacia el homicidio o las lesiones.

Este elemento negativo de no constancia de autoría funciona como una regla de subsidiariedad expresa, o –como claramente lo explica BAJO FERNÁNDEZ– como un límite fronterizo de las figuras penales. Si el autor consta, entrará en juego exclusivamente el homicidio y, si no consta, la riña¹¹.

⁹ MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., t. 4, p. 368, nota 198.

¹⁰ TERÁN LOMAS, Roberto A., *Derecho penal*, "Parte Especial", Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 3, p. 257; NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos aires, 1964, p. 249.

¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 76; en igual sentido Bustos RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 54, que hace referencia a un "presupuesto de procesabilidad" (problema probatorio).

d) *Ejercicio de violencia.* — Este es un requisito positivo del tipo, que exige la identificación del que ejerció violencia sobre la víctima. Solo en este caso, por ficción de autoría —como subraya SOLER— la ley lo considera autor del delito¹².

El término violencia debe ser entendido como violencia física (vías de hecho) y debe ser empleada sobre la persona que resulta víctima del delito, o sea, que puede recaer sobre el cuerpo de ella o estar dirigida directamente hacia ella (v. gr., disparos de arma hacia la persona, piedras lanzadas al cuerpo, etc.). Está excluida la violencia moral o intimidación.

§ 88. EL TIPO SUBJETIVO

Subjetivamente, el delito requiere una conducta dolosa dirigida necesariamente a la participación en una riña. El dolo no abarca los resultados producidos (la muerte o la lesión), pero sí las violencias ejercidas sobre la otra persona. En suma, el dolo es de riña, nunca de lesiones o muerte. Las formas culposas no están previstas.

En cuanto al sistema sancionador implementado por los arts. 95 y 96, si el resultado fuera de muerte, la pena es de 2 a 6 años de prisión o reclusión; si solo hubo lesiones (graves o gravísimas), la pena es de 1 a 4 años. Si, por último, la consecuencia es una lesión leve, la pena va de 4 a 120 días de prisión.

¹² SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 140



CAPÍTULO IV

DUELO

§ 89. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El duelo no fue conocido entre los pueblos antiguos, especialmente en Grecia y Roma. Su origen se atribuye a las costumbres bárbaras que se extendieron por toda Europa luego de la caída del imperio romano. El duelo se popularizó entre los pueblos germanos de la Edad Media, como una variante del Juicio de Dios. Fueron conocidos, el duelo adivinatorio, que consistía en someter a combate a un prisionero enemigo con un guerrero del bando contrario para vaticinar, según el resultado, la suerte de la batalla, y el duelo judicial, desarrollado posteriormente entre las partes contendientes para decidir el resultado de un juicio.

La prueba del duelo, explica RIVANERA, fue un remedio para establecer la verdad y castigar el falso testimonio, basado en la sincera creencia de que Dios protegía en la suerte de las armas al que se expresaba con veracidad. Con él se eliminaba el perjurio y también las restantes ordalías, decidiéndose las causas por el valor y la habilidad guerrera y no por la suerte¹. Las partes del juicio podían recurrir a la prueba del duelo en defensa de sus intereses y ofrecer batalla a su contrincante. Si el acusado era mujer, eclesiástico o imposibilitado, tenía derecho a hacerse representar por un tercero, quien se sometía al duelo y, si era

¹ RIVANERA, José J., *Código de Honor comentado. El duelo en la historia, el derecho y la institución castrense*, Círculo Militar Argentino, Buenos Aires, 1961, p. 28.

vencido, se le cortaba la mano. Un ejemplo de duelo judicial puede leerse en la novela de Walter Scott, *Ivanhoe*, en el que Rebeca, hija de Isaac de York, se hace representar en el combate por un tercero.

Entre los españoles, el duelo judicial estuvo específicamente reglamentado en las Partidas de Alfonso el Sabio (Partida 7^a, Títulos 3 y 4) y prohibido por la Ley de Toledo de los Reyes Católicos de 1480.

En Francia, en el período anterior a la Revolución, el duelo se extendió por todo el territorio, no obstante la vigencia de un decreto de 1556 de Carlos IX, que castigaba a los duelistas con la pena capital. Durante el imperio napoleónico, los duelos disminuyeron notablemente, especialmente porque el emperador fue uno de sus más empecinados adversarios. Reaparecen los duelos con la Restauración de los Borbones. En la actualidad, el Código Penal francés no establece disposición alguna sobre esta materia; la ley se aplica de acuerdo con los resultados producidos.

La Iglesia Católica condenó el duelo desde siempre. El Tercer Concilio de Valencia (855) y el de Trento (1550) aplicaron severísimas penas a los duelistas, padrinos, espectadores y a los monarcas que lo autorizaban. Las penas variaron entre la excomunión, confiscación de bienes, infamia perpetua, privación de la sepultura eclesiástica, maldición perpetua, etc. El Código de Derecho Canónico, en vigor desde 1918 y actualizado por el Papa Juan Pablo II en 1983, nada dice sobre el duelo.

§ 90. SISTEMAS REGULADORES DEL DUELO

En la legislación comparada se aprecian cuatro sistemas de regulación del duelo:

a) Sistema que tipifica el duelo como delito, sometiéndolo a diferente penalidad según el resultado producido, pero siempre con escalas mucho menores que las de los delitos de lesiones u homicidio. Integran este grupo, entre otros, la Argentina, Italia (arts. 394 a 401), Chile (arts. 404 a 409), Paraguay (arts. 358 a 368, anterior a la reforma de 1997), etcétera.

b) Sistema francés. Este sistema se caracteriza por guardar silencio respecto al duelo. Se castigan solo los resultados producidos con las penas que a ellos corresponden. Son ejemplos de este grupo, entre otros, los códigos de Francia de 1810, España de 1944, Colombia de 1980, Panamá de 1982, Cuba de 1987, Brasil de 1940, El Salvador de 1973, Portugal de 1982, etcétera.

c) Sistema anglosajón. Penaliza el duelo por las consecuencias producidas. Se diferencia del sistema francés en que el resultado en duelo se tipifica expresamente en la ley. La pena se aplica según resulte lesiones u homicidio. Siguen este sistema, entre otros, Gran Bretaña, Nueva York, el Código de Defensa Social de Cuba de 1936, etcétera.

d) Sistema uruguayo. No castiga el duelo regular, llevado a cabo de acuerdo con reglas legales preestablecidas. El duelo irregular está sometido a las disposiciones comunes del Código Penal. El sistema ha sido consagrado por la ley 7253 del 6/8/1920, actualmente en vigencia, cuyo texto establece las reglas aplicables a la práctica del duelo y al funcionamiento de los tribunales de honor.

§ 91. EL DUELO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El Código Penal, como anticipáramos, ha receptado el criterio de tipificar el duelo como delito en sí mismo (sin resultados), estableciendo un privilegio en orden a la penalidad cuando el combate es llevado a cabo de acuerdo con la práctica caballeresca (duelo regular) y tuviera como consecuencia resultados lesivos o mortales, a través de una escala punitiva gradual y proporcional al daño causado. De esta manera, las penas por los daños personales producidos son mucho menores que las establecidas para el duelo irregular.

Tradicionalmente, entre nosotros el duelo ha sido considerado como un delito de peligro contra la vida y la incolumidad material de la persona, a diferencia de otras legislaciones, como la italiana por ej., que lo ubica entre los delitos contra la administración de justicia (Título III, Capítulo III, "De la tutela arbi-

traria de las razones privadas", arts. 394 a 401). El modelo italiano ha sido seguido en Latinoamérica por algunos países, como Panamá, Cuba, Colombia, etcétera.

El Código argentino distribuye la materia en el Capítulo IV (arts. 97 a 103), del Título I, previendo en el art. 97 el duelo regular, en el art. 98 el duelo irregular, en el art. 99 la instigación a provocar o aceptar un duelo y la desacreditación pública por no desafiar o rehusar un desafío, en el art. 100 la provocación o dación de causa a un desafío persiguiendo un interés pecuniario o inmoral, en el art. 101 el combatiente desleal, en el art. 102 la alevosía de los padrinos, y en el art. 103 la concertación del duelo a muerte.

Como principio general, no son punibles la simple provocación (desafío) ni la aceptación de un duelo, salvo en los casos previstos en el art. 100 (interés pecuniario o inmoral). Tampoco son objeto de castigo los padrinos, con excepción de los supuestos previstos en los arts. 102 (uso de alevosía) y 103 (concertación del duelo a muerte). La impunidad alcanza también a otras personas que, sin bien no son necesarias al duelo, intervienen de alguna manera en su realización o tienen vinculación con él, como son el director del lance, los testigos, médicos, etcétera.

a) *Duelo regular.* — El artículo 97 establece: "Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

"1) con prisión de 1 a 6 meses, al que no infiriere lesión a su adversario o solo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89;

"2) con prisión de 1 a 4 años, al que causare la muerte a su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91".

Se denomina duelo regular al combate singular entre dos personas, por causa de honor y llevado a cabo de acuerdo a reglas legales y condiciones preestablecidas.

Conforme con el texto de la ley antes transcripto y las reglas del honor, son requisitos del duelo regular:

a) Batirse en duelo: Exige una lucha o combate entre dos personas, que pueden revestir cualquier calidad o condición. La

ley, a diferencia del código de honor, no impone ninguna restricción; por consiguiente, cualquier persona puede batirse a duelo. Para el código de honor, en cambio (recordemos que no es derecho positivo), son inhábiles para el duelo los menores de edad (21 años), las mujeres, los mayores de 60 años, los indignos (usureros, tramposos, sospechosos de mala vida, etc.), los condenados por delitos comunes, los deudores (en relación con su adversario acreedor), los que carecen de aptitud o capacidad suficiente para el uso de las armas (enfermos, miopes, defectuosos o discapacitados, etc.), los miembros del Parlamento en sus discursos oficiales, etcétera².

El duelo es un delito de codelincuencia necesaria, o como dice SOLER, de doble actividad, por cuanto requiere la concurrencia de dos individuos que revisten la calidad de autores³.

No son duelos el llamado duelo a la americana (que puede configurar un caso de instigación al suicidio) o la ruleta rusa, en los que la muerte de uno de los participantes queda librada al azar. Tampoco lo es el conocido como duelo criollo, llevado a cabo generalmente en la campiña del interior de nuestro país, por cuanto se realiza al margen de las reglas legales y de la práctica caballeresca.

El duelo es un delito permanente, que se consuma cuando comienza la lucha, esto es, cuando tiene inicio el enfrentamiento armado, aun cuando no se hayan utilizado las armas. La afirmación de SOLER de que no hay combate si los duelistas disparan sus armas al aire⁴ resulta discutible, por cuanto no solo dilata exageradamente el momento consumativo del delito sino que descarta toda posibilidad de la tentativa. La opinión parecería exigir para la consumación que los combatientes, además de accionar las armas (o una sola de ellas), las dirijan hacia el adversario, lo que no nos parece aceptable. La tentativa es posible, como subrayan NÚÑEZ y FONTÁN BALESTRA⁵, más aún si admitimos que la consumación se produce con el comienzo del combate. Los actos anteriores dirigidos a tal finalidad constituyen actos de

² RIVANERA, José J., ob. cit., ps. 290 y siguientes.

³ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 148.

⁴ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 148.

⁵ En contra, SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 151.

tentativa de duelo, por ej., realizar los aprestos para la lucha. La compra de las armas o el entrenamiento en el manejo de ellas, son actos preparatorios impunes.

b) Con intervención de dos o más padrinos: La intervención de padrinos produce dos importantes consecuencias: por un lado, determina la regularidad del duelo y, por otro, la aplicación de una pena atenuada para los combatientes. Los padrinos deben ser dos como mínimo (al menos uno para cada parte), sin límites en el máximo. Tienen una función primordial, que es la de evitar el duelo; si esto no es posible, entonces deben intentar que se lleve a cabo en las condiciones menos gravosas para los duelistas, garantizando la paridad entre ellos⁶. La ausencia de padrinos, o por debajo del número mínimo, irregulariza el duelo.

Por regla general, son impunes, salvo los supuestos de los arts. 102 y 103. Los padrinos tienen a su cargo, además de la misión de intervenir en toda la tramitación del duelo, la elección de las armas y arreglar las demás condiciones del desafío (art. 97, Cód. Penal). Estas condiciones consisten en elegir al director del lance y determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que habrá de someterse el combate. La ley no hace ninguna distinción en referencia a cualidades especiales del padrino; por consiguiente puede ser un hombre o una mujer.

c) Mayores de edad: Debe entenderse con capacidad civil, esto es, 21 años cumplidos (art. 126, Cód. Civil). El código de honor (art. 23) establece, entre otros impedimentos para ser padrino, los siguientes: menor de edad, parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo por afinidad, deudor o acreedor de alguno de los combatientes, condenado por delitos comunes, etcétera.

d) Que elijan las armas: La doctrina es uniforme en entender que se trata de armas propias, sin que importe el poder ofensivo o letal. Claro está que la capacidad ofensiva del arma será un dato de fundamental relevancia para considerar si el duelo ha sido concertado a muerte o en condiciones tales que concluya en tal resultado (art. 103, Cód. Penal). Lo frecuente habrá de ser el empleo de las armas tradicionales exigidas por

⁶ Véase el Título III, arts. 12 y ss., del código de honor, en el que se regula en forma completa la actuación de los padrinos.

la práctica caballeresca: la espada, el sable y la pistola de combate (art. 29, cód. de honor). Esta misma tradición permite sostener la exclusión de las armas impropias o de armas propias de disparo (por ej., arco y flecha); sin embargo, debido a la genérica redacción del art. 97, Cód. Penal, la exclusión, sobre todo de estas últimas, resulta discutible.

Las armas deben ser iguales o al menos equivalentes, de manera de obtener la paridad en el combate.

e) Y arreglen las demás condiciones del desafío: En opinión de RIVANERA, salvo convención expresa en contrario, las condiciones del desafío son las que establecen los usos y costumbres del duelo⁷, a las cuales ya se ha hecho referencia anteriormente.

f) Por causa de honor: El concepto de honor comprende tanto la autoestimación (honor subjetivo) como la fama o reputación de que goza la persona en la sociedad (honor objetivo). Es esta la interpretación que nos da el código de honor al establecer en el art. 1º, Título I, "De las ofensas", el siguiente concepto: "constituye ofensa todo acto voluntario susceptible de afectar la propia estima o la reputación de una persona".

La causa de honor no es un elemento que la ley lo requiera expresamente, pero la doctrina es pacífica en exigirlo, por una doble razón: como una exigencia histórica, propia de la tradición caballeresca y como una resultante de la interpretación, *a contrario sensu*, del art. 100, que penaliza expresamente el reto o desafío, o el dar causa para ello, persiguiendo un interés pecuniario o inmoral⁸.

b) *Duelo irregular.* — El artículo 98 establece: "*Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:*

"*1. el que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;*

⁷ RIVANERA, José J., ob. cit., p. 167.

⁸ NÚÑEZ Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, 1964, p. 269; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. 4, ps. 315 y siguientes.

"2. el que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

"3. el que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año".

Se trata de un duelo tipificado como delito por la ley penal, no de una mera lucha o pelea. Solo que se caracteriza por llevarse a cabo sin la intervención de padrinos, mayores de edad o con la intervención de padrinos que no reúnen la edad legal. En todo lo demás, deben concurrir las exigencias generales ya vistas del duelo regular.

La participación se rige por las reglas comunes, pero en relación con el delito de duelo, no con los resultados producidos (muerte o lesiones). Por consiguiente, los testigos, médicos y director del lance son punibles a ese título.

Como el artículo contiene una remisión *ad poenan*, no *ad delictum* (a los fines de la pena, no del delito) a las lesiones y al homicidio, a los autores, coautores o partícipes no les alcanza las agravantes ni las atenuantes correspondientes a estas estructuras delictivas, sino solo las penas previstas para las figuras básicas.

c) *Instigación a provocar o aceptar un duelo. Desacreditación pública por no desafiar o rehusar un desafío.* — El artículo 99 establece: *"El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:*

"1. con multa de \$ 750 a \$ 30.000 si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o solo lesiones de las comprendidas en el artículo 89.

"2. con prisión de 1 a 4 años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículo 90 y 91".

La instigación a que alude esta disposición no es la misma que regula el art. 45, Cód. Penal, pues se trata, como explica NÚÑEZ⁸, de una incitación dolosa que puede, incluso, resultar ineficaz, esto es, que el duelo no se lleve a cabo. La instigación

⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 282, especialmente nota 70. En contra, equiparando la instigación al duelo con la instigación del art. 45, Cód. Penal, SOLER, TERÁN LOMAS, etcétera.

debe estar dirigida al éxito, no del desafío o su aceptación —como opinan SOLER y TERÁN LOMAS—, sino del duelo, que es lo que exige el texto legal.

El artículo alcanza tanto al duelo regular como al irregular, y el instigado puede ser un hombre o una mujer¹⁰. Autor del delito es quien induce a otro para que este provoque o acepte un desafío. No se trata de un reto a duelo a otro o de una aceptación a un duelo, formas no punibles por el Código Penal.

En la legislación comparada, observamos una especie criminal semejante en el Código italiano, cuyo art. 400 castiga con reclusión de hasta 6 meses o multa de 100.000 a 1.000.000 de liras, a quien públicamente ofende a una persona o la haga blanco de desprecio público por no haber desafiado o no haber aceptado un desafío, o no haberse batido en duelo. La misma se aplica a quien, dando muestras de su desprecio, incite a otro al duelo.

La desacreditación pública por no desafiar o rehusar un desafío es el delito denominado doctrinariamente coacción moral al duelo (SOLER, doctrina alemana) o vilipendio por causa caballerezca (NÚÑEZ, TERÁN LOMAS, doctrina italiana).

La acción material punible consiste en desacreditar (difamar) públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío. Configura una injuria por descrédito (art. 110, Cód. Penal) caracterizada por la publicidad de la ofensa. No basta la simple amenaza de descrédito público, sino que debe haberse lanzado la injuria contra otra persona. Se trata de un delito de peligro concreto, efectivamente corrido, para la reputación del tercero, que lo expone al desprecio público. El proyecto de 1960 amplió los límites de la figura en términos muy similares al art. 400 del Código italiano antes transcripto.

d) *Provocación al duelo por interés pecuniario o inmoral.* — El artículo 100 establece: “*El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:*

”1. con prisión de 1 a 4 años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones;

¹⁰ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 94.

"2. con reclusión o prisión de 3 a 10 años, si el duelo se realizarere y resultaren lesiones;

"3. con reclusión o prisión de 10 a 25 años, si se produjere la muerte".

Se trata de un delito caracterizado subjetivamente por el móvil que persigue el autor, esto es, un interés pecuniario o inmoral. Esta característica subjetiva es, precisamente, la que convierte el desafío, por regla general impune (cuando es por causa de honor), en un acto punible (cuando es por causa económica o inmoral).

La acción consiste en provocar (directamente) un desafío, o en dar causa (indirectamente) para que se produzca un desafío. En ambos supuestos, autor puede ser tanto el que incita o desafía, como el que se hace desafiar o hace desafiar a un tercero.

Por interés pecuniario debe entenderse toda ventaja en dinero o que pueda ser traducible económicamente; por objeto inmoral, todo cálculo infame o despreciable a cuyo servicio se pone el duelo (NÚÑEZ, 284), por ej., el propósito de eliminar al preferido de la mujer o el del amante para eliminar al esposo de la mujer; para hacer más rápido el camino hacia un nombramiento honorífico, cargo público, etcétera. Todo interés pecuniario es para la ley un objeto inmoral, pero no necesariamente es así a la inversa, pues puede muy bien perseguirse un objeto inmoral sin contenido económico.

e) *Combatiente desleal.* — El artículo 101 establece: "El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

"1. con reclusión o prisión de 3 a 10 años, si causare lesiones a su adversario;

"2. con reclusión o prisión de 10 a 25 años, si le causare la muerte".

Estamos frente a un supuesto de obrar desleal de uno o ambos duelistas, en perjuicio del otro. Se trata de una violación dolosa de las reglas pactadas por los padrinos, cuya ejecución causa algunos de los resultados previstos en la ley. Debe existir, por consiguiente, una relación causal entre la conducta desleal del duelistas y el daño producido.

Originariamente el duelo es regular, pero se torna irregular cuando se produce la trasgresión, por parte del combatiente, de las condiciones pactadas. La irregularidad del duelo, y por consiguiente su penalización, solo alcanza a quien ha actuado en forma desleal en perjuicio del adversario, de manera que para el otro combatiente y demás intervenientes el duelo sigue siendo regular. La irregularidad no se comunica a quienes, por regla general, son impunes.

La deslealtad puede provenir, ya sea de un acontecimiento premeditado, anterior al duelo, por ej., preparar el arma para que accione más rápidamente que la del adversario, o producirse durante el combate, por ej., aprovechándose maliciosamente de un error del adversario o no respetando las órdenes del director del lance.

f) *Alevosía de los padrinos.* — El artículo 102 establece: “*Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren*”.

Es uno de los casos que torna punible la actuación de los padrinos, generalmente exentos de pena (arts. 97 y 98). El artículo hace referencia a un duelo regular, que se irregulariza solo para los padrinos que hubieren empleado alevosía en la ejecución del mismo. La infracción se comunica a quienes conocen esta violación de las reglas del duelo y actúan en consecuencia.

El delito exige, además del uso de cualquier género de alevosía en el duelo, que se produzcan algunos de los resultados previstos en el art. 101, esto es, lesiones o muerte.

Las penas previstas para los padrinos son las mismas que para el combatiente desleal (art. 101), y se gradúan, como dijéramos, de acuerdo con el resultado causado. NÚÑEZ rechaza la tentativa, mientras que SOLER y FONTÁN BALESTRA, en opinión que compartimos, la creen posible.

g) *Concertación del duelo a muerte.* — El artículo 103 establece: “*Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o*

en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de 1 a 4 años, si se verifique la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verifique la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de \$ 750 a \$ 30.000".

Es otro de los casos que vuelve punible la actuación de los padrinos. Sin embargo, en este supuesto, a diferencia del que contempla el art. 102, la punibilidad no depende de la verificación de los resultados previstos en la ley, sino de la realización del acuerdo mortal en sí mismo, aunque el duelo no se lleve a cabo.

Se trata de un duelo regular que se irregulariza solo para los padrinos que han celebrado el acuerdo o han arreglado el combate de manera tal que su realización derive en la muerte de uno o de ambos de los combatientes.

La acción consiste en concertar, esto es, acordar, fijar, arreglar un duelo a muerte o en condiciones tales que lleven a ese resultado. La verificación de la muerte del adversario no multiplica el delito, pero hace variar sensiblemente la penalidad.

Las condiciones de un duelo a muerte deben inferirse, a falta de pacto o acuerdo expreso, de las circunstancias de tiempo, modo, lugar, clase de armas empleadas (calibre, tipo de funcionamiento, etc.), distancia y demás características del lance.

CAPÍTULO V

ABUSO DE ARMAS

El tema se encuentra especificado en los art. 104 y 105 del Cód. Penal. Así, el art. 104 establece: “*Será reprimido con 1 a 3 años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla.*”

“*Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.*”

“*Será reprimida con prisión de 15 días a 6 meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida”.*

El artículo 105 establece: “*Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81 inciso 1º, letra a, la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente”.*

§ 92. IDEAS GENERALES

El Capítulo V del Título I del Código Penal (arts. 104 y 105), bajo la denominación común de abuso de armas, contempla dos figuras delictivas conocidas en doctrina y jurisprudencia con los nombre de disparo de arma de fuego (art. 104, párr. 1º) y agresión con arma (art. 104, párr. 3º).

Ambas figuras, como enseña FONTÁN BALESTRA, se estructuran sobre la idea de agresión o acometimiento que se realiza sobre la persona, generando para ella la situación de peligro¹, que es,

¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal, “Parte especial”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 371.

en definitiva, lo que la ley tutela. Por consiguiente, el bien jurídico protegido aquí es la seguridad personal, cuya integridad sufre el riesgo cierto de verse afectada por el disparo del arma o por la agresión armada. Son delitos de peligro concreto y de pura actividad, cuya consumación se produce con la realización de la acción material que el tipo describe y que coloca a la persona ante un verdadera situación de riesgo para su integridad física.

El disparo de arma de fuego tiene su fuente en el Código español de 1870. El Código Penal de 1944 no contemplaba esta figura como delito sino como falta contra el orden público (art. 568, Cód. Penal), cuya redacción original fue modificada por la Ley Orgánica 3 del 21/6/89 con el siguiente texto: "Serán castigados con las penas de 1 a 5 días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas los que, dentro de población o en sitio público o frecuentado, disparen armas de fuego, aire comprimido o gas". Sin embargo, la reforma de 1995 no reprodujo estas normas. La agresión con arma, en cambio, tiene su antecedente en el proyecto de 1891. El proyecto Peco de 1941 suprimió los abusos de armas como delitos autónomos, incluyéndolos entre los atentados contra la libertad individual; de esta manera, tipificó los delitos de amenaza con armas (art. 176) y violencia con arma (art. 177).

§ 93. DISPARO DE ARMA DE FUEGO²

Los elementos del delito son los siguientes:

a) Que se dispare un arma de fuego: Un arma de fuego se dispara cuando se acciona su mecanismo y sale despedido el proyectil. Es esta la acción material del tipo.

Por arma debe entenderse todo instrumento que aumenta el poder ofensivo de la persona. El tipo legal, sin embargo, exige que el arma sea de fuego, esto es, que dispare proyectiles a través de un mecanismo que se acciona por deflagración de la pólvora. Están excluidas, por lo tanto, las armas que no son de fuego, por ej., armas de disparo, de aire comprimido, el arco

² Para mayores detalles, ver NÚÑEZ, Ricardo C., *Sobre el disparo de arma de fuego*, LL, t. 52, ps. 131 y siguientes.

y flecha, la honda o gomera, el arma de fogueo (por cuanto, si bien actúa con pólvora carece de proyectil), etcétera.

b) Que el disparo se haya efectuado contra una persona: No configura el delito el disparo al aire, al costado o hacia lugares donde no se encuentra la persona. El disparo a los pies es un disparo hacia la persona³. Contra la persona significa en dirección a ella, de manera que aparezca el peligro para su in-columnidad personal. Resulta irrelevante que se trate de una o varias personas, ya que la multiplicación de sujetos no multiplica el delito⁴.

c) Que no se cause herida: Esta expresión debe entenderse como no haber causado ningún resultado aunque se hubiere pensado en dar en el blanco. Si se hubiera causado algún resultado (por ej., herida), el hecho se mantiene dentro del tipo del art. 104 si a ese resultado le corresponde pena menor (por ej., lesiones leves, que tienen pena de 1 mes a 1 año de prisión, art. 89, Cód. Penal). Si la pena es mayor en función del mayor daño producido, por ej., lesiones graves, gravísimas o muerte, la figura se desplaza hacia la que corresponde a tales resultados.

Subjetivamente, el disparo de arma de fuego configura un delito doloso, de dolo directo. No resulta admisible la forma culposa o imprudente. Un disparo con estas características debe ser considerado en función de los resultados causados (lesiones culposas, art. 94 u homicidio culposo, art. 84, Cód. Penal).

No creemos que sea admisible la tentativa⁵. La propia dinámica comisiva del tipo permite apreciar esta posibilidad, pues para la consumación típica es necesario no solamente que el

³ No lo cree así TERÁN LOMAS, Roberto A., *Derecho penal*, "Parte Especial", Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 286, pero los "pies son una parte de la persona".

⁴ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 132.

⁵ Aceptan la posibilidad de tentativa NÚÑEZ, TERÁN LOMAS, ODERIGO, DONNA, CREUS, etc. No la creen imaginable, en cambio, SOLER y FONTAN BALETRA. Por nuestra parte, en nuestro *Curso de derecho penal*, p. 194, sostuvimos la posición negativa porque cuando el autor comenzaba a disparar (acción que indicaba ya la salida del proyectil) el delito estaba consumado. Una nueva reflexión sobre el punto nos hizo modificar esta posición. Si hubo disparo y salida del proyectil, dirigido hacia una persona, el delito efectivamente se ha consumado. Pero, si el proyectil no fue despedido, aun cuando el mecanismo del arma de fuego haya sido accionado para lograr este resultado, estamos en el ámbito de la tentativa.

arma haya sido disparada, salvo que el proyectil haya sido "realmente" despedido hacia la persona. Pero ¿qué sucedería si se acciona el mecanismo del arma y el proyectil no es expedido? Pues estamos ante una hipótesis de tentativa. Existe comienzo de ejecución con el acto de accionar el dispositivo del arma que origina el disparo, pero la salida del proyectil se frustra por razones ajenas a la voluntad del autor, por ej., por defectos en alguna pieza del arma o del propio proyectil. Si, en cambio, el disparo se produjo pero el proyectil se desvió, no dio en el blanco, impactó en algún obstáculo, etc., el delito igualmente ha quedado perfeccionado.

§ 94. AGRESIÓN CON ARMA

Consiste el delito en acometer o atacar a otro empleando un arma, de manera que se coloque en peligro la incolumidad física de la víctima. El arma puede ser cualquiera, propia o impropia, de fuego o de disparo, siempre que las de fuego no sean empleadas como tales, sino como objetos contundentes. Es un delito de peligro concreto y de carácter doloso, incompatible con el dolo eventual y la culpa.

En lo que respecta a la posibilidad de causación de algún resultado como consecuencia de la agresión, son de aplicación los mismos principios ya expuestos para el delito de disparo de arma de fuego, al que hacemos la remisión.

§ 95. AGRAVANTES Y ATENUANTES COMUNES

Están previstos en el art. 105, Cód. Penal, que remite, como hipótesis de circunstancias agravantes a las establecidas en el art. 80 y como circunstancia atenuante a la emoción violenta del art. 81, inc. 1º, letra a. En ambos casos, las penas aumentan o disminuyen en un tercio.

CAPÍTULO VI. ABANDONO DE PERSONAS

El artículo 106 del Código Penal establece: “*El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.*

“*La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.*

“*Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión*” (t. según ley 24.410).

§ 96. IDEAS GENERALES

El Capítulo VI, último del Título I, Código Penal, contempla, bajo la denominación común de abandono de personas, dos delitos de estructura diferenciada: la exposición a peligro por desamparo (art. 106), con las agravantes y atenuantes establecidas en el art. 107, y la omisión de auxilio (art. 108).

La ley penal prescribe en este capítulo delitos de peligro (en los tipos básicos) y de daño (en los tipos agravados), para la vida y la salud de las personas. El texto vigente proviene de la ley 21.338 que, contrariamente al texto original –que hacía girar todo el tipo sobre la idea de abandono del menor o incapaz sin hacer referencia expresa al peligro que para la vida y la incolumidad física de las personas implican estos hechos– da

contenido al tipo precisamente a través de la situación de peligro para el bien jurídico tutelado y sin cuya puesta en riesgo no resulta posible la consumación del delito. La ley de reformas 24.410 no modificó los elementos típicos del delito sino solo su escala punitiva, tanto en la figura básica como en la agravada. Asimismo, eliminó el segundo párrafo del art. 107. La ley 24.286 estableció la escala de multa del art. 108.

En el derecho comparado, el código español actual, abandonando el esquema anterior de tipificación de estas figuras como delitos contra la libertad y seguridad, prevé únicamente el delito de omisión de socorro (arts. 195 y 196). El Código Penal italiano también contempla figuras semejantes en el Título XII –De los delitos contra la persona–, Capítulo I –De los delitos contra la vida y la incolumidad individual–, prescribiendo en el art. 591 el delito de abandono de personas menores o incapaces, y en el art. 593 la omisión de socorro; el delito de abandono de un recién nacido por causa de honor, previsto en el art. 592, fue abrogado por la ley 442 del 5/8/81.

§ 97. EXPOSICIÓN A PELIGRO POR DESAMPARO

El delito está previsto en el art. 106 del Cód. Penal, cuyo texto describe tres conductas diferentes.

a) *Colocar a otra persona en situación de desamparo.* — Consiste en poner a la víctima en la situación que requiere la ley, por cualquier medio y de la cual resulte un peligro para su vida o su salud.

La conducta del autor, que en este caso es eminentemente activa, crea la situación de peligro por el desamparo en que queda la víctima, esto es, sin posibilidad alguna de obtener ayuda o asistencia, necesarias para preservar su vida o su salud.

Sujetos activo o pasivo puede ser cualquier persona, con prescindencia de toda condición o calidad especial.

b) *Abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar.* — Esta figura está construida sobre la misma idea de abandono de la conducta an-

terior, esto es, sacando a la víctima del lugar en que se halla y dejándola en otro, o también alejándose el autor del lugar en que se encuentra, dejando allí a la víctima. En ambos casos debe darse la situación de peligro para la vida o la salud del incapaz.

El delito puede cometerse por acción o por omisión (impropia), pero cualquiera sea el caso, siempre resulta exigible la amenaza de afectación del bien jurídico tutelado por la norma.

El abandono, que siempre requiere una imposibilidad de lograr asistencia, ayuda ajena, etc. (de allí el peligro para el interés protegido), puede ser temporal o definitivo, pero en cualquier caso siempre debe ser de carácter material. El abandono moral o espiritual del incapaz no da lugar al delito.

El delito es doloso, siendo suficiente la forma eventual.

Sujeto activo solo puede ser quien tiene la obligación de mantener o cuidar al incapaz de valerse. Esta obligación, que es de carácter jurídico (no social o de otra naturaleza), puede provenir de la ley, del negocio jurídico o del actuar precedente del autor¹. Sujeto pasivo es la persona incapaz de valerse, entendiéndose por tal a quien carece de aptitud para proveerse a sí misma². En esta situación están comprendidos, entre otros, el menor de 10 años y el incapaz por causa de enfermedad a que hacía referencia el texto original del Código. La incapacidad abarca, no solo la declarada por ley, sino también la incapacidad de hecho, la cual debe ser determinable en cada caso concreto.

c) *Abandono de la persona a la que el autor ha incapacitado.* — La figura proviene del proyecto de 1960 y fue introducida al Código Penal originariamente por la ley 17.567. Su fundamento radica en la necesidad de encuadrar penalmente aquellos casos de alejamiento del autor después de un accidente dejando sin socorro al lesionado. Se trata, como señala FONTÁN BALESTRA, de la aplicación de la doctrina de la acción precedente en los delitos de omisión³.

¹ Para mayores comentarios sobre el deber de actuar, véase mi obra *Homicidio simple*, Impresiones del centro, Corrientes, 1992, ps. 49 y siguientes.

² FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 354.

³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 355.

Este delito es de aquellos denominados delitos especiales propios, por cuanto por sus propias características relacionadas con la acción (omisión impropia), se restringe el campo de posibles autores solo a quienes reúnen una específica cualificación personal, cual es, precisamente, la de tener el deber de garantía respecto al bien jurídico tutelado por la ley⁴. Este deber de garantía puede provenir, como antes se dijo, de la ley, del contrato o de la conducta precedente del autor.

Sujeto activo puede ser, en consecuencia, solo quien ha incapacitado a la víctima. Sujeto pasivo es la persona que ha quedado incapacitada por obra del propio autor.

Un sector doctrinario⁵ sostiene que la incapacidad puede tener origen en una conducta anterior inocente o culposa, mientras que otros opinan que también debe quedar incluida la conducta dolosa⁶. Creemos que lleva razón esta segunda postura. Ni de la letra de la ley ni de su espíritu surgen razonables motivos que lleven a descartar la posibilidad de una conducta precedente de carácter doloso. Claro está, que en estos casos deberán jugar las reglas generales del concurso de delitos. La incapacidad es la consecuencia de la conducta anterior del autor, no del abandono. Si la víctima fallece como consecuencia de esa conducta anterior, el hecho se desplaza a los delitos de los arts. 84 (homicidio culposo) o 79 (homicidio doloso simple), según cuál haya sido la culpabilidad inicial del autor.

d) *Agravantes*. — Están previstas en los párrafos 2º y 3º del art. 106, cuyos distintos resultados (grave daño o muerte) habrán de determinar la pena aplicable. Son resultados preterintencionales no abarcados por el dolo, directo o eventual, del autor. El daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o su muerte,

⁴ GÓMEZ, Benítez M., *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, p. 591.

⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, p. 176; NÚÑEZ, Ricardo C., *Ánalisis de la ley 21.338*, Lerner, Córdoba, 1976, ps. 26 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 108. Cabe destacar que NÚÑEZ también admite la conducta dolosa anterior.

⁶ Así NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit.; MERCADO, Ángel R., *Abandono de personas*, LL, t. 134, p. 1119; TERÁN LOMAS, Roberto A., *Derecho penal*, "Parte Especial", Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 301.

deben ser la consecuencia directa del abandono, no de la conducta anterior del autor. Por grave daño debe entenderse las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91, Cód. Penal⁷. Los daños leves quedan absorbidos por la figura básica.

§ 98. AGRAVANTE POR EL VÍNCULO Y ATENUANTE

El artículo 107 del Código Penal establece: "*El máximun y el mínimun de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge*" (t. según ley 24.410).

El primer párrafo del artículo contempla una figura agravada por el vínculo del parentesco entre padres e hijos y por el vínculo legal del matrimonio.

La relación parental solo está referida a los padres e hijos, quedando excluida la de los abuelos y nietos, lo que no parece justificable. NÚÑEZ, sin dar razones, excluye el vínculo por adopción, el cual, en nuestra opinión, debiera estar previsto en la ley. En el caso del cónyuge, la agravante no alcanza a la persona divorciada legalmente, con sentencia firme de divorcio vincular (arts. 214 y ss., ley 23.515), ni a las uniones de hecho, sean temporarias o permanentes⁸.

El segundo párrafo contempla una modalidad atenuada de abandono, privilegiada por la edad del sujeto pasivo y por la causa de honor. El texto, que se explica por sí mismo, no puede actualmente merecer justificación. Los motivos que dan fundamento a la atenuación de la pena (la edad del menor y la honra sexual de la mujer), no pueden constituir una razón válida, en la hora actual, para privilegiar el acto. El precepto, desde un enfoque político-criminal moderno, no merece aceptación. La doc-

⁷ NÚÑEZ admite otros daños de importancia diversos de las lesiones de los arts. 90 y 91, Cód. Penal (ob. cit., p. 305).

⁸ Excluyo la separación personal (arts. 201 y ss., ley 23.515) porque los separados continúan siendo cónyuges, ya que no pueden contraer nuevo matrimonio.

trina penal contemporánea entiende que, en la actualidad, no puede considerarse un concepto ético-social-religioso de la honra tal como ha venido entendiéndose desde siempre en esta figura, lo cual lleva a la conclusión que, tal honra sexual, ha dejado de constituir un valor que merezca protección penal⁹.

De *lege ferenda* se impone la derogación de esta modalidad atenuada.

§ 99. OMISIÓN DE AUXILIO

El artículo 108 del Código Penal establece: “*Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad*” (t. original, vigente por ley 23.077). La multa es de la ley 24.286).

El texto proviene del proyecto de 1891, siendo su fuente inmediata el Código Zanardelli de 1889. Se caracteriza esta figura, particularmente, por convertir un deber de contenido ético-social en un deber legal de cumplimiento obligatorio para los ciudadanos.

Se trata de un delito de peligro para la vida o la salud de las personas. Es de pura omisión (omisión propia), de simple actividad y se consuma con la omisión misma, sin que importe la causación de un daño o resultado alguno. Se castiga, como subraya MUÑOZ CONDE, la simple infracción de un deber de actuar, sin más¹⁰. No es admisible la tentativa ni la participación criminal.

El artículo plantea dos hipótesis bien diferenciadas que integran el ámbito de lo punible, las cuales pueden ser apreciadas en el siguiente cuadro:

⁹ En esta línea argumental BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, Ariel, Barcelona, 1986, ps. 40 y 93; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, “Parte especial”, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, ps. 56; PALAZZO, Francesco, *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1985.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 31.

<i>Omisiónes punibles</i>	1) No prestar el auxilio necesario cuando se puede hacerlo sin riesgo personal.	Cuando se encontrara perdido o desamparado a	a) un menor de 10 años;
	2) No dar aviso inmediatamente a la autoridad, si se corre riesgo		b) una persona herida; c) una persona inválida; d) una persona amenazada de un peligro cualquiera

Tratándose de un delito estructurado omisivamente, lo punible consiste en infringir (no cumplir) con la acción que el ordenamiento jurídico espera que se cumpla: prestar el auxilio necesario o dar aviso a la autoridad. Como el sujeto a cuyo cargo está la obligación de hacer no realizó la acción impuesta (esperada), pudiendo hacerlo en uno u otro sentido, es punible como autor del delito omisivo.

El deber de actuar no es alternativo o delegable (elegir entre auxiliar o dar aviso), sino principal (auxiliar y, si no fuera posible, dar aviso). El riesgo personal se convierte así en el límite del cumplimiento de una u otra obligación. El sujeto debe prestar el auxilio necesario; solo si existe algún riesgo para su persona, debe dar aviso a la autoridad en el término que la ley prescribe (de inmediato). Solo están obligados a actuar, no obstante el riesgo personal, aquellos que deben soportarlo por imposición de la ley, empleo, oficio, convención particular, etc. (ej., bomberos, agentes de policía, médicos).

La fórmula "encontrando perdido o desamparado" empleada por la ley, cuyo origen es italiano¹¹, carece de una interpretación

¹¹ Proviene del Código Penal de 1930, art. 593 (*omissione de soccorso*), que dice: "Quien, encontrando abandonado o perdido a un menor de 10 años u otra persona incapaz de proveerse a sí misma, por enfermedad mental o corporal, por vejez o por cualquier otra causa, omite dar aviso inmediato a la autoridad, será castigado con reclusión de hasta tres meses o multa hasta 600.000 liras. A la misma pena será sometido quien, encontrando un cuerpo humano que esté o parezca inanimado, o bien una persona herida o de otro modo en peligro, omite prestar la asistencia necesaria o dar aviso inmediato u la autoridad. Si de la conducta del culpable deriva una lesión personal, la pena será aumentada; si derivare la muerte, la pena será aumentada al doble".

uniforme en nuestra doctrina. Por un lado, NÚÑEZ sostiene una posición restringida, esto es, que el autor "encuentra" a la víctima si la halla o da con ella, sea que la haya buscado o no¹². Pareciera ser esta también la posición de RANIERI en la doctrina italiana, cuando afirma que la conducta prevista en el párrafo primero del art. 593, Cód. Penal, consiste en omitir dar aviso sobre el hallazgo de un menor; no basta, dice el profesor de Bolonia, con tener noticia del abandono o del extravío¹³. Por otro lado, están quienes proponen una interpretación amplia de la fórmula, o sea, que el verbo encontrar significa, además de lo antes expuesto, "estar en presencia de". Es la opinión de SOLER, GÓMEZ, FONTÁN BALESTRA y, al parecer, también de LAJE ANAYA y TERÁN LOMAS. Muy esclarecedora nos resulta la opinión de MAGGIORE —que compartimos— cuando dice que hallar (encontrar) no significa, como parece, únicamente dar con algo casualmente, sino también estar en presencia. Se refiere, pues, no solo al que se mueve, sino también al que, estando quieto, se da cuenta con la vista o con el oído, de una persona en peligro. Por consiguiente, comete el delito el que está, en el mismo lugar, en presencia o en compañía de la persona necesitada de socorro¹⁴.

La jurisprudencia italiana ha resuelto —refiriéndose a la omisión de socorro— que la expresión *trovando* (encontrando, hallando) no está entendida en sentido literal pues, según la *mens legis*, están comprendidos entre los sujetos activos también aquellos que se han encontrado presentes antes de que se verifique el evento, o bien que hayan asistido al hecho. Entre nosotros, en la misma línea argumental, cometerían el delito no solo el guía de montaña que abandona al turista de otro grupo que ha caído en una grieta, sino también el propio compañero de viaje¹⁵.

La tesis amplia nos parece más convincente, por cuanto resulta más compatible con la idea sobre la cual descansa la razón

¹² NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 316.

¹³ RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1975, t. V, ps. 400 y siguientes.

¹⁴ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1972, p. 383, opinión compartida entre los italianos por MANZINI, ALTAVILLA, GUANIERI, etcétera.

¹⁵ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 111.

fundamentadora de este delito, esto es, la violación de la mutua asistencia o ayuda que se deben las personas en la vida en sociedad, aspecto sobre el cual nadie parece oponer reparos.

Una persona está perdida cuando está desorientada, fuera de su hogar o sitio seguro, sin poder ubicar su lugar de destino; está desamparada cuando no tiene posibilidad de lograr, por sí misma o por terceros, la asistencia y amparo necesarios.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona; sujeto pasivo, en cambio, solo puede ser quien está expresamente mencionado en la ley: *a)* un menor de 10 años, *b)* una persona herida, *c)* una persona inválida, *d)* una persona amenazada de un peligro cualquiera. En estos últimos tres casos, la existencia del peligro es lo que particulariza la situación en que se encuentra el sujeto, pero, solo un peligro para la vida o la incolumidad física o psíquica de la persona y no para otros bienes jurídicos, como podrían ser la libertad, seguridad, integridad sexual, etcétera. Esto se explica, no solamente por la ubicación que la figura tiene en el sistema de la ley, sino porque la ampliación a otras situaciones (como piensa TERÁN LOMAS, por ej., el secuestro o rapto de mujer) implicaría una extensión inadmisible del deber de actuar (prestar auxilio o dar aviso a la autoridad) que en forma genérica asumen todos los ciudadanos. No interesa la fuente de donde proviene el peligro (hecho de la naturaleza, humano, etc.), pero el mismo debe existir en el momento en que el sujeto encuentra a la persona perdida o desamparada.

- Wicks, C. D., & Hirschman, R. C. (1993). *Strategic management: Theory and application* (3rd ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (1994). *Strategic management: Theory and application* (4th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (1998). *Strategic management: Theory and application* (5th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2001). *Strategic management: Theory and application* (6th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2005). *Strategic management: Theory and application* (7th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2009). *Strategic management: Theory and application* (8th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2013). *Strategic management: Theory and application* (9th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2017). *Strategic management: Theory and application* (10th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2020). *Strategic management: Theory and application* (11th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2022). *Strategic management: Theory and application* (12th ed.). New York: Harper Business.
- Wicks, C. D., Hirschman, R. C., & Donaldson, L. (2024). *Strategic management: Theory and application* (13th ed.). New York: Harper Business.

PARTE SEGUNDA

TÍTULO II: "DELITOS CONTRA EL HONOR"

CAPÍTULO VII

GENERALIDADES

§ 1. IDEAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Los delitos contra el honor conforman un grupo de infracciones que, a lo largo de los tiempos históricos, han pervivido en los códigos penales de todo el mundo. No debe haber, seguramente, época alguna en la historia de la humanidad en la que estos delitos no hayan ocupado un lugar prominente en la legislación positiva.

Los delitos contra el honor, decía PACHECO, son una especie de delitos contra las personas en los pueblos en donde la honra es parte de la existencia¹.

Estos delitos se agrupan, generalmente, alrededor de dos figuras rectoras, la injuria y la calumnia. La primera constituye un tipo básico y genérico de imputación, mientras que la segunda es una especie de aquella que se caracteriza por el contenido y naturaleza de la atribución deshonrosa: "la imputación falsa

¹ Citado por PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, Barcelona, t. 2, p. 418; idem BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *La reforma penal y los delitos contra el honor*, "Rev. de Derecho Penal y Criminología", nº 1, enero/marzo 1969, p. 7.

de un delito de acción pública". Es por esto que la regla general de interpretación en el estudio de estos delitos debe ser la siguiente: "El contenido del Título II del Código Penal solo hace referencias a injurias, porque calumnia es, únicamente, la imputación falsa de un delito de acción pública que encontramos descripta en el art. 109, Cód. Penal".

En nuestro derecho, estos delitos se encuentran ubicados sistemáticamente en el Título II del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica "Delitos contra el honor", inmediatamente después de los delitos contra las personas, cuyos arts. 109 y 110 regulan expresamente los delitos de calumnia e injuria respectivamente. El resto del título agrupa especies delictivas que tienen su natural vinculación y dependencia con aquellas dos tipologías generales.

La ubicación de este particular bien jurídico en el sistema de la ley, a nuestro juicio, no es correcta. Si bien es cierto la fundamental importancia que tiene el honor entre los atributos de la personalidad del hombre, creemos que, después de la vida, la libertad es el bien jurídico prevaleciente. El honor debiera estar ubicado detrás de este último y, de esa manera, conformar el triángulo de valores más importante de la persona: vida, libertad y honor.

§ 2. ASPECTOS HISTÓRICOS

La historia de estos delitos al parecer se centra, ya desde el antiguo derecho, en la idea de injuria. La calumnia, tal como hoy se la conoce, es más bien de aparición reciente.

Un prolífico y minucioso examen de las fuentes romanas encontramos en la monografía del profesor MÉHÉSZ, *La injuria en derecho penal romano*², en la que nos enseña –y en esto coinciden los autores– que en la antigua Roma se denominaba generalmente injuria a todo acto que carecía de derecho. En forma más específica, sin embargo, se la asimilaba a la contumelia, llamada

² MÉHÉSZ, K. Zoltán, *La injuria en derecho penal romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

también *hybrin*, palabra derivada del verbo *contemnere*, que equivale a *menosprecio*³.

En el derecho penal romano las injurias se clasificaban, destaca el autor citado, en dos grupos principales: privadas y públicas (o calificadas); las primeras admitían, a su vez, una subdivisión entre injurias comunes (o leves) y atroces, mientras que las segundas se dividían entre injurias calificadas directas e indirectas. Las injurias leves podían configurarse por la comisión de hechos concretos, por ej., ensuciar o manchar a otro con cieno, estiércol o lodo, golpear con los puños, fustigar al prójimo, etc.; esta clase de hechos podían llevarse a cabo a través de gestos, actos corporales, que constituyan injurias reales, por ej., la violación del domicilio, los atentados contra la dignidad de la persona, contra el pudor, etc., o bien a través de la palabra o de la escritura, conocidas como injurias verbales. Estas últimas conformaban un tipo genérico que abarcaba tanto a los *convicium* (voceamiento, palabrerío, escándalo) como a los libelos (panfletos), llamados por los romanos *libellus famosus*⁴. La injuria leve se transformaba en atroz por la concurrencia de diversas circunstancias, por ej., cuando el golpe causaba herida, por la ubicación de la herida, por el rasgado de la vestimenta, cuando era cometida en presencia de un magistrado, a la vista del público en el foro, en el teatro, o según la condición social de la persona (ej., esclavo a persona libre, plebeyos a patricios, descendiente a ascendiente, etc.). Las injurias calificadas (o públicas), por último, eran aquellas que amenazaban en forma directa o indirecta a la seguridad o a la integridad económica-política-social del estado romano, por ej., las que configuraban una causa de divorcio, las que ofendían al magistrado en el libelo de apelación, los daños causados a acueductos, la contaminación de las aguas, etcétera⁵.

Para la reparación de la injuria recibida los romanos dispusieron de la *actio injuriarum*, introducida originariamente por la ley de las XII Tablas, luego por el derecho honorario (costum-

³ Ob. cit., ps. 13 y ss.; idéntica opinión en MOLINARIO, Alfredo, *La retracción en los delitos contra el honor*, rev. de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1948, año 3, nº 11, p. 587.

⁴ Ob. cit., ps. 23 y siguientes.

⁵ Ob. cit., ps. 35 y siguientes.

bre) y, finalmente, por el *ius mixtum* (derecho mixto). Las penas por estos hechos fueron múltiples y variadas. Desde el talión y la composición hasta la pena pecuniaria (multa), a la que seguía inevitablemente la tacha de infamia. También estuvieron previstas las penas de azotes y la detención en cadenas, las minas u otras obras públicas (para los esclavos), el apaleamiento (para hombres libres), el destierro temporal, la privación de honores y de la capacidad para testificar y la prisión⁶.

Entre las distintas clases de injurias merecen renglón aparte el *libellus famosus* y el *convicium*.

El primero, de origen pitagórico, era un derivado de las comedias griegas, que se caracterizaba por la propalación de injurias en forma escrita, a través de panfletos. A estos libelos también se los conoció con el nombre de *carmen famosum*, cuando la injuria era proferida a través de versos difamatorios, que eran cantados (canción difamatoria) por el autor del canto en presencia del injuriado. El *carmen famosum* se difundía de boca en boca, mientras que el *libellus famosum* llegaba al público por medio de una distribución de mano en mano. El *convicium*, en cambio, era una clase de injuria verbal que se cometía provocando un escándalo contra las buenas costumbres, por medio de un vocerío, en contra de otra persona con el fin de difamarla.

Con relación a la calumnia, sobre su origen, contenido y denominación, no existe acuerdo entre nuestros autores. La opinión más difundida es, sin embargo, que la disposición tal como está definida en la ley tiene su origen en el Código Penal francés de 1810, de donde pasa al Código español de 1848, y de allí al proyecto de 1891 en el proceso legislativo argentino, cuya redacción es la que llega al Código de 1921⁷. En España, sin embargo, CUELLO CALÓN ha observado que la calumnia, con un remoto antecedente en las Partidas, pudo haber entrado al Código de

⁶ Ob. y aut. cit., ps. 49 y ss.; ídem MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 590.

⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. IV, ps. 484 y ss.; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. 2, ps. 311 y ss.; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, p. 190; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. 4, ps. 118 y siguientes.

1848 proveniente del antiguo Código del Brasil, de gran influencia sobre él⁸.

**§ 3. SISTEMAS LEGISLATIVOS DE CLASIFICACIÓN
DE ESTOS DELITOS. LOS CÓDIGOS
PENALES MODERNOS**

Generalmente se admiten en el campo legislativo dos formas de ataque contra el honor de las personas: la *injuría* y la *calumnia*. Sin embargo, también es frecuente que algunos cuerpos de leyes tengan en esta materia su propio criterio de ordenación delictiva.

Los sistemas más conocidos de clasificación de estos delitos son los siguientes.

a) *Sistema francés*. — Estos delitos no están definidos en el Código Penal sino en la ley de prensa del 29/7/1881 (modificada por Ordenanza del 6/5/1944). Para la ley francesa, difamación es toda alegación o imputación de un hecho que ofende el honor o la consideración de la persona o cuerpo al que se imputa el hecho. Es *injuría* toda expresión ultrajante, término de desprecio o invectiva que no encierra la imputación de ningún hecho. La diferencia entre la difamación y la *injuría* estaría, según JAÉN VALLEJO, en que en la primera se imputa un hecho mientras que en la segunda se formula un juicio de valor⁹. A partir de la ley de prensa de 1944, se admitió el criterio de la admisión de la prueba de la verdad de los hechos difamatorios como regla general, salvo las excepciones expresamente establecidas, por ej., cuando conciernen a la vida privada de la persona.

b) *Sistema italiano*. — Distingue entre *injuría* y *difamación*, según esté o no presente el ofendido. Si la persona se halla

⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, "Parte especial", Bosch, Barcelona, 1949, t. 2, p. 614, opinión compartida por PUIG PEÑA, Federico, ob. cit., p. 419.

⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, p. 186.

presente, la injuria se denomina contumelia (art. 594, Cód. Penal); si se halla ausente, difamación (art. 595, Cód. Penal). En el derecho italiano la calumnia (art. 368) no es un delito contra el honor de las personas sino contra la administración de justicia, específicamente contra la actividad judicial¹⁰. Se sostiene por la doctrina italiana que la injuria tiende a la tutela de la autoestima (concepto subjetivo de honor) mientras que la difamación de la reputación (concepto objetivo de honor)¹¹.

c) *Sistema alemán.* — El ordenamiento jurídico alemán contiene normas protectoras de los derechos de la personalidad (que incluyen la tutela del honor), tanto en el derecho civil como en el penal. En el primero, se destaca lo que se conoce como interdicto provisorio, por medio del cual se pueden impedir lesiones inminentes al honor. El derecho penal, a su turno, distingue entre la simple injuria, que castiga los meros juicios de opinión injuriosos, ya sea emitidos frente a la víctima o frente a terceros, como las alegaciones injuriosas de hechos, en la medida en que sean emitidos únicamente frente a la víctima; la difamación, que consiste en la afirmación o difusión de un hecho injurioso sobre otra persona para degradarla o desprestigiarla ante la opinión pública; y la calumnia, que consiste en la imputación de un hecho falso de mala fe. Se trata de un caso cualificado de la difamación¹². Este sistema es similar al del Código Penal suizo.

¹⁰ Código Penal italiano, art. 368 (calumnia): “Quien, con denuncia, querella, requerimiento o instancia, aunque sea anónima o con falso nombre, dirigida a la autoridad judicial u otra autoridad que tenga obligación de instruir, acusa de un delito a alguna persona que sabe inocente, o bien simula contra ella rastros de un delito, será penado con reclusión de dos a seis años. La pena se aumentará si se acusa a alguien de un delito para el cual la ley establece pena de reclusión superior, en el máximo, a diez años, u otra pena más grave. La reclusión será de cuatro a doce años, si del hecho deriva una condena de reclusión superior a cinco años; y de seis a veinte años, si del hecho deriva una condena al ergástulo; y se aplica la pena del ergástulo, si del hecho deriva una condena a la pena de muerte”. Cabe aclarar, sin embargo, que la pena de muerte, que estaba prevista en el art. 21, Cód. Penal, ha sido derogada y sustituida por la del ergástolo.

¹¹ MUSCO, *Bene giurídico e tutela dell'onore*, Milano 1974, citado por JAÉN VALLEJO, Manuel, ob. cit., p. 199.

¹² JAÉN VALLEJO, Manuel, ob. cit., ps. 185 y siguientes.

d) *Sistema austriaco.* — El Código Penal austriaco de 1974 contempla la injuria, el llamado delito de reproche de una acción punible decidida judicialmente y la difamación. La primera consiste en una injuria pública o ante terceros, sea por medio de burlas, maltratos físicos o amenazas de cometerlos; el segundo consiste en reprochar a otro de modo perceptible por un tercero una acción punible cuya pena haya sido cumplida o remitida condicionalmente o aplazado provisionalmente el pronunciamiento de la pena; y la última consiste en la atribución de una cualidad o actitud espiritual despreciable, una conducta deshonrosa o un comportamiento contrario a las costumbres, apropiados para hacerle despreciable o rebajarlo ante la opinión pública. La prueba de la verdad es admisible, salvo con respecto a hechos que conciernen a la vida privada o familiar o a acciones punibles perseguitables a instancia de parte.

e) *Sistema español.* — El Código Penal español de 1995, apartándose de los viejos precedentes, define y castiga la calumnia y la injuria grave. En ambos supuestos, la pena se gradúa de acuerdo con la difusión o no de la ofensa, sea por medio de la imprenta, radiodifusión u otro medio semejante. La calumnia es la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 205). La injuria es la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 208). La prueba de la verdad exime de pena o de responsabilidad criminal, según los casos, si el acusado prueba el hecho criminal imputado (art. 207) o la verdad de las imputaciones cuando sean dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (art. 210). Se establece la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo para los casos de propagación de la ofensa. Tanto la

calumnia como la injuria se agravan si ha mediado precio, recompensa o promesa. La retractación supone la atenuación de la pena, mientras que el perdón del ofendido exime al autor de responsabilidad criminal. La acción penal se deduce por querella de la persona ofendida, salvo en los casos de ofensa a funcionarios públicos en que basta la simple denuncia. La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria.

f) *Sistema anglosajón*. — Tanto en el derecho inglés como en el norteamericano, la base del derecho de difamación está en un tipo de acciones civiles que se sustancian siempre ante los tribunales ordinarios y con aplicación del derecho ordinario¹³. El tema relativo al derecho de libelo, circunscrito específicamente a las afirmaciones o hechos difamatorios publicados por medio de la prensa, se rige actualmente en los EE. UU. por la doctrina sentada en el famoso caso “New York Times Co. c/Sullivan” resuelto por el Tribunal Supremo en 1964¹⁴. El recurso a la vía penal es extraordinario.

En la actualidad, no pocos son los códigos penales que han sistematizado la materia con criterios propios. Veamos algunos de ellos.

El Código Penal de Portugal de 1982 regula la materia en el Título I de la Parte Especial, “De los delitos contra las personas”, Capítulo V, “De los delitos contra la honra”, inscribiéndose de esta manera dentro del sistema tripartito, esto es, tipificar conjuntamente la injuria (art. 165), la calumnia (art. 167) y la difamación (art. 164). El Código Penal de Panamá de 1982, prescribe estos delitos en el Título III de la Parte Especial, “Delitos contra el honor”, prestando adhesión al criterio bipartito, pues contempla solo la calumnia y la injuria en un mismo Capítulo (arts. 173 y 172). El Código Penal uruguayo de 1934, siguiendo

¹³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, ps. 88 y siguientes.

¹⁴ Para mayor abundamiento sobre este caso judicial, véase BIANCHI, Enrique T., *Los criterios del New York Times vs. Sullivan y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema*, JA, t. 1992-III, p. 905. También MUÑOZ MACHADO, Francisco, ob. cit., ps. 88 y siguientes.

los lineamientos del proyecto Zanardelli de 1889, contempla en el Título XII, "De los delitos contra la personalidad física y moral del hombre", Capítulo VI, los delitos de difamación (art. 333) e injuria (art. 334). La calumnia está prevista, junto a la simulación de delito, entre los delitos contra la administración de justicia (art. 179, Título V). El Código Penal del Brasil de 1940 tipifica los delitos de calumnia (art. 138), difamación (art. 139) e injuria (art. 140) en el Título I, "De los crímenes contra la persona", Capítulo V, "De los crímenes contra la honra". Cabe destacar que este código contempla, asimismo, la calumnia contra los muertos (art. 138, inc. 2º), sin que la disposición alcance a la injuria y a la difamación. El Código Penal mexicano de 1931 prevé los delitos de injuria y difamación en el art. 350 y el de calumnia en el art. 356, ambos correspondientes al Título XX, "Delitos contra el honor". El Código Penal chileno de 1989, en el Título VIII, "Crímenes y simples delitos contra las personas", siguiendo la orientación del sistema español de 1944, prescribe únicamente los delitos de calumnia (art. 412) e injuria (art. 416). El Código Penal del Perú de 1991, Título II, "Delitos contra el honor", Capítulo único, tipifica la injuria, la calumnia y la difamación (arts. 130 a 138).

§ 4. CONCEPTO DE HONOR

Decía ALIMENA, comentando el Código Penal italiano de 1889, que es cierto que si todo siglo, si todo pueblo tiene un propio y diverso concepto del honor, de la reputación o del decoro, es también cierto que no existe pueblo que no tenga algún sentimiento de honor, de reputación o de decoro¹⁵.

Conceptos similares a los del jurista italiano se observan más recientemente en el Preámbulo de la Ley Orgánica española de "Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen" del 5 de mayo de 1982, en el que se afirma que "la esfera del honor está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la

¹⁵ ALIMENA, Bernardino, "Dei delitti contro la persona", *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cargo de Enrico PESSINA, Milano, 1909, vol. 9, p. 776.

sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento, por lo que es necesario tener en cuenta datos variables según los tiempos y las personas".

Con esto se quiere significar que el concepto de honor es esencialmente relativo y, fundamentalmente, condicionado por pautas de tipo social y cultural.

Sabido es que el honor es uno de los bienes jurídicos más difíciles de precisar conceptualmente, sea —como bien lo pone de relieve BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE— por su carácter inmaterial o bien por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente¹⁶. De todos modos, como apunta JAÉN VALLEJO, en la actualidad se entiende por la mayoría de la doctrina que el honor es una concreción de la dignidad personal y que, por consiguiente, es atribuible a todas las personas.

De las interpretaciones tradicionales que se han dado sobre el honor, a saber, las llamadas concepciones fácticas, que lo hacen consistir en la autovaloración de las cualidades propias de una persona o en la que efectúa la comunidad con relación a un sujeto determinado (honor aparente), o las llamadas concepciones normativas, para las que el honor se vincula directamente a la dignidad de la persona y al efectivo cumplimiento de los deberes éticos (honor real o merecido), se postulan actualmente criterios intermedios que pretenden combinar componentes fácticos y normativos¹⁷.

El honor no conforma un valor absoluto, con absoluta prescindencia de cualquier imponentable. Su existencia depende del sentimiento de cada pueblo o comunidad, de sus valoraciones sociales, de su acontecer histórico-político, de sus reglas de cultura, de sus costumbres, de la interacción de los sujetos actuantes.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Revisión del contenido del bien jurídico honor", en *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Biblioteca de Ciencias Penales, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 253. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, para quien el honor es un concepto vago y difuso, por lo que entiende que el jurista debe renunciar a tener un concepto inequívoco de honor, dada la plurivalencia de la expresión. Por el contrario, añade, tiene que limitarse a señalar el marco en que el honor encuentra protección jurídico penal (*Manual de derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, vol. 3, p. 237).

¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., p. 254.

tes, etcétera. Lo que para una persona o para una comunidad determinada puede ser ofensivo, puede no serlo para otra. Es por ello que el concepto de honor varía notablemente —y de hecho ha variado históricamente— según se trate de una sociedad jerarquizada o elitista o de una sociedad democrática fundada en valores plurales. Ejemplo de lo primero se observa en la arcaica ponderación del honor que pervive en los delitos de aborto por causa de honor, duelo, abandono de persona *honoris causa*, desacato, infanticidio por causa de honor, etc., de regulación precisa en algunos ordenamientos jurídicos.

Por todo ello es que hoy se afirma que los delitos contra el honor son delitos circunstanciados, esto es, que una acción o expresión no es injuriosa en sí, intrínsecamente, sino en el marco de unas coordenadas personales, temporales y locales que le dan sentido, o bien —como dice BAJO FERNÁNDEZ— de acuerdo con las condiciones particulares del hecho¹⁸.

Sin embargo, lo que se expone precedentemente no significa en modo alguno que el honor —si bien relativo— no pertenezca al individuo por el solo hecho de ser tal. El honor es un valor fundante, se encuentra en el hombre originariamente, por su propia razón de ser y por su propia dignidad. En el orden axiológico, ideológico —destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA— el ordenamiento jurídico ha optado por configurar el honor como atributo inseparable de toda persona, corolario de su dignidad, excluyendo cualquier otra valoración discriminatoria (subjetiva, social, etc.), fruto de prejuicios aristocráticos¹⁹.

Este aspecto del honor, subjetivado originalmente, solo encuentra tutela penal en razón de su consecuente objetivización social. Es solo desde esta perspectiva que cobra sentido el concepto de honor. Si el hombre viviera en una isla solitaria, sin reglas ni cultura, no existiría honor alguno que tutelar, o al menos no tendría sentido una tutela en relación a esa sola individualidad, pues no habría honor valorado, objetivado por una

¹⁸ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad", en *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 394; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, "Parte especial", 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 123; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 237.

¹⁹ Ob. cit., p. 393.

comunidad. Tampoco ese hombre solitario sabría que es tributario natural de un honor que merece protección, pues no estaría proyectado hacia otras personas que lo valoren socialmente en sus propios atributos. De aquí que el sentimiento de la propia valía (honor subjetivo) dependa y, al mismo tiempo, se proyecte inescindiblemente hacia el juicio ético-social que de una persona tienen los demás (honor objetivo). Por ello, el concepto de honor no puede prescindir de componentes subjetivos (fácticos) y objetivos (normativos).

Esta nueva estimación del honor, compuesta por elementos fundantes (atributos) de la persona humana proyectados hacia el reconocimiento de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad desde un enfoque social, implica el rechazo de la conocida postura de BINDING de que "el honor del hombre es una obra realizada por sus propias manos, no es un bien innato, sino totalmente adquirido"²⁰.

Una visión pluralista y constitucional del honor (que implica su detentación igualitaria por todos los individuos de la comunidad), permite concebirlo como un bien jurídico subyacente, original, de la persona humana, pero sometido para su valoración y tutela legal a las contingencias de la realidad social constatable. Esto implica reconocer en el honor un bien jurídico pluridimensional, esto es, compuesto de elementos fundantes (atributo del ser humano) y de elementos empíricos (constatación como realidad social). De este modo, como bien subraya BERDUGO, el honor constituye las relaciones de reconocimiento fundados en los valores sociales de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad²¹.

De esta manera, el honor que se tutela penalmente es un concepto objetivado por la conciencia social²². Es, en suma, el conjunto de predicados de la persona que le dan reputación social y estima propia. Estos predicados –al decir de NÚÑEZ, parafraseando su ya clásica concepción del honor– hacen a la personalidad del individuo, esto es, a la suma de cualidades morales,

²⁰ Citado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., p. 261.

²¹ Ob. cit., p. 263.

²² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La tutela penal del honor*, en "Rev. de Derecho Español y Americano", t. 12, p. 133, editada por el Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966.

jurídicas, sociales y profesionales valiosas para la comunidad, atribuibles a las personas.

Del antiguo debate entre la vigencia de una noción formal, aparente u objetiva del honor y una concepción real o merecida, se impone decididamente la primera estimación, por cuanto el honor constituye un atributo original del hombre, por ser tal, con prescindencia de cualidades o condiciones personales, económicas, políticas, religiosas, raciales o de cualquier otra índole.

El honor tutelado penalmente es, por tanto, un concepto formal o aparente, esto es, entendido como el sentimiento de respeto y consideración a que son acreedores todos los seres humanos²³. Claro está, insistimos, que esta concepción formal del honor se funda y al mismo tiempo se proyecta hacia una ponderación social de la personalidad.

Por ello es que, en nuestra opinión, muy escasa significación puede tener para el derecho la ya clásica diferenciación entre honor subjetivo, interno o ético, esto es, la autoestimación, la valoración que uno mismo hace o afirma de su propia dignidad, y honor objetivo, externo o social, o sea, la reputación o el prestigio de la persona en la sociedad, la estima en el plano interpersonal, el juicio ético-social que los demás hacen o tienen de la persona fundado en consideraciones de tipo social.

De aquí es que se haya tendido en el último tiempo –como señala Bustos RAMÍREZ– a una concepción nomativo-fáctica, que considera tanto los valores íntimos del ser humano como su reputación en conexión con la dignidad de la persona sobre la base de valores ético-sociales de actuación²⁴.

El concepto de honor está hoy estrechamente ligado a la idea de dignidad personal, esto es, que debe ser entendido como

²³ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, ob. cit., p. 133. En el mismo sentido NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 19. Actualmente, sin embargo, alguna opinión pretende la revisión del concepto formal del honor, entendiendo que hay que ir hacia el concepto de honor vinculado a la dignidad de la persona y a la idea de reputación merecida y no aparente (así RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Información veraz y delito de injurias*, en "AEDE. La ley y la prensa", publ. de la Asociación de Editores de Diarios Españoles, Madrid, 1986, nº 11, p. 44). De igual opinión en la doctrina española, pueden citarse a Alonso ÁLAMO y JAÉN VALLEJO (véase de este último, ob. cit., ps. 151 y ss.).

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 164.

un atributo fundamental del individuo, sustentado a partir de una perspectiva ético-social, que es, precisamente, la que le da sentido y contenido propio por el solo hecho de la propia condición humana.

Este contenido ético-social del honor implica su democratización²⁵, es decir, el contenido igualitario para todos, como un bien perteneciente a todos los individuos de la raza humana por su propia condición de tales. Entender el honor desde esta perspectiva tiende, precisamente, a su propia preservación como bien jurídico fundamental de las personas, esto es, a evitar que ideas totalitarias o antidemocráticas a través de instrumentos legales fundados en tales ideas pretendan su negación o desconocimiento como atributo natural del ser humano. En este sentido ha dicho el Tribunal Supremo español, que aun las personas más degradadas o envilecidas conservan un honor, a un modo de oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona²⁶.

Las más modernas constituciones del mundo y recientes documentos internacionales han puesto el acento en el reconocimiento expreso del derecho fundamental al honor.

La Constitución española de 1978 reconoce este derecho en el art. 18.1, con el siguiente texto: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", agregando en el apartado 4 de la misma disposición: "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". También la Ley Orgánica del 5/5/82 configura todo un catálogo de protección civil del honor y la intimidad, prescribiendo en su art. 1.2, que cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal.

²⁵ La expresión "democratización" es de QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del derecho penal*, 2^a ed., p. 1150, opinión que ha sido seguida por la gran mayoría de los autores españoles.

²⁶ Citado por JAÉN VALLEJO, Manuel, ob. cit., p. 149.

En América Latina, la Constitución del Paraguay del 20/6/92 reconoce expresamente el derecho al honor en el Título II, "De los derechos, de los deberes y de las garantías", Capítulo I, "De la vida y del ambiente", art. 4º, con el siguiente texto: "Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación". De igual modo, en el Capítulo II, "De la libertad", art. 33, se declara en forma explícita el respeto a la vida privada, garantizándose su inviolabilidad, como así el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

La Constitución del Brasil del 5/10/1988, en distintas disposiciones alude expresamente a esta materia. En el Título I, "De los principios fundamentales", art. 1º, parágrafo III, reconoce como uno de los fundamentos del Estado a la dignidad de la persona humana; en el art. 4º, parágrafo II, otorga rango prevalente a los derechos humanos; en el Título II, "De los derechos y garantías fundamentales", Capítulo I, "De los derechos y deberes individuales y colectivos", art. 5º, parágrafo X, expresamente declara: "Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a la indemnización por el daño material o moral que devenga de su violación".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del 22/11/69, en el Capítulo II, "Derechos civiles y políticos", art. 11, "Protección de la honra y de la dignidad", expresa: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o esos ataques".

Por último, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/12/1948, en su art. 12, contiene una declaración muy semejante a la del Pacto de San José antes mencionado.

En nuestro país, si bien el derecho al honor o a la dignidad personal no tenía expresa y directa consagración constitucional, la reforma operada en la Constitución nacional en agosto de 1994 (Santa Fe, 22/8/94) ha prescripto una tutela de tipo indirecta a través del reconocimiento con jerarquía constitucional de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos antes mencionada (art. 75, inc. 22, Cap. IV, "Atribuciones del Congreso"), incorporando al texto constitucional las prescripciones del art. 11 del citado documento internacional en los términos que allí se expresan.

Actualmente, la ciencia reconoce sin vacilaciones la calidad de derechos humanos a los derechos y atributos de la personalidad, entre los que cuenta, ciertamente, el derecho al honor²⁷. Precisamente, se ha dicho en este sentido que en la debida protección de estos requisitos, condiciones y expresiones de la personalidad humana, frente a ataques que les puedan ser dirigidos, se asienta el fundamento de los derechos humanos²⁸.

§ 5. CUESTIONES SUSCITADAS ACERCA DEL SUJETO PASIVO

Hemos puesto de relieve anteriormente que el criterio rector en esta materia es que no existe individuo alguno de la raza humana carente de honor. Actualmente, ningún país civilizado pone en tela de juicio esta afirmación. La excepción estaría dada, claro está, en la persona por nacer, pues de ella no podría predicarse legítimamente un honor tutelable jurídicamente, y menos aún desde el plano penal. Sujeto pasivo de estos delitos solo pueden ser las personas físicas, vivas y nacidas.

Sin embargo, por la propia naturaleza inmaterial del bien jurídico y la situación especial de ciertos sujetos de derecho, se ha planteado en doctrina un debate acerca de si pueden ser titulares de un honor defendible penalmente los menores, los incapaces, los deshonrados, los muertos y las personas colectivas.

a) *Menores*. — Es opinión dominante en doctrina, tanto nacional como extranjera, que los menores pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor.

²⁷ Véase este tema en el completo libro de NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1989.

²⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, ob. cit., p. 24.

Desde la perspectiva ético-social del honor que sustentamos y entiendo que el honor que interesa al derecho penal es el aparente, no el real, creemos que los menores pueden, según los casos, ser sujetos pasivos de estos delitos. Claro está que habrá que estar a la edad de los mismos al momento de la imputación ofensiva.

Dicir de un niño de pocos días o meses de edad que es un ladrón o un corrupto no parece que fuera una manifestación configurativa de injuria, pero afirmar de una mujer de quince años de edad que es una prostituta o una indecente, o de un niño de ocho o nueve años que es un mal alumno en el colegio porque es un sinvergüenza, un holgazán y mal compañero, no dudamos en calificar como injuriosas tales expresiones. El niño, al igual que el adulto, es tributario de un honor defendible jurídicamente. Lamentablemente, el art. 75 impone una valla que impide al menor, o a sus representantes legales, pretender la reparación judicial del honor herido, pues establece la regla imperativa de que el titular originario de la acción penal en los delitos de calumnia e injuria es el ofendido, y siendo que el ofendido es menor de edad, su incapacidad le impide estar en juicio (21 años: capacidad civil). La única posibilidad que existe para que el menor pueda promover la acción judicial a través de la pertinente querella (arts. 7, 446, Cód. Proc. Penal Corrientes; arts. 7º, 415, Cód. Proc. Penal de la Nación) es que llegue a la mayoría de edad y que la acción penal por el delito contra el honor no haya prescripto (art. 62, inc. 2º, Cód. Penal; injuria: 2 años, calumnia: 3 años). De *lege ferenda* se impone pues la revisión y reforma de las disposiciones penales y procesales restrictivas de estos derechos, a fin de que el menor de edad, a través de sus representantes legales, pueda promover las acciones judiciales que correspondan a estos delitos.

Un ejemplo de procedimientos de esta clase podría ser –aunque su redacción no ha estado exenta de críticas²⁹– el que se encuentra previsto en la ley española 62 del 26/12/1978, denominada de “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

²⁹ RODRÍGUEZ DE VESA, José M., *Derecho penal español*, “Parte especial”, Madrid, 1980, ps. 246 y siguientes.

de la persona”, modificatoria del párr. 3º del art. 467 del Cód. Penal, que decía “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la parte ofendida”. De esta manera, según esta ley es suficiente para la persecución de estos delitos la simple denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, cuando se trate de delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 3.1). El Proyecto de Código Penal español de 1980 también reguló esta materia con términos semejantes. El nuevo Código Penal español establece en el art. 215.1, el siguiente texto: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”. Otro ejemplo encontramos en el Código Penal italiano, cuyo art. 120 expresa: “Toda persona ofendida por un delito por el cual no deba procederse de oficio o a requerimiento o instancia, tiene el derecho de querella. Para los menores de 14 años y para los interdictos por razón de enfermedad mental, el derecho de querella será ejercitado por el padre o por el tutor. Los menores que han cumplido 14 años y los inhabilitados, pueden ejercitar el derecho de querella, y pueden también en vez de ellos, ejercitárselo el padre, el tutor o el curador, no obstante la declaración contraria de voluntad, expresa o tácita, del menor o del inhabilitado”.

b) *Incapaces*. — Para estos casos son de aplicación los mismos principios esgrimidos para los menores. Una concepción social-objetiva del honor autoriza a extender la tutela penal a las personas incapaces que no están en condiciones de apreciar o emitir un juicio valorativo de la ofensa, o que pueden hacerlo solo en ciertos intervalos lúcidos.

En opinión de RAMOS, la calumnia proferida contra un inimputable (alienado o incapaz), en razón de cualquiera de las causales del inc. 1º del art. 34, Cód. Penal, constituye delito porque la

causa subjetiva de no punibilidad necesita ser establecida en un proceso criminal³⁰.

c) *Deshonrados.* — En alguna época de la historia de la humanidad ha habido, según se sabe, individuos carentes de honor (esclavos, meretrices, gladiadores, etc.)³¹. Esta situación, sin embargo, en la actualidad resulta inadmisible. Hemos dicho y volvemos a insistir, que en ningún país civilizado, en los tiempos actuales, resulta concebible una persona sin honor. Por lo tanto, para nuestra cultura, la figura del deshonrado no es más que una fórmula hiperbólica, una simple retórica.

La antigua tacha de infamia ha sido desterrada de las legislaciones modernas. La infamia por traición que describe la Constitución nacional en los arts. 29 y 119 no es más que una consecuencia de este delito, personalizada para el reo, sin transcendencia a terceros, con relación exclusiva al caso específico y que deja indemne el honor del sujeto. Por lo tanto, este individuo tachado de traidor, posee un honor tutelable penalmente y puede ser sujeto pasivo de los delitos de injuria o calumnia.

d) *Muertos.* — La posibilidad de que los muertos puedan ser sujetos pasivos de delitos contra el honor es una cuestión que se discute desde antiguo. En Roma, ofender al difunto configuraba una injuria a la persona misma del heredero, pues este era la continuación de la personalidad del muerto. Si por causa de heridas recibidas el esclavo fallecía, el dueño tenía la acción *injuriarum* y, en caso de condena, podía proceder con otra acción sucesivamente contra el injuriante por medio de la cual perseguía la reparación del daño³².

La teoría clásica (CARRARA) sostuvo rigurosamente la necesidad de admitir como posible la persecución penal de las injurias proferidas en contra de los muertos, inclusive en aquellas le-

³⁰ RAMOS, Juan P., *Los delitos contra el honor*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1939, ps. 59 y siguientes.

³¹ Véase NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 22 y ss., y MÉHÉSZ, K. Zoltán, ob. cit., ps. 16 y siguientes.

³² MÉHÉSZ, K. Zoltán, ob. cit., p. 42; CARRARA, Francisco, *Programa de derecho criminal*, vol. 3, p. 181.

gislaciones que guardan silencio o no contienen disposiciones especiales que rechacen la persecución penal de modo explícito o implícito³³.

Frente a aquellos que propugnan la fórmula de los derechos o la libertad de la historia –al parecer proveniente de la doctrina francesa–, que permite libremente todo tipo de censura o vituperio al difunto, opuso CARRARA los principios generales de la teoría para la solución de estos casos, específicamente la falta de intención de inferir la ofensa. Lo que escribe un literato para ilustrar las crónicas de su patria recordando los nombres de los varones más notables tanto en lo bueno como en lo malo, con tal que lo haga con intención de servirle a la verdad, no incurre en la pena de la injuria por reglas de la teoría, es decir, por falta de intención malévolas³⁴. Sin embargo, cabe señalar que CARRARA, si bien admitió la posibilidad del delito de ofensa a la memoria del difunto, lo hizo reconociendo que el objeto del delito no era el derecho del muerto sino el derecho de los sobrevivientes, que era –decía– el derecho violado por el ultraje.

El conflicto de intereses que surge entre los derechos de la historia (libertad de crítica histórica) y el derecho de la familia a que se respete la memoria del difunto, solo puede tener algún valor decisivo en los casos de personas que, en vida, han desarrollado una vida pública, de interés para la comunidad. A la historia, se preguntaba CARRARA, ¿qué puede importarle la vida privada de los hombres? En los casos de personas públicas, los derechos de la familia deben ceder frente a la libertad de crítica, en cuanto ella esté guiada por una finalidad seria, objetiva, de información o de interés general, sobre las circunstancias o pormenores que son objeto de censura. De lo contrario, el silencio es la regla.

Entre las legislaciones que tipifican como delito las ofensas a la memoria del difunto, nos recuerda FONTÁN BAESTRA que el Código Penal suizo limita la acción a un número determinado de parientes, de manera que la muerte del último de los sobrevivientes deja paso a la plena libertad de crítica, estableciendo,

³³ CARRARA, Francisco, *Opúsculos de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1978, vol. 4, p. 467; ídem en *Programa . . .*, ps. 170 y siguientes.

³⁴ CARRARA, Francisco, *Opúsculos . . .*, p. 454.

además, una exención de pena para el autor si al momento del hecho han transcurrido más de 30 años de la muerte o de la declaración de ausencia³⁵. El Código Penal español de 1944, por su parte, expresaba en el art. 466 (hoy derogado): "Podrán ejercitarse la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos, y en todo caso, el heredero".

Como puede notarse, esta legislación permitía la persecución de las injurias y calumnias contra el difunto, pero no en consideración a este sino en atención a los parientes mencionados en el texto. El Código Penal italiano también contempla la posibilidad de querellar por injuria o difamación a la memoria del difunto, otorgando la acción a los parientes próximos, al adoptante y al adoptado (art. 587, apart. 2º). El Código Penal del Brasil dispone expresamente: "Es punible la calumnia contra los muertos" (art. 138, apar. 2º). La injuria, en cambio, no está prevista. El ejercicio de la acción, en estos casos, corresponde a los parientes del muerto o a sus descendientes. Una disposición similar a la italiana encontramos en el Código Penal uruguayo, pero limitado el derecho de denuncia solo al cónyuge o a los parientes próximos (art. 338). Por último, cabe también citar el nuevo Código Penal del Perú de 1991, cuyo art. 138 dice: "En los delitos previstos en este título (Título II, Delitos contra el honor), solo se procederá por acción privada. Si la injuria o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos".

La doctrina dominante, tanto de nuestro país como del extranjero, rechaza la posibilidad de que el muerto pueda ser sujeto pasivo de delitos contra el honor³⁶. Sin embargo, de *lege ferenda*

³⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 411. Véase un minucioso panorama de la legislación comparada en TERÁN LOMAS, Roberto A., *Alcance del art. 75 del Cód. Penal*, JA, t. 1973-18, p. 179.

³⁶ En la Argentina, NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 28 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., ps. 408 y ss.; SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 201 y ss.; MALDONADO, Horacio S., ob. cit., p. 151; RAMOS, Juan P., ob. cit., ps. 70 y ss.; CARRERA, Daniel P., *Ofensa a la memoria de los difuntos*, JA, t. 1972-13, p. 266. En Italia, CRIVELLARI, *Il códice penale*, vol. 7, p. 1190; MANZINI, V., vol. 7,

es también opinión mayoritaria el reconocimiento a los parientes del difunto del derecho a ejercitar la acción penal en casos de ofensas a su memoria, a través de la expresa tipificación del delito de ofensa a la memoria de los difuntos.

En efecto, el muerto no puede ser sujeto pasivo de delitos contra el honor, pues sus derechos se han extinguido con su desaparición física. El muerto, oímos decir muchas veces al profesor CONTRERAS GÓMEZ, es la nada, lo intangible, lo que no existe para el orden jurídico. El muerto, agregamos nosotros, ha dejado de ser persona para el derecho (art. 103, Cód. Civil). Por consiguiente, no existe personalidad o atributos que puedan ser tutelados penalmente, entre los cuales, ciertamente, figura el honor³⁷. De *lege ferenda*, insistimos, resulta conveniente la sanción de esta especie delictiva en el Código Penal, aunque insertada en un Título propio, "Delitos contra la familia", que es, en verdad, el bien jurídico tutelable en estos casos. Por ello es que resulta totalmente impropio legislar estos delitos en el campo de los delitos contra el honor. Entre nuestros precedentes legislativos, la ofensa a la memoria del difunto estuvo prevista en los proyectos de Peco (1941) y de Soler (1960).

Con referencia a la titularidad de la acción penal en caso de muerte del ofendido, la regla de procedimiento surge de lo dis-

p. 304; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, p. 236; RANIERI, S., *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1975, t. 5, p. 406. En España, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, "Parte especial", Bosch, Barcelona, 1949, t. 2, p. 616; BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 166; RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., ob. cit., p. 249; MUÑOZ CONDE, F., ob. cit., p. 132; DÍAZ PALOS, F., *Injurias*, 1965; BAJO FERNANDEZ, M., ob. cit., p. 239. En Alemania, FRANK, SCHONKE, LISZT, BINDING, MAYER-ALLFELD, EBERMAYER, por todos CUELLO CALÓN, E., ob. cit., p. 616, nota 6; MEZGER, E., *Derecho penal*, "Parte especial", Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 146.

³⁷ En contra, CASTRO DASSEN, Horacio, en *¿Los muertos son cosas?*, ED, t. 47, p. 312. Pero este autor confunde los verdaderos términos del problema, pues no puede afirmarse sin ningún fundamento que "los muertos son personas y no cosas (...), que su honor sobrevive con su familia y puede ser injuriado y que este acto está incriminado por el Código Penal". El equívoco es más que obvio. En verdad, los muertos no son ni personas ni cosas; son nada (no existen) para el derecho penal. Otra cosa es, desde luego, la protección que se brinde al recuerdo (memoria) que los vivos tengan de sus antepasados. En nuestra doctrina, pareciera ser que Silvina CATTUCCI (ob. cit., p. 28) suscribe la opinión de este autor.

puesto en el art. 75, Cód. Penal, cuyo texto expresa: “*La acción por calumnia o injuria, podrá ser ejercida solo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes*”.

Esta disposición debe ser interpretada, en nuestra opinión, de la siguiente manera:

a) En primer lugar, el orden que establece el artículo es excluyente, esto es, que fallecido el ofendido, la acción corresponde con exclusividad al cónyuge; si fuera soltero, viudo, divorciado o separado legalmente o haya muerto el cónyuge supérstite, la titularidad de la acción recae en cualquiera de los hijos sobrevivientes; luego, con la muerte de los hijos matrimoniales o extra-matrimoniales reconocidos legalmente, los nietos; por último, los padres que sobrevivan³⁸.

b) En segundo lugar, para que los parientes mencionados en el texto de la ley tengan expedita la acción penal, la ofensa debe haberse proferido en vida del difunto. De manera que, la regla emanada del art. 75 impide el ejercicio de la acción penal cuando el agravio ha sido proferido a la memoria del muerto. Con otros términos, el art. 75 no prevé la injuria o calumnia contra los muertos. Es esta, por otra parte, la opinión predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia³⁹.

En la causa “Fox, Ernesto” de la CNCrim. y Correc., Sala 5^a, se dijo: “Para que proceda la querella por injurias, es esencial que la ofensa lesione el honor, requisito que no se puede tener por configurado si no se dirige contra persona determinada”, fallo que permite inferir la conclusión antes arribada.

En el fallo plenario “Romay, Alejandro”, el mismo tribunal sentó, en mayoría, la siguiente doctrina: “Las personas mencionadas en el art. 75, Cód. Penal no tienen acción para querellar por las ofensas proferidas a la memoria del difunto o cónyuge

³⁸ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *La querella en delitos de acción de ejercicio privado*, JA, doc. 1970; ídem CATTUCCI, Silvina, ob. cit., p. 27.

³⁹ Con la opinión del texto, SOLER, JIMÉNEZ DE ASÚA, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, ARGIBAY MOLINA, CLARIÁ OLMEDO, DE LA RÚA, CARRERAS, VÁZQUEZ IRUZUBIETA y TERÁN LOMAS. En contra, RAMOS, GÓMEZ, MOLINARIO, PECO, CASTRO DASSEN, CATTUCCI, etcétera. Por todos, véase TERÁN LOMAS, ob. cit., ps. 184 y ss., y CARRERAS, Daniel, ob. cit., ps. 266 y ss.; véase, además, la opinión minoritaria en contrario del fallo plenario “Romay, Alejandro”.

después de su muerte" (CNCrim. y Correc. en pleno, del 19/12/72). Esta misma orientación jurisprudencial ha sido seguida, en el ámbito provincial, por la C. 4^a del Crimen, 1^a circunscripción, Córdoba, en la causa "Querella de Jorge A. Ramos c/Sébastián Soler", del 26/9/79⁴⁰.

e) *Personas colectivas.* — El tema en debate consiste en discernir si el honor es un bien jurídico connatural de la persona humana o si también pueden ser tributario de él los entes colectivos. Cuestión diversa es si estos entes tienen o no personalidad jurídica y si, consecuentemente, pueden ser titulares de acción penal cuando la ofensa va dirigida contra la institución, independientemente de su trascendencia a sus miembros o autoridades.

Con respecto al primer aspecto del problema, debemos reconocer que las personas colectivas poseen un honor tutelable penalmente, pero, claro está, solo en su faz objetiva, esto es, como reputación, prestigio o buen nombre reconocido socialmente. De aquí, que estos entes puedan ser pasibles de injuria en cuanto descrédito frente al cuerpo social en donde funcionan como tales⁴¹. Claro que esta conclusión lleva en sí el inconveniente de la determinación de la legitimación procesal del titular de la acción penal, más aun frente a una legislación como la argentina que personaliza su titularidad en cabeza del ofendido (art. 75).

De *lege ferenda*, la tesis preconizada es indiscutible, pero de *lege lata* choca con el inconveniente mencionado, pues al no estar previsto en nuestro ordenamiento el delito de injuria a la persona colectiva —como lo estuvo durante la ley 21.338—, los miembros o componentes de la asociación carecen del derecho de perseguir penalmente al autor de la ofensa, salvo —claro está— que la injuria haya trascendido a ellos. De aquí que no nos

⁴⁰ Confr. la síntesis del fallo en CATTUCCI, Silvina, ob. cit., ps. 32 y ss.; en contra, pero con antelación al plenario "Romay", véase fallos "Mathov", JA, t. 1959-V, p. 513, y "Firpo", en JA, t. 1972-13, p. 267, con nota de Daniel P. CARRERA.

⁴¹ Por todos, FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., ps. 411 y ss., y BLASCO DE MOREDA, F., ob. cit., p. 17, nota 36.

parezca correcta la opinión de NÚÑEZ cuando afirma que por ofendido debe entenderse a la persona física o ente colectivo cuya honra o crédito afecta la calumnia o injuria⁴². Por otra parte –y en esto sí creemos que NÚÑEZ lleva razón– la persona colectiva no puede ser sujeto pasivo de calumnia⁴³. Por consiguiente, al no poder reunir esta condición (sujeto pasivo del delito) frente a la ley, mal podría ser categorizada como ofendida a los fines del ejercicio de la acción penal.

Las personas jurídicas no pueden asumir el *rol* de sujeto pasivo del delito de calumnia pues, por regla general, no pueden cometer delitos, que es de lo que se trata cuando hablamos de calumnia. En suma, no pueden ser responsables penalmente, por cuanto –como subraya BARBERO SANTOS– el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona física se estructura sobre una serie de presupuestos que no se dan en la persona colectiva, esto es, capacidad de acción, capacidad de culpa y capacidad de pena⁴⁴.

Las conclusiones expuestas, en nuestra opinión, no contradicen ni la letra ni los antecedentes del art. 117, Cód. Penal, que al tipificar la retractación hace referencia al culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, pues lo que el texto de esta disposición quiere significar es que las personas colectivas también son titulares del bien jurídico tutelado en los delitos contra el honor.

Por lo tanto, las personas jurídicas solo pueden ser sujeto pasivo de injuria, pero no de calumnia. En la doctrina española, SAINZ CANTERO se muestra partidario de negar toda posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de estos delitos, por cuanto –dice– en el derecho penal no hay más personas que las físicas, y las jurídicas solo lo son para el derecho

⁴² Ob. cit., p. 207.

⁴³ Ob. cit., p. 36. En p. 129 lo afirma más claramente aun: sujeto pasivo de la imputación calumniosa solo puede ser una persona física. Los entes colectivos, por no poder ser autores responsables de un delito del derecho criminal, no pueden ser sujetos pasivos de una acción penal pública emergente de su comisión y, por consiguiente “no pueden ser ofendidos en la forma específica exigida por el tipo de calumnia”.

⁴⁴ BARBERO SANTOS, Marino, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, “Doctrina Penal”, 1986, ps. 397 y siguientes.

privado, atendiendo sobre todo a la propia naturaleza del honor, derecho que considera en exclusiva de la personalidad humana⁴⁵.

De *lege ferenda*, insistimos, se impone un texto similar al del art. 112 en la versión de la ley 17.567 (cuyo antecedente directo es el proyecto de 1960) que, al sustituir el tipo de injurias o calumnias equívocas o encubiertas, prescribió el delito de difamación a una persona colectiva en los siguientes términos: "El que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público o el crédito de que gozara, será reprimido con prisión de dos meses a dos años. Esta acción puede ser promovida por las autoridades representativas de la persona". De esta manera se resuelve no solo el problema que se genera a la hora de interpretar el art. 117, sino también el inconveniente de tipo procesal que hicimos notar más arriba, pues quedaría consagrado expresamente en el texto de la ley el derecho a la promoción de la acción penal por parte de las autoridades o miembros de la asociación.

⁴⁵ Véase el análisis de NÚÑEZ sobre los antecedentes del art. 117, en ob. cit., ps. 33 y siguientes.

CAPÍTULO VIII

TIPOS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

El Código Penal en vigor se adscribe, siguiendo el modelo español, al criterio bipartito de tipificación delictiva en esta materia, regulando, en dos disposiciones distintas, la injuria (art. 110) y la calumnia (art. 109) como tipos generales de imputación, y en otras normas prescribe figuras especiales dependientes de las primeras, que se caracterizan por diversas circunstancias que oportunamente serán examinadas.

En nuestro régimen jurídico-penal la injuria es el tipo genérico de imputación mientras que la calumnia es el tipo específico. Por lo tanto, en virtud de esta relación de género a especie, la calumnia se convierte en una injuria especializada por la conducta imputada¹. De este modo, toda ofensa al honor de una persona que no configure una calumnia, es una injuria.

En su versión anterior (ley 21.338), el Código Penal, siguiendo los lineamientos del proyecto de 1960, se apartó del criterio tradicional de tipificación y acogió un sistema tripartito. De esta manera contempló, en tres disposiciones diferentes, la injuria (art. 110), la calumnia (art. 109) y la difamación a una persona colectiva (art. 112). Como circunstancia agravante de la injuria y la calumnia previó la forma difamatoria, cuando el hecho hubiere sido cometido de una manera que facilite su divulgación.

¹ Maldonado, Horacio S., "Delitos contra el honor", en *Manual de derecho penal*, "Parte especial", dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 156.

Sujeto activo de estos delitos puede ser cualquier persona física, independientemente de toda cualidad o condición particular. Sujeto pasivo también puede ser cualquier persona física y, en ciertos casos, la persona jurídica, según vimos en el apartado correspondiente. La pluralidad de sujetos pasivos (ofendidos), de acuerdo con las circunstancias que presente el caso, puede dar lugar al concurso de delitos o al delito continuado, trátese de injurias o de calumnias². Sin embargo, más dudosa es la relación concursal entre ambos delitos cuando son la consecuencia de una misma imputación o de un mismo contexto (se injuria y calumnia al mismo tiempo). La relación de especialidad existente entre ambas figuras impide que funcionen en concurso. En tales supuestos, la calumnia es el tipo sobreviviente. La jurisprudencia, en cambio, se ha mostrado vacilante en este tema: por el concurso aparente se ha pronunciado la CNCrim., Sala III, en el caso "Artalaz, Evaristo", del 22/2/80; por el concurso ideal lo ha hecho la Sala V del mismo tribunal, en el caso "Criezis Theacharis" del 22/8/72; y por el concurso real la Sala I del mencionado tribunal en la causa "Papaleo, Osvaldo J." del 9/5/78³.

Los delitos contra el honor son de carácter formal, de mera acción o también llamados de pura actividad, esto es, que se consuman con prescindencia del resultado producido. No es necesario que la honra o el crédito del ofendido se haya efectivamente lesionado o perjudicado; es suficiente con que la ofensa sea potencialmente dañosa para la personalidad del sujeto pasivo. Son delitos de peligro concreto. Esta es la opinión predominante en el país. Para SOLER, sin embargo, cuando hace referencia a la injuria dice que hay que hacer una distinción basada en los criterios subjetivo y objetivo para apreciar el honor. En el tipo de deshonra (aspecto subjetivo del honor), entiende este autor que la injuria es una figura de daño, por cuanto, para perfeccionarse, requiere la mortificación de la víctima (sentimiento penoso

² NÚÑEZ Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, 1964, ps. 114 y ss., y 140 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. 4, p. 434.

³ Confr. la síntesis de estos fallos en CATUCCI, Silvina, *Calumnias e injurias, a la luz de la jurisprudencia*, Ediar, Buenos Aires, 1982, ps. 115 y ss.; véase también SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, ps. 214 y siguientes.

de carácter formal); en el tipo de descrédito, en cambio, la infracción es de peligro, requiriendo solo la posibilidad concreta de perjudicar la reputación⁴.

En este punto bien viene recordar la opinión de quien fuera nuestro profesor de derecho penal en los tiempos de Universidad, don Francisco BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA: se quejaba el maestro de la fórmula definitoria de la injuria empleada por el Código Penal argentino, pues –decía– las locuciones verbales deshonrare o desacreditare a otro, premisa de toda posible incriminación conforme al texto legal, lexicológicamente indican un resultado efectivo de deshonra o descrédito de la víctima y no un simple acto o dicho que tiendan a lograrlo o puedan lograrlo; no sé si seré lerdo –añadía– pero no alcanzo a comprender cómo maestros del derecho, cual el presidente de la comisión redactora del proyecto de la ley 17.567 (en clara alusión a SOLER) –tan afectos a una doctrina interpretativa conceptual y sistemática, con limitadas concesiones a lo histórico y menores todavía a lo teleológico o finalista de las normas– puedan sostener, sobre la base de tal texto que, de acuerdo a sus principios interpretativos, la injuria, en la ley punitiva argentina, es un delito predominantemente de acción o formal, y no de resultado. El texto de la ley, quiérase o no –concluía el maestro español– reprime, en su estricto sentido lexicológico, el deshonrar o menospreciar, no la mera intención de alcanzarlo mediante palabras o actos injuriosos⁵.

No poca razón tenía en su crítica el profesor BLASCO. Y esto se debió, seguramente, como en tantas otras ocasiones, al olvido de los precedentes españoles en la construcción del precepto y al apartamiento de las fuentes en las que se ha bebido. El texto español –fuente del nuestro– cuyo origen se remonta a los códigos de 1848 y 1870, contenía una fórmula definitoria de la injuria que, en palabras de QUINTANO RIPOLLÉS, era extraordinariamente feliz hasta como oración literaria. Decía el art. 457 del Cód. Penal español de 1944: “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”, cuya preposición “en” pone de relieve, según enseña JIMÉ-

⁴ SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 216 y siguientes.

⁵ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *La reforma penal y los delitos contra el honor*, “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, nº 1, enero/marzo 1969, ps. 14 y siguientes.

NEZ DE ASÚA, el carácter formal del delito, tal como se ha entendido universalmente⁶. El Código actual, según explicáramos oportunamente, abandonó este sistema, imponiendo una nueva definición, tanto a la injuria como a la calumnia.

Estos delitos pueden cometerse por cualquier medio, con excepción de las limitaciones que surgen de las propias figuras en particular. Salvo los medios específicos de comisión previstos en los arts. 114 (propagación por medio de la prensa) y 115 (injurias proferidas en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales), estos delitos admiten como medio comisivo más común la palabra hablada y la escrita, sin que deban descartarse, desde luego, otras formas de comisión, como ser a través de medios gráficos (dibujos, imágenes, grabados, caricaturas, láminas, pinturas, libros, etc.), medios sonoros (video-tape, grabaciones en casete, etc.), medios masivos de comunicación (radio, TV, cine, periódicos), medios informatizados (computadora), etcétera.

En el estado actual de nuestra legislación, los delitos contra el honor no admiten agravación en razón del medio empleado ni por ninguna otra circunstancia⁷.

§ 6. INJURIA

El artículo 110 del Código Penal establece: “*El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de mil quinientos noventa mil pesos o prisión de un mes a un año*”.

a) *Conceptos generales.* — La injuria, en nuestro derecho, se manifiesta como un ataque a la honra o al crédito de otra persona. Por la generalidad que presenta el tipo legal, están comprendidas en la definición tanto la contumelia como la difa-

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1958, t. 3, ps. 845 y siguientes.

⁷ En la versión de la ley 21.338, tanto la injuria como la calumnia se agravaban cuando hubiesen sido cometidas de una manera que facilite su difulgación.

mación, aunque no como elementos del delito sino como una de las tantas formas en que la injuria puede manifestarse.

La contumelia se caracteriza por la ejecución de la ofensa en presencia del ofendido, o bien cuando se la dirige directamente a él, mientras que la difamación requiere la divulgación de la ofensa entre los terceros, en ausencia del ofendido. Sin embargo, no es preciso la exacta correspondencia entre estas especies delictivas, propias del derecho comparado (Italia), con la fórmula del art. 110 del Código argentino, según lo ha demostrado NÚÑEZ con acierto.

El texto legal, a diferencia de otros ordenamientos (por ej., Honduras, art. 157), no contempla el menoscenso como forma delictiva, esto es, el tener de menos a alguien en consideración a los que esa persona se merece por su dignidad o decoro.

La injuria exige, en cualquiera de sus modalidades (deshonra o descrédito), la imputación de algo a otra persona, o lo que es lo mismo, poner a cargo de alguien una conducta, un vicio, una costumbre o calidades susceptibles de ser apreciadas peyorativamente para la personalidad del ofendido y consideradas a partir de una perspectiva ético-social que implique un juicio disvalioso para las ideas vigentes en la comunidad⁸.

Las acciones típicas que describe la ley son dos: deshonrar y desacreditar. Sin embargo, la significación o valor conceptual de estos verbos deben ser materia de apreciación relativa, pues —como observa RAMOS— con ellos puede definirse un ataque al honor, a la reputación y a veces a ambos simultáneamente⁹. En los dos supuestos estamos frente a un ataque a la personalidad del ofendido, sea en su faz subjetiva, esto es, como propia estimación o autovaloración de los propios atributos (honra), o en su faz objetiva, o sea, como juicio que los terceros tienen de la persona (crédito, fama, reputación). Es por ello que, según nuestro punto de vista, carece de mayor importancia que se haga —como suele hacerse— coincidir los verbos típicos con los aspectos subjetivo y objetivo del honor.

⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 58, 62 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. II, p. 293.

⁹ RAMOS, Juan P., *Los delitos contra el honor*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1939, p. 296.

La injuria es, en definitiva, la manifestación de un juicio de valor que implica una desaprobación de la posición que la persona ofendida tiene en la sociedad, según su propia estimación o la de los terceros, pero en consideración a las ideas imperantes en el cuerpo social.

La injuria, para constituir delito, debe haberse proferido a otro. Ese otro debe ser una persona (física o jurídica), viva y nacida. La autoinjuria, al igual que la injuria a los muertos, no es punible. La publicidad de la ofensa no es un requisito del delito; para su consumación basta con que la ofensa haya llegado a conocimiento del ofendido (deshonra) o de un tercero (descrédito). Carece de significación que el sujeto pasivo haya resultado efectivamente deshonrado o desacreditado.

Se discute en doctrina la posibilidad de la injuria por omisión. En verdad, la cuestión es bastante dudosa, pues se inserta en los vidriosos límites de los delitos impropios de omisión, más aún —como sucede entre nosotros— que ninguna disposición existe sobre esta temática como para que el problema pueda encontrarse derechosamente resuelto. La injuria es, en principio, un delito de acción; así al menos surge de la construcción gramatical del tipo legal. Empero, debemos preguntarnos ¿es posible deshonrar o desacreditar a otro por omisión, esto es, dejando de hacer algo que el orden jurídico espera que uno haga?

No es esta, claro está, la oportunidad ni el lugar más propicio para exponer, siquiera en apretada síntesis, el tratamiento dogmático de los tipos impropios de omisión, cuestión por otra parte reservada a la teoría general¹⁰; sin embargo, cabe señalar que autores que se han ocupado detenidamente del estudio de estos delitos, niegan la posibilidad, unos de construir un delito impropio de omisión sobre la base de un tipo de comisión de pura actividad (NOVOA MONREAL, MEZGER, etc.), otros, haciendo expresa

¹⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, De-palma, Buenos Aires, 1984; del mismo, *Los delitos de omisión*, "Doctrina Penal", 1983, p. 19; ROMERO, Gladis, "La comisión por omisión en el tipo penal de estafa", en *Algunas cuestiones penales*, Lerner, Córdoba, 1986; SÁENZ, Ricardo O., *Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión*, "Doctrina Penal", 1989; BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970; del mismo, *Derecho penal*, "Parte general", Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

referencia a la injuria, por tratarse de un delito de propia mano (BACIGALUPO).

Entre nosotros, SOLER rechaza la injuria por omisión pues, dice, para nuestro derecho el honrar a otro no constituye una obligación jurídica¹¹. La doctrina predominante, en cambio –tanto nacional como extranjera– admite la posibilidad de la injuria omisiva¹².

La cuestión, como puede verse, no deja de ser problemática, más aún si recordamos las serias objeciones que se han formulado desde el campo doctrinario a los delitos impropios de omisión por su presunta afectación al principio de legalidad.

La injuria es un delito doloso, que admite, inclusive, la forma menor. Por lo tanto, basta el dolo común, sin que sea exigible ningún ánimo o intención especial (*animus iniuriandi*).

Precisamente la cuestión del *animus iniuriandi* (intención de injuriar) es otro de los temas que ha dividido a nuestros autores y a la jurisprudencia. No obstante, prevalece hoy la idea de que la injuria es compatible con el dolo directo, indirecto y eventual, los cuales suponen la comprensión por parte del autor del significado injurioso de su conducta. El autor debe saber que lo que hace o dice es capaz de ofender en el caso concreto la honra o el crédito ajeno, o debe admitir la probabilidad de que su conducta tenga esa capacidad. La injuria por culpa no es punible.

Exigir el *animus iniuriandi*, esto es, la intención del autor de socavar la autovalorización de una persona o de humillar su sentimiento de honor, como dolo en la injuria implica, a nuestro juicio, un doble equívoco: por una parte, significaría introducir por vía analógica al tipo penal un elemento subjetivo extralegal no contemplado en la norma; por otra parte, tal exigencia conduciría a la impunidad de numerosos casos de verdaderas injurias, merced a la invocación de ciertos *animus* que obrarían como excluyentes del dolo y, por ende, de la responsabilidad penal del autor de la ofensa. Piénsese por ej., en aquel que, por una mera broma, profiere una grave ofensa a un tercero, bastaría

¹¹ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 206. Según BACIGALUPO, la mera omisión del saludo no parece que pueda constituir injuria (*Delitos impropios...*, p. 114).

¹² Véase por todos, NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 61; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 167.

con invocar el *animus iocandi* (ánimo de bromear) para que el tipo de la injuria desaparezca por exclusión de su elemento subjetivo específico. Lo mismo sucede con otros *animus* que han sido elaborados por la doctrina como excluyentes del *animus injuriandi*, por ej., el *animus corrigendi* (intención de corregir), *animus defendendi* (intención de defenderse), *animus consulendi* (intención de dar consejos o información), *animus narrandi* (intención de describir, relatar o exponer un hecho, conducta o acontecimiento atribuyéndolo a persona determinada) y el *animus retorquendi* (intención de devolver o contestar una injuria por otra).

Claro está que el tipo subjetivo de la injuria también abarca a la conducta dirigida directa e intencionalmente a ofender o dañar la honra ajena (*animus injuriandi*), pero el tipo legal no exige tanto; basta el dolo común.

En el plano jurisprudencial, la CNCrim. y Correc., Sala 1^a (jueces Donna y Tozzini) en el caso "Tavares, Flavio", ha seguido este último criterio expresando que la responsabilidad por injuria es compatible con el dolo directo, indirecto o eventual. Por su parte, la CCrim. de Rosario, Sala 2^a, en el caso "Fiorini, Antonio" ha resuelto que el delito de injuria no requiere ningún ánimo particular, bastando el dolo, aun eventual, para que sea punible. Es suficiente el conocimiento de que la palabra o el gesto son injuriosos y la voluntad de proferirlos o ejecutarlos. En el caso "Ramos, Julio A.", la CNCrim. y Correc., Sala 6^a, con el voto del juez Zaffaroni, expresó que el *animus injuriandi*, cuya inexistencia se pretende, no pasa de ser el dolo mismo de la injuria, es decir, saber que la imputación tiene carácter lesivo del honor objetivo, que es falsa y, no obstante, formularla, o bien, con dolo eventual, no averiguar si es cierta o falsa, pero formularla igualmente cargando con las consecuencias de su falsedad, o sea, a costa de la misma. En este orden de ideas, no otro elemento subjetivo requiere la injuria cuando asume la forma de una falsa imputación, lo que obviamente cambia en el caso de lesión al honor subjetivo.

b) *La prueba de la verdad en la injuria.* — El artículo 111 del Código Penal establece: "El acusado de injuria solo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

"1) si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;

"2) si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal;

"3) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

"En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena".

Con arreglo a la disposición transcripta, puede afirmarse que el principio general en la injuria es la restricción o inadmisibilidad de la prueba de la verdad de la imputación, con excepción de los casos expresamente previstos en la norma.

El fundamento de la institución, en nuestro derecho, podemos encontrarlo en el proyecto de 1891, en cuya exposición de motivos se dijo: "En el art. 139 (idéntico al actual 111), el proyecto admite al acusado del delito de injuria de la prueba de la excepción de la verdad, en los tres casos que indica. La admisión de la prueba de la verdad, excepcional y limitadamente circunscripta a los casos en que media un interés público, en que el hecho imputado hubiere ya dado lugar a un proceso penal, o en que el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él, es la solución más justa que puede darse a esta cuestión, y es la que adoptan los códigos concordantes de Italia, Hungría y Holanda. Admitir la excepción de verdad en todos los casos, sería llevar las investigaciones de la justicia para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a extremos en que la sociedad no solo no tendría interés alguno, sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro el derecho ajeno. Negar en absoluto la excepción, como resulta actualmente del Código Penal, es ir más allá de lo que reclaman el interés público o, aún, el interés particular del ofendido".

La razón de la excepcionalidad en la admisión de la *exceptio veritatis* en la injuria, estriba en que a la sociedad poco o nada interesa la averiguación de la verdad o falsedad del hecho imputado. La necesidad social de proteger el honor de las personas es impostergable, por lo que toda imputación deshonrosa o desacreditadora, "aunque fuere verdadera", es siempre injuria. La permisibilidad sin límites de la prueba de la verdad produciría

daños irreparables en los ciudadanos y perturbaría todo el sistema de convivencia social, pues se abrirían las puertas a la averiguación y constatación de vicios, costumbres, secretos y miserias de la vida que, en no pocos casos, deben permanecer en el marco de privacidad del individuo.

Las excepciones a esta regla están previstas en forma expresa en el art. 111. El acusado de injurias, esto es, el querellado en el proceso por el delito de acción privada, solo puede probar la verdad de la imputación que ha dirigido al querellante, en tres casos:

1) "Cuando la imputación hubiera tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual": Por interés público debe entenderse aquel que corresponde o es de pertenencia de la comunidad política y social. Es el interés jurídico del Estado o de la sociedad política, no el simple interés del público. Puede referirse a todo el pueblo o solo a una comunidad regionalizada conforme a la organización política vigente¹³.

El interés público debe ser actual, o sea, del momento presente, no del pasado ni de lo que pueda suceder en el futuro. Jurisprudencialmente, se tiene resuelto que la expresión "interés público actual" no ampara al autor de un artículo periodístico que se refiere a hechos ocurridos hace dos años (CApel. San Nicolás, 6/11/58, JA, t. 1959-II, p. 431). La actualidad está referida al interés público, no a la ofensa ni al proceso penal en el que se pretende su prueba.

Si bien la expresión empleada por la ley debe ser entendida, en principio, como referida a funcionarios y empleados públicos en su vida pública o funcional, nada impide que la prueba se extienda a la vida privada en cuanto ella tenga trascendencia a la función pública, o a particulares ligados a la administración del Estado o a su organización jurídico-política.

El querellado solo puede pretender la prueba de la verdad si la imputación (ofensa) dirigida al querellante ha sido realizada con la finalidad de defender (frente a un ataque presente o en marcha) o garantizar (procurar un aseguramiento frente a futuros ataques; pero es también, en cierto modo, una manera más de defender) el interés público.

¹³ Maldonado, Horacio S., ob. cit., p. 160.

La enumeración de los casos del art. 111 es taxativa. La prueba debe limitarse solo a las situaciones allí previstas. Lo que debe probarse no es, en principio, el interés público, sino la verdad de los conceptos injuriosos. Sin embargo, la demostración de estos en el respectivo proceso penal llevaría, indefectiblemente, a la prueba de la existencia del interés público.

Los tiempos y los modos en que puede requerirse la *exceptio veritatis* están regulados en la ley de procedimiento penal.

2) "Si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal": Más allá de las objeciones que se han formulado a esta regla¹⁴, lo cierto es que, para que la prueba sea admisible, la única exigencia legal es que la imputación ofensiva dirigida por el querellante (ofendido) haya dado lugar a un proceso penal.

Esto significa lo siguiente: a) Que, al momento en que la *exceptio veritatis* es requerida en el proceso penal por el delito de acción privada, haya existido (haber sido abierto y concluido) o exista (que esté en curso) un proceso penal como consecuencia de la imputación injuriosa; b) que el proceso penal a que hace referencia la ley, es aquel cuya promoción y ejercicio corresponde a delitos del Código Penal o leyes especiales, sea que se haya sustanciado por instrucción penal, por juicio correccional o por instancia de parte. Por lo tanto, puede tratarse de delitos de acción pública, de acción privada o dependientes de instancia privada.

Sin embargo, con respecto a los delitos de acción pública la cuestión no es pacífica¹⁵. Pero, en verdad, cualquiera sea la naturaleza de la acción que ostente el delito imputado, en todos los casos (acción pública, acción privada o dependiente de instancia privada), el acusado de injuria tendrá el derecho de probar la verdad de la imputación en el proceso correspondiente. Claro, que otra cosa será que efectivamente pruebe o no la verdad del hecho atribuido al querellante pues, si hubiere cometido calumnia, la *exceptio veritatis* no podrá operar porque el hecho impu-

¹⁴ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 106; RAMOS, Juan P., ob. cit., p. 370.

¹⁵ En contra, negando la posibilidad en los casos de delitos de acción pública, RAMOS, Juan P., ob. cit., ps. 370 y ss.; véase, sin embargo, la objeción de NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 109.

tado no ha sido verdadero sino falso y lo que la ley permite es la prueba de la verdad de la imputación.

3) "Si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él": La admisibilidad de la prueba se explica, en este caso, por cuanto al requerirla el ofendido (querellante) la sociedad deja de tener ya interés en su preservación, pues la restricción solo opera en favor de aquel y no de esta.

La regla solo rige para la imputación dirigida al ofendido, sin que pueda extenderse a otros supuestos, aunque fueren conexos.

El derecho solo corresponde al querellante, el cual no puede ser suplido de oficio por el tribunal. El pedido de producción de la prueba de la imputación debe ser expreso y formulado en la promoción de la instancia, esto es, al momento de promoverse la respectiva querella criminal por injuria. El tiempo y la forma están regulados en la ley procesal penal local.

En los tres casos, si el acusado prueba la verdad de la imputación, queda exento de pena. Esto implica, desde el punto de vista penal, que al acusado de injuria no se le aplica pena alguna, pero, desde el punto de vista del derecho civil, queda indemne su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

La naturaleza de esta exención de pena es, por lo tanto, la de una verdadera excusa absolutoria, cuyo alcance es, como vimos, la impunidad del querellado. Como la prueba de la verdad de la imputación –como excusa absolutoria que es– en nada afecta a la tipicidad la antijuricidad ni a la culpabilidad del delito consumado, el agraviado conserva su derecho al resarcimiento civil del daño ocasionado¹⁶.

§ 7. CALUMNIA

El artículo 109 del Código Penal establece: "*La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de 1 a 3 años*".

¹⁶ TOZZINI, Carlos A., *Diferencia entre explicaciones satisfactorias y retracción en los delitos de calumnia e injuria*, "Doctrina Penal", 1983, p. 716; ARGIBAY MOLINA, José F. y otros, *Derecho penal*, "Parte general", Ediar, Buenos Aires, 1972, t. II, ps. 457 y siguientes.

a) *Conceptos generales.* — El concepto legal de calumnia está dado por la propia disposición legal, cuando dice: “*falsa imputación de un delito que de lugar a la acción pública*”.

Por consiguiente, el tipo penal requiere:

a) Una conducta imputativa: Imputar quiere decir atribuir, poner a cargo, asignar algo a alguien, en este caso un delito. Sin imputación, de acuerdo con el texto de la ley, no puede haber calumnia.

La imputación, para ser tal, debe ser expresa, determinada, concreta y circunstanciada, esto es, constitutiva de todas las circunstancias de delito que sirvan para determinarlo en el caso concreto. La atribución de generalidades o circunstancias de hecho susceptibles de interpretaciones dispares no configura calumnia. Menos aún la atribución de hechos futuros.

Dicir de otra persona, falsamente, que cometió un hurto, no es calumnia; pero sí lo es decir de ella que lo perpetró en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar (imputación circunstanciada). Lo primero es injuria, lo segundo calumnia.

b) Lo imputado debe ser un delito: Es tal aquel hecho tipificado en el Código Penal y en las leyes complementarias. No caben en el concepto legal las faltas ni las contravenciones (policiales o administrativas) ni los actos preparatorios impunes.

Con arreglo al texto de la ley, la imputación de un delito implica, como dice NÚÑEZ, una atribución delictiva singularizada¹⁷, esto es, que el delito aparezca especificado en sus diversos aspectos típicos: habrá que concretar el hecho y su autor —insistimos— circunstancialmente (determinación de las condiciones personales, de tiempo, modo y lugar).

No importan calumnia las referencias genéricas a hechos o calidades, como los epítetos de ladrón, estafador, infame traidor a la patria o espía japonés; o expresiones que, sin indicar circunstancia alguna dicen de una persona que ha robado, defraudado, malversado, manejado fondos en forma indebida, etcétera¹⁸.

c) Delito de acción pública: Es aquel cuya acción penal puede promoverse de oficio, esto es, sin instancia de parte. Por lo tanto, no están comprendidos en el texto legal los delitos de acción

¹⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 126.

¹⁸ RUBIANES, Carlos J., *Código Penal —su interpretación jurisprudencial—*, t. 2, p. 621.

privada (art. 73, Cód. Penal) ni los dependientes de instancia privada (art. 72, Cód. Penal).

La fórmula ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia. Para un sector doctrinario, acción pública quiere decir persecución de oficio del hecho imputado en el caso concreto, tesis que conduce a negar la calumnia en los casos en que la acción penal está prescripta, en los delitos amnistiados, en los beneficiados por una excusa absolutoria o en aquellos por los que aún no se dictó sentencia (GÓMEZ, ODERIGO, MORENO, JOFRÉ, RAMOS, MOLINARIO). Para otro, en la opinión que creemos correcta, la ley solo exige que se trate de un delito de acción pública, con prescindencia de que pueda ejercitarse o no la acción penal en el caso concreto (NÚÑEZ, GONZÁLEZ ROURA, SOLER, FONTÁN BALESTRA).

Las reformas del 68 y del 76, siguiendo los lineamientos del proyecto de 1960, produjeron una sustancial modificación del texto legal, definiendo la calumnia como la atribución falsa de un delito doloso o de una conducta criminal dolosa, aunque sea indeterminada. De manera que, prescindiendo del problema suscitado respecto de la naturaleza de la acción del delito imputado, estas dos leyes reformadoras del Código Penal consideraron calumnia la falsa imputación de cualquier delito doloso, sea de acción pública, privada o dependiente de instancia privada. Solo quedaron fuera del texto de la ley los delitos culposos y los hechos no delictivos.

d) La imputación debe ser falsa: La falsedad de la imputación es la nota relevante de la calumnia. De su existencia depende la concreción del tipo penal. A diferencia de la injuria, en la que no importa que la imputación del hecho sea verdadera o falsa, en la calumnia la imputación verdadera no configura el delito.

La imputación es falsa cuando lo atribuido es incierto, o sea, cuando el hecho es inexistente (falsedad objetiva) o cuando el autor sabe que el hecho atribuido no existe o, si fuera cierto se lo imputa a una persona que no es su autor (falsedad subjetiva). La falsedad es, por lo tanto, objetiva-subjetiva, opinión predominante en nuestra doctrina¹⁹.

¹⁹ Véase por todos FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 492; NÚÑEZ, Ricardo C., (ob. cit., ps. 133 y ss.) sostiene la esencia subjetiva de la calumnia; por lo tanto, dice, la imputación es falsa cuando es mentirosa. Sin embargo, en Aná-

Como la falsedad de la imputación es un elemento del tipo, la *exceptio veritatis* no funciona con las mismas reglas restrictivas que en la injuria. En la calumnia, el principio es el de la libertad de la prueba. La falsedad, por consiguiente, debe ser probada -como cualquier otro elemento del delito-, en cuyo caso, al desaparecer un elemento del tipo penal, la calumnia no se configura. Es un caso de ausencia de tipo. La falsa imputación en la calumnia, enseña JIMÉNEZ DE ASÚA, es un elemento del tipo referido a la antijuricidad. Por lo tanto, su ausencia no hace que surja una excusa absolutoria, sino la falta de tipo y por ende la exención de pena por atipicidad²⁰.

b) *Calumnia y falsa denuncia.* — La calumnia, como hemos visto, consiste en la falsa imputación de un delito de acción pública a otra persona. La falsa denuncia, en cambio, está definida legalmente como la denuncia falsa de un delito ante la autoridad (art. 245, Cód. Penal, ley 13.569/49).

La vigencia simultánea de ambas figuras –de cierta similitud en sus estructuras típicas– ha tenido la virtud de dividir a la doctrina de nuestros autores, en posiciones al parecer irreconciliables.

La cuestión en debate consiste en determinar si, frente a una imputación falsa a otra persona haciéndolo a través de una denuncia ante la autoridad, el hecho configura calumnia o falsa denuncia, o ambos delitos en concurso²¹.

Algunos autores han entendido que la confrontación de ambos tipos penales lleva a la existencia de un concurso aparente de leyes en el que la calumnia desplaza a la falsa denuncia²²; otros, en la misma postura del concurso aparente de leyes, pien-

lisis de la ley 21.338, p. 30, complementa su pensamiento expresando que la imputación debe ser objetiva y subjetivamente falsa.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, 5^a ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1967, p. 435.

²¹ Puede confrontarse con mayores detalles la opinión doctrinaria en SANDRO, Jorge, *Relación jurídica existente entre calumnia y falsa denuncia*, JA, secc. doctr., t. 1975, ps. 262 y ss., NÚÑEZ, Ricardo C., *Calumnia y falsa denuncia*, LL, t. 67, ps. 467 y siguientes.

²² GAVIER, Sandro, plenario “Bulog”, CCrim. Capital Federal, voto de la mayoría, JA, t. 1953-II, p. 20.

pero que adquiere carácter ofensivo por esa misma razón². Un ejemplo de RAMOS aclarará mejor el concepto: un hombre dice a otro, queriendo ofenderlo, ¿soy yo acaso un marido engañado?, con lo cual da a entender que su interlocutor lo es. Esta clase de injuria es denominada también oblicua, indirecta o larvada.

La fórmula del art. 112 tiene su antecedente inmediato en el Código español de 1848, cuyo primer comentarista, PACHECO, consideró este tipo de ofensas como dudosas, sea porque no haya certidumbre en la calidad del hecho imputado, sea porque no la haya acerca de la persona a quien se imputa, o por cualquier otro motivo que hiciera cuestionable su alcance o su sentido, planteando dificultades y haciendo vacilar la conciencia más severa sobre si se dan o no motivos para querellas judiciales, y para la imposición de las penas subsiguientes³. En opinión de BLASCO DE LA MOREDA, la doctrina argentina ha seguido esta orientación del jurista español⁴, con excepción de RAMOS, quien ha negado la posibilidad de calumnia encubierta⁵.

La fórmula de la ley plantea, según nuestro parecer, un problema de tipicidad. Para interpretar correctamente el mecanismo de punibilidad previsto en el artículo debemos partir de una premisa general que exige su riguroso respeto: "Como las injurias o calumnias equívocas o encubiertas son siempre dudosas, el principio general es el de la absolución (*in dubio pro reo*), art. 4º, Cód. Proc. Penal Corrientes; art. 3º, Cód. Proc. Penal de la Nación), salvo que el reo rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ellas", en cuyo caso se aplica el sistema de punibilidad previsto en el art. 112. De modo que si en el juicio no se producen estas explicaciones satisfactorias, sea porque no las pidió el querellante, sea porque no las dio espontáneamente el querellado, la condena a este no puede prosperar porque, al constituir las explicaciones satisfactorias un elemento del delito, su inexistencia conduce a una situación de atipicidad. Al no haber tipo no puede haber pena. Por tal motivo, para que pueda

² NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, ps. 151 y siguientes.

³ Citado por BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *La reforma penal y los delitos contra el honor*, "Rev. de Derecho Penal y Criminología", nº 1, enero/marzo 1969, ps. 16, nota 35.

⁴ Ob. cit., p. 16, nota 35.

⁵ Ob. cit., p. 279.

aplicarse la pena que prevé el art. 112, el querellante debe haber requerido del querellado las explicaciones satisfactorias y este haberse rehusado a darlas.

Las explicaciones son satisfactorias cuando descartan el equívoco o demuestran que no existe una ofensa tapada.

La ley no fija una oportunidad procesal –como lo hace en el art. 117 con la retractación– para que el reo dé o rehúse dar las explicaciones satisfactorias. Solo habla de “juicio”. Por consiguiente, en cualquier etapa del proceso por el delito de acción privada, previa a la sentencia, el querellado puede ejercer este derecho para liberarse de responsabilidad. El querellante, en cambio, deberá requerirlas en la primera oportunidad procesal, esto es, con la interposición de la querella.

Las injurias y calumnias equívocas y encubiertas fueron suprimidas por las leyes 17.567 y 21.338, pero recobraron vigencia con la ley 23.077.

§ 9. PUBLICACIÓN O REPRODUCCIÓN DE INJURIA O CALUMNIA INFERIDA POR OTRO

El artículo 113 del Código Penal establece: “*El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate*”.

El texto se explica por cuanto tiende a impedir la impunidad de aquel que invoca no ser el autor original de la ofensa publicada o reproducida.

La fórmula proviene del proyecto de 1891, en cuya Exposición de Motivos se puede leer la interpretación que debe darse al texto legal: “El art. 141 establece una regla consignada en los códigos citados en la concordancia (francés, holandés y belga), la de que la reproducción de una injuria o calumnia inferida por otro constituye, al que la hace, en autor de injuria o calumnia. No importa sino configurar expresamente un principio que podría decirse sobreentendido en la ley actual. Poco importa que la imputación de un delito, vicio o falta de moralidad sea original o repetida; ofende del mismo modo el honor de la persona”.

El delito consiste en publicar, esto es, en hacer llegar la ofensa al público, por cualquier medio; o lo que es lo mismo, en hacerla llegar a un número indeterminado de personas; o bien en reproducir, es decir, en volver a producir (reconstruir) la ofensa que ha sido proferida por otra persona.

De manera que el texto de la ley claramente distingue entre el autor originario (*"inferida por otro"*) y el autor de la reproducción o publicación de la ofensa. La disposición presupone dos autores y dos delitos distintos, y su responsabilidad penal se regula de acuerdo a los principios generales en materia de autoría y culpabilidad.

La opinión de SOLER, en el sentido que la ley ha creado la figura del “editor responsable”, cuya responsabilidad es subsidiaria, a nuestro juicio no es correcta. Nada autoriza a sostener que quien dirige la publicación periódica (se refiere SOLER a la prensa como medio de comisión del delito) es tenido por autor de la publicación concreta, aunque en realidad no lo sea. Siguiendo el criterio de LISZT, afirma que el editor es responsable cuando, teniendo la facultad de examinar el original y de impedir la publicación, el autor real de la ofensa (autor originario) no aparece. Si el autor es presentado y su responsabilidad se establece, ella excluye la del autor de la publicación, el cual no viene a ser coautor. El editor responde por la difusión, como autor de la ofensa, cuando el verdadero autor no está presente.

La tesis de SOLER pareciera recoger –aunque con ciertas variantes– lo que en el derecho comparado se denomina “responsabilidad por cascada o subsidiaria”, especialmente diseñada para los delitos publicitarios. Esta clase de responsabilidad, que se caracteriza por su deslizamiento de persona en persona, atendiendo al mayor o menor grado de participación en la publicación, está expresamente prevista en el art. 30, incs. 2º y 3º del nuevo Cód. Penal español, cuyos textos expresan: “Inc. 2º: Los autores a los que se refiere el art. 28⁶ responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de

⁶ El art. 28 dice: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro a ejecutarlo; b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2) Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. Inc. 3º: Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior⁷.

En opinión de CEREZO MIR, la regulación de las personas responsables en los delitos publicitarios ha sufrido una importante modificación en el proyecto de Código Penal español de 1979, reemplazando la responsabilidad por cascada del art. 15 de la anterior redacción por el sistema llamado del "gerente responsable", con arreglo al cual responde el director o gerente junto al autor real. Para el profesor español es un acierto que los directores conozcan el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido para que puedan incurrir en responsabilidad criminal, porque con ello no solo se respeta el principio de culpabilidad sino que se excluye una responsabilidad basada meramente en la culpa o imprudencia⁸.

Cabe destacar, en esta materia, el novedoso criterio implementado por el proyecto de nuevo Código Penal español de 1992 en la regulación de la *exceptio veritatis* de los delitos de injuria, cuando entran en colisión los delitos contra la honra y la intimidad personal con las libertades de expresión e información garantizadas por el art. 20 de la Constitución española. Expresa el art. 211 del citado proyecto: "1) El acusado de injuria quedará exento de pena probando la verdad del hecho imputado siempre que sea legítima su difusión. 2) Se presume legítima la difusión

⁷ Con respecto al texto del art. 15 del Código derogado, confr. GARCÍA BRERA, Miguel Á., *El director de periódicos ante la nueva legislación penal, civil y laboral*, AEDE, Publicación de la Asociación de Editores de Diarios Españoles, Madrid, 1986, nº 11, ps. 64 y ss.; CEREZO MIR, José, "Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal", en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 347.

⁸ CEREZO MIR, José, ob. cit., ps. 347 y siguientes.

cuando los hechos se refieran a personas que tengan alguna especie de relevancia pública y su difusión satisfaga la función del libre flujo de la información en una sociedad democrática, salvo cuando afecte hechos protegidos por los derechos a la intimidad personal o familiar"⁹.

El Código Penal italiano también contempla todo un sistema regulatorio de la responsabilidad en materia de delitos cometidos por medio de la prensa. En el art. 57 se hace una referencia a los delitos cometidos por medio de la prensa periódica y la responsabilidad de los directores o vice-directores se tipifica a título de omisión impropia (omitir el control necesario para evitar la comisión de delitos). Prevé también los casos de concurso del director con un tercero. En ambas hipótesis el delito es culposo. En el art. 57 bis están previstos los delitos cometidos a través de la prensa no periódica, y la responsabilidad le cabe al director si el autor de la publicación es ignorado o no imputable, o al *stampatore* (que es la persona que organiza y controla la actividad reproductiva; es el titular de la empresa), si el editor no está individualizado o no es imputable. Por último, el art. 58 extiende las responsabilidades previstas en los artículos precedentes a los casos de prensa clandestina.

En nuestro derecho, el delito de publicación o reproducción de una ofensa ajena es doloso y admite, inclusive, el dolo eventual. De manera que, al no receptar el Código Penal el sistema de responsabilidad subsidiaria o por cascada, o el del gerente o editor responsable, la culpabilidad de todas aquellos que intervengan o participen en la dirección, edición, impresión, etc., de una publicación periódica o no, se rige por las reglas comunes.

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en este aspecto. Sin embargo, pareciera ser que la orientación actual se inclina hacia la irresponsabilidad penal del propietario, director o editor del diario.

En la causa "Lectoure, Juan C. c/diario La Nación", la Sala III de la Cámara del Crimen de la Capital Federal estableció

⁹ CEREZO MIR, José, *Derecho penal y derecho humanos: experiencia española y europea*, en "Rev. Brasileña de Ciencias Criminales", publicación oficial del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, año 2, abril/junio 1994, vol. 6, p. 30.

la imposibilidad de exigir al director de un diario el control de todas las ediciones y publicaciones, máxime cuando intervienen numerosos colaboradores y responsables directos, como son los redactores de las diversas secciones y los jefes de esas divisiones. De ello resulta la imposibilidad de imputar penalmente al director de un diario por los delitos contra el honor que se pueden considerar en la publicación periodística a su cargo, salvo que la acusación acredice inequívocamente que actuó con dolo (en el caso se absolvió al director del diario). Idéntico criterio se ha sostenido en las causas "Peralta Ramos" (CNCrim., Sala VI, 29/12/81), "Navias, Ricardo A. c/Herrera de Noble, Ernestina" (JA, t. 1991-III, p. 26), "Braschi, Rómulo A." (JA, t. 1991-II, p. 154), "Ramos, Julio A." (JA, t. 1991-I, p. 230), "Stegagnini, Tomás" (JA, t. III, p. 128).

Cabe destacar algunos pasajes del fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII (voto del Dr. Oubiña, suscripto por los jueces Navarro y Piombo), por la importancia de los conceptos allí expresados, en la causa "Mitre, Bartolomé y diario La Nación". Dijo en la ocasión el juez Oubiña: "Es inadmisible que una persona por haber aceptado la dirección de un diario, deba asumir la responsabilidad penal de todos los actos u omisiones de sus dirigidos, pues la culpabilidad no es un accesorio funcional de los cargos directivos, ni una virtualidad ontológica que se adhiera a la causalidad personal de sus colaboradores. No es posible condenar a una persona porque no se pudo identificar al real culpable, y mucho menos si tal carencia fue resultado de una falta de investigación concreta. Y, si bien es cierto que la justicia no debe quedar obstaculizada por divisiones de trabajo, ni por delegaciones del contralor de la labor común, la responsabilidad penal, a falta de identificación de los autores del hecho delictivo, no puede mudarse al director de la publicación cuando no se ha probado ni su intervención en el hecho, ni se ha señalado cuáles eran las actividades propias de su competencia" (se confirmó la sentencia de 1^a instancia que absolvió al director del diario "La Nación", publicado en JA, t. 1990-I, p. 308).

§ 10. INJURIAS RECÍPROCAS

El artículo 116 del Código Penal: “*Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas*”.

El artículo proviene del proyecto de 1891, cuya fuente inmediata es el Código italiano de 1889.

Sobre la naturaleza de esta eximente se discute en doctrina. Para algunos se trata de un caso de provocación (IMPALLOMENI, JANNITTI); para otros, de un equivalente de pena (MANZINI) o una causa especial de exclusión de la punibilidad del hecho (RANIERI) o, finalmente, una institución *sui generis* sugerida por una renuncia del Estado al ejercicio de su potestad punitiva (MAGGIORE). Esta última es la orientación actual de la jurisprudencia italiana¹⁰.

Entre nosotros, se entiende que el art. 116 configura una excusa absolutoria (NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, LAJE ANAYA, DONNA, etc.), cuyo alcance se limita a la exención de la pena, pero no de los demás efectos civiles y penales de la condena.

El texto solo hace referencia a injurias, sin hacer exclusión de ningún tipo en razón de la clase, forma o gravedad de la ofensa. Por consiguiente, cualquier agravio puede dar lugar a la retorsión.

La ley exige que las injurias sean recíprocas, esto es, que concurren dos personas que se ofendan mutuamente. Debe mediar una relación de causalidad entre la injuria proferida por el ofensor y la expresada por la víctima. Esto significa que una injuria debe ser la causa determinante de la otra. La injuria devuelta, además, debe ser razonable¹¹, o sea que debe guardar cierta similitud o proporción con la ofensa original, aunque no es necesario una perfecta equivalencia, pues, si fuera grosera y manifiestamente innecesaria para la corrección de los males

¹⁰ STELLA, Federico, y ZUCLA, Giuseppe, *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 831.

¹¹ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. II, ps. 316 y siguientes.

que se aducen, entonces, a igual que en el abuso, el autor del delito ya no puede beneficiarse con la exención.

Ambas ofensas, para ser compensadas, deben ser ilegítimas, pero es una facultad exclusivamente judicial el declararlas exentas de pena. La cuestión se resuelve de oficio, no a instancia de parte, aunque estas pueden invocar en el proceso la reciprocidad de injurias. Sin embargo, como la denominada "contra querella" es una institución no prevista en nuestro ordenamiento procesal (lo que conduce a su inadmisibilidad en un mismo proceso), la condena o exención de pena del querellante no es posible, pues, por tratarse de un delito de acción privada, la acción no ha sido promovida en su contra, obstáculo que impide al juez todo pronunciamiento sobre el mismo. La decisión solo habrá de recaer sobre el querellado (absolución o condena). De tal manera que, para que el querellante, a su vez, pueda beneficiarse con la excusa, precisa de la previa promoción de la instancia privada (acusación particular).

§ 11. INJURIAS VERTIDAS EN JUICIO

El artículo 115 del Código Penal establece: "*Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes*".

El origen de la fórmula es el proyecto de 1891, pero es con la ley de reformas 4189 de 1903 que la regla se incorpora al derecho positivo. Entre los antecedentes extranjeros tenidos en cuenta, cabe mencionar el art. 398 del Código italiano de 1889, análogo al art. 598 del Cód. Penal de 1930 actualmente en vigencia.

Los proyectos posteriores al Código Penal, si bien han mantenido la impunidad de las injurias en juicio, han empleado fórmulas diferentes a la original. En el proyecto de 1937 estas injurias no eran típicas; en los proyectos de 1941 y 1960, en cambio, se hacía referencia, por un lado, a ofensas en general, de modo que estaba comprendida también la calumnia, y por

de demanda, ofrecimiento de pruebas, etc., pero siempre en papel escrito), discursos (exposiciones, alegatos, declaraciones, etc., siempre en forma oral) o informes (por ej., conclusiones, explicaciones, etc.), en forma oral o escrita, ante los tribunales, debiéndose entender por tal a todo lugar físico donde se encuentre o tenga asiento una autoridad con competencia para entender y resolver cuestiones justiciables de cualquier naturaleza. El artículo abarca a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía¹⁵, de manera que están comprendidos en el precepto legal los tribunales judiciales (incluido el Jury de Enjuiciamiento para Magistrados, en caso que existiere), administrativos (por ej., Fiscalía de Investigaciones Administrativas, sumarios policiales para el sustanciamiento de contravenciones o faltas, etc.), los tribunales de faltas municipales, los tribunales militares, etcétera.

La impunidad de la injuria en juicio resulta si no fue dada a publicidad, esto es, si no ha llegado, por obra del autor o de un tercero con su participación o inducción, a un número indeterminado de personas de un modo distinto al que supone la publicidad propia de un asunto judicial. La ley no quiere la difusión de la ofensa fuera de los límites que enmarcan la cuestión justiciable.

La ley somete al autor de la injuria en juicio, dadas las condiciones exigidas por la norma, a las correcciones disciplinarias correspondientes. Estas clases de sanciones son, en nuestro ordenamiento jurídico local y cuando se trata de un tribunal judicial, las que están previstas en el art. 118 de la ley 2990 Orgánica de la Administración de Justicia, a saber, prevención, apercibimiento, multa y suspensión, y su aplicación corresponde al juez de la causa.

c) *Tipo subjetivo.* — Las injurias proferidas en juicio solo pueden cometerse a título de dolo, siendo de aplicación aquí los mismos principios que hemos visto para la injuria del art. 110.

¹⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. 4, ps. 476. Creemos que identificar la expresión "tribunales" con el lugar físico donde llevan a cabo sus tareas los jueces, o con los jueces mismos, es una cuestión que estimamos de poca importancia, pues resulta obvio que el juez tendrá que estar en un determinado lugar físico para desarrollar su función, y es en este lugar físico y ante él mismo donde la injuria debe ser proferida. Una cosa no puede funcionar independientemente de la otra.

§ 12. RETRACTACIÓN

El artículo 117 del Código Penal establece: “*El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo*”.

a) *Aspectos históricos.* — Recuerda MOLINARIO que la retractación, institución jurídica nacida en Italia en los albores de la Edad Media, allá por el siglo VII, no tuvo recepción legislativa en la antiguedad clásica, ni en el derecho griego ni en el romano, sea que se la entienda como una pena impuesta al victimario del honor ajeno, o bien como una eximente de pena si, en forma voluntaria, el autor hubiere revocado sus ofensas¹⁶.

Algunas referencias del instituto se hallan, entre los griegos, en el diálogo platónico *Fedro*, en el que aparece la voz “palinodia”, que etimológicamente quiere decir “nueva canción” o, como subraya NAVARRO, repetición de canto¹⁷, y entre los romanos, en el Tratado de Lucio Anneo Séneca, *De la ira*, Libro III, en el que el gran escritor afirma que “el mayor castigo de la injuria que se hace es haberla hecho y nadie es castigado tan gravemente como el que él mismo se entrega al suplicio de la penitencia”¹⁸.

La retractación aparece legislada por primera vez en el derecho español, en el Fuero Real, publicado entre 1254 y 1255 por Alfonso X, llamado El Sabio, en el que se prescribía como sanción para el infractor “que este se desdiga ante el Alcalde y ante hombres buenos”¹⁹. De aquí toma el antecedente Carlos Tejedor y define el canto de la palinodia como “el acto de des-

¹⁶ MOLINARIO, Alfredo J., *La retractación en los delitos contra el honor. Un ensayo de historia interna en derecho penal*, “Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Buenos Aires, 1948, año 3, nº 11, ps. 583 a 585.

¹⁷ NAVARRO, Guillermo R., voz “Palinodia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 21, p. 412.

¹⁸ MOLINARIO, Alfredo J., ob. cit., p. 586.

¹⁹ MOLINARIO, Alfredo J., ob. cit., p. 597; ídem ORGEIRA, José M., *La retractación y el canto de la palinodia*, JA, t. 1987-III, p. 678.

decirse o retractarse ante juez y testigos", pero limitándolo a las injurias verbales y a las escritas leves.

Sin embargo, la fórmula actual no es la de Tejedor, aunque este Código haya sido su fuente originaria, sino la del proyecto de 1917, en cuya exposición de motivos se puede leer: "la Comisión adopta un sistema intermedio; admite la retractación, pero no en cualquier estado del juicio, sino al contestar la querella o antes de hacerlo el acusado. Si este afronta el juicio y no se retracta públicamente desde el principio, debe estar expuesto a las consecuencias. Las razones son obvias. El que comete ese delito, es eficaz en el objeto que se propone, por la difusión de la especie. Cuando el atacado afronta el proceso, y acusa, si el querellado no retira sus imputaciones, afirma su imputación y aumenta el perjuicio. Una retractación posterior, después de un juicio largo, muchas veces con condena, no destruye los efectos del delito, importando muchas veces una burla más para la víctima, obligada, si no es solvente el autor de la imputaciones, a gastos y contrariedades de todo género. Por eso establecemos que solo procederá la retractación al iniciarse el proceso".

b) *Concepto y características de la retractación.* — ¿En qué consiste la retractación? es la pregunta que ha originado un vivo debate en la doctrina y jurisprudencia.

El tema consiste –según lo pone de relieve RIVACOBÁ– en determinar si para retractarse basta con desdecirse de la imputación desdorosa o se requiere el reconocimiento expreso de haberse equivocado o haber mentido, o sea, lo que impropiamente se suele llamar "cantar la palinodia"²⁰.

La vieja doctrina de nuestros autores exigía la interpretación de la retractación en el sentido dado por los antecedentes españoles, esto es, con el amplio alcance del "canto de la palinodia" seguido por Tejedor (RAMOS, GÓMEZ, RAMOS MEJÍA). La retractación, sostiene este último, requiere cantar la palinodia, manifestando el querellado que mintió, reconociendo sin reparos la existencia del hecho como tal y, en consecuencia, que existió la injuria²¹.

²⁰ RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel, *Razón de ser y alcance de la retractación en los delitos contra el honor*, "Doctrina Penal", 1988, ps. 527 y siguientes.

²¹ Citado por ORGEIRA, Manuel, ob. cit., p. 678.

Sin embargo, actualmente, un importante sector doctrinario no requiere más de la retractación en el sentido dado antiguamente. Basta con que el acusado diga simplemente "me retracto", "me desdigo", "vengo a retractarme" (TOZZINI, ORGEIRA, RIVACOBIA). Es suficiente con desdecirse de lo que antes se había dicho, sin que sea preciso el reconocimiento de que se ha mentido (NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, SOLER, LAJE ANAYA). Lo que importa a la ley, subraya CREUS acertadamente, es la objetividad de la retractación, sin que se tengan en cuenta los motivos que impulsaron al autor de la ofensa a hacerlo²². Por lo tanto, la retractación no exige el canto de la palinodia, aunque nada impide —desde luego— que el querellado recurra a esta clase de manifestaciones para obtener el beneficio. Esta es también la opinión predominante en el campo de la jurisprudencia.

Resultan del todo ilustrativas las opiniones vertidas por los jueces en el Acuerdo Plenario del 2/12/87, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en la causa "Norberto O. Alonso c/Blotta, Oscar E. por injurias", a raíz de ciertas expresiones publicadas en la revista "Satiricón", consideradas ofensivas por el futbolista, cuya lectura recomendamos del texto completo del fallo plenario aparecido en "Doctrina Penal" (1988, p. 530), con interesante nota de RIVACOBIA Y RIVACOBIA.

La retractación debe haberse realizado "públicamente", cuyo sentido y alcance debe entenderse como la publicidad propia de los actos o procedimientos judiciales.

Comprende a cualquier clase de injurias o calumnias, con excepción de las injurias en juicio previstas en el art. 115, Cód. Penal, pues estas se encuentran sometidas a un régimen especial de punibilidad previsto en la misma disposición. Quedan también excluidas las ofensas inferidas a funcionarios, pues la ley

²² CREUS, Carlos, *Derecho penal*, "Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 1983, vol. 2, p. 169. Véase también a TOZZINI, Carlos A., *Diferencia entre explicaciones satisfactorias y retractación en los delitos de calumnia e injuria*, "Doctrina Penal", 1983, ps. 715 y siguientes. En el sentido del texto, DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, "Parte especial", t. 1, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 1999, quien agrega que no se considera retractación si el imputado niega haber pronunciado la calumnia o injuria objeto de la querella, ya que debe expresar, como primer paso, haberles dicho y luego retractarse, es decir que si estas fueron inexistentes no procede el instituto. Por ende, se exige un reconocimiento de la culpabilidad sobre el hecho.

solo contempla aquellas que se profieren contra un particular o asociación.

c) *Oportunidad*. — Según el art. 117 del Cód. Penal, la oportunidad para que el acusado se retrakte es antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. ¿Cómo debe entenderse esta fórmula?

Si bien se trata de una cuestión regulada por el derecho de fondo —que debe prevalecer ante cualquier otra disposición en contrario— los momentos a que hace referencia la ley están normados en los códigos de procedimiento penal local.

Según estas disposiciones procesales, las oportunidades para la retractación en el juicio por injuria o calumnia son, el momento en que se lleva a cabo la audiencia de conciliación o en oportunidad de contestar la querella, esto es, durante la etapa de citación a juicio. Vencido el plazo de 10 días de esta etapa procesal, la retractación es extemporánea.

Fuera de las oportunidades establecidas por la ley procesal, salvo que el querellante la acepte, en cuyo caso se deberá entender que ha renunciado a la acción penal por él promovida (art. 59, inc. 4º, Cód. Penal). Tratándose, en este supuesto, de una causal de extinción de la acción penal, corresponde el sobreseimiento del querellado.

d) *Naturaleza y consecuencias procesales*. — La retractación tiene la naturaleza de una excusa absolutoria, que se funda en el arrepentimiento del sujeto activo de la ofensa. Por lo tanto, la exención alcanza solo a la pena del delito, no al tipo delictivo que sigue subsistiendo y, con él, las consecuencias civiles.

La retractación implica un modo normal de terminación del proceso penal por sobreseimiento del querellado (art. 336, inc. 4º, Cód. Proc. Penal Corrientes; ídem, Cód. Proc. Penal de la Nación). La aceptación por parte del agraviado de los dichos del querellado, no significa la renuncia que como causal extintiva de la acción penal está prevista en el art. 59, inc. 4º, Cód. Penal, ni modifica los efectos de la retractación. Solo el juez, no las partes, es quien decide si en el caso están o no reunidos los requisitos de la retractación.

§ 13. INJURIAS Y CALUMNIAS PROPAGADAS POR MEDIO DE LA PRENSA

El artículo 114 del Código Penal: “*Cuando la injuria o la calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción*”.

a) *Tipo objetivo.* — La acción del delito consiste en propagar una injuria (art. 110) o una calumnia (art. 109) por medio de la prensa.

Propagar quiere decir tanto como divulgar, propalar, difundir, etc., esto es, hacer llegar la ofensa a un número indeterminado de personas.

Según el sentido gramatical e histórico del precepto, el concepto de prensa queda restringido a toda publicación u obra impresa, periódica o no, publicada por un editor²³. De manera, que todo otro medio de expresión de la ideas (por ej., radio, TV, cine, video-tape, etc.) queda al margen de la disposición legal. Sin embargo, resulta hoy del todo justificada una interpretación amplia del concepto prensa, de modo que estos medios de comunicación también estén abarcados por él. Se impone, pues, una revisión del texto de la ley, a fin de que sus previsiones guarden coherencia con los requerimientos de la vida moderna.

En el fallo “Ponzetti de Balbín, Indalia E. c/Editorial Atlántida S.A.” –fallo que más bien se ha referido a la libertad de prensa en confrontación con los derechos individuales que al análisis del art. 114–, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso de relieve en más de una oportunidad el aspecto a que hacíamos referencia más arriba. En este sentido, merece destacarse el siguiente párrafo del voto de los Dres. Carrió y Fayt: “Las profundas transformaciones producidas como consecuencia

²³ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho . . .*, ps. 164 y siguientes.

del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa, toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía, de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información —cine, radio, televisión— obligan a un reexamen de la condición tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de información, mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen".

El artículo 114, además de contener una regla jurisdiccional limitada a la Capital Federal y Territorios Nacionales (repárese que esta última expresión ha perdido actualidad), prescribe un modo de reparación cuando el delito contra el honor ha sido propagado por medio de la prensa.

Esta modalidad reparatoria del honor se traduce en la publicación, a costa del culpable, de la sentencia o satisfacción. La sentencia es el fallo definitivo y firme dictado por el juez (sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada) y la satisfacción es la explicación brindada en el juicio por el querellado en oportunidad de ejercitar su derecho de retractación.

La publicación solo es procedente si concurren las siguientes condiciones: *a)* que haya sido requerida por el ofendido, y *b)* que el pedido se haya formalizado en la etapa procesal oportuna, esto es, en la oportunidad de la promoción de la querella. Se trata de un derecho exclusivo del querellante. El juez está impedido de ordenar la publicación de oficio.

A costa del culpable quiere decir a cargo del condenado o de quien se retractó en el juicio. El culpable debe correr con todos los gastos que demande la publicación en el periódico. Sin embargo, la orden judicial para la publicación debe estar dirigida a los editores (no al culpable) para que inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa de este último (el culpable), la sentencia o satisfacción. En el texto de la ley 21.338, en cambio, la publicación estaba no solo a cargo del condenado sino que era él, además, el destinatario de la orden judicial en tal sentido.

La publicación debe hacerse en el mismo periódico o impreso en donde se ha vertido la ofensa. Si ha desaparecido o dejó de editarse, no corresponde efectuar la publicación en otro. El texto de la ley, al decir “*en los respectivos impresos o periódicos*”, impide otra interpretación que no sea la de publicar en el mismo diario o revista en donde apareció la ofensa.

La publicación debe contener el texto del fallo en su totalidad (considerandos y parte resolutiva). La doctrina está conforme en que el incumplimiento de la orden judicial de la publicación, hace incurrir a su destinatario en el delito de desobediencia (art. 239, Cód. Penal).

b) *Los delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa. Jurisprudencia de la CSJN. La cuestión del art. 32 de la Constitución nacional*²⁴. — 1. *Ideas generales*. La Constitución nacional contiene dos disposiciones que hacen referencia a la libertad de prensa, única manifestación de la libertad de expresión que aparece expresamente consignada en el texto fundamental. El art. 14, que enumera entre los derechos individuales el de “*publicar las ideas por la prensa sin censura previa*” y el art. 32 cuyo texto expresa: “*El Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal*”.

El artículo 32, en cuanto prohíbe al Congreso Federal dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa, no impide que se regule reglamentariamente este derecho en forma razonable y de acuerdo con el texto fundamental, es decir, sin alterar la libertad en

²⁴ Para un examen más detallado sobre el art. 32, Const. nacional y su interpretación frente a los delitos cometidos por medio de la prensa, puede confrontarse a BERGEL, Salvador D., *La interpretación del art. 32 de la Constitución nacional*, JA, t. 1971-10, p. 157; del mismo, *Enfoque constitucional de los delitos cometidos por medio de la prensa*, JA, t. 1965-IV, p. 244; FIORINI, Bartolomé A., *El art. 32 de la Constitución. La prensa republicana*, LL, t. 141, p. 221; MADUEÑO, Raúl, *Legislación penal en materia de prensa*, “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, 1970, nº 4, p. 580; BIDART CAMPOS, Germán J., *Legislación penal en materia de prensa*, ED, t. 26, p. 717; PELLET LASTRA, Arturo, *Delitos de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969; NÚÑEZ, Ricardo C., *Un desfiguramiento de la Constitución (art. 32)*, JA, t. 1973, p. 555.

sí misma. Si se argumentara que esta reglamentación es una medida de policía y que la policía es siempre local, tendríamos que renunciar a que el Congreso reglamentara todos los derechos que la Constitución reconoce. Por consiguiente, siendo este argumento insostenible, queda claro que el Congreso puede dictar leyes sobre prensa, mientras que con ello no restrinja, abierta o encubiertamente, la correspondiente libertad que le sirve de fundamento.

El Congreso Nacional tiene facultades, reconocidas constitucionalmente, para tipificar como delito cualquier hecho o conducta que haya sido cometido y desplegada por medio de la prensa; o sea, que un hecho previsto como delito en el Código Penal no deja de estar comprendido en él, o de ser tal, cuando su medio de comisión es la prensa.

En numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de relieve, al tiempo de exaltar a la libertad de prensa como un baluarte del sistema republicano y democrático de gobierno, su vulnerabilidad en cuanto ella es usada como medio comisivo de delitos previstos en el Código Penal.

En el caso "Campillay, Julio C c/diario La Razón" –aunque más haciendo referencia al conflicto entre el derecho personal al honor y el derecho individual de expresión del pensamiento a través de la palabra impresa– la Corte puso de manifiesto la incuestionabilidad del derecho que toda persona tiene a no ser difamada, y en caso de serlo, a recibir indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Los principios de libertad y de responsabilidad de la prensa han sido reconocidos por los arts. 14 y 32, Const. nacional, de manera que en materia de prensa, ya se trate de libertad de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se deseé, pero con la condición de responder por los abusos. En el sistema argentino la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge, como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio, pues la naturaleza jurídica de un hecho debe examinarse ya sea en relación a los elementos del delito (arts. 109 y 110, Cód. Penal),

a los elementos del daño culposo (art. 1109, Cód. Civil) o al derecho a la intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil)²⁵.

Similar orientación se percibe en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia", antes citado, de cuyo fallo merece destacarse el siguiente párrafo: "Ni en la Constitución de los EE. UU. ni en la nuestra ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa. Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso. Este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal".

Estas ideas han sido seguidas en los fallos "Abad, Manuel E."²⁶, "Acuña, Carlos M., Gainza, Máximo", del 29/6/89²⁷ y en "Cascioli, Andrés L." de la Sala 4^a de la Cámara Nacional Criminal y Correccional²⁸.

2. *La doctrina de la CSJN y el art. 32 de la Constitución nacional.* Dice el art. 32 de la Constitución: "El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

La disposición fue sancionada por la Convención Reformadora de la Constitución Nacional reunida en Santa Fe el 14 de septiembre de 1860, y desde entonces la polémica sobre su interpretación aún no ha terminado.

²⁵ JA, t. 1986-III, p. 11.

²⁶ JA, del 10/3/93.

²⁷ *Fallos*, A.283:XXII.

²⁸ JA, del 31/3/93.

El problema consiste en determinar, frente a la regla del art. 32, si es posible cometer delitos empleando a la prensa como medio, fundamentalmente en aquellas provincias en las que no se han sancionado leyes de imprenta reguladoras de los delitos específicos que solo a través de ella pueden llevarse a cabo.

El artículo presenta dos aspectos que debemos analizar:

1) Uno, que podríamos llamar "jurisdiccional", ubicado en la segunda parte del artículo, que prohíbe al Congreso Federal establecer sobre la libertad de imprenta la jurisdicción federal.

2) Otro, ubicado en la primera parte de la disposición constitucional, que prohíbe al Congreso Federal dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

En cuanto a primer aspecto, que intenta desentrañar si corresponde o no aplicar la jurisdicción federal cuando se trata de delitos cometidos por medio de la prensa, la evolución de la doctrina de la Corte Suprema ha sido contradictoria.

La primera oportunidad en que debió pronunciarse el Alto Tribunal fue en 1864, en el caso "Manuel G. Argerich", en el que se dijo que la justicia federal era incompetente para entender en los casos de prensa (en este caso se perseguía por injurias al jefe de policía de la Capital Federal).

Poco tiempo después rectificó esta postura en el caso "Benjamín Calvete", en el que distinguió entre los delitos que atentan contra los particulares cuyo juzgamiento corresponde a la justicia provincial, y los delitos cometidos contra la Constitución y el orden público, en los que debe entender la justicia federal.

En fallos posteriores retomó la doctrina del caso Argerich, hasta que en 1932, en el caso "Ministerio Fiscal de Santa Fe c/diario La Provincia", adopta la buena tesis –como en el caso Calvete– admitiendo la competencia de la justicia federal para entender en materia de prensa cuando el agravio se dirige contra una autoridad nacional por medio de la prensa.

Esta postura fue ratificada en el caso "Ramos, Raúl A. c/Batalla, Eduardo", del 21/19/70, en el que se expresó: "El Congreso dicta dos tipos de leyes: por una parte, las de índole estrictamente federal que son aplicables solamente por los tribunales federales, y por otra las llamados de derecho común, que se aplican por los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como dice

la última parte del art. 67, inc. 11 de la Constitución nacional. No existe obstáculo constitucional para que los tribunales de provincia apliquen el Código Penal dentro de sus respectivas jurisdicciones, cuando el medio para cometer un delito es la prensa".

Esta tesis, cuyos argumentos deben compartirse, ha sido mantenida hasta el presente por el Alto Tribunal del país.

En cuanto al segundo aspecto, dos son las posiciones doctrinarias en debate:

a) Una que, siguiendo la interpretación de la Corte en el caso "Méndez c/Valdés", entre otros, sostiene que la represión de los delitos cometidos por medio de la prensa corresponde a las provincias, o al Congreso cuando actúa como legislatura local, y que las disposiciones del Código Penal sobre calumnias e injurias solo son aplicables en la Capital Federal y Territorios Nacionales (art. 114, Cód. Penal).

La tesis está abonada en doctrina por BAS, DE VEDIA, GONZÁLEZ, GONZÁLEZ CALDERÓN, MAYER, MARQUARDT y NÚÑEZ, y en el plano jurisprudencial de las provincias ha sido recogida por el Tribunal Superior de Córdoba en diversos casos²⁹.

En opinión de NÚÑEZ, la represión de los delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa en el territorio de las provincias, es una facultad conservada por estas, que pueden definir con entera libertad las infracciones y castigarlas. En el territorio de la Capital Federal o en el de Tierra del Fuego, en cambio, estos delitos deben ser tipificados y castigados por el Congreso de la Nación en su carácter de Legislatura local de la Capital³⁰. Para este autor, los denominados delitos de imprenta son propios de la jurisdicción provincial, mientras que los delitos comunes cometidos por medio de la prensa no³¹.

b) La posición contraria está sustentada, entre otros, por MONTES DE OCA, ZAVALÍA, MATIENZO, BIDART CAMPOS, BERGEL, MADUEÑO, BIELSA, etc., y en el plano jurisprudencial es la tesis del caso "Batalla".

²⁹ "Piraine, Alberto", *ED*, t. 26, p. 717; por la CS Tucumán, "Ferreito, Vicente", *LL*, t. 54, p. 230; por la CCrim. N° 1 Corrientes, "Chapo Bortagaray c/diario El Litoral, Gabriel Feris y/o quien resulte responsable por injurias", expte. 421/73.

³⁰ *Derecho penal argentino*, cit., p. 165.

³¹ *Un desfiguramiento de . . .*, cit., p. 557.

Este criterio, cuyos argumentos han sido expuestos en fundada síntesis por BIDART CAMPOS³², sostiene lo siguiente:

1) Siendo el Código Penal ley uniforme para todo el territorio de la Nación (art. 67, inc. 11, Const. nacional), la tipificación de los delitos contra el honor no excluye ningún medio de comisión del hecho en ninguna parte de ese territorio.

2) La reserva del art. 114, con el alcance de no incriminar esos delitos cuando se cometan por medio de la prensa en las provincias, y de incriminarlos cuando por igual medio se cometan en la Capital Federal y en el Territorio Nacional, importa una legislación penal local en contra de lo dispuesto por el art. 67, inc. 11 de la Constitución.

3) Erigir en delito una conducta según el lugar donde tiene ejecución, y no erigirla en otro, viola la igualdad ante la ley e implica inconstitucionalidad, porque el mismo hecho es delito en un sitio y no lo es en otro, con lo que a los habitantes se les depara un trato diferente en igualdad de situaciones, sin que medie razonabilidad en la discriminación.

4) El Congreso no puede dividir el territorio del Estado en jurisdicciones diferenciadas para crear delitos solamente en una o algunas de ellas; o hay ley penal para todos los habitantes del país en todas partes, o no la hay para ninguno en ninguna.

5) La ley penal debe emanar del Congreso y ser la misma para todos; el principio no se salvaría aunque las provincias dictaran leyes penales locales coincidentes, o recepcionaran el Código Penal, porque la ley igual requiere que su autor sea el mismo, que la tipicidad sea uniforme y que la pena sea idéntica.

Por nuestra parte —compartiendo la opinión predominante entre nuestros autores y la doctrina del caso “Batalla”—, entendemos que se debe examinar, ante todo, si la ofensa vertida o difundida a través de la prensa es delito o no, al margen de su naturaleza, del lugar de comisión o del medio de ejecución. Si concluimos que es delito —como parece ser que es— resulta de aplicación el Código Penal por cuanto, en virtud de la facultad delegada del art. 126, Const. nacional (ex 108), a las provincias les está vedado sancionar delitos después de dictado el Código Penal por el Congreso.

³² *Legislación penal en materia de prensa*, cit., p. 718.

Una interpretación contraria daría posibilidad a las personas a que eligieran el territorio donde proferir sus ofensas usando a la prensa como medio de difusión. Lo harían, desde luego, en aquellas provincias en las que no ha sido sancionada una ley de imprenta, con las consiguiente impunidad de la conducta. Esto determinaría que un hecho configure delito en una provincia y en otra no, lo cual constituiría una regla discriminatoria en violación del art. 16 de la Constitución. Con este criterio de interpretación, sería conveniente proferir las ofensas a través de la prensa, pues no serían punibles, no obstante tratarse de una forma agravatoria de la pena por la difusión o divulgación (arts. 40 y 41, Cód. Penal), mientras que la ofensa verbal, o vertida por un medio distinto que la prensa –que tipifica una forma simple o común de imputación– constituiría el delito contra el honor en los propios términos del Código Penal.

El artículo 113, Código Penal, expresa claramente "*El que publicare o reprodujere por cualquier medio, injurias o calumnias vertidas por otro*". En la expresión "*cualquier medio*" está incluida la prensa. Una interpretación distinta nos lleva a este absurdo: el autor de la publicación o reproducción de la ofensa a través de la prensa cometería el delito; tiene responsabilidad penal, precisamente por lo dispuesto en el art. 113. En cambio, el autor originario de la ofensa, si la publica o reproduce por medio de la prensa no sería punible, porque no hay ley de imprenta.

La tesis que rechazamos –además– puede arribar a dos conclusiones igualmente peligrosas: la primera, que las provincias, por distintas razones –incluso políticas–, podrían legislar sobre injurias y calumnias imponiéndoles penas rigurosas, inclusive hasta hipótesis impensables, como ser desde la multa hasta la pena de muerte, pudiéndose usar esta suerte de Código Penal local como instrumento de neutralización de ideas u opiniones o de persecución política. De esta manera, las provincias podrían contar con una ley de imprenta de carácter penal que se convertiría en una peligrosa herramienta del poder de turno. La segunda conclusión es que, al no legislar sobre esta materia se dejaría el honor de los ciudadanos en manos de sujetos desaprensivos e inescrupulosos que usan la prensa para difamar u obtener ventajas o réditos de distinta naturaleza. De tal suerte

que la reputación de las personas, al no tener tutela legal, se vería expuesta a graves consecuencias, con el agravante de no poder recurrir a la justicia en demanda de reparación por el agravio sufrido.

La libertad de prensa cede, no solo frente a injurias y calumnias, sino también frente a una variada gama de delitos que pueden cometerse a través de ella, lo que permite inferir que un gran número de conductas punibles desde la órbita del Código Penal quedarían impunes en aquellas provincias que no las hayan tipificado en una legislación local.

Si exigimos para la tipificación penal del delito contra el honor una ley de imprenta de carácter local que específicamente sancione los delitos de injuria y calumnia, lo propio habría que hacerse con los demás delitos del Código Penal que pueden ser cometidos empleando a la prensa como medio. De este modo tendríamos tantos códigos penales como provincias haya.

Por último, si admitimos la hipótesis de que son las provincias las que están facultadas para sancionar delitos en materia de prensa (o delitos de imprenta), se corre el riesgo de que los tipos penales relativos a las ofensas contra el honor se estructuren diferenciadamente en sus elementos típicos (objetivos y subjetivos), según cuál fuera la provincia de que se trate. Una dispersión penal de esta clase implicaría una irritante violación al art. 16 de la Const. nacional y a principios básicos en materia de tipificación delictiva.

§ 14. LA ACCIÓN PENAL

El régimen legal de las acciones penales por delitos contra el honor está previsto en los arts. 71, 73 y 75 del Cód. Penal.

Según el art. 73, inc. 2º, la acción penal por los delitos de calumnia e injuria es privada. Esto quiere decir que, únicamente, la persona ofendida por el delito es quien puede ejercitar la acción (art. 75, Cód. Penal). Nadie más puede hacerlo, mientras esté viva. De aquí el carácter personalísimo de la acción penal.

La excepción a esta regla está prescripta en el mismo art. 75: cuando la ofensa ha sido inferida en vida del sujeto y después

muere, en este caso la acción puede ser ejercida, en forma excluyente, por el cónyuge, hijos, nietos y padres sobrevivientes.

En nuestra opinión, si la acción penal fue intentada (ejercida) en vida del ofendido y después muere, puede ser continuada por las personas mencionadas en la norma legal, en el orden allí expuesto.

La acción penal solo puede ser ejercida por medio de querella, en los términos y formas establecidas en la legislación local (art. 7º, Cód. Proc. Penal Corrientes; art. 7º, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Con relación al abandono de la querella por inactividad de la parte ofendida, resulta de interés destacar el fallo plenario de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en la causa "Federico J. Luppi c/Haydeé Padilla y otros", en el que se sentó la siguiente doctrina: "En los delitos de acción privada, el abandono de la querella por inactividad procesal importa la renuncia del agraviado prevista como causal extintiva de la acción en el art. 59, inc. 4º, Cód. Penal y, en consecuencia, debe pronunciarse sobreseimiento definitivo"³³.

El desistimiento de la acción penal por parte del querellante implica su renuncia a la pretensión penal (art. 59, inc. 4º, Cód. Penal), de forma que no podrá volver a entablar la acción contra la misma persona y por el mismo hecho.

³³ JA, del 2/2/94.



PARTE TERCERA

TÍTULO III: "DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL"

CAPÍTULO X ABUSO SEXUAL

§ 1. LA INTEGRIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La ley 25.087 (BO 14/5/99), en vigor desde el 22 de mayo de 1999, introdujo importantes novedades al Título III del Código Penal, pudiéndose destacar como una de las principales reformas la sustitución de la anticuada rúbrica delitos "contra la honestidad" por la de delitos "contra la integridad sexual".

Esta innovación de la denominación del Título no ha sido naturalmente una cuestión meramente formal o de estilo, sino que ha respondido, al tiempo que a un cambio de ideología acerca de la intervención del Estado en el ámbito de la sexualidad de los individuos, a la voluntad de dotar de mayor contenido al bien jurídico y hacerlo más compatible con las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho cuyas bases se asientan en el marco de las líneas directrices impuestas por la reforma constitucional de 1994, que están orientadas, ciertamente, hacia un Estado protector de las libertades individuales entre las que se inserta, precisamente, la libertad sexual¹.

¹ BUOMPADRE, Jorge E, *Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas*

El viejo concepto de honestidad, por su anacronismo, ambigüedad e imprecisión, reconducía toda la discusión planteada en el ámbito de la sexualidad a la confusión entre "moral y derecho", es decir, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar². La idea de honestidad, entendida como un sentimiento de recato, de pudor o como la expresión de una cierta moral sexual dominante en un contexto social determinado, indudablemente contrastaba con los principios más básicos de un derecho penal consecuente con un estado de derecho fundado en valores plurales y democráticos. Una sociedad que admite el pluralismo no puede elevar a la condición de bien jurídico digno de protección penal, sentimientos internos o una determinada concepción de la moral sexual³.

Frente a las evidentes deficiencias que presentaba la noción de honestidad, la doctrina fue proponiendo diferentes alternativas al bien jurídico, pudiendo destacarse, entre otras, las de "delitos contra la libertad sexual" (DIEZ RIPOLLÉS, MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO, BOIX REIG, MAQUEDA ABREU, SOLER, BUOMPADRE, etc.), "intangibilidad sexual" (CONTIERI, GONZÁLEZ RUS, CARMONA SALGADO, etc.), "correcta educación sexual o asistencia psíquica" (POLAINO NAVARRETE), "indemnidad sexual" (COBO DEL ROSAL, CARMONA SALGADO, etc.), "intimidad personal" (VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, LATORRE, CUERDA ARNAU, etc.), "integridad-dignidad sexual" (POLAINO-ORTS).

Indudablemente, la decisión de introducir la voz "integridad sexual" como nueva rúbrica del Título III ha significado un cierto avance, un paso positivo en la idea de concretizar un bien jurídico de contenido unificador para todas las conductas agrupadas en

al Código Penal, "Rev. de Ciencias Penales", 1999-2, Mave, Corrientes, 1999, ps. 47 y siguientes.

² SAINZ CANTERO, José A., "La reforma del derecho penal sexual", en *Estudios penales. Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 864.

³ RUIZ ANTÓN, Luis F., *Código Penal comentado*, coord. por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Akal, Madrid, 1990, p. 429; en el mismo sentido BOIX REIG, Javier, "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual", *Mujer y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, ps. 11 y siguientes.

el Título, especialmente en aquellas en las que se involucra en el contexto sexual a menores e incapaces.

La integridad sexual como bien jurídico penalmente protegido en el Título III importa un segmento de un bien jurídico más general: la libertad personal, entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. Con relación a la posibilidad de autonomía sexual de menores e incapaces, conviene en este punto subrayar, como ha puesto de relieve POLAINO-ORTS, que debe partirse –por un lado– del reconocimiento de la titularidad de la libertad sexual como valor consustancial a toda persona (con independencia de la facultad real de ejercicio del citado derecho, esto es, la capacidad de obrar del sujeto, la idoneidad de actualización del derecho teóricamente reconocido) y –de otro– de la salvaguarda de la integridad sexual de la víctima menor de edad o incapaz, inherentemente unida a su propia dignidad como ser humano especialmente vulnerable⁴.

Entre las alternativas posibles aportadas por la doctrina, nos parece que la relativa a la “libertad sexual” como denominación del bien jurídico, bien pudo haber sido la opción preferible por el legislador a la hora de dotar de contenido a la rúbrica del Título, pues dicho bien jurídico resulta abarcativo de la sexualidad de adultos y menores e incapaces. La integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella conlleva una injerencia intolerable a la dignidad del ser humano.

El atentado sexual afecta indiscutiblemente el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad, pues significa, entre los adultos, un obstáculo a la libre opción sexual, y entre los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual⁵, un abuso de esa capacidad aún no desa-

⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, del 30 de abril)*, “Cuadernos de Política Criminal”, Edersa, Madrid, nº 67-1999, p. 190.

⁵ MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad sexual”, en *Comentarios a la Parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, p. 229.

rrollada⁶. Sobre el particular ha expresado el profesor DIEZ RIPOLLÉS que un derecho penal sexual arraigado en los principios pluralistas se limita a proteger, también en los menores, su libertad individual. Ello implica configurar unos tipos en los que de lo que se protege primordialmente es del abuso que el sujeto activo realiza de una voluntad individual no desarrollada, incapaz aún de realizar, con cierta dosis de autonomía, funciones de deliberación, decisión y asunción de responsabilidad por sus propias actuaciones, en el campo sexual⁷. Lo que un derecho penal sexual moderno pretende –sigue diciendo este autor–, es posibilitar las diversas opciones personales en el ámbito sexual; o lo que es lo mismo, garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad. Para lograr tal cosa, y sin olvidar el principio de intervención mínima en el que se ha de mover el derecho penal, despenaliza, por un lado, determinadas conductas que impiden la actividad sexual libre de ciertas personas y que no conllevan limitaciones apreciables a la libertad sexual de las demás, y, por otro lado, prohíbe conductas en las que el sujeto activo involucra a otra persona, no libremente, en su acción sexual. Esta forma de involucrar carente de libertad se puede deber a diversas razones: casos en que la víctima es contradicha por el sujeto activo en su decisión de no verse involucrada sexualmente con él (son los casos en los que se actúa contra la voluntad de la víctima), casos en que, a diferencia de los anteriores, es irrelevante que se haya contradicho su decisión o no se le haya dado la oportunidad de tomarla, pues la víctima aún no es capaz de decidir tal cosa, o lo será nunca (en el primer caso menores y privados

⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 239.

⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José L., ob. cit., p. 239. Un alcance similar sobre el concepto de integridad sexual al que sostendemos en el texto pareciera admitir el profesor CREUS, cuando expresa: “en la forma en que el término es empleado en la ley traería una referencia al normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo”, *Delitos sexuales en la ley 25.087*, JA, del 21/7/99, p. 2. En el mismo sentido se ha expresado DONNA, para quien el bien jurídico “integridad sexual” no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad (conf. *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 12).

de razón susceptibles de curación, en el segundo caso privados de razón no susceptibles de curación)⁸.

No nos parece aceptable calificar a la dignidad humana como bien jurídico autónomo para los supuestos de menores e incapaces. La dignidad como valor y como derecho fundamental de la persona humana es inherente a menores y adultos. El abuso sexual afecta la dignidad tanto de unos como de otros. Cuando se abusa sexualmente del sujeto pasivo se agrede su dignidad como ser humano, pero en el marco de unas coordenadas impuestas por su propia libertad personal en el ámbito de lo sexual. La doctrina ha puntualizado como una opinión muy extendida la idea de que la dignidad humana no es un bien jurídico protegido (al menos en nuestro ordenamiento penal no lo es en forma específica e independiente, sino como inmanente a los derechos fundamentales), sino que constituye una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales⁹. De ahí que se configure como un principio regulativo que funcionaliza a todos y cada uno de los derechos fundamentales¹⁰. Un atentado sexual configura un atentado contra la dignidad humana a través de la agresión del derecho fundamental a la libertad y, en forma específica, a la libertad sexual.

§ 2. LOS NUEVOS DELITOS SEXUALES EN LA LEY 25.087

El nuevo sistema introducido por la reforma de 1999 tiene como punto de partida la eliminación de la división del Título en Capítulos (a través de la derogación de sus rúbricas), que era el modelo propio del sistema anterior, agrupando en forma esquemática las distintas figuras en tipos progresivos constituidos por un tipo básico o genérico –el abuso sexual, en los casos de los arts. 119 y 120– a partir de los cuales se construye un

⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, ps. 28 y siguientes.

⁹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 22 y siguientes.

¹⁰ Ibídem, p. 22.

esquema de subtipos agravados, que se singularizan por una escala penal variable que se incrementa a medida que aumenta el disvalor de la conducta o del resultado o por exigir en el autor una especial cualificación.

En el marco de este esquema, nos encontramos con el tipo básico o simple de "abuso sexual" (art. 119, párr. 1º) y como subtipos derivados cualificados el "abuso sexual por un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima" (art. 119, párr. 2º) y el "abuso sexual agravado por el acceso carnal" (art. 119, párr. 3º: antiguo delito de violación). A su vez, el párrafo 4º describe una serie de hiperagravantes para los supuestos contemplados en los párrafos 2º y 3º del mismo artículo, mientras que el párrafo 5º agrupa un conjunto de agravantes (aunque con pena atenuada) para el abuso sexual simple del párrafo 1º (que son las mismas que para los párrafos 2º y 3º, con excepción de la prevista en el inciso c, esto es, que el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido el peligro de contagio).

El artículo 120, cuya regulación contenía el viejo delito de estupro, recoge en su párrafo 1º dos novedosas figuras cuyo ámbito de prohibición se relaciona estrechamente con los tipos previstos en los párrafos 2º y 3º del artículo anterior, vale decir que cualquiera de sus dos modalidades se caracterizan por configurar un tipo de abuso (o de prevalimiento) de la inmadurez sexual de la víctima, pero que se diferencian en la conducta típica: en una se requiere un sometimiento sexual gravemente ultrajante del sujeto pasivo y en la otra la concurrencia del acceso carnal. En el párrafo 2º del mismo artículo se recogen las agravantes para ambos supuestos.

En los delitos relativos a la corrupción y prostitución, la nueva normativa ha separado en disposiciones diferenciadas y autónomas la promoción y facilitación de la corrupción de menores de 18 años (art. 125) de la promoción y facilitación de la prostitución de menores de 18 años (art. 125 bis), estableciendo una escala penal variable agravada para ambas hipótesis en razón de la minoridad de la víctima (menor de 13 años) y de los medios utilizados por el autor. Fue eliminado el delito de corrupción de mayores de edad que preveía el art. 126 del texto

derogado (solo ha quedado prevista la figura para los supuestos de prostitución de mayores de 18 años en el nuevo art. 126), así como el elemento subjetivo (ánimo de lucro o satisfacción de deseos propios o ajenos) contenido en el anterior art. 125. Se introduce un singular delito de rufianería en el art. 127 con una dinámica comisiva muy diferente a sus antecedentes que tuvieron vigencia en las leyes 17.567 y 21.338, al igual que los delitos de trata de personas de menores de 18 años relacionados con la prostitución en el art. 127 bis, agravando las escalas penales según se trate de menores de 13 años o de menores de 18 años atendiendo al medio empleado o al vínculo entre el autor y la víctima, y de trata de personas mayores de 18 años en el art. 127 ter.

El artículo 128 en su nueva redacción crea, *ex novo*, un grupo de infracciones relacionadas con la pornografía y la participación de menores de 18 años, mientras que en el art. 129 se mantiene, con ligeras variantes, el delito de exhibiciones obscenas.

El delito de rapto, en sus modalidades comisivas de rapto propio e impropio, se tipifica en el art. 130, casi con los mismos lineamientos del texto reemplazado.

Los dos últimos artículos del Título, 132 y 133, incorporan una temática ciertamente novedosa en materia vinculada a la promoción de la acción penal en los delitos de los arts. 119, párrs. 1^º, 2^º y 3^º; 120, párr. 1^º, y 130, por parte de la víctima menor de edad, "con el asesoramiento de organismos oficiales o privados de protección o ayuda a las víctimas"; introduce el instituto del avenimiento para supuestos de víctimas mayores de 16 años, posibilitando la extinción de la acción penal o la aplicación de la regla dispuesta en los arts. 76 ter y 76 quáter del Cód. Penal (suspensión del juicio a prueba) en el marco de unas coordenadas temporales expresamente establecidas en la norma. Ha quedado derogada la excusa absolutoria contemplada en el art. 132 en su redacción anterior, incorporándose un nuevo texto en el art. 133 en el que se prevé, con ligeras variantes, una fórmula muy similar a la sustituida.

A) *Los abusos sexuales*

El artículo 119 del Código Penal establece: "Será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

"La pena será de 4 a 10 años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

"La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

"En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión si:

"a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

"b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

"c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

"d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

"e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

"f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo;

"En el supuesto del primer párrafo, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a, b, d, e o f".

§ 3. ABUSO SEXUAL SIMPLE

a) *Consideraciones generales.* — El delito de abuso sexual simple de la nueva regulación está previsto en el párr. 1º del art. 119 y se corresponde con el delito de abuso deshonesto que se encontraba previsto en el art. 127 del Cód. Penal derogado (Capítulo III, “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”).

La rúbrica “abuso deshonesto” empleada tradicionalmente por el legislador argentino no había sido uniforme ni en la doctrina ni en la legislación comparada. CARRARA estudiaba el delito bajo la denominación de “ultraje violento al pudor” y lo definía como “todos aquellos actos impudicos que sin constituir tentativa de violencia carnal, se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella”.

Entre los alemanes se habla de impudicia o relaciones impudicas. Algunos autores italianos tienen preferencia por el título actos libidinosos violentos (MAGGIORE) o actos libidinosos violentos o abusivos (RANIERI). Los españoles siguieron la denominación tradicional de abuso deshonesto, que fue la utilizada en todo el proceso codificador hasta la reforma de 1989, que modificó el viejo texto del art. 430 introduciendo el nuevo delito de agresión sexual. Actualmente, el esquema introducido por la reforma del 30 de abril de 1999 (Ley Orgánica 11/99) tipifica el delito de agresiones sexuales en el art. 178 como un atentado contra la libertad sexual de otra persona realizado con violencia o intimidación, previéndose diferentes circunstancias agravatorias en los arts. 179 y 180.

El Código Penal suizo de 1937 tipifica el delito como acciones punibles contra la moralidad; el código italiano habla de *atti di libidine violenti* (art. 521) dentro de los delitos contra la libertad sexual. El Código brasileño emplea la fórmula “atentado violento al pudor” (art. 214), que es también la que sigue la doctrina.

Entre nosotros, el antiguo delito de abuso deshonesto tuvo su fuente inmediata en el proyecto de 1891, pero fue recién introducido al derecho positivo a través de la ley 4189 de 1903. El proyecto de 1906 mantuvo el criterio anterior, pero sustituyó la expresión “sin que haya cópula” por la de “sin que haya acceso

carnal". Los proyectos posteriores al Código Penal presentan algunas variantes en la fórmula. A título de ejemplo, el proyecto Coll-Gómez de 1937 denomina a la figura "ultraje al pudor", tipificando el delito de "actos sexuales distintos al acceso carnal"; el proyecto Peco de 1941 lo caracteriza como actos libidinosos violentos; en cambio, los proyectos de 1951 y 1960 continúan con la denominación tradicional del Código de 1921. Las leyes de reformas 17.567 y 21.338 solo innovaron en la denominación del capítulo, sustituyendo la rúbrica original violación y estupro por la de violación, estupro y abuso deshonesto. La ley 20.509 volvió a la fórmula original del Capítulo y la ley 23.077 al texto y número original del art. 127. Posteriormente, la ley 23.487 del 26/1/87 modificó la rúbrica original por la de "Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor". Por último, la ley 25.087/99 introdujo una nueva configuración al delito, que es la que vamos a estudiar a continuación.

b) *Bien jurídico*. — El bien jurídico protegido en este tipo de abuso sexual es la libertad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo a su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales. El atentado sexual violento o abusivo afecta este derecho individual, en la faz específica de la sexualidad. Cuando el abuso sexual recae sobre un menor de trece años, el atentado afecta la sexualidad del menor en su desarrollo potencial, en su futuro desarrollo personal en el ámbito de la sexualidad.

c) *Definición*. — El abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada contra una persona, contra su propio querer consciente.

d) *Los elementos del delito*. — 1. *Tipo objetivo*. La conducta tipificada como abuso sexual en el párr. 1º del art. 119 abarca dos comportamientos bien diferenciados: la agresión sexual cometida contra un menor de trece años, aún con su consentimiento, y la agresión sexual perpetrada contra otra persona de cualquier edad, mediando violencia o intimidación, abuso coactivo o inti-

midatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La acción típica en ambos supuestos es la misma, abusar sexualmente de otra persona. Esta es la acción material prohibida.

Frente a esta regulación, cabe que nos preguntemos, ¿en qué consiste o qué es lo que caracteriza a una acción para que sea calificada de abuso sexual?

Una primera respuesta puede ser esta: el delito se encuentra ubicado entre aquellos que ofenden la libertad sexual de las personas, expresión que hace referencia a la sexualidad de los individuos. Consecuentemente, el abuso sexual, aunque pueda parecer pleonástico, para ser típico debe tener un contenido sexual.

¿Cuándo el abuso tiene un contenido sexual?, pues, cuando afecta las partes sexuales de la víctima (significado objetivamente impúdico), cualquiera haya sido la intención del autor.

De forma tal que la acción típica en el abuso sexual se caracteriza por la ejecución de actos de contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima.

La ley no solo exige un acto abusivo, que es aquel por medio del cual se usa (o mal usa, uso indebido del cuerpo de otra persona) excesivamente el cuerpo de la otra persona, sino que requiere, al mismo tiempo, que sea sexual, vale decir que el comportamiento realizado por el autor debe tener objetivamente un contenido sexual, que se materializa solo cuando afecta las partes sexuales de la persona (y no otras) con prescindencia de la intencionalidad que haya guiado al autor.

El problema se suscita con los llamados casos límite, esto es, en aquellas situaciones que son objetivamente indiferentes con relación al sexo o que pueden tener más de un significado, por ej., el beso, el abrazo, las caricias, el examen médico-ginecológico, etcétera.

En hipótesis como estas, para encontrar una solución la doctrina ha exigido la concurrencia de una intención o un ánimo especial en el agente en la realización del tipo. De esta manera, el delito subsiste si aparece en escena ese elemento subjetivo en el autor que se suele identificar como propósito impúdico, deseo lúbrico, intención ultrajante o lujuriosa, apetencia o satisfacción sexual, satisfacción de la propia concupiscencia, etcé-

tera. De forma tal que si el sujeto activo experimentaba algunos de estos ánimos, estábamos en el marco del abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor.

El carácter lascivo o libidinoso del contacto corporal ha sido reclamado doctrinariamente con el propósito de reducir el ámbito de aplicación del tipo a los comportamientos inequívocamente sexuales y, al mismo tiempo, guiados por una finalidad de obtener una satisfacción sexual, de forma tal que, de acuerdo con este criterio, no serían propiamente acciones sexuales aquellas guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos, vengativos o vejatorios¹¹.

En nuestra opinión, nos parece que en ciertas hipótesis, por ej., el examen médico-ginecológico (uretral, rectal, vaginal, etc.), nunca podría configurar un abuso sexual, al menos como principio general.

No debemos olvidar que en casos como el del examen médico, deben concurrir al menos dos presupuestos bien concretos y diferenciados: uno, el consentimiento del paciente, y el otro, la ausencia de alguno de los medios específicamente previstos en el párr. 1º del art. 119, Cód. Penal, todo lo cual, a nuestro juicio, obsta a la configuración del delito. Si se dan en el caso particular estos dos extremos, cabe preguntarnos ¿qué importancia puede tener para el tipo penal que el médico obtenga, además del examen objetivo del paciente, un placer sexual con ello? Claro está que, si además de la necesaria exploración profesional, el médico toca o palpa otras zonas sexuales del cuerpo del paciente (por ej., los senos), y lo hace sorpresivamente, sin el consentimiento del mismo o a través de medios violentos o compulsivos, entonces sí podrá afirmarse que estamos dentro del marco de criminalidad de esta clase de abuso sexual, pero no por la concurrencia de un ánimo o propósito especial que guía la conducta del autor sino porque el acto ha sido objetivamente impúdico.

La nueva regulación (ni la anterior) no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito, pero sí exige

¹¹ MAQUEDA ABREU, María L., *La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores*, Congreso de Derecho Penal y Procesal, "El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado", Sevilla, noviembre de 1996, p. 81.

que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico o de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima, sin propósito lascivo, inclusive guiado por otra intención, por ej., burla, humillación, venganza, ira, etc., configura un abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aún con un móvil sexual, no tipifica el delito. Haciendo referencia al delito de abuso deshonesto del viejo Código español, el profesor POLAINO NAVARRETE opinó en su día que no parecía exigible en estas conductas el ánimo lúbrico, porque no existe expresa declaración legal en este sentido y porque es perfectamente concebible la realización de los comportamientos típicos respectivos, no ya solo estando ausente tal ánimo en el autor, sino incluso hallándose este movido a la actuación por fines completamente distintos de la indicada intención¹².

La solución para estos casos límite o dudosos, debería buscarse –insistimos– no en el marco de un elemento subjetivo no exigible típicamente, sino en los propios antecedentes del caso concreto, cuyas características nos darán una aproximación al verdadero contexto delictivo¹³.

FONTÁN BALESTRA señala –comentando el texto anterior– que una postura exageradamente objetivista podría conducir a tener por típicas acciones que no lo son, no obstante su innegable significación objetiva, por ej., el tacto vaginal o rectal practicado por un médico¹⁴. La tesis, a nuestro juicio, no puede ser aceptada, pues, si bien es cierto que en el examen del profesional objetivamente siempre se realiza en las partes sexuales del pa-

¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, p. 290. En el mismo sentido, CARMONA SALGADO, Concepción, *Curso de derecho penal español*, "Parte especial", dir. por Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 306 y siguientes. De igual opinión DONNA, Edgardo, ob. cit., ps. 21 y siguientes.

¹³ POLAINO-ORTS, Miguel, ob. cit., p. 166, nota 43, en la que afirma que lo que distingue la acción típica de la exploración médica, a la luz de nuestro derecho positivo vigente, no es el ánimo lúbrico o tendencia volíntuosa, que nuestra ley no exige, sino el ataque lesivo al bien jurídico protegido, la libertad sexual.

¹⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. 5, p. 118.

ciente, el consentimiento que este ha prestado para ello excluye toda posibilidad de comisión del delito, cualquiera haya sido la intención o motivo perseguidos por el autor¹⁵. Por esto es que creemos que, en la generalidad de los casos, el examen ginecológico nunca puede encuadrar en el delito que estamos estudiando, salvo, naturalmente, las excepciones que hicimos notar más arriba.

Un sector de la doctrina exige, para la configuración del delito, un contacto corporal directo entre el agresor y la víctima (MUÑOZ CONDE y, entre nosotros REINALDI y GAVIER¹⁶), mientras que otro sector doctrinario, por el contrario, entiende que el tipo puede consumarse, inclusive, sin la concurrencia de ese contacto corporal directo, pues en cualquiera de ambos supuestos puede verse vulnerada la libertad sexual de la víctima (ORTS BERENGUER, CARMONA SALGADO, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, SUÁREZ RODRÍGUEZ, etc., con distintas matizaciones). Para este último grupo de autores, entonces, el abuso sexual admite comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y llevar a cabo actos de exhibición

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, "Parte especial", 11 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 183: "Un acto médico de exploración uretral o vaginal realizado conforme a las reglas y prescripciones médicas queda fuera del concepto de agresión, por más que el médico obtenga alguna vez placer sexual con ello". En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ariel, Barcelona, 1986, p. 145.

¹⁶ En opinión de CREUS y de GAVIER, son suficientes los actos de acercamiento o de aproximación. Sobre la opinión de estos autores debe hacerse una matización. CREUS opina que el abuso sexual abarca a los actos de acercamiento, con contenido sexual, aun en los casos en que no media el acercamiento con órganos del autor sino la mediación de instrumentos, por ej., introducción de objetos en orificios de la víctima. Según nuestro parecer, el ejemplo de CREUS encuadra más bien el delito del párr. 2º del art. 119 y no en el de abuso sexual simple, pues, en rigor de verdad no se trataría de una hipótesis de acercamiento, sino de contacto directo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, además de configurar un supuesto de sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La opinión de GAVIER, por su lado, nos parece contradictoria, pues mientras en la p. 26 de su obra *Delitos contra la integridad sexual*, Lerner, Córdoba, 1999, sostiene que en lo que hace a su materialidad, el delito sigue consistiendo en una irrupción indebida en el ámbito de intimidad corporal de las personas, "mediante actos de aproximación", en la página siguiente expresa que "siempre será necesario que se realicen actos materiales que impliquen un contacto del cuerpo del autor con la víctima, porque el delito según se muestra de acuerdo la doctrina no puede cometerse a distancia".

obscena, a automasturbarse u obligarla a efectuar esta clase de actos en la persona de un tercero, siempre en presencia del sujeto activo. En nuestro opinión, por el contrario, si bien este tipo de conductas implican un ataque a la libertad sexual de la víctima, no encajan en el tipo del abuso sexual simple que exige, como dijimos, actos físicos de tocamiento y no la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual. Estos supuestos configuran, según nos parece, un tipo de coacción (art. 149 bis, Cód. Penal) como delito contra la libertad.

El abuso sexual se configura solo si se afecta físicamente el cuerpo de la víctima, sea que la acción recaiga directamente sobre ella o que, por obra del autor la víctima actúe sobre el cuerpo de este. No son suficientes las palabras obscenas, los gestos, la simple contemplación, las proposiciones deshonestas¹⁷, los actos de aproximación¹⁸, etcétera. El abuso sexual exige actos corporales directos de tocamiento, no puede cometerse a distancia.

El delito de abuso sexual simple excluye la realización de acceso carnal con la víctima, o la intención de llevarlo a cabo, en cuyo caso estaríamos en el ámbito de la consumación o tentativa del delito previsto en el párr. 3º del art. 119 o en el del art. 120.

Son circunstancias de criminalidad del abuso sexual las siguientes: que la víctima menor de trece años y que el delito se haya cometido (contra mayores o menores de edad) mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Por expresa exigencia de la ley, en una de sus modalidades, el abuso sexual es punible si la víctima es menor de 13 años, límite de edad impuesto por la reforma que aumentó el de 12

¹⁷ Confr. por todos LÓPEZ BOLADO, Jorge D., *Violación, estupro y abuso deshonesto*, obra bajo su dirección, Lerner Córdoba, 1971, p. 168.

¹⁸ En contra, LÓPEZ BOLADO, Jorge D., ob. cit., p. 169; GAVIER, Enrique A., ob. cit., ps. 26 y siguientes. De acuerdo con el texto, REINALDI, Víctor F., actualizador del *Manual de derecho penal*, "Parte especial", de Ricardo C. NÚÑEZ, Lerner, Córdoba, 1999, p. 104, quien sostiene que no puede cometerse a distancia ni de palabra.

años de la redacción anterior. Menor de 13 años es aquel que, al momento del hecho, no ha cumplido aún los trece años de edad. Por debajo de este límite, toda actividad sexual con un menor (con o sin violencia o intimidación) se presume *iuris et de iure* que se ha efectuado sin su consentimiento, careciendo de relevancia que efectivamente lo haya prestado o que, inclusive, sea él el que haya provocado el contacto sexual. Se trata de la edad cronológica, no de la edad mental o psiquiátrica, y la prueba de la misma puede realizarse mediante la partida de nacimiento o, en su caso, con la prueba supletoria (por ej., pericial médica). Carece de relevancia a los fines típicos el desarrollo sexual del adolescente así como su estado o condición moral en orden a la sexualidad. En esta situación, la ley le niega al menor de trece años de edad la capacidad suficiente para comprender el significado socio-cultural del acto sexual que protagoniza. No se trata de una ineptitud para entender el alcance fisiológico de la relación sexual, pues bien puede el menor haber tenido conocimiento anterior de él, ya sea por aprendizaje teórico o por relaciones sexuales pasadas.

La ley ha consagrado en este supuesto –como decíamos anteriormente– una presunción *iuris et de iure* (no admite prueba en contrario) con respecto a esa ausencia de aptitud en razón de la edad. De aquí que el consentimiento prestado por el menor para la realización del contacto sexual no tenga eficacia desincriminante.

El error acerca de la edad de la víctima impide la tipificación del delito, pues elimina la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad criminal, pero no producen ese efecto la duda o la ignorancia, que no benefician al autor. La cuestión, sin embargo, frente al texto entonces vigente antes de la reforma generó diversas interpretaciones en el plano doctrinario y jurisprudencial, que –no obstante hacer referencia al delito de violación– consideramos conveniente transcribir por cuanto bien podrían ser de aplicación frente al nuevo texto.

El caso es el siguiente: el autor mantiene acceso carnal con una menor de 12 años (actualmente, la edad de la víctima ha sido elevada a trece años) que presta su consentimiento para la cópula, pero de quien aquel creía que era mayor a esa edad.

La jurisprudencia¹⁹ registra tres tipos de soluciones frente a este supuesto:

a) Una solución se inclina por el delito de violación del art. 119, inc. 1º, pues el error sobre la edad de la víctima no es esencial, por lo tanto no impide comprender la criminalidad del hecho. En consecuencia, carece de virtud dirimente²⁰.

b) Otra solución –al parecer mayoritaria– se pronuncia por el delito de estupro del art. 120, Cód. Penal, pues se estima que en estos casos hay un error *factis* esencial con respecto a la figura de la violación, pero no excluye el dolo porque la protección de la honestidad femenina excede esa mínima edad llegando hasta los 15 años (delito de estupro, en su redacción anterior). El error sobre las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo de la violación es accidental, porque los actos cumplidos encuadran perfectamente en otro tipo de la ley penal²¹.

Esta postura ha sido sostenida, en mayoría, en la causa “Ariz y Muñoz” antes mencionada. También en otros precedentes²². Un importante sector de la doctrina sigue este criterio (FONTAN BALESTRA, URE, GÓMEZ, GARONA, etc.).

c) Por último, una tercera solución entiende que estamos frente a un hecho atípico. Este temperamento ha sido adoptado por la CApel. de Mar del Plata, *in re* “Martínez, Raúl”, en cuyo fallo se dijo que “aunque repugne a la moral, o a nuestros sentimientos, al no estar tipificado como estupro (por falta del requisito de la edad de la víctima) el hecho cometido por el reo (eliminado como violación) no encuadra en aquel estanco reprobatorio”²³.

¹⁹ Véase las distintas corrientes de la jurisprudencia en *Error sobre la edad de la mujer de menos de 12 años: violación, estupro o hecho atípico*, JA, t. 1990-II, p. 6.

²⁰ Voto del Dr. Daireaux, en disidencia, *in re*: “Ariz y Muñoz, Juan J.”, CApel. Mercedes, JA, t. 1968-II, p. 362.

²¹ Voto de los Dres. Peña Guzmán, García Zavalía y Colombres, SC Tucumán, JA, t. 1944-III, p. 336.

²² ST Chubut (JA, t. 1990-II, p. 9); CApel. Rosario, Sala 1º, en mayoría, *in re* “Vitemar Peralta, Santiago” (JA, t. 1981-II, p. 267); SC Buenos Aires (JA, t. 1959-V, p. 49); CNCrim. y Correc., Sala 4º, fallo del 24/5/77; C. 3º Crim. La Plata, Sala 3º (JA, t. 1951-IV, p. 355); ST Misiones (JA, t. 1959-III, p. 336); CCrim. 1º Santa Rosa (JA, t. 1990-II, p. 3).

²³ Voto de los Dres. Hernández Blanco y Solari Brumana; JA, t. 1961-I, p. 521.

Este criterio ha sido seguido por la CNCrim. y Correc., Sala 3^a, (voto del Dr. Levene), en la que se dijo: "Coincido con la absolución. El a quo, con prolíjas razones, llega a la conclusión de que López ha obrado con un error de hecho excusable respecto a la edad de la menor, lo que descarta el delito de violación y, al mismo tiempo, el de estupro, no solo porque ella no había llegado, al momento del hecho, a los 12 años de edad, sino también porque de autos resulta una conducta de aquella reñida con el pudor y con la idea de una mujer que administra su honra sexual con el cuidado propio de una adolescente recatada, es decir, honesta". Sigue esta postura el voto en minoría (Dr. Álvarez) sustentado en el caso "Vitemar Peralta" de la CPenal de Rosario antes citado. En nuestra doctrina, siguen este criterio CHIAPPINI²⁴ y DONNA²⁵.

En nuestra opinión y frente al texto anterior, creímos acertado el criterio de la atipicidad, porque, en primer lugar, se daba una hipótesis de error esencial excluyente del dolo de violación (el autor "creía" que la víctima era mayor a 12 años). En segundo lugar porque, al ser la víctima menor de 12 años faltaba uno de los elementos objetivos del delito de estupro (mujer mayor de 12 años y menor de 15), lo cual provocaba su eliminación como tipo delictivo. En consecuencia, existía una zona de libertad que, en virtud del principio *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali* (art. 18, Const. nac.) no podía ser integrada por vía analógica.

Los hechos punibles, enseña NÚÑEZ, están especificados por la ley mediante las figuras delictivas. Estas dan, descriptivamente, la noción de los hechos punibles, señalando sus elementos propios, y tienen la función de tipos (modelos) para establecer si, desde el punto de vista descriptivo, una conducta cae o no en alguno de los círculos cerrados y discontinuos (con soluciones de continuidad) de lo punible. La punibilidad de una conducta exige, como primera condición, su tipicidad, vale decir, su total conformidad con uno de los modelos legales: su adecuación a una

²⁴ CHIAPPINI, Julio O., *Una sensible laguna en el derecho penal*, JA, t. 1981-II, p. 270; del mismo, "Estupro con mujer de once años o menos edad", en *Cuestiones de derecho penal*, Platense, La Plata, 1982, ps. 85 y siguientes.

²⁵ DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, "Parte especial", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. 1, ps. 410 y siguientes.

figura legal²⁶. En el mismo sentido, subraya BACIGALUPO que un hecho se subsume bajo un tipo penal cuando reúne todos los elementos que este contiene. En la práctica, la subsunción se verifica comprobando si cada uno de los elementos de la descripción del supuesto de hecho se da en el hecho que se juzga²⁷.

Consecuentemente, la conducta de quien tenía acceso carnal con una menor de 12 años, con su consentimiento y creyéndola mayor a esa edad, era atípica.

En la actualidad y frente al nuevo texto del art. 120, el razonamiento sería el siguiente: el error en que incurre el autor por creer que la víctima tiene más de 13 años de edad (cuando en la realidad tiene menos), descarta la aplicación del tipo penal previsto en el párr. 3º del art. 119, por inexistencia de una conducta dolosa. Sin embargo, quedaría un remanente de tipicidad con relación al tipo del art. 120, que exige una víctima menor de 16 años. Pero, como esta figura reclama, además de este elemento cronológico un elemento subjetivo adicional que acompaña el obrar del autor (el aprovechamiento de la inmadurez sexual del sujeto pasivo), el delito solo quedaría configurado en la medida que concurran ambas exigencias. Si el autor, en cambio, obró en la creencia de que la víctima tenía más de 16 años de edad, el tipo quedaría eliminado por ausencia de culpabilidad dolosa. El juego amoroso con una persona mayor de trece años (inclusive mediando acceso carnal), solo es punible en la medida que concurran los medios típicos que se analizarán a continuación.

2. *Violencia y amenaza.* La dinámica comisiva del abuso sexual a través de estos medios típicos debe entenderse en el mismo sentido y alcance que refirió la doctrina y jurisprudencia sobre los conceptos de fuerza e intimidación con respecto al antiguo delito de violación.

No obstante ello, en este punto conviene destacar que la sustitución del concepto de fuerza a que hacía referencia el an-

²⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 221.

²⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, "Parte general", Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 170.

terior art. 119, por el de violencia, reside en el hecho de relativizar el grado de resistencia exigible a la víctima de un abuso sexual, es decir, que lo que debe tenerse en cuenta como criterio delimitador y determinante del injusto típico es la mayor o menor lesividad del medio utilizado por el autor para doblegar la libertad sexual de aquella. Por ello, bastará con probar la existencia de una violencia idónea, no para vencer la resistencia de la víctima sino para doblegar la voluntad del sujeto pasivo²⁸.

La "violencia" es el despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra índole, llevada a cabo por el autor o un partícipe, que recae sobre la persona de la víctima o se dirige directamente hacia ella, con el propósito de lograr el contacto sexual.

Violencia equivale a fuerza física, a medios de acción material, que actúan sobre el cuerpo de la otra persona o se proyectan hacia ella. Se trata un supuesto de *vis absoluta*, aun cuando su empleo –como se puso de relieve anteriormente– no demande una resistencia continuada o persistentemente (hasta el cansancio) opuesta por la víctima, basta con que la voluntad de esta haya sido quebrada por el abuso violento del autor. El consentimiento libremente prestado por la víctima mayor de trece años, hace desaparecer el delito, con excepción de aquellos supuestos en que se acordó un tipo de contacto sexual y, posteriormente, por la fuerza, se logra otro distinto, por ej., manipular el ano u otras partes sexuales no permitidas.

Al concepto de violencia quedan equiparados el uso de hipnóticos o narcóticos (art. 78, Cód. Penal).

La "amenaza" es la intimidación o anuncio de un mal para infundir temor en la víctima y, así, lograr el contacto sexual. Es la *vis compulsiva*, que puede ser empleada por el autor o por un tercero, pero, en cualquier caso, debe constreñir psicológicamente al sujeto pasivo y determinarlo a someterse a los deseos del autor.

Las características que debe reunir la amenaza para constituirse en el medio comisivo del delito y causar el estado de miedo o temor en la víctima, depende en buen número de casos de circunstancias particulares relativas al sujeto pasivo o a cuestiones de tiempo, modo, lugar, etcétera. Por ello, solo del caso

²⁸ MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit., p. 234.

concreto podrá inferirse una estimación correcta acerca de las reglas precisas y determinadas que deben tenerse en cuenta para apreciar el grado y alcance de la amenaza.

No obstante ello, la doctrina es prácticamente unánime en estimar como características propias de la amenaza las de ser grave, seria, inminente, injusta, determinada o determinable por las circunstancias, futura, posible y dependiente de la voluntad del autor.

La amenaza tiene como efecto propio el de causar un estado de miedo en la víctima que le impide optar libremente por el consenso para el contacto sexual o por el rechazo. Por ende, el acto compulsivo afecta la libertad de decisión del sujeto pasivo con respecto a su libre actividad sexual.

3. *Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.* El abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder es una nueva modalidad de abuso sexual introducida por la reforma y consiste en el empleo de medios compulsivos que tienen su causa en una situación de superioridad de la que se prevalece el sujeto activo. Esta situación de superioridad tiene su correlato en una condición de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, que demanda obediencia o acatamiento funcional o laboral por parte de este a aquél. Es de esta situación de prevalencia funcional, laboral o de otro tipo de la que se aprovecha el autor para el logro de sus objetivos sexuales.

Esta modalidad supone la obtención de un consentimiento viciado, por cuanto el tipo requiere que la conducta sea abusiva sexualmente, esto es, que el autor use indebidamente el cuerpo de la víctima como consecuencia del aprovechamiento de una relación de dependencia, autoridad o poder.

La nueva regulación no ha significado la incriminación del acoso sexual como figura autónoma en el marco de esta modalidad delictiva. La dinámica comisiva de ambas hipótesis son estructuralmente diferentes. En todo caso, como bien señala CREUS, podría configurar un supuesto de tentativa de abuso sexual²⁹.

²⁹ En contra, GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 24; REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 106; PARMA, Carlos, *Delitos contra la integridad sexual*, Ediciones Jurídicas Nuevas, Madrid, 1992, p. 112.

El acoso sexual consiste, en general, en la solicitud o requerimiento de favores de naturaleza sexual prevaleiéndose el autor de una situación de superioridad, docente, laboral o de prestación de servicios y anunciándole a la víctima males relacionados con sus legítimas expectativas en el ámbito relacional, funcional o de trabajo que le une al agente, si no accede a sus pretensiones sexuales (por ej., si no accedes a tener relación sexual serás despedida del trabajo). Los supuestos de acoso sexual, al contrario de lo que sucede con el delito de abuso sexual, excluye los contactos corporales entre el autor y la víctima. Se trataría, más bien, de actos no consumados de abuso sexual o de una coacción especializada por el propósito sexual perseguido por el autor. El abuso sexual, en cambio, tal como lo venimos sosteniendo exige para su perfeccionamiento actos directos de tocamiento de las partes sexuales de la víctima. El límite mínimo de intervención penal en un atentado sexual viene marcado por la exigencia de un contacto corporal³⁰. En todo caso, si el sujeto pasivo accediera a las propuestas del acosador y mantuviera el contacto sexual, será de aplicación el delito de abuso sexual en la modalidad que estamos analizando. Como puede apreciarse, el acoso sexual no ha sido tipificado como delito autónomo en nuestro ordenamiento penal.

4. *Aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.* El supuesto de aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima (por no poder consentir libremente la acción) hace referencia a una especial situación de debilidad en que se encuentran ciertas personas por hallarse afectadas de enfermedades o padecimientos o encontrarse en determinadas situaciones, que las colocan en una condición de inferioridad ante el

dicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 46. Conforme con el texto, MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit., ps. 249 y 258; EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 17; PANDOLFI, Oscar A., *Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, ps. 69 y siguientes. DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 30.

³⁰ MAQUEDA ABREU, María L., ob. cit., p. 81.

autor y que le reportan una mayor dificultad (o una imposibilidad) para oponerse a los designios sexuales del agresor.

En estos casos, se presume "iuris tantum" (admite prueba en contrario) que la víctima carece de la capacidad suficiente para consentir o rechazar libremente la relación sexual. Por la propia naturaleza que tiene tal presunción, desaparecerá la razón de la incriminación si el sujeto pasivo tenía capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. Se trata, en definitiva, de una cuestión que necesariamente deberá ser sometida a comprobación en el proceso judicial.

Esta nueva modalidad introducida en el párr. 1º del art. 119 abarca las hipótesis contempladas expresamente en el texto derogado, a saber, víctima privada de razón o de sentido o que por enfermedad o cualquier otra causa no haya podido resistirse al acto sexual. Sin embargo, la diferencia reside en que, de acuerdo con la nueva normativa, será suficiente en el caso judicial con comprobar que la víctima se haya visto impedida de expresar libremente su consentimiento para el acto sexual. No habrá que probar, por consiguiente, si opuso o no resistencia a la agresión sexual, ni mucho menos la intensidad de tal resistencia.

Se exige, además, una especial referencia subjetiva en el obrar del autor, cuyo alcance abarca dos elementos: uno, que se aproveche de la situación de incapacidad o de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima para comprender el sentido y alcance del acto sexual que realiza; otro, el conocimiento del tal incapacidad en el sujeto pasivo.

Con arreglo al nuevo texto, entonces, no toda relación sexual con un enfermo mental o con un incapaz resulta punible, sino que lo será solo aquella que implica un abuso (aprovechamiento) de la incapacidad del sujeto pasivo.

Una víctima privada de razón supone la falta la capacidad para comprender el significado ético-social del acto que realiza. Hay ausencia de aptitud valorativa, o lo que es lo mismo, la víctima se encuentra imposibilitada de poder efectuar un juicio crítico acerca del acto que ha consentido. El defecto o alteración de las facultades mentales es similar al previsto en el art. 34, inc. 1º, Cód. Penal.

Es un caso, como dijimos, en el que la capacidad de intelección del sujeto se determina a través de un juicio presuntivo

iuris tantum pues, tratándose de un acto sexual voluntario –vale decir, con consentimiento de la víctima³¹–, podría suceder que la incapacidad sobrevenga al acto sexual o, por el contrario, que el contacto sexual se haya producido durante un intervalo de lucidez de la víctima.

Por esto es que el autor debe conocer la situación en la que se encuentra la víctima, conocimiento al que se llega –al decir de LAJE ANAYA– no por convencimiento sino por el conocimiento que se tiene conforme a lo que la víctima trasunta³².

Puede mencionarse entre los diferentes estados que pueden quedar abarcados por el tipo penal, ciertas enfermedades mentales (congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, etc.) como la locura epiléptica, erótica, la demencia senil, ciertos niveles de oligofrenias, por ej., la idiotez (que es el grado más grave de retraso mental), la imbecilidad (que representa un grado más moderado), etcétera. La simple debilidad mental, que implica un retraso más discreto (atribuido a una edad mental entre 7 y 10 años, según la escala de Binet y Simon) generalmente está excluida del cuadro de los privados de razón a que hacía referencia el anterior art. 119. Inclusive, se ha puesto en tela de juicio que la oligofrenia integre el cuadro de las enfermedades mentales en sentido estricto³³, todo lo cual permite inferir la importancia que adquiere, en el proceso judicial, no solo la pericia médico-psiquiátrica sino los *tests* de inteligencia o de eficiencia mental para determinar con cierta precisión el grado de incapacidad mental de la víctima.

Una víctima está privada de sentido cuando se encuentra ante la imposibilidad de comprender el acto que realiza, sea por padecer un estado de inconciencia o estar con la conciencia gravemente perturbada.

Son ejemplos de personas privadas de sentido, el sueño, el sonambulismo, el desmayo, el sopor, la epilepsia, la ebriedad en su máximo grado, etcétera.

³¹ Ponen el acento en el consentimiento, SANDRO, Jorge A., *Violación (víctima privada de razón)*, "Doctrina Penal", 1983, p. 513; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. 2, p. 351.

³² Ob. cit., p. 351.

³³ FITAS CABALLERO, Jorge, *Imputabilidad penal*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 224.

La nueva fórmula abarca distintos tipos de incapacidades de orden físico, congénitas o provocadas por el autor³⁴, así como cualquier dolencia transitoria o permanente, física o mental, pero condicionada a que impida a la víctima consentir libremente la acción. Quedan comprendidas, por lo tanto, las secuelas dejadas por la enfermedad, por ej., la parálisis, la amputación de los miembros, etc., pero siempre que la causa opere impidiendo a la víctima su libre autodeterminación sexual.

5. *Los sujetos.* Sujetos activo y pasivo del delito pueden ser cualquier persona, sin que se exija la concurrencia de ninguna cualidad especial que no sea de aquellas que agravan el hecho (art. 119, párr. 5º). Se trata de un delito común, de autor y víctima indiferenciadas, hetero u homosexual.

Sujetos pasivos de un abuso sexual también pueden ser el cónyuge y la persona prostituida. Si bien el análisis sobre este tema se ha venido dando en el marco del antiguo delito de violación –sobre el que volveremos con mayor extensión más adelante–, algunas dudas podrán suscitarse en torno a los simples abusos sexuales en la pareja y los que se cometan sobre una prostituta.

Con arreglo al bien jurídico protegido en estos delitos, la integridad sexual entendida como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de la persona en el ámbito de su sexualidad, el abuso sexual violento o intimidatorio de la esposa o de la prostituta implica un atentado a su libertad sexual y, por ende, la existencia del delito del párr. 1º del art. 119.

El delito es de carácter material y se consuma cuando se ejecuta el acto de contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima³⁵. La posibilidad de la tentativa ha dividido a la doctrina. La rechazan GÓMEZ, PECO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, MOLINARIO, etc., mientras

³⁴ Ejemplo de incapacidad física provocada podría ser el caso de un sadomasoquista que se somete a una sesión atado de pies y manos, en una posición que permite fácilmente el acceso, y el autor lo penetra no obstante la voluntad contraria de aquél.

³⁵ LEDESMA, Guillermo A., *Abuso deshonesto o tentativa de violación*, "Doctrina Penal", 1982, ps. 541 y siguientes.

que la admiten SOLER, NÚÑEZ, LAJE ANAYA, FONTÁN BALESTRA³⁶, REINALDI, GAVIER, DONNA, etcétera. Entre los autores españoles la situación es similar³⁷. En verdad, si bien pueden ser imaginables formas imperfectas de ejecución, en la praxis puede resultar muy confuso el deslinde entre los actos preparatorios y la tentativa punible, en la que la intención del sujeto juega un *rol* preponderante.

6. *Tipo subjetivo.* Con respecto a la culpabilidad en este delito, la doctrina ofrece dos propuestas: una, llamada "subjetivista", que exige para la consumación típica la concurrencia de un elemento subjetivo especial en el autor, esto es, que se proponga con el acto deshonesto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito³⁸. El dolo, para esta doctrina, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar la propia lascivia, quedando caracterizado como un elemento subjetivo del tipo de injusto. La opinión ha sido defendida por un importante sector de la doctrina italiana (MAGGIORE, MANZINI, RANIERI, etc.) y buena parte de nuestro autores (PECO, ODERIGO, GÓMEZ, MÁLAGARRIGA, MORENO, MOLINARIO, etc.).

La otra propuesta, denominada "objetivista", considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impudico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor (satisfacción sexual, venganza, broma, etc.), el delito se consuma con el acto objetivamente impudico. Sostienen esta postura, entre otros, NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, LÓPEZ BOLADO, LAJE ANAYA, REINALDI, etcétera.

El abuso deshonesto es un delito doloso, pero de dolo común. La ley no exige ningún elemento subjetivo del tipo de injusto.

³⁶ FONTÁN BALESTRA acepta la tentativa conceptualmente, pero manifiesta sus dudas en la práctica (ob. cit., p. 124).

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 402; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ceura, Madrid, 1987, p. 184; CARMONA SALGADO, Concepción, ob. cit., p. 307. La creen dudosa CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DEVESÁ, etcétera.

³⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 121.

Basta —como se tiene dicho— con el dolo común, esto es, con la conciencia de que el acto es impúdico y la voluntad de realizarlo, con exclusión del acceso carnal. Las conductas torpes o culposas no están incriminadas.

e) *Agravantes*. — La circunstancias agravantes para el simple abuso sexual están previstas en el párr. 5º del art. 119, Cód. Penal, las cuales, salvo la excepción hecha de la contemplada en el inc. c —que “el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio”—, son las mismas que las previstas para los supuestos de los párrs. 2º y 3º.

La pena, para estos supuestos de simple abuso sexual, es de 3 a 10 años de prisión o reclusión.

Este nuevo esquema de agravantes podemos sintetizarlo en el cuadro de página siguiente.

1. *Por el resultado*. Comprende el grave daño en la salud (art. 119) y la muerte de la persona ofendida (art. 124).

a) La nueva disposición, salvo el agregado de la expresión “salud mental”, es la misma que la del anterior art. 122. Lamentablemente el legislador no reparó en que el problema que se había suscitado en la doctrina no residía en si el concepto de salud física abarcaba o no el de salud mental (algo sobre el que todos estaban de acuerdo), sino en el alcance de la expresión “grave daño”, vale decir, si la redacción comprendía solo a las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal o si, por el contrario, el concepto se hacía extensible también a otros daños graves determinables judicialmente. De forma que la permanencia de la expresión en el nuevo texto implica el mantenimiento de la discusión de entonces.

Esta es la agravante —recordamos— que mayor número de cuestiones ha suscitado en la doctrina, sea en cuanto a la determinación de la naturaleza del daño, a la estructura subjetiva de la misma o a la posibilidad del concurso con las lesiones del art. 89, Cód. Penal.

Con respecto a la naturaleza del daño, algunos autores entienden que grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Se trata más bien de una expresión

Abuso sexual

Sometimiento gravemente ultrajante

Acceso carnal

Agravantes

(arts. 119, párr. 4º, y 124, Cód. Penal)

Por el resultado producido	a) Grave daño en la salud de la víctima. b) Muerte de la persona ofendida (art. 124, Cód. Penal).
Por el parentesco con la víctima	a) Ascendiente. b) Descendiente. c) Afín en línea recta. d) Hermano.
Por la calidad del autor	a) Ministro de algún culto reconocido o no. b) Personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad.
Por la existencia de ciertos deberes especiales	a) Tutor. b) Curador. c) Encargado de la educación. d) Encargado de la guarda.
Por la patología del autor	Portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
Por el número de autores	Dos o más personas.
Por el medio empleado	Con armas.
Por la edad y situación de la víctima	Convivencia con un menor de 18 años.

genérica que permite al juez apreciar libremente la gravedad del daño. Siguen esta opinión SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, GARONA, GAVIER, REINALDI, etcétera.

Otros, en cambio, sostienen una posición restringida, según la cual la expresión grave daño equivale a las lesiones de los arts. 90 y 91, Cód. Penal. Siguen esta postura GÓMEZ, ODERIGO, MORAS MOM, etcétera.

En nuestra opinión, grave daño no es una expresión genérica que permite una libre interpretación judicial, sino una expresión jurídica con contenido propio, cuya única posible determinación solo puede hacerse a partir de una interpretación legal. Para el Código Penal, grave daño es siempre una lesión grave y, con mayor razón aún, si la lesión es gravísima.

Como destaca acertadamente MORAS MOM, el juez carece de autoridad para apreciar otros daños graves que no sean los previstos por la ley en los arts. 90 y 91³⁹. De modo que, si como consecuencia del abuso sexual se ha causado alguna de las lesiones recogidas expresamente en los arts. 90 y 91, Cód. Penal, el atentado sexual devendría agravado en los términos de esta disposición.

Una interpretación que deje librado al arbitrio judicial –más aún si tenemos presente que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez– la determinación del grado de la lesión, constituye, a nuestro modo de ver, no solo un peligroso criterio de interpretación, sino que se convierte en una verdadera fuente de inseguridad jurídica.

Con relación a la estructura subjetiva de la agravante se dice, por un lado –en opinión que compartimos– que es de naturaleza preterintencional, vale decir, que el resultado más grave (culposo) no debe haber sido querido ni buscado por el autor. Es la opinión de SOLER, URE, FONTÁN BALESTRA, etcétera. Por otro lado, NÚÑEZ sostiene que el grave daño puede estar comprendido en la intención del autor, salvo que constituya una lesión grave o gravísima⁴⁰. La razón para este autor reside en la evaluación comparativa de la pena del art. 122 (actual art. 119, párr. 5º) con la pena de las lesiones de los arts. 90 y 91. De otra manera, explica, la intención más grave (violar para causar un grave daño en la salud de la víctima) conduciría a la menor pena de las lesiones graves o gravísimas, argumento que en la actualidad ha perdido vigencia por cuanto la agravante solo tiene relación con el abuso sexual simple del primer párrafo, cuya penalidad es mucho menor que las de las lesiones de los arts. 90 y 91,

³⁹ MORAS MOM, Jorge R., *Los delitos de violación y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 1971, ps. 87 y siguientes.

⁴⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 269.

de manera que, para los que sostenemos la tesis restringida acerca de la naturaleza del daño, la intención del autor de causar un resultado más grave siempre conduciría a la pena de las lesiones de los arts. 90 o 91, por cuanto el abuso sexual violento no operaría más que como un medio para causar el resultado lesivo más grave.

Por lo tanto, "*grave daño en la salud*" debe ser entendido, de un lado como un daño fisiológicamente importante, esto es, de mayor entidad que las lesiones leves, y de otro que debe afectar o el cuerpo de la víctima (daño anatómico) o su salud mental (daño funcional).

El abuso sexual puede concursar con el delito de lesión leve, si las lesiones son la consecuencia de un acto violento distinto de la propia conducta sexual, por ej., el golpe de puño que desvanece a la víctima, estaremos frente a una hipótesis de concurso real entre lesiones leves y abuso sexual simple. Si la lesión, en cambio, es la consecuencia propia del contacto sexual, queda absorbida por la figura del abuso sexual simple.

b) Establece el art. 124 que: "*Se impondrá reclusión o prisión de 15 a 25 años, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida*".

Se trata de un resultado preterintencional no conectado subjetivamente al autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe "resultar" de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7º, Cód. Penal⁴¹.

Como puede apreciarse, la misma circunstancia de agravación se mantiene para los tres tipos de abusos recogidos en el art. 119 y los dos que están previstos en el art. 120, a los que

⁴¹ En contra NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 270, para quien también quedan comprendidos en la agravante la muerte producida con dolo eventual. En opinión de DONNA, solo integran la agravante los resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo con el homicidio culposo en los casos que así suceda (ob. cit., p. 82).

se les dispensa, consecuentemente, una misma escala penal. Este esquema no parece ser muy congruente con el principio de proporcionalidad que exige cierta relación entre la pena y la gravedad del injusto.

La nocividad social de las conductas incriminadas en los arts. 119 y 120 son sustancialmente distintas unas de otras, tanto es así que en sus respectivos tipos se recogen escalas penales, en abstracto, distintas pero adecuadas a la gravedad del injusto. Por lo tanto, no parece razonable adjudicar una misma escala penal a comportamientos tan diferentes. Un abuso sexual simple seguido de la muerte de la víctima no puede tener la misma pena en el mínimo que un supuesto de muerte derivado de un acceso carnal violento o de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. La quiebra del principio de proporcionalidad es patente. Independientemente de estos ejemplos, hay otros que también pueden servir de muestra: la pena mínima del homicidio doloso es de 8 años, mientras que la del abuso sexual simple seguido de muerte es de 15 años; el incendio doloso con resultado de muerte tiene una pena mínima de 8 años de prisión y una máxima de 20; el robo con homicidio tiene una escala de 10 a 25 años, etcétera.

2. *Por el parentesco con la víctima.* La agravante exige para su aplicación no solo la existencia del vínculo parental entre víctima y victimario que deriva del propio art. 119, sino también la concurrencia de la situación de abuso prevista en el primer párrafo del mismo artículo. Fuera de estos casos, la simple relación carnal consentida entre personas unidas parentalmente (incesto) no configura delito en nuestro régimen penal.

La ley solo hace referencia al ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima. Están comprendidos, por consiguiente, las personas unidas por un vínculo de sangre, sin límite de grados (arts. 350, 351 y 352, Cód. Civil), sea que provengan de una relación matrimonial o extramatrimonial; el padrastro y la madrastra, con respecto a sus entenados y los suegros con respecto a sus hijos políticos (yerno y nuera) (arts. 363 y 364, Cód. Civil), limitados solo a la línea recta; los hermanos, unilaterales o bilaterales. No está abarcado por la agravante el vínculo jurídico derivado de la adopción, plena o simple,

no obstante configurar para nuestro ordenamiento en la actualidad un impedimento dirimente para contraer matrimonio (art. 3º, ley 23.515). De *lege ferenda*, cabría destacar la conveniencia de introducir en forma expresa esta modalidad de parentesco legal entre las circunstancias de agravación, aun cuando pueda pensarse que ella puede quedar comprendida en la agravante por el encargado de la educación o guarda.

El fundamento de la agravante debe buscarse –como subraya NÚÑEZ– en la violación del vínculo parental que le exige al autor el resguardo sexual de la víctima⁴². No parece ser el carácter incestuoso de la relación (SOLER, ORGEIRA, URE) lo que da sentido a la agravante, pues, como se tiene dicho, el acoplamiento sexual libremente consentido entre personas unidas parentalmente no constituye delito para nuestra ley. Por ende, no nos parece congruente que se castigue con tan grave pena el incesto violento o abusivo y, al mismo tiempo, se lo permita cuando se lo realiza con el consentimiento de la otra persona.

3. *Por la calidad del autor.* a) La nueva legislación ha reemplazado la vieja expresión sacerdote por la de ministro de algún culto reconocido o no, en la pretensión de acabar con la polémica acerca de si la voz sacerdote hacía referencia únicamente a aquella persona vinculada a un culto que estaba reconocido oficialmente en el país. Con la nueva frase incorporada por la reforma, quedan comprendidas en la agravante cualquier actividad ministerial religiosa, de cualquier jerarquía, careciendo de relevancia el que haya sido o no reconocida como tal por el Estado.

Con arreglo al texto anterior, el fundamento de esta agravante había dividido a la doctrina. Para algunos, debía buscárselo en la relación de confianza y respeto que deriva de la calidad de sacerdote (SOLER, FONTÁN BALESTRA, LÓPEZ BOLADO, URE, etc.), que genera un vínculo o unión de índole espiritual o religiosa entre el autor y la víctima (para LAJE ANAYA es una hipótesis de abuso). Para otros, en cambio, el fundamento residía en la violación del deber de moralidad y honestidad que le impone

⁴² NÚÑEZ, Ricardo C., ob. citada.

al autor su calidad de sacerdote en sus relaciones con cualquier persona (NÚÑEZ, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, GARONA, REINALDI, GAVIER, etc.).

Nos parece más acertada esta última opinión aunque solo parcialmente. No parece que en este supuesto tenga algo que ver el deber de moralidad y honestidad a que hace referencia NÚÑEZ. Lo que fundamenta el mayor castigo en este supuesto, a nuestro modo de ver, es la simple calidad del sujeto activo, esto es, su condición sacerdotal. Basta con que el autor, al momento del hecho, ostente la calidad exigida por la norma. Por ello, con la regulación anterior la agravante concurría aún cuando la víctima ignoraba la calidad de sacerdote que revestía el autor. Sin embargo, de acuerdo a la actual estructura que presenta la agravante, debe tratarse de una conducta abusiva, vale decir, que el autor se prevalezca o aproveche de su condición de sacerdote. Por lo tanto, la víctima debe conocer su calidad de tal.

La voz sacerdote (del latín: *sacerdos-otis*, de *sacer*, sagrado), según el *Diccionario de la lengua española*, en su primera acepción, es el hombre consagrado a celebrar, hacer y ofrecer sacrificios; o bien, el hombre consagrado a Dios, ungido y ordenado para el celebrar el sacrificio de la misa.

La nueva expresión que trae la ley es comprensiva de cualquier ministro de una religión y de la jerarquía que sea, reconocido o no por el Estado. Por consiguiente, el término abarca al sacerdote del culto católico, al rabino, al pastor protestante⁴³, al guía espiritual de un grupo religioso, al gurú de una secta, etcétera.

b) En cuanto a la agravante de haber sido el hecho cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, se trata de una circunstancia calificante novedosa que no estaba prevista en la legislación derogada. El fundamento de la mayor penalidad reside en la posición de poder o de dominio que representa la autoridad policial ante los terceros, que ven debilitadas sus defensas frente al ataque sexual de que son objeto.

Con arreglo al texto legal, la agravante solo resulta aplicable si el abuso sexual se lleva a cabo por la autoridad pública, "en ocasión de sus funciones". De forma que, no resulta suficiente

⁴³ En contra PENA GUZMÁN, Gerardo, solo al sacerdote católico, cit. por LÓPEZ BOLADO, Jorge D., ob. cit., p. 201.

con la mera condición de personal policial o de seguridad que revistan formalmente al momento del hecho (por ej., un agente de la policía que comete el hecho estando en franco de servicio), sino que el abuso sexual debe haberse cometido en oportunidad de estar desarrollando o ejecutando una actividad en el marco de su competencia funcional y territorial.

La expresión "*fuerzas policiales o de seguridad*" comprende a las policías provinciales, Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeronáutica.

4. *Por la existencia de ciertos deberes especiales.* La nueva fórmula, a diferencia de la anterior, ha incluido expresamente al tutor (art. 377, Cód. Civil) y al curador (art. 468, Cód. Civil) al lado de los dos supuestos ya previstos y que según la doctrina se encontraban comprendidos en ellos: el encargado de la educación y el encargado de la guarda. En todos estos casos, el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor.

a) Encargado de la educación: Es aquel a cuyo cargo está la tarea de enseñar, instruir, educar, corregir, impartir lecciones, etc., a otra persona.

Puede tratarse de una relación jurídica o una de hecho y el ejercicio del cargo o el mantenimiento de la situación fáctica puede ser permanente (o de cierta estabilidad o permanencia) o meramente transitoria o circunstancial. La ley no hace ninguna distinción en este sentido. Lo que realmente importa, sí, es que al momento del hecho la relación o cargo existan⁴⁴.

Son ejemplos de este supuesto el profesor universitario, el secundario, el maestro de escuela, el preceptor de un colegio, la institutriz, el maestro de algún arte u oficio, el maestro particular, etcétera.

⁴⁴ En el sentido de texto, ORGEIRA, José M., *El encargado de la custodia de la víctima y los delitos de violación, corrupción y prostitución*, JA, t. 1971, p. 866; GARONA, José I., "El delito de violación", en LÓPEZ BOLADO, Jorge D., ob. cit., ps. 75 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 95, acepta la relación de hecho entre el autor y la víctima.

b) Encargado de la guarda: Es aquel a cuyo cargo está el cuidado del sujeto pasivo, sea que la relación provenga de un acto jurídico o de una mera situación de hecho.

Esta relación, al igual que en la hipótesis anterior, puede ser transitoria o permanente, pero no meramente circunstancial, como sería el caso, por ej., del amante estable de la madre de la víctima. Se requiere, al menos, entre el autor y la víctima, que exista la relación a que hace referencia la ley cuando alude a encargo (o encargado) de la guarda (cuidado) del sujeto pasivo. El encargo significa tener a cargo o bajo el propio dominio o poder el cuidado (guarda) de la víctima.

La jurisprudencia tiene resuelto que "a los efectos de la agravante, guardador es la persona que tiene a su cuidado y protección a un incapaz, es decir, quien ejerce una potestad de hecho sobre el mismo, siendo el tipo más común el de quien vive en concubinato con la madre del incapaz, pues el concubino, dentro del grupo irregularmente formado, asume el carácter de jefe de familia, ejerciendo sobre los hijos llevados por la mujer la autoridad que esta le delegó por imposición de las circunstancias⁴⁵.

5. *Por la patología del autor.* Esta nueva agravante solamente tiene relación con los párr. 2º y 3º del art. 119 (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual agravado por el acceso carnal) y no con el abuso sexual simple del párr. 1º. La exclusión de la agravante para los casos de abuso sexual simple se explica, seguramente, por la dificultad de contraer el peligro de contagio de la enfermedad si no existe penetración sexual, pero es harto sabido que este tipo de enfermedades también pueden transmitirse por otras vías distintas del contacto sexual.

El autor debe tener conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave contagiosa y que se encuentra en actividad, es decir, en período de contagio. Además, la conducta sexual tuvo que haber creado concretamente el peligro de contagio en la otra persona. Se trata de una figura de peligro concreto.

⁴⁵ C. 5º Crim. Córdoba, JA, t. 1991-I, p. 107.

Son enfermedades de transmisión sexual grave la sífilis, el chancro blando, blenorragia, hepatitis B, Sida, etcétera.

6. *Por el número de autores.* La nueva redacción incrementa la pena del abuso sexual cuando ha sido cometido por dos o más personas. De esta manera, las modificaciones introducidas en el texto han venido a solucionar el viejo problema planteado en la doctrina sobre el número mínimo de personas requerido por la agravante derogada, que hacia referencia al concurso de dos o más personas.

Mientras que para algún sector doctrinario era suficiente con que actúen dos personas, el autor y otra más (SOLER, FONTÁN BALESTRA, URE, GARONA, CHIAPPINI, LAJE ANAYA, etc.), porque el verbo concurrir abarca al autor y a los cómplices. "Concurrir", dice CHIAPPINI, nos llega del latín *concurrere* (*con* y *correi*), de allí su sentido de agregación o reunión. Por eso puede haber concurso con solo dos personas. La norma no alude al autor, sino al hecho⁴⁶. Para otros autores, en cambio, la agravante exigía por lo menos tres personas, el autor y dos más. Es el criterio de NÚÑEZ, seguido en doctrina por CARRERA⁴⁷ y un amplio sector de la jurisprudencia.

En la actualidad, la claridad literal de la norma despeja toda duda al respecto: para que resulte aplicable el tipo agravado, en el hecho deben haber intervenido como mínimo dos personas, sin límites en su máximo.

Esta agravante se caracteriza, precisamente, por el número de personas que han intervenido en el abuso sexual. Su fundamento debe buscarse en la menor posibilidad de defensa que experimenta la víctima frente a un hecho de plural participación y en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico que importa el ataque de un grupo de personas.

La agravante se configura aun cuando uno o más de los autores sean inimputables. Lo que importa es el número, no la capacidad penal de los intervenientes. Es suficiente con que solo uno de ellos haya cometido la agresión sexual. La participación se rige por las reglas comunes. La pluralidad de agra-

⁴⁶ CHIAPPINI, Julio O., "La violación con el concurso de dos o más personas (nrt. 122, Cód. Penal)", en *Cuestiones . . .*, ps. 74 y siguientes.

⁴⁷ CARRERA, Daniel P., *Violación agravada por el número de intervenientes que la cometan*, JA, t. 1987-I, p. 89.

vantes no multiplica el delito, solo tiene incidencia en la ponderación de la pena. La intervención pasiva igualmente da lugar a la agravante.

7. *Por el medio empleado.* El inc. d del párr. 4º del art. 119 agrava la pena cuando el abuso sexual haya sido cometido “*con armas*”.

La agravante es novedosa, pues no estaba regulada en forma autónoma en la ley anterior, sino que su empleo en la comisión del hecho podía ser tenido en cuenta al solo efecto de la graduación de la pena.

El fundamento de la mayor penalidad reside en el incremento del peligro corrido por la víctima del ataque sexual, no solo en relación con el bien jurídico específicamente protegido, sino con otros bienes cuya integridad también corre peligro, por ej., la vida o la integridad corporal del sujeto pasivo. El uso de un arma no solo mejora la posición del agresor sexual sino que disminuye los mecanismos de defensa de la víctima.

La agravante comprende las armas propias e impropias, de fuego o de disparo. Pero, en cualquier caso, el abuso sexual debe haber sido cometido con armas, es decir, mediando el empleo de ellas, no siendo suficiente la mera portación del arma⁴⁸ que solo podrá ponderarse como un acto de intimidación. Pese a que el sustantivo armas está empleado en plural, es suficiente con el uso de una sola arma, en singular.

En lo referente a las diversas cuestiones que pueden plantearse en el estudio de esta agravante, remitimos a cuanto ya hemos dicho en nuestra obra *Delitos contra la propiedad*, Mave, Corrientes, 1998, ps. 95 y siguientes.

8. *Por la edad y situación de la víctima.* El inc. f del párr. 4º del art. 119 introduce una nueva modalidad agravatoria de los abusos sexuales: haber cometido el hecho contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

Se trata de un tipo agravado que puede superponerse con algunas de las situaciones previstas en el inc. b de la misma

⁴⁸ En contra PARMA, Carlos, ob. cit., ps. 92 y siguientes. En el sentido del texto, DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 89.

disposición, especialmente si la persona conviviente es al mismo tiempo encargada de la guarda del menor o tiene cierto grado de parentesco. La situación del concubino encuadra específicamente en esta agravante.

Esta modalidad de abuso sexual agravado requiere para su configuración de tres elementos: un menor de 18 años, varón o mujer, una situación de convivencia con el sujeto pasivo que sea preexistente al hecho mismo y el aprovechamiento de tal situación por parte del autor.

La situación de convivencia puede ser transitoria o permanente, ya que la ley nada indica al respecto, pero seguramente habrá que tener especial cuidado con aquellas situaciones de cohabitaciones pasajeras, esporádicas, de muy corta duración y que revelan la inexistencia de una verdadera convivencia entre el autor y la víctima, que supone una vida en común compartida.

De cualquier modo, la agravante solo resulta aplicable en la medida que el autor se aproveche de la situación de convivencia, vale decir, se prevalezca o utilice las ventajas que tal situación le brinda para consumar el abuso sexual. Se trata de un elemento subjetivo que acompaña el obrar del autor, sin el cual la figura resulta excluida.

§ 4. ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

Está previsto en el párr. 2º del art. 119 con el siguiente texto: *"La pena será de 4 a 10 años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".*

Se trata de un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el primer párrafo del art. 119, de forma que su aplicabilidad dependerá, independientemente de los elementos propios que contiene el tipo, de la concurrencia de los requisitos contemplados para la figura básica.

El tipo exige un comportamiento sexual abusivo que, ya sea por su duración (elemento temporal indeterminado) o por ciertas

circunstancias de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etcétera (elemento circunstancial), haya significado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

El abuso puede ser temporalmente variable, pero en cualquier caso deberá tratarse de una conducta sexual abusiva de cierta duración, que se prolongue excesivamente en el tiempo, por un lapso cuya duración —por no estar prevista en la ley— solo podrá determinarse sobre la base de criterios ponderables judicialmente.

Un sometimiento sexual es gravemente ultrajante para la víctima cuando afecta su dignidad como persona humana o cuando tiene un particular signo degradante y envilecedor. Lo que caracteriza a conductas de esta clase es la humillación que causa en sus víctimas. Son ejemplos de abusos que producen en la víctima esta sensación de envilecimiento, los actos sexuales realizados en público, o ante la propia familia, empleándose objetos o instrumentos mecánicos o de cualquier naturaleza pero de connotación sexual, introducción de los dedos o la lengua en la vagina o el ano de la víctima, la *fellatio in ore*, etcétera. Con referencia a los objetos, estos deben ser corpóreos e inanimados, debiendo actuar como sucedáneos del pene, vale decir, que deben tener una significación sexual.

En cuanto a la vía de introducción deben ser la vaginal o la anal, excluyéndose otros orificios del cuerpo humano, entre ellos la boca, salvo que la introducción se produzca mediante la penetración del órgano genital masculino por vía oral (*fellatio in ore*) en cuyo caso estaremos dentro de la tipicidad de esta conducta agravada.

Tratándose de un subtipo derivado (agravado) de la figura básica del primer párrafo, los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, siendo irrelevante que sean o no del mismo sexo. El abuso puede perpetrarse contra un menor de 13 años o contra cualquier otra persona mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o aprovechando la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Pero, en cualquier caso, la conducta típica deberá plasmarse en un contacto corporal de inequívoca significación sexual, sin que se llegue al acceso carnal.

**§ 5. ABUSO SEXUAL AGRAVADO
POR EL ACCESO CARNAL**

Esta nueva modalidad, introducida por el codificador en el párr. 3º del art. 119, se corresponde con el viejo delito de violación del anterior art. 119, que ha desaparecido como tipología autónoma para pasar a configurar un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el primer párrafo del mismo artículo. La conducta típica, no obstante, ha quedado centrada, como antes, en el acceso carnal.

a) *El bien jurídico protegido.* — El bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual de las personas, entendida como la facultad del individuo de autodeterminarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual. O —como subraya GONZÁLEZ RUS—, libertad sexual como inviolabilidad del sujeto sexualmente libre⁴⁹.

Esto implica reconocer, en principio, que la actividad sexual entre las personas, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser objeto de castigo. La sexualidad de los individuos debe mantenerse libre de toda injerencia del derecho penal. Su intervención solo puede justificarse frente al disenso del otro o ante situaciones especiales del sujeto pasivo.

La libertad sexual, destaca CONTIERI, tiene un contenido preeminente y de valor principal que el que da vida a las limitaciones de la disponibilidad del propio cuerpo. Forma parte de la más íntima y esencial dignidad y nobleza del hombre, que actos de disposición por parte de otros sobre el cuerpo del individuo en las relaciones sexuales, no sean ejecutados frente a su disenso⁵⁰.

⁴⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan J., "El bien jurídico protegido en el delito de violación", en *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, ps. 733 y ss.; véase, no obstante, del mismo autor, el detallado y crítico estudio que hace del bien jurídico libertad sexual en *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982, ps. 234 y siguientes.

⁵⁰ CONTIERI, Enrico, *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959, ps. 18 y siguientes.

La violación es punible no por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro. Si el derecho penal ha de intervenir ha de ser para poner de manifiesto que tal conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el prevalerse de determinadas circunstancias en que se encuentra el otro sujeto⁵¹.

b) *Elementos del delito.* — 1. *Acceso carnal.* El núcleo rector del tipo es el acceso carnal, que puede ser definido como la penetración del miembro viril del actor en cavidad receptiva de naturaleza orgánico-funcional, o en el conducto rectal, de la víctima, con el propósito de lograr el coito⁵².

La noción abarca el acceso carnal vaginal y el anal (coito *per anus*), heterosexual y homosexual, quedando excluidos la *fellatio in ore* (*immissio membra in os*) y otras prácticas antinaturales (por ej., coito *inter femora*, *cunnilingus*, actos de bestialismo, etc.). Sin embargo, la cuestión no es pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia⁵³.

La expresión acceso carnal no tiene precedentes en nuestra historia legislativa. El proyecto de Tejedor empleó la fórmula “aproximación sexual”, en tanto que el Código de 1886 le agregó “aunque el acto no llegue a consumarse”. La ley de reformas de 1903 sustituyó esta expresión por la de “tener concubito”, fórmula proveniente del proyecto de 1891. Lo cierto es que, en el proceso legislativo posterior, la exigencia del acceso carnal aparece por primera vez y sin ninguna explicación, en el proyecto de 1906, trasladándose luego a los demás proyectos posteriores y al Código Penal original. De manera que, al no haberse dado ninguna explicación sobre cómo debía entenderse esta expresión,

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 134.

⁵² Así ya lo decíamos en *La "fellatio in ore" no es violación*, LL, t. 1984-A, p. 861 y en nuestro *Curso* . . ., p. 259.

⁵³ Para mayores detalles sobre el tema en nuestra doctrina, véase CHIAPPINI, Julio O., “La *fellatio in ore*, ¿violación?”, en *Cuestiones* . . ., p. 67; del mismo, *La "fellatio in ore": una réplica*, JA, t. 1993-I, p. 766; GARONA, José I., ob. cit., ps. 28 y ss.; MORAS MOM, Jorge R., ob. cit., ps. 15 y ss.; BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit. en nota anterior.

su sentido y alcance quedó librado a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

En verdad, la fórmula había dado mucho que hablar a nuestra doctrina, no solo con respecto al propio concepto de acceso carnal sino en todo lo atinente a determinar sus verdaderos límites, esto es, si toda práctica sexual violenta o abusiva podía constituir o no acceso carnal a los fines del antiguo delito de violación.

Con relación a esto, se expusieron en doctrina dos criterios bien definidos sobre acceso carnal: uno biológico y el otro jurídico.

1) *Criterio biológico:* Esta concepción apunta a dar una solución de carácter fisiológico al problema, otorgando prevalencia solo al acoplamiento por vía natural. De esta manera, se hace consistir el acceso carnal en la penetración del órgano sexual masculino, por vías naturales, normales o anormales, en el cuerpo de la víctima⁵⁴. El criterio fue seguido por un importante sector de nuestra doctrina, pudiéndose citar, entre otros, a Ernesto URE, FRÍAS CABALLERO, GARONA, FONTÁN BALESTRA, etcétera.

Esta concepción tuvo su fuente en la vieja legislación española, en la que –tradicionalmente– se hizo consistir la violación en el yacimiento con una mujer por vía vaginal, pues así lo exigía expresamente el art. 429 del Cód. Penal de 1944⁵⁵. Para que haya violación, decía CUELLO CALÓN, no solo es preciso que el agente sea un varón y la víctima una mujer, es menester una unión sexual normal⁵⁶. Las modificaciones experimentadas en España a lo largo de sucesivas reformas que se han ido sucediendo durante los últimos años, culminaron con la más reciente llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/99 del 30 de abril de 1999 cuya

⁵⁴ Puede verse con mayor amplitud ambos criterios en MORAS MOM, Jorge R., ob. cit., ps. 15 y siguientes.

⁵⁵ El derogado art. 429 del Código español de 1944 decía: “La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1) Cuando se use fuerza o intimidación. 2) Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3) Cuando fuere menor de 12 años cumplidos, aunque no concurriese ninguna de las circunstancias expresas en los dos números anteriores”.

⁵⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, “Parte especial”, Bosch, Barcelona, 1949, p. 529.

ratio legis ha perseguido “tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas”⁵⁷. De forma que, en punto al tema que estamos analizando, el art. 179 del nuevo Cód. Penal español ha quedado redactado de la siguiente manera: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de 6 a 12 años”.

II) *Criterio jurídico*: Según este criterio, de mayor amplitud que el anterior, se entiende por acceso carnal a toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de este (PECO, MORAS MOM, GOLDSZTERN, MANIGOT, ODERIGO y, al parecer, también CHIAPPINI, aunque no expresamente)⁵⁸.

Otros autores, como NÚÑEZ, SOLER, MOLINARIO, CARRERA, LAJE ANAYA, etc., aun sin pronunciarse expresamente en favor de uno u otro criterio, estiman que tener acceso carnal significa introducción, aún en forma imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (NÚÑEZ), o bien que acceso carnal significa penetración sexual del órgano genital en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal (SOLER).

En nuestra opinión, tanto el criterio biológico como el jurídico merecen objeciones. El primero resulta demasiado estricto frente al texto de nuestra ley, ya que, al hacerse referencia en el párr. 1º del art. 119 a “*persona de uno u otro sexo*”, se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal, de donde se concluye que sujeto pasivo del delito también puede ser un varón. El segundo criterio, por el contrario, es excesivo. Su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual

⁵⁷ Para un examen más detallado de esta reforma, véase POLAINO-ORTS, Miguel, ob. cit., ps. 184 y ss.; BOIX REIG, Javier, y ORTS BERENGUER, Enrique, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999*, “Actualidad Penal”, nº 35, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999; CARMONA SALGADO, Concepción, ob. citada.

⁵⁸ CHIAPPINI, Julio O., *El acceso carnal en el estupro*, JA, t. 1985-III, p. 663; del mismo *La fellatio in ore: una réplica*, JA, del 28/7/93, ps. 5 y siguientes.

agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18, Const. nac.) que prohíbe, precisamente, la aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal. Es lo que sucede, según nuestro parecer, con la *fellatio in ore* y otras prácticas sexuales antinaturales, las cuales, de ser incriminadas a título de abuso sexual agravado por el acceso carnal, significaría una aplicación extensiva del art. 119, Cód. Penal.

Descartado el criterio biológico por insuficiente, nos parece que el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, del que pueda inferirse que también quedan abarcados en la fórmula el coito oral u otras prácticas sexuales equivalentes.

Identificar acceso carnal con prácticas sexuales que puedan representar el coito o formas degeneradas o equivalentes de este, o considerarlo como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (algunos autores hacen referencia a cavidad natural), es decir más de lo que el propio concepto dice. Es, sin más, pecar por exceso, pues, sabemos que el cuerpo de una persona posee cavidades naturales (que no son la vagina o el ano) que no resultan aptas ciertamente para configurar el coito, por ej., las fosas nasales y auditivas⁶⁹. Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal que estamos analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales, por ej., heridas⁷⁰, o en cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos transexuales⁷¹, etcétera.

La penetración sexual, para configurar el acceso carnal requerido como conducta típica, debe realizarse en cavidad que presente una receptividad sexual funcional en la víctima⁷² y no en cualquier orificio, natural o artificial, del cuerpo humano. Tal cavidad no es otra que la vagina de la mujer, pero, como es la

⁶⁹ En contra MORAS MOM, Jorge R., ob. cit., ps. 23 y 24.

⁷⁰ URE, Ernesto, *Los delitos de violación y estupro*, Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15.

⁷¹ GARONA, José I., ob. cit., p. 30; MORAS MOM, en cambio, acepta como violación la penetración en el cuerpo del sujeto operado por cambio de sexo, ob. cit., ps. 24 y ss.; en este último sentido, también CHIAPPINI, Julio O., *La "fellatio in ore": una réplica*, p. 7.

⁷² ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de medicina legal*, 2^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 403.

propia ley la que posibilita que también el hombre pueda ser sujeto pasivo del delito, necesariamente la penetración anal violenta o abusiva (en ambos sexos), configura el delito.

Con respecto a la *fellatio in ore* los criterios de interpretación tampoco han sido coincidentes –ni lo son con la ley vigente– entre nuestros autores. Un sector doctrinario sostiene que la *fellatio* es una de las formas anormales de la violación, pues implica penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural de la víctima. Siguen esta opinión URE, FONTÁN BALESTRA, GARONA, TIEGUI, GOLSZTERN, MORAS MOM, CHIAPPINI, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, etcétera. Otros, en cambio, no se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, aún cuando se han ocupado de analizar el concepto de acceso carnal. Entre estos, pueden citarse a ODERIGO, PECO, MANIGOT, PAGANO (h.), RODRÍGUEZ GRONDONE, GONZÁLEZ ROURA y SOLER, aunque, con respecto a este último, pareciera tener razón LAJE ANAYA⁶³ al ubicarlo entre aquellos autores que descartan a la *fellatio* como constitutiva de violación, pues, sabemos, SOLER ha escrito que no se pueden considerar como violación los actos de molicie, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal⁶⁴. Con distinto parecer pueden mencionarse, entre otros, a JOFRÉ, GÓMEZ, NÚÑEZ, MOLINARIO, LAJE ANAYA, ACHÁVAL, CREUS, PANDOLFI⁶⁵, etc., para quienes la *fellatio* configuraba, en la versión anterior, una hipótesis de abuso deshonesto.

La reforma que ha experimentado el art. 119 mediante la ley 25.087, ciertamente que no ha contribuido a mejorar el estado de cosas. Muy por el contrario, la ambigua como equívoca frase: “acceso carnal por cualquier vía” ha venido a traer mayor confusión y oscuridad al problema que el que en su día originara el texto derogado.

⁶³ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 341. Sin embargo, véase la opinión contraria de CHIAPPINI, Julio O., respecto del pensamiento de SOLER, en *Cuestiones . . .*, p. 68, nota 3.

⁶⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, p. 282.

⁶⁵ Véase por todos PANDOLFI, Oscar A., “*Fellatio in ore*”: ¿violación o abuso deshonesto?, JA, t. 1993-I, p. 766; del mismo, con mayor desarrollo, *Delitos . . .*, ps. 31 y siguientes.

Dos son, fundamentalmente, las observaciones que pueden hacerse al nuevo precepto, y que justifican, al mismo tiempo, el rechazo de la tesis amplia que pretende castigar la *fellatio in ore* a título de violación. De un lado, si abrevamos en los antecedentes parlamentarios podremos verificar que la idea del legislador ha sido equiparar la *fellatio* al tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal previsto en el párr. 3º del art. 119. En el marco de un consenso parlamentario como este y frente a una clara intención de castigar la *fellatio* a título de violación, nos surge obligadamente esta pregunta: ¿por qué, entonces, no se introdujo expresamente la figura (como su antecedente español) en vez de recurrir a una frase tan imprecisa como equívoca que iba –sin duda– a reeditar viejas discusiones?, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión “*por cualquier vía*” puede ser interpretada en el marco de una visión tan amplia que la penetración del pene por cualquier vía del cuerpo humano, sea natural (orificios nasales y auditivos) o artificial (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.), conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, debemos interpretar (porque así lo permite el texto de la norma) que ha optado por dejar la figura al margen de la tipicidad del delito que analizamos (se trata de una hipótesis en la que la voluntad de la ley excede a la del legislador)⁶⁶.

⁶⁶ Se han pronunciado en favor de la tesis restrictiva, vale decir, que la *fellatio in ore* no encuadra en la figura prevista en el párr. 3º del art. 119, sino en la del párr. 2º de dicho artículo, GAVIER, Enrique, ob. cit., p. 34 y PANDOLFI, Oscar A., *Delitos...*, p. 53. Manifiesta sus dudas Carlos CREUS, en ob. cit., ps. 4 y 5, nota 3, pero nos da toda la impresión que participa de la opinión que sostengamos en el texto, al expresar “lo irreemplazable de la precisión terminológica en la confección de las leyes, porque la ley dice lo que dice, no lo que los legisladores quieren que diga, principio de interpretación harto conocido”. También con muchas dudas y muy poca claridad, Carlos E. EDWARDS que no se pronuncia expresamente sobre la cuestión, pero podría ser incluido entre los partidarios de la tesis restrictiva en atención a estas palabras: “Más allá de esta opinión (hace referencia al debate parlamentario), el objeto de interpretación siempre es la ley, y no la voluntad o finalidad del legislador, motivo por el cual lo que los jueces deberán dilucidar es el alcance de la expresión ‘por cualquier vía’” (ob. cit., p. 30). Tampoco es tan claro REINALDI, pero al parecer se pronuncia por la tesis amplia, en el sentido de que la expresión “por

De otro lado, consecuentes con el concepto de acceso carnal que hemos propuesto, en nuestra opinión la boca no resulta un conducto apto para generar el coito, aun cuando —como lo hace notar NÚÑEZ⁶⁷— sirva para producir el desfogue sexual del autor. La *fellatio in ore*, entonces, no constituye una modalidad del concepto de acceso carnal. De forma que, frente a la nueva regulación, la *fellatio in ore* configura un caso de abuso sexual agravado por el sometimiento gravemente ultrajante previsto en el párr. 2º del art. 119, cuya escala penal de 4 a 10 años de prisión o reclusión resulta a todas luces proporcionada con la gravedad del hecho.

En lo que parece haber acuerdo es en que, a los fines consumativos del delito, no interesa que la penetración sexual sea perfecta, esto es, que haya habido eyaculación (*inmissio seminis o seminatio intra vas*: eyaculación en el cuerpo de la víctima). Es suficiente con la *inmissio penis* (penetración) aunque haya sido incompleta o parcial. Tampoco importa que haya habido desfloración o goce genésico. Quedan excluidos, por tanto, del tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal, el denominado coito perineal o *inter fémora*, el coito *per os* (coito oral o *fellatio in ore*), el *cunnilingus* (succión vaginal, frecuente en el campo de la homosexualidad femenina) y la introducción de objetos, comportamientos que quedan encuadrados en el delito de abuso sexual agravado por el sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima previsto en el párr. 2º del art. 119.

2. *Sujeto activo*. Con respecto al antiguo delito de violación, la doctrina más extendida venía sosteniendo que se trataba de un delito de propia mano, vale decir, de aquellos en los que sujeto activo únicamente puede ser aquel que está en condiciones de

cualquier vía" resulta abarcadora de las vías vaginal, anal y bucal (ob. cit., p. 108); más categórico es PARMA, cuando afirma: "Aquí lo que movió los hilos de la reforma fue el poder introducir la *fellatio in ore* al cuerpo legal positivo vigente, solucionando de esta manera un viejo anhelo victimológico pues la figura equipara la citada *fellatio in ore* a la violación, dando seguridad jurisprudencial a esta discusión *sine die*" (ob. cit., p. 74). DONNA, por su parte, en áspera crítica al legislador, sostiene que la *fellatio* no entra en el concepto de acceso carnal, ya que este corresponde únicamente al coito vaginal y el anal (ob. cit., p. 59).

⁶⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. citada.

ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo la acción prohibida⁶⁸. Solo un varón fisiológicamente dotado para realizar el acceso carnal puede ser, en principio, sujeto activo del delito de violación. Sobre esto, al parecer, no hubo mayormente discusión. La controversia se suscitó, eso sí, con respecto a la mujer.

El tenor de la nueva formulación legal, en nuestra opinión, ha introducido cambios que requiere de ciertas matizaciones.

El nuevo texto punitivo incrementa la pena del delito de abuso sexual cuando “*mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*”. Independientemente de la ambigüedad de la fórmula, cuya crítica ya hicimos en otro lugar⁶⁹, creemos que el nuevo imperativo legal permite sostener que sujeto activo del delito pueden ser tanto un hombre como una mujer, conclusión a la que arribamos en base a las siguientes razones: en primer lugar, porque la propia normativa no hace ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos (activo y pasivo) indiferenciados. En segundo lugar, el término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, esto no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que no es este ni su significado gramatical ni el legal⁷⁰. En tercer lugar, habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad (el abuso sexual agravado por el acceso carnal es un subtipo agravado del abuso sexual simple del parr. 1º del art. 119), sería un contrasentido admitir la indiferenciación de sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada. Por otra parte, entendemos que la *ratio legis* de la reforma ha residido, fundamentalmente, en una razonable voluntad de ampliar el círculo de posibles sujetos, de lo cual pareciera ser en

⁶⁸ Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ RUS, Juan J., ob. cit., ps. 461 y ss.; también GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995*, “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, nº 5, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995.

⁶⁹ BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., ps. 55 y siguientes.

⁷⁰ ORTS BERENGER, Enrique, “El delito de violación”, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, t. XIV, vol. 1, ps. 432 y ss.; del mismo, “Delitos contra la libertad sexual”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, noviembre de 1996.

principio irrelevante que tratándose de un comportamiento abusivo sea un hombre o una mujer el sujeto activo u hombre o mujer la víctima⁷¹. En cuarto lugar, la expresión acceso carnal debe traducirse como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., en la que intervienen dos personas una de las cuales debe ser necesariamente un varón, de manera que se produzca la penetración de su órgano genital en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. Si acceso carnal quiere decir cópula, ayuntamiento, coito, yacimiento, etc., no puede dudarse que estos comportamientos pueden realizarlo tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitalmente entre sí⁷² (es suficiente, entonces, con que el órgano sexual masculino resulte introducido en las dos cavidades señaladas, quedando abarcados por el tipo únicamente el coito hetero u homosexual, no así las prácticas homosexuales femeninas). En quinto lugar, la conclusión precedente se relaciona muy estrechamente con la sustitución del núcleo del tipo penal que efectuó la reforma. En efecto, el reemplazo el verbo típico "tuviere" del anterior art. 119 por "*hubiere*" en el nuevo texto deriva en una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo "tener" no posee el mismo significado que el verbo "haber". Frente al texto derogado, la doctrina dominante había considerado al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima y casi unánimemente se había sostenido que solo el hombre podía ser sujeto activo porque era el único que podía "tener" acceso carnal. Con la nueva redacción, en cambio, ya no se requiere que el autor "tenga" acceso carnal, sino que en el abuso sexual "*hubiere*" acceso carnal, vale decir, que lo que actualmente la nueva modalidad exige es que en el marco del contexto sexual haya habido acceso carnal, esto es, penetración del órgano sexual masculino en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. De forma que serán típicos tanto la penetración de un hombre contra una mujer u otro hombre como cuando el hombre o la mujer se hacen penetrar por el otro sujeto. En sexto y último lugar,

⁷¹ Son expresiones de la profesora María L. MAQUEDA ABREU referidas al Código Penal español de 1995, en ob. citada.

⁷² BOIX REIG, Javier, y ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 676.

creemos que el bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona tanto se ve afectada cuando la conducta es llevada a cabo por un hombre cuanto por una mujer, puesto que de lo que se trata en definitiva es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de 13 años sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinados en la norma o, en fin, porque se trata de una víctima especialmente vulnerable⁷³. Entendemos que la *ratio legis* de la reforma, según lo dijimos anteriormente, ha residido en una razonable voluntad del legislador de ampliar el círculo de posibles sujetos. El acceso carnal, en esta modalidad, solo cumple el *rol* de ser la razón determinante del incremento de la pena, pues lo que caracteriza al tipo penal vertebralmente es la conducta sexual abusiva.

3. *Sujeto pasivo.* Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona viva, sin que importen la edad o el sexo. Ciertas perversiones sexuales, como la necrofilia (acceso carnal a un cadáver) o los actos de bestialismo (actos sexuales con animales) no están abarcados por el tipo penal.

En este tema, dos problemas preocupan desde antiguo a la doctrina: la violación de la prostituta y la de la propia esposa.

a) Violación de la prostituta: Hemos dicho en su lugar que lo que está en juego en este delito no es la condición moral de la víctima (honestidad, en la vieja expresión de la ley), sino su libertad individual de practicar el acto sexual con quien mejor le plazca y en la forma y condiciones bajo las cuales ha sido consentido. El derecho de disposición sexual es idéntico tanto para la meretriz como para la mujer que no lo es. De ello se

⁷³ PANDOLFI, Oscar A., *Delitos . . .*, ps. 58 y ss., aunque reduciendo el campo del abuso a solo dos situaciones: haciéndose penetrar por un menor de 13 años o por una persona privada de razón. También Carlos PARMA entiende que la mujer puede ser sujeto activo en esta modalidad de abuso sexual, ob. cit., ps. 78 y 81. Carlos E. EDWARDS, por el contrario, siguiendo la vieja doctrina y sin comprender el alcance de la reforma, se pronuncia por la tesis restrictiva, es decir, que solo el varón puede ser sujeto activo ya que es el único que puede penetrar sexualmente (ob. cit., p. 33).

infiere claramente que la prostituta puede ser accedida carnalmente con violencia, como cualquier otra mujer.

La opinión minoritaria de JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁴ y de RAMOS⁷⁵, al comentar la versión original del Código en el sentido de rechazar la violación de la prostituta, por cuanto la mujer de manifiesta vida inmoral carece del sentimiento de la honestidad que es el bien jurídico protegido por el Título III del Código Penal, y que si la mujer no es honesta no cabe violar un bien inexistente, quedando solo el delito de coacción, es una opinión que hoy no puede sostenerse. Ideas como estas, propias de un sistema socio-cultural enraizado en una sociedad clasista y discriminatoria, han perdido en la actualidad toda vigencia. La prostituta, sea que ejerza el meretricio en un prostíbulo –habilitado o no– o fuera de él (en la vía pública o en habitación particular), merece la protección de la ley penal. Todo acceso carnal violento, tendiente a hacer cumplir la negativa de prestarse al acto, haya o no habido pago de un precio, configura el delito que estamos estudiando⁷⁶.

En la actualidad, al ser la libertad sexual el bien jurídico protegido, con mayor razón aún todas las cuestiones que se habían planteado en relación a la prostituta han dejado de tener vigencia.

b) Violación entre cónyuges: Los actos sexuales violentos o abusivos seguidos de acceso carnal, en el ámbito del matrimonio, configuran el delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal.

Debemos convenir, sin embargo, que el tema ha suscitado una interesante discusión en el marco de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

⁷⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, 2^a serie, Buenos Aires, vol. III, p. 136.

⁷⁵ RAMOS, Juan P., *Curso de derecho penal*, 3^a ed., Buenos Aires, vol. V, p. 240.

⁷⁶ En contra, NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 251 y ss., cuando el acceso carnal violento o abusivo se logra en un prostíbulo oficializado, luego del pago del precio por parte del cliente. La mujer, dice este autor, no tiene derecho a negarse al acceso y el cliente incurre en un ejercicio arbitrario del propio derecho, no punible como delito en el país. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, puede consultarse a GONZÁLEZ RUS, Juan J., ob. cit., ps. 302 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, ps. 278 y siguientes.

Según la opinión más difundida entre nuestros autores –salvo ciertas situaciones de excepción que veremos enseguida–, en oportunidad de comentar el texto anterior, no resulta punible la violación del marido contra la esposa⁷⁷. El argumento que abona esta tesis, en general, tiene su fundamento en la existencia del débito conyugal que genera el vínculo del matrimonio, cuya obligatoriedad aparece prevista en el art. 198, Cód. Civil (ley 23.515), que textualmente dice: "*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*". Este recíproco deber de fidelidad entre los esposos, según la doctrina civilista, es la consecuencia necesaria del matrimonio monogámico.

Esta opinión, sin embargo, ha sido matizada de diversas maneras:

a) Para un sector de la doctrina, el acceso violento o abusivo de la esposa legítima no es ilícito cuando se consuma por vía normal, pues el autor tiene derecho a exigir el acto sexual. Deja de ser legítimo, en cambio, cuando se consuma por actos contra natura (SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, RAMOS, ORGEIRA, ODERIGO, etc.). En la actualidad y pese a la reforma del Título III, algunos autores siguen sosteniendo la tesis de que es condición necesaria para que el acceso carnal constituya un abuso sexual punible que el autor no tenga derecho a exigirlo, lo que ocurre en la relación carnal entre cónyuges que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal. En este caso, el delito podría quedar excluido, sin perjuicio de la figura de lesiones o de coacción que pudiera corresponder si se utilizó violencia o amenaza⁷⁸.

b) Se da el delito, dicen otros, cuando el rechazo de la esposa se funda en motivos originados por padecimientos de enfermedades contagiosas, por razones profilácticas, por ebriedad del marido, por exigencia de la cópula frente a terceros, en época de período menstrual, amamantamiento, etc. (ODERIGO, URE, SOLER, FONTÁN BALESTRA, PECO, etc.).

c) Con relación a estas especiales circunstancias en que se encuentra la esposa, otros piensan que no se configura el delito (particularmente por motivos profilácticos o fisiológicos), pues el acceso violento no ofende la honestidad de la esposa sino otros

⁷⁷ Véase por todos, CARRERA, Daniel P., ob. cit., p. 12.

⁷⁸ GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 44.

intereses, como su salud o la de la prole (NÚÑEZ, CARRERA, PECO, ORGEIRA). Cabe puntualizar que, para estos dos últimos autores, si bien el caso no configura violación, sí se da el delito de coacciones.

d) Otros opinan, en fin, que cuando el marido accede carnalmente a la esposa, en contra de su voluntad y mediante el uso de violencia, comete violación en todos los casos, cualquiera sea la razón del disenso (GÓMEZ, JOFRÉ, MORAS MOM, DONNA). Es también, al parecer, la opinión de GARONA, LAJE ANAYA y REINALDI.

En nuestra opinión, el deber de fidelidad que deriva del art. 198, Cód. Civil, de fundamental importancia en el plano civil, en tanto su violación puede derivar en la separación o el divorcio de los cónyuges, ninguna incidencia tiene, en el ámbito del derecho penal. El disenso opuesto al sometimiento compulsivo del débito conyugal, solo puede generar una sanción de carácter civil, por ej., divorcio, cesación de la obligación alimentaria, etc., pero nunca puede convertirse en un castigo para la mujer cuya pena deba ser la de soportar una relación carnal violenta no deseada.

Tiene razón MORAS MOM cuando afirma que la mujer, por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no pasa a ser un instrumento de satisfacciones sexuales de su marido⁷⁹. La institución matrimonial no implica la sumisión de un cónyuge hacia el otro, por lo que nunca podría legitimarse el uso del débito conyugal mediante la violencia o la amenaza. Sostener lo contrario importaría un verdadero contrasentido con el contenido del bien jurídico que se tutela en el ámbito de estos delitos, más aún en el marco de un derecho penal moderno y pluralista que rechaza todo tipo de discriminación en razón de la calidad o condición del sujeto pasivo.

El matrimonio no significa un "bill de indemnidad" para el marido, ni la esposa —por ese solo hecho— se convierte en un objeto sexual del esposo. El abuso sexual del cónyuge es posible así como es posible el abuso sexual de cualquier persona. Una opinión contraria a esta conclusión colocaría a la esposa en peor situación que la de cualquier mujer soltera (inclusive, la que vive

⁷⁹ Ob. cit., p. 67.

en concubinato), o que la de la propia prostituta⁸⁰. El derecho al acceso carnal en el matrimonio solo es legítimo en tanto medie el consentimiento de la otra parte. El asentimiento es el mejor camino hacia el débito conyugal; la violencia o el abuso, por el contrario, son el camino más seguro al delito. Solo cabe hablar de derechos si se ejercen legítimamente, con consentimiento y con respeto a la dignidad y libertad de la persona⁸¹. Además, con arreglo a la ley 25.087, la incorporación del cónyuge como nueva categoría en el art. 133, ha significado una clara definición del legislador por la tesis amplia, esto es, de que el cónyuge también puede ser una víctima de los delitos comprendidos en el Título.

A la misma conclusión debe arribarse en aquellos casos en que el cónyuge ha prestado el consentimiento para una especie de actividad sexual y el consorte le impone mediante violencia o amenaza un trato sexual diferente. El consentimiento, la libre aceptación del acto sexual, elimina la tipicidad de la conducta, pero el mismo debe mantenerse en todo momento: si el titular manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el derecho penal; un previo acuerdo no supone la pérdida de libertad para actuar de otra manera, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio⁸². El consentimiento dado para un acto no se extiende indiscriminadamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no solo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico de las agresiones sexuales (besos, abrazos, caricias íntimas, etc.) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal, sino que también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (*cunnilingus*, heteromasturbación, etc.)⁸³.

⁸⁰ MORAS MOM, Jorge R., ob. cit., p. 69.

⁸¹ BOIX REIG, Javier, ob. cit., p. 13. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ RUS, Juan J., *La violación . . .*, ps. 416 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, ob. cit., ps. 282 y siguientes.

⁸² GÓMEZ PAVÓN, Pilar, ob. cit., p. 315.

⁸³ SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, ob. cit., p. 315.

§ 6. CIRCUNSTANCIAS DE CRIMINALIDAD

El acceso carnal solo es punible en la medida que concurran algunas de las circunstancias de criminalidad previstas en el primer párrafo del art. 119 (abuso sexual simple), vale decir, cuando la víctima fuese menor de 13 años o cuando mediara violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

§ 7. CONSUMACIÓN. TENTATIVA. CONCURSO. CULPABILIDAD. LA ACCIÓN PENAL

El delito se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración aunque no fuera perfecta o completa (haya o no haya habido eyaculación). Es suficiente con que el acceso carnal sea parcial⁸⁴.

No es suficiente el *coito inter femora*, esto es, cuando el miembro viril permanece entre los muslos en contacto con los labios mayores o externos, pero sin penetrar en el interior de la vulva. Esta situación, sin embargo, puede configurar un signo inequívoco del propósito del autor de lograr el coito, lo cual implicaría el comienzo de ejecución del delito en los términos de una tentativa punible.

En el caso “Garnica, Bernardino”, la CNCrim. y Correc., Sala 5^a, determinó que “quien está en condiciones de insistir, se halla también en condiciones de desistir, de lo que se sigue que no puede excluirse el efecto exculpante del desistimiento de la tentativa de violación –sin perjuicio de la tipicidad subsidiaria o residual que puede llegar a quedar perfecta– si no cabe rechazar la posibilidad de que tras producida una eyaculación *inter femora*, el agente se halle en condiciones de lograr, en el mismo contexto de acción, su propósito final. El valor exculpante del desisti-

⁸⁴ CNCrim. y Correc., Sala 3^a, JA, t. 1991-I, p. 1104.

miento de una tentativa de violación, no excluye que el autor pueda ser responsabilizado por los actos cometidos durante el proceso ejecutivo del delito incompleto y que a su turno sean constitutivos de abuso deshonesto, que es la figura subsidiaria anterior⁸⁶.

Este tipo de abuso sexual es un delito de acción, es decir, que se realiza a través de una conducta activa (la cópula), con exclusión de todo comportamiento omisivo. Es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima). Es, en suma, un delito instantáneo pues se consuma con el solo acceso carnal y, al mismo tiempo, se agota y desaparece. No requiere de resultado material alguno (la eyaculación del actor o el ulterior embarazo de la mujer).

El delito es doloso y el dolo consiste en la voluntad de tener acceso carnal con la víctima con conocimiento de la situación en que se encuentra. Con respecto a la edad de la víctima por debajo del límite legal, es suficiente el dolo eventual⁸⁶.

Con respecto a las relaciones concursales, este abuso sexual puede concursar con otros delitos, tales como las lesiones, la privación ilegítima de la libertad, el homicidio, el rapto, la corrupción, la violación de domicilio, etc., para lo cual habrá que estar, en la generalidad de los casos, a las circunstancias particulares en la que ellos se han llevado a cabo⁸⁷.

La participación en este delito se rige por las reglas comunes.

La acción penal es pública de instancia privada, esto es, que su ejercicio depende de la voluntad de la persona ofendida, su tutor, guardador o representante legal, salvo que resultare la muerte de la víctima o lesiones gravísimas de las tipificadas en el art. 91 (art. 72, Cód. Penal), en cuyos casos la acción sigue siendo pública pero su ejercicio puede ser instado (denunciado) por cualquier persona o por el órgano público de la acusación (Ministerio Fiscal). Según el art. 72 mencionado, también se de-

⁸⁶ Voto de la mayoría, JA, t. 1981-III, p. 212.

⁸⁶ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 286.

⁸⁷ Para consulta de la jurisprudencia, véase GALLEGOS, Raúl S., y YAÑEZ, Víctor, *El delito de violación*, JA, t. 1971, p. 64; LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., ps. 355 y siguientes.

be proceder de oficio cuando el delito fuese cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

La acción penal, en cualquier caso, puede ser promovida por denuncia o por querella (art. 6º, Cód. Proc. Penal Corrientes).

La ley 25.087 introdujo un nuevo párrafo en el art. 72, Cód. Penal, según el cual: “*Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos (representantes legales) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél*”.

B) *Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual*

El artículo 120 del Código Penal establece: “*Será reprimido con prisión o reclusión de 3 a 6 años el que realizaré algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.*

“*La pena será de prisión o reclusión de 6 a 10 años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a, b, c, e o f del cuarto párrafo del art. 119*”.

§ 8. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FIGURA

La ley 25.087 de reformas al Código Penal sustituyó el viejo delito de estupro que estaba previsto en el derogado art. 120, introduciendo significativas variantes en su nueva estructura típica. Puede apreciarse la desaparición del elemento valorativo “honestidad” como cualidad esencial del sujeto pasivo (aparece un nuevo concepto: inmadurez sexual) y el elemento cronológico de la edad que anteriormente hacía referencia a una mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 pasando a ser en el

nuevo texto una persona menor de 16 años. En el antiguo estupro se requería como conducta típica el acceso carnal con la víctima, mientras que en la nueva redacción se incriminan dos modalidades típicas diferentes: una, que exige la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos descriptos en el párr. 2º del art. 119 (sometimiento sexual gravemente ultrajante) y la otra, que requiere de los elementos típicos del párr. 3º del mismo artículo (acceso carnal por cualquier vía).

§ 9. BREVE RESEÑA HISTÓRICO-LEGISLATIVA SOBRE EL DELITO DE ESTUPRO

El delito de estupro es de aquellos que, en el ámbito de la sexualidad, mayores debates ha suscitado, no solo entre los antiguos autores y criminalistas, sino aún entre la más moderna doctrina.

El origen de la palabra estupro proviene, según el *Diccionario de la lengua española*, del latín *stuprum*, consistente en el acceso carnal del hombre con doncella de más de 12 años y menos de 23, logrado por engaño o abuso de confianza. Se dice también de algunos casos de incesto. Por extensión, se aplicaba también al coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento.

Etimológicamente y en su primera acepción, la palabra *stuprum* deriva del verbo *stuprare* (corromper, viciar, contaminar). En otra acepción, el origen de la palabra se encontraría en la raíz griega *strophé*, que significa engaño, vocablo de donde, a su vez, proviene la palabra estafa⁸⁸.

A lo largo de la historia de humanidad, la palabra "estupro" estuvo ligada a las más diversas significaciones, tanto en su propia denominación como en sus elementos constitutivos. En algunos casos, como en el del derecho romano, el estupro estuvo

⁸⁸ BONELLI, Mario B., "El delito de estupro", en LÓPEZ BOLADO, Jorge D., ob. cit., p. 94. Para un detallado informe sobre la evolución histórica-doctrinal y el significado de la palabra "estupro", puede consultarse BOIX REIG, Javier, *El delito de estupro fraudulento*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, año LXXIX, Madrid, 1979, ps. 31 y siguientes.

asimilado al concubito fuera del matrimonio (adulterio) o al realizado con una mujer libre (viuda, doncella o joven). En otros casos, se lo identificó, inclusive, con la libre fornicación sexual.

En Roma, el término *stuprum* –recuerda PUIG PEÑA– era tan amplio que abarcaba casi todas las figuras de los delitos sexuales, excepto los violentos⁸⁹. En el antiguo derecho español, el Fuero Juzgo y el Fuero Real penaron como estupro el casamiento y el adulterio con la mujer de los ascendientes o con la mujer del linaje de estos, que no era otra cosa que el castigo de la relación incestuosa. El delito de incesto fue definido por la Novísima Recopilación y con menor amplitud fue tipificado como estupro agravado en los códigos de 1848 y 1870. Los códigos posteriores penaron el incesto como delito autónomo, considerándolo como el comercio carnal con la hermana o el descendiente, aunque sea mayor de 23 años (art. 435, Cód. de 1944).

La figura del estupro en el derecho español en estos últimos años ha experimentado sustanciales modificaciones. La reforma parcial del Código Penal de 1944 operada por la ley 46 del 7/10/1978, redujo el delito a solo dos supuestos: el estupro de prevalimiento (art. 434, párr. 1º), consistente en tener acceso carnal con una persona mayor de 12 años y menor de 18, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, y el estupro fraudulento o por engaño (art. 435), que se comete cuando se tiene acceso carnal, interviniendo engaño, con una persona mayor de 12 años y menor de 16. La figura del incesto fue suprimida como delito independiente, pasando a configurar un tipo agravado de estupro (MUÑOZ CONDE, BUSTOS RAMÍREZ), con el siguiente texto: “La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito (de estupro) se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado” (art. 434, párr. 2º). Por su parte, la reforma de 1995 modificó aún más la situación: derogó todas las normas del texto anterior, castigando en el art. 183, párr. 2º, el acceso carnal, empleando engaño, de una persona mayor de 12 años y menor de 16, cuando mediare introducción de objetos o penetración bucal o anal. En la actualidad y merced a la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril, el art. 183

⁸⁹ PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946, t. 2, p. 389.

sufrió ligeras variantes, pudiéndose destacar fundamentalmente el aumento de la edad mínima del sujeto pasivo a 13 años, que en el texto anterior era de 12 años.

En nuestros precedentes legislativos, la figura del estupro fue considerada, en casi la generalidad de los casos, a partir de la seducción de la víctima. Tanto el proyecto Tejedor como el Código de 1886 legislaron lo que se conoció como sistema de la seducción real, pues el tipo exigía que el autor empleara la seducción para lograr el acceso carnal con mujer virgen. El proyecto de 1891, en cambio, abandonó este sistema, requiriendo solo que la mujer fuera honesta y mayor de 12 años y menor de 15. Con respecto a esta modificación, algunos autores han entendido que el proyecto del 91 adoptó un sistema denominado de "seducción presunta", pero —en verdad— lo que este proyecto hizo fue solo sustituir el requisito de la virginidad por el de la honestidad de la mujer y, al mismo tiempo, derogar la exigencia de la seducción como elemento del delito. Pero nada dijo sobre esta en el texto de la ley. Por ende, al desaparecer la exigencia de la seducción real, desaparecía esta como elemento del tipo delictivo. Nada había que presumir sobre su existencia. Según explicamos más arriba, con la reforma de la ley 25.087, el nuevo art. 120 prevé dos modalidades típicas: el abuso sexual constitutivo de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el abuso sexual con acceso carnal.

§ 10. LOS ELEMENTOS COMUNES DE LAS NUEVAS ESTRUCTURAS TÍPICAS

La ley de reformas 25.087 introdujo una nueva redacción al art. 120 del Cód. Penal, reemplazando el viejo delito de estupro por dos nuevas modalidades típicas de abusos sexuales: el abuso sexual constitutivo de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el abuso sexual agravado por el acceso carnal, exigiendo para ambas hipótesis que el autor se aproveche de la inmadurez sexual de un menor de 16 años.

Estos dos nuevos delitos tiene en común varios elementos típicos que serán analizados a continuación.

a) *Los sujetos.* — A diferencia del texto derogado en el que sujeto activo solo podía ser un varón y sujeto pasivo únicamente una mujer honesta, con arreglo a la nueva disposición legal los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, tanto pueden ser un hombre como una mujer⁹⁰. Sobre el punto ya nos hemos referido al tratar el art. 119, al que hacemos la remisión.

b) *Las conductas típicas.* — Según el texto del art. 120 en su redacción anterior, la acción material consistía en tener acceso carnal con una mujer honesta, mayor de 12 años y menor de 15, con su consentimiento. Con arreglo a la nueva legislación, se castiga a quien realizara algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119, de forma que las conductas tipificadas para las dos nuevas figuras se caracterizan por constituir un abuso sexual, pero con la diferencia de que en el tipo previsto en el tercer párrafo del art. 119, la acción incriminada es el acceso carnal.

c) *El elemento cronológico.* — Está configurado por la edad máxima requerida por la ley para el sujeto pasivo. Debe tratarse de una persona menor de 16 años.

Mientras según la legislación anterior el sujeto pasivo debía tener más de 12 años pero menos de 15, luego de la reforma el límite mínimo surge del párr. 1º del art. 119, que hace referencia a un menor de 13 años. De forma que la escala temporal mínima y máxima está dada por una persona de 13 años cumplidos, pero menor de 16. Si la víctima es menor de 13 años, la figura se desplaza al 2º o 3º párrafo del art. 119, pero si tiene 16 o es mayor a esta edad y no concurren algunas de las circunstancias del primer o segundo párrafo del art. 119, la conducta es atípica.

⁹⁰ De la misma opinión, PANDOLFI, Oscar A., *Delitos . . .*, p. 79, "porque el verbo típico es abusar"; de otra opinión, GAVIER, Enrique A., ob. cit., ps. 58 y ss., EDWARDS, Carlos E., ob. cit., p. 54, y DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 106, quienes admiten que la mujer puede ser sujeto activo únicamente en el supuesto previsto en el párr. 2º del art. 119, no así en el 3º, ya que solo el hombre se encuentra apto físicamente para realizar la acción típica.

Con arreglo a una prudente armonización de los arts. 119 y 120, se puede apreciar que, para el Código Penal, la iniciación sexual de las personas queda establecida a la edad de 13 años, de forma que, toda relación sexual libremente consentida entre un menor de 21 años y un mayor de 13, o entre un mayor de 16 años y un mayor de 21, no es típica.

La edad a que hace referencia el tipo legal es la edad cronológica, no la edad mental de la víctima, aunque esta última, en ciertos casos, pueda tener incidencia en términos de adecuación típica (por ej., el acceso carnal con una demente de 15 años, puede desplazar el hecho hacia el delito del párr. 3º del art. 119).

La edad del sujeto pasivo es un elemento objetivo del tipo, por lo que debe ser motivo de comprobación en el caso judicial, de acuerdo con las prescripciones legales (por ej., partida de nacimiento, pericial médica, etc.). El término, que es de carácter absoluto, se debe contar según las previsiones de los arts. 24 y 25, Cód. Civil (art. 77, Cód. Penal).

En la legislación comparada, la edad de la víctima es variable. El Código Penal español hace referencia al acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal de una persona mayor de 13 años y menor de 16 (art. 183-1 y 2, Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril). El Código Penal de Portugal castiga como estupro la cópula con persona mayor de 14 años y menor de 16, abusando de su inexperiencia o mediante promesa de matrimonio (art. 204). El Código de Panamá prevé, para el estupro simple, una edad entre los 12 y 16 años (art. 219). El Código Penal uruguayo contempla una edad entre 15 y 20 años para el estupro mediante promesa de matrimonio, y para el estupro mediante simulación de matrimonio exige una mujer doncella mayor de 20 años (art. 275). El Código del Brasil denomina estupro a la violación en el art. 213 (conjunción carnal mediante violencia o grave amenaza), mientras que en el art. 215, párr. 1º, castiga la conjunción carnal con mujer honesta mediante fraude y, como forma calificada, cuando el crimen es practicado con mujer virgen mayor de 14 años y menor de 18. El Código del Perú tipifica el acto sexual mediante engaño con una persona de 14 años y menor de 16 (art. 175), agravando la pena si los actos cometidos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado (art. 177). El Código de Honduras castiga

el estupro de una mujer mayor de 14 pero menor de 18 años (art. 142).

d) *La inmadurez sexual de la víctima.* — La antigua fórmula de la honestidad como elemento del tipo de estupro en la versión anterior del art. 120 fue suprimida por la reforma y reemplazada por una no más afortunada ni menos imprecisa: la inmadurez sexual de la víctima.

Con arreglo al *Diccionario de la lengua española*, el vocablo "inmadurez" significa "inexperiencia" y si le añadimos el calificativo "sexual", nos encontramos con que la expresión inmadurez sexual debe entenderse como "inexperiencia, desconocimiento, falta de hábito, en las relaciones sexuales". Sin embargo, contrariamente a como presupone algún sector de la doctrina⁹¹, creemos que no existe sinonimia entre inexperiencia sexual y honestidad (y menos aún con la expresión virginidad de nuestros viejos precedentes). Los conceptos, naturalmente, pueden coincidir, pero no necesariamente debe ser así. Una persona con conocimiento de trato sexual anterior, por regla general no es virgen, pero sí puede ser honesta; al contrario, no por haber tenido práctica sexual prematura la persona es deshonesta. Precisamente, por la vaguedad y ambigüedad del término, la referencia a la honestidad como rúbrica del Título III del Código Penal y como elemento del tipo objetivo en el estupro, fue duramente criticada en su día por la doctrina⁹², de forma tal que no parece aceptable predicar la equivalencia de ambos conceptos.

Sin embargo, inmadurez sexual –según dijimos– significa inexperiencia sexual, y así debemos entender la nueva fórmula. El problema que se presentará seguramente frente a esta interpretación reside básicamente en otro problema: mientras que por un lado la ley califica de inmaduro sexualmente al menor de 16 años, por otro lado establece la edad mínima de 13 años para el inicio en la sexualidad. ¿Cómo superamos, entonces, este aparente contrasentido? No tiene solución. Un menor de 16 años ya

⁹¹ EDWARDS, Carlos E., ob. cit., ps. 51 y ss.; GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 59.

⁹² BUOMPADRE, Jorge E., *Curso de derecho penal*, Plus Ultra, 1997, ps. 254 y ss. y 287 y siguientes.

iniciado en la sexualidad, por carecer de inmadurez sexual, no tiene protección de la ley. El menor, según el texto de la norma, debe ser un inmaduro sexualmente, pues es precisamente de tal condición de la que debe aprovecharse el sujeto activo.

Como podemos apreciar sin mucho esfuerzo, la nueva legislación ha consagrado un irritante privilegio para aquellos menores que poseen experiencia sexual frente a aquellos que no la tienen, pues nadie podría aprovecharse de una condición que no se posee o que se ha perdido. El trato punitivo discriminatorio es patente. Los menores con experiencia sexual (ya maduros sexualmente) podrán continuar con sus relaciones sexuales sin peligro de incriminar a sus parejas, mientras que aquellos que no han tenido trato sexual de ninguna naturaleza, aun cuando lo deseen deberán abstenerse de hacerlo, ante la posibilidad de castigo para sus compañeros.

e) *El aprovechamiento de la condición de la víctima.* — El nuevo artículo contiene una referencia subjetiva relacionada con el obrar del autor: el sujeto activo, para ser punible, debe aprovecharse de la inmadurez sexual del menor.

Se trata de una situación de prevalencia o de obtención de ventajas derivadas de una condición de inferioridad o de especial vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo por su falta de madurez sexual, condición que le facilita al sujeto activo el logro de sus objetivos sexuales.

El problema que se presenta con la interpretación y funcionamiento de esta particular referencia subjetiva estriba en determinar su alcance, vale decir, si se relaciona únicamente con el elemento cronológico de la edad⁹³ o si también se extiende a todos el conjunto de situaciones previstas en el tipo⁹⁴. En nues-

⁹³ Como al parecer piensa PANDOLFI, Oscar A., *Delitos* . . ., ps. 79 y siguientes.

⁹⁴ Como piensan REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 111, y EDWARDS, Carlos E., ob. cit., p. 51. En opinión de GAVIER, el autor, además de aprovecharse de la inmadurez sexual de la víctima, también puede aprovecharse de "su mayoría de edad o de una situación de preeminencia respecto a la víctima para obtener su anuencia expresa o tácita" (ob. cit., p. 59). La idea no nos parece correcta. El autor no debe aprovecharse de "su" mayoría de edad, sino de la inmadurez sexual de la víctima "en razón" de su mayoría de edad o de su relación de preeminencia, que es cosa muy distinta. En opinión de DONNA, la mera redacción

tra opinión, nos parece más razonable interpretar que, en todos los casos, el autor debe haberse aprovechado de la inmadurez sexual de la víctima menor de 16 años (recordemos que se trata de un tipo de abuso sexual). La mayoría de edad del sujeto activo, su relación de preeminencia sobre la víctima o cualquier otra circunstancia equivalente, no son más que puntos de referencia que deberán ser apreciados prudencialmente por el juez en el caso concreto, de forma de evitar la penalización de las simples relaciones sexuales entre los jóvenes⁹⁵.

f) *El consentimiento del sujeto pasivo.* — Se trata de un requisito que no está expresamente establecido en la ley, pero de su interpretación sistemática y armónica surge que el menor de 16 años debe haber prestado el consentimiento para la realización del acto sexual, de forma que su disenso o negativa desplaza el hecho a algunos de los tipos previstos en los párrs 2º o 3º del art. 119.

El sujeto pasivo debe consentir la realización del acto, pero se trata de un consentimiento viciado por la condición de superioridad en que se encuentra el sujeto activo (por su mayoría de edad, por su relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente). De allí que el consentimiento libremente prestado por el menor, vale decir, sin que haya sido obtenido por el sujeto activo aprovechándose de su situación de especial vulnerabilidad, elimina la tipicidad de la conducta.

Por tales razones es que adquiere suma importancia la evaluación judicial de estos elementos, en el sentido de no interpretar mecánicamente que por ser mayor de edad debe presumirse que se aprovechó de la víctima. La mayoría de edad puede ser, a lo sumo, un elemento indicario de obtención del consentimiento de la víctima, pero no, por esa sola razón, debe automáticamente pasar a constituirse en una presunción *iuris et de iure*. En el proceso judicial deberá someterse a comprobación, independien-

del art. 20 exige la reducción real de la víctima, elemento que a mi criterio está ligado al hecho de que el autor debe realizar las conductas típicas "aprovechándose de su inmadurez sexual".

⁹⁵ Véanse las reflexiones que sobre esta temática hicimos en nuestro trabajo *Delitos ...*, ps. 62 y siguientes.

temente de la conducta sexual abusiva de que se trate, la existencia o inexistencia de inmadurez sexual del menor y la existencia o inexistencia del aprovechamiento de tal inmadurez por parte del sujeto activo, demostración que estará a cargo, naturalmente, de la acusación.

Si los hechos de la causa demuestran que el consentimiento fue libremente prestado, porque no hubo tal inmadurez sexual o aprovechamiento por parte del sujeto activo, la conducta sexual será atípica⁹⁶.

§ 11. CULPABILIDAD. CONSUMACIÓN. TENTATIVA. ACCIÓN PENAL

Los tipos delictivos previstos en el art. 120 solo pueden imputarse a título doloso. La referencia subjetiva “aprovechándose” de la inmadurez sexual de la víctima presupone el dolo directo. El dolo supone el conocimiento de la edad requerida por la ley, la inmadurez sexual del menor y la voluntad de realizar el abuso sexual. El error excluye ese conocimiento⁹⁷. No resultan admisibles ni el dolo eventual ni las formas culposas.

El delito se consuma de acuerdo con la dinámica comisiva de cada tipo penal: en la modalidad del párr. 2º del art. 119, la consumación coincide con el contacto corporal, mientras que en la modalidad prevista en el párr. 3º, el delito se consuma con el acceso carnal. La tentativa resulta admisible en todos los casos. Con respecto al alcance del acceso carnal, es suficiente la penetración fisiológicamente imperfecta o incompleta, sin que sea necesaria la desfloración de la víctima ni la eyaculación en el vaso receptor (*immissio seminis*). El *coitus interruptus* (retiro del pene de la vagina antes de la eyaculación), supone ya la consumación delictiva. La *fellatio in ore* y el *coito cunnilingus* se enmarcan en la figura prevista en el párr. 2º del art. 119 y

⁹⁶ PANDOLFI, Oscar A., *Delitos . . .*, p. 80.

⁹⁷ Para los casos de error y las soluciones dadas por la jurisprudencia, véase lo dicho en el capítulo correspondiente al abuso sexual simple. Puede confrontarse, además, la reseña de jurisprudencia efectuada por RUFINO, Marco, en *Estupro*, JA, t. 1991-III, p. 1019, y la de GALLEGOS, Raúl S., y YANEZ, Víctor, en *El delito de estupro*, JA, t. 1971, p. 691.

el *coito inter femora* en el párr. 3º, en el ámbito del delito imperfecto.

Estas figuras pueden concursar con otro delitos, para lo cual serán de aplicación las reglas generales. Las lesiones leves, sin embargo, siempre son absorbidas por el tipo mayor en cuanto sean la derivación propia del abuso sexual.

La acción penal por el delito de estupro es pública pero de instancia privada, esto es, que la apertura de la instancia requiere de la denuncia o acusación de la persona agraviada, tutor, guardador o representantes legales. Excepcionalmente, se procederá de oficio cuando el menor carezca de representantes legales o el delito fuere cometido por el ascendiente, tutor o guardador. Para el caso de existencia de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel (art. 72, Cód. Penal).

§ 12. AGRAVANTES

Las circunstancias que califican a cualquiera de las modalidades del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima se encuentran previstas en el párr. 2º del art. 120, por el que se conmina con una pena de 6 a 10 años de prisión o reclusión cuando resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; si el hecho fuese cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no o, por el encargado de la educación o guarda de la víctima; si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiese existido peligro de contagio; si el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones, o contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

Quedan al margen de la mayor penalidad, las circunstancias previstas en el inc. d del párr. 4º del art. 119, esto es, cuando el abuso sexual ha sido cometido por dos o más personas, o con armas, puesto que la mayor gravedad que implica la comisión

del hecho en grupo o con el uso de medios peligrosos para otros bienes jurídicos, justifica que se aplique la mayor penalidad de las figuras más graves del segundo o tercer párrafo del art. 119.

Se agrava también el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, cuando resultara la muerte de la persona ofendida, según se establece en el art. 124 del Cód. Penal.

C) *Delitos relativos a la corrupción y prostitución de menores*

§ 13. CONSIDERACIONES GENERALES

La nueva regulación impuesta por la ley 25.087 en materia de delitos sexuales relacionados con la corrupción y prostitución de personas y la difusión de material pornográfico, en especial en lo relativo a menores de edad constituye, sin duda alguna, una modificación de amplio calado respecto de las normas penales que estaban vigentes desde 1921, pero tampoco podría decirse que han significado un cambio sustancial en las estructuras básicas de ciertos tipos penales con respecto a la redacción anterior. Creemos, por el contrario, que el legislador de 1999 sí ha tenido en miras, fundamentalmente, la represión de la explotación sexual de menores e incapaces reclamada insistenteamente en el plano internacional, especialmente en el ámbito global de la prostitución y de la pornografía.

La ley de reformas recoge en alguna medida estos lineamientos –como veremos posteriormente en el apartado dedicado a la pornografía–, pero desafortunadamente omite la creación de un eficaz instrumento de lucha contra la llamada “criminalidad organizada” dedicada a la explotación de seres humanos, como lo ha hecho, por ejemplo, el Código Penal español después de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril.

Precisamente, en el ámbito internacional el Consejo de la Unión Europea ha adoptado la Acción Común 96/700/JAI, del 29/11/96, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la

trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños⁹⁸. En esta Acción Común se expresa, entre otras consideraciones, las siguientes: 1) la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños constituyen una grave violación de los derechos fundamentales de la persona, particularmente de su dignidad; 2) la reciente evolución prueba que la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños pueden constituir una forma importante de criminalidad organizada, cuyas dimensiones en el seno de la Unión Europea son cada vez más inquietantes. La naturaleza organizada e internacional de estos crímenes obliga a la adopción de medidas de lucha a nivel internacional o, como mínimo, a nivel comunitario.

Lamentablemente, la ley 25.087 no ha privilegiado esta problemática, incorporando preceptos que puedan servir siquiera como punto de partida de un plan de lucha mucho más eficaz y operativo y, a la vez más ambicioso, frente al flagelo que en la actualidad representa el fenómeno del abuso y la explotación sexual de menores. De forma que, surge inequívocamente que el legislador no ha dado cumplimiento a las directivas emanadas de la propia Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada a la Const. nacional, art. 75, inc. 22), cuyas normas expresan que: “*Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*” (conf. arts. 19, 35 y 36).

La reforma se ha limitado en este campo a resistematizar las categorías delictivas que venían implantadas desde el código original, introduciendo modificaciones en los tipos relacionados con la corrupción y prostitución de menores (que iremos analizando en cada figura en particular) y en el de trata de personas.

⁹⁸ CRESPO, Eduardo D., y SANZ HERMIDA, Ágata M., “Problemática de las redes de explotación sexual de menores”, en *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998, p. 58.

Se derogó el delito de corrupción de mayores de edad que estaba previsto en el art. 126 en su versión anterior y se introdujo *ex novo* el delito de rufianería en el art. 127. Por último, con buen criterio el legislador separó en disposiciones independientes (arts. 125 y 126) los delitos relacionados con la corrupción y la prostitución, que en el texto anterior se encontraban regulados en una misma normativa.

§ 14. ANTECEDENTES NACIONALES Y COMPARADOS

Los delitos relacionados con la corrupción y la prostitución han estado previstos, aunque con diversas variantes, en todos nuestros precedentes legislativos. Los proyectos de Tejedor, de 1881, 1886 y 1891 castigaron estos delitos siguiendo el modelo español, esto es, dando tratamiento conjunto a la corrupción y al estupro y haciendo expresa referencia al lenocinio (Tejedor).

Al parecer, las fuentes del proyecto fueron, no solo el Código español de 1850 sino también los códigos de Perú, Baviera y otras leyes romanas y españolas. El proyecto de 1891 sigue el texto de Tejedor pero suprime la habitualidad y el abuso de autoridad o confianza, agravando la pena cuando la víctima es menor de 12 años o el delito es cometido por ciertos parientes o guardadores. La ley 4189 copia literalmente el texto de 1891, no así el proyecto de 1906 que innova en la materia reprimiendo la promoción y facilitación de la corrupción y prostitución, para satisfacer deseos propios o ajenos.

En 1913, el Congreso sanciona la ley 9143, denominada contra la prostitución, que introduce por primera vez en el país el delito de lenocinio. Esta ley modificó en parte disposiciones de la ley 4189, pero la fuente directa del Código vigente fue el proyecto de 1906, ampliándose posteriormente los medios de lucha contra la prostitución y corrupción a través de la sanción de la ley 12.331 de 1936. Esta legislación castiga, en el art. 17, el sostentimiento, administración y regenteo de casas de tolerancia, y en el art. 15 prohíbe en todo el territorio de la República el establecimiento de estas casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella.

Los proyectos posteriores al Código Penal reprimen, si bien con diversos matices, los delitos que estamos estudiando. Contemplan, además, la rufianería y la trata de personas. Este modelo ampliado de represión fue seguido por las reformas de 1968 y 1976. La ley 23.077 volvió al texto original, derogando inexplicablemente el delito de rufianería que había sido introducido por la ley 21.338. En 1987, la ley 23.487 del 26/1/87 sustituyó la rúbrica original del Capítulo "Corrupción y ultrajes al pudor" por la de "Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor". La reciente ley 25.087 no solo suprimió las rúbricas de todos los capítulos, sino que introdujo modificaciones de importancia que iremos analizando más adelante en cada figura en particular.

En el derecho comparado, los delitos vinculados a la prostitución, el proxenetismo y la trata de personas se encuentran previstos en el Código Penal o en leyes especiales que recogen los distintos modelos de represión conocidos en el orden internacional.

En el derecho italiano, las normas del Código Penal relativas a los delitos de corrupción, prostitución y trata de mujeres y menores, han sido sustituidas en su totalidad por la ley 75 del 20/2/58, denominada "Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui" ("Abolición de la reglamentación sobre prostitución y lucha contra el aprovechamiento de la prostitución ajena"). La ley, con un amplísimo texto, abarca una variada gama de delitos, desde la tenencia, control, dirección o administración de una casa de tolerancia hasta el alquiler de locales para ejercer la prostitución, de los que se es propietario, gerente, etc. (por ej., hotel, pensión, local para baile, espectáculos, etc.); el reclutamiento de personas para tales actividades; la inducción a la prostitución de mujeres mayores de edad; la participación en organizaciones nacionales o extranjeras dedicadas al reclutamiento de personas destinadas a la prostitución; el favorecimiento o aprovechamiento de la prostitución ajena.

El Código Penal español tipifica una serie de figuras relacionadas con la corrupción y prostitución de menores derivadas de la nueva regulación proveniente de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuya reforma más llamativa –según lo ha puesto de relieve POLAINO ORTS– ha sido la inclusión de dos figuras de-

lictivas de nuevo cuño: de un lado, la existencia de asociaciones u organizaciones que, incluso en el plano internacional, se dedican a la práctica de las actividades de inducción, promoción, favorecimiento, facilitación de prostitución de menores o incapaces; y de otro lado, la existencia de un tráfico internacional de personas con fines de explotación sexual⁹⁹. Cabe destacar que gran parte de la reforma española en esta materia proviene de la reforma de 1963 y de la adhesión al Convenio para la Represión de la Trata de Seres Humanos y la Explotación de la Prostitución¹⁰⁰, firmado en Nueva York el 21/3/50. Esta Convención, una de las más importantes del presente siglo, fue ratificada sin reservas por la Argentina¹⁰¹. El Código español contempla los delitos relativos a la prostitución en el Capítulo V –“Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”– del Título VIII –“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”– (arts. 187 a 190), tipificando, entre otras conductas, la inducción y favorecimiento a la prostitución de menores e incapaces, previendo una agravante para los casos en que el culpable perteneciera a una organización o asociación que se dedique a estas actividades; la determinación a la prostitución de mayores de edad, sea coactivamente, mediante engaño o por abuso de una situación de necesidad o superioridad o autoridad pública; la utilización de menores o incapaces para espectáculos exhibicionistas o pornográficos; el no impedimento de continuar en la prostitución, por parte de padres, tutores, guardadores, etcétera.

El Código Penal de Portugal de 1982, trata la materia en el Título 3, “De los delitos contra valores e intereses de la sociedad”, Capítulo I, “De los delitos contra los fundamentos ético-sociales de la vida social”, Sección II, “De los delitos sexuales”, art. 215 (lenocinio), art. 216 (agravantes), art. 217 (tráfico de personas) y art. 218 (suspensión de la patria potestad a quien fuere condenado por alguno de estos delitos).

⁹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, ob. cit., p. 199.

¹⁰⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 217; con igual opinión, MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., ps. 422 y siguientes.

¹⁰¹ Véase el texto completo de la Convención en FISCHMAN, María E. I., ‘Prostitución y proxenetismo’, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1967, t. XXIII.

El Código Penal del Perú de 1991, consagra un Capítulo entero, denominado "Proxenetismo", dedicado a los delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución. La promoción o facilitación de la prostitución, con sus respectivas agravantes en razón de la edad, el medio empleado, la situación particular de la víctima, el vínculo parental o legal, y la habitualidad o modo de vida (art. 179); la rufianería y sus agravantes en razón de la edad de la víctima, vínculo parental o situación de hecho (art. 180); la seducción o sustracción de personas para la entrega a otro para la práctica de la sexualidad (art. 181); y la trata de personas (art. 182).

§ 15. CORRUPCIÓN DE MENORES

El nuevo artículo 125 del Código Penal establece: "*El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años.*

"*La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.*

"*Cualquiera fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda".*

a) *El nuevo precepto legal.* — La reforma penal introducida por la ley 25.087 en estos delitos marca una serie de diferencias con los textos anteriores en varios aspectos: se separan las figuras relacionadas con la corrupción y la prostitución, que en la redacción anterior estaban agrupadas en una misma regulación; se redujo la edad máxima del sujeto pasivo en el art. 125, que antes era de 22 años, a 18 años, estableciéndose una escala penal variable que se incrementa en razón de la edad de la víctima y de los medios empleados por el autor; se han suprimido los elementos subjetivos contenidos en la figura anterior (animo de lucro y satisfacción de deseos propios o ajenos); por último, ha

quedado derogado el delito de corrupción de mayores de edad que estaba previsto en el antiguo art. 126.

b) *Bien jurídico*. — Es el derecho de los individuos a la normalidad de su trato sexual (vida sexual normal), esto es, a realizarlo al margen de cualquier tipo de desviación sexual.

c) *El tipo objetivo. Concepto de corrupción*. — La voz "corrupción" proviene del latín *corruptio* o *corruptionis*, que significa acción y efecto de corromper o corromperse. En su primera acepción, la acción de corromper consiste en alterar, trastocar, la forma de una cosa cualquiera. En su segunda acepción, dañar, echar a perder. En su tercera acepción, quiere decir seducir a una mujer o pervertirla. Y en su cuarta acepción, estragar, viiciar, pervertir.

Acometidas estas diversas significaciones gramaticales desde una perspectiva jurídica, es decir, desde el plano de la sexualidad, podría definirse la corrupción como todo acto de contenido sexual con aptitud para modificar o alterar la sexualidad natural-normal de la persona. El acto corruptor implica siempre la búsqueda de la depravación sexual de la víctima.

Para NÚÑEZ, la corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma, quedando marginada de la penalidad la depravación puramente moral, de los sentimientos y de las ideas sexuales¹⁰².

Si bien la redacción actual de la ley (ni tampoco la versión sustituida) no califica a los actos corruptores —como lo hizo la ley 17.567 (actos sexuales prematuros, perversos y excesivos)—, entendemos con la doctrina que esta fórmula se halla insita en el art. 125¹⁰³. Un acto sexual es prematuro (cuestión de tiempo), cuando se lo realiza antes de su debido tiempo, precozmente. Se trata de un concepto relativo, para cuyo juzgamiento deben analizarse, fundamentalmente, las condiciones particulares del sujeto pasivo. Es perverso (cuestión de calidad) el acto sexual que tiene una clara significación depravada o lujuriosa. Es ex-

¹⁰² Conf. ob. cit., p. 342.

¹⁰³ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 381.

cesivo (cuestión de cantidad) cuando se manifiesta como una lujuria desmedida, anormal o extraordinaria.

La corrupción no implica en sí misma una acción física sobre el cuerpo de la víctima, aun cuando a través de ella puede romperse. No es un hecho, un acto material, sino una acción de contenido psicológico que produce una alteración en la psique de la persona con relación a su sexualidad natural. O bien, como destaca SOLER, la acción corruptora es aquella que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad¹⁰⁴.

La jurisprudencia ha puesto de relieve en numerosos pronunciamientos la característica que debe tener el acto corruptor¹⁰⁵. La Cámara Criminal de la Capital, por ej., tiene resuelto que el delito de corrupción no se reduce a un acontecimiento material visible sino que se concreta en una modificación esencialmente moral. Un conjunto de actos lascivos ejecutados con anterioridad al acto sexual mismo, pueden ser elementos capaces de constituir la seducción y la depravación, introducidos en la conciencia del menor para que este se abandone a la disposición sexual y se pervierta (JA, diario del 3/11/43). Las prácticas aberrantes llevadas a cabo sobre menores de 8 a 10 años, con la promesa de retribuir los favores sexuales mediante regalos, tienen potencialidad suficiente para pervertirlos y torcer su natural instinto sexual, tratándose el último de un ilícito formal que no exige la constatación actual de un resultado depravante¹⁰⁶.

Los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, pueden ser cualquier persona, sin que importe el sexo o determinadas condiciones especiales. Sin embargo, en el caso de la figura básica del primer párrafo del art. 125, sujeto pasivo solo puede ser un menor de dieciocho años de edad.

Las conductas típicas consisten en promover o facilitar la corrupción de un menor de 18 años de edad. El delito exige que

¹⁰⁴ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 304; igualmente FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 135.

¹⁰⁵ Véase síntesis de fallos en RUBIANES, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, t. II, ps. 734 y siguientes.

¹⁰⁶ CCrim. 1º Paraná, Sala 2º, JA, t. 1986-III, síntesis.

se promueva o facilite la corrupción de otra persona. La auto-depravación no es punible.

Promover (cuya significación gramatical quiere decir tanto como iniciar, impulsar, adelantar una cosa, etc.), significa incitar o llevar inicialmente a la víctima hacia una actividad sexual depravada o desviada de su sentido natural. El concepto abarca tanto el comienzo en el vicio como el mantenimiento o el refuerzo (aumento) del ya existente.

Esto implica sostener que la corrupción es susceptible de grados, vale decir, que puede corromperse lo que ya está corrupto (NÚÑEZ, LÓPEZ REY y ARROJO, MORAS MOM, GOLDSTERN). La tesis contraria rechaza esta conclusión y ha sido sostenida fundamentalmente por SOLER —que sigue en esto a la doctrina italiana—, MOLINARIO, FONTÁN BALESTRA, etcétera¹⁰⁷. En nuestros precedentes legislativos posteriores al Código Penal, el proyecto Peco consagró una libre atenuación de la pena si el sujeto pasivo se hallaba moralmente corrompido, mientras que el proyecto SOLER de 1960 declaró la impunidad del hecho si el menor tenía cumplidos 12 años y era persona corrupta.

La jurisprudencia ha reconocido casi en forma unánime el primer criterio. La Cámara Penal de Rosario, Sala 2^a, ha resuelto que "la corrupción se promueve en dos supuestos: cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual prematura o depravada, así como cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de su propia corrupción"¹⁰⁸.

La promoción de la corrupción es siempre activa (delito de pura actividad). Debe impulsarse a otro al vicio, lo que no resulta imaginable a través de una omisión. La conducta admite tanto acciones de tipo material, sea sobre el cuerpo de la víctima o llevadas cabo por ella misma, como intelectuales, por ej., consejos, ejemplos, exhibiciones, enseñanzas, etcétera¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Es la opinión de FONTÁN BALESTRA, Carlos, en *Delitos sexuales*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 153, aunque en el *Tratado* parece ya dudar sobre el punto (ver p. 132).

¹⁰⁸ JA, t. 1992-IV, síntesis.

¹⁰⁹ Es la opinión de NÚÑEZ, LÓPEZ REY, etcétera. FONTÁN BALESTRA acepta como típicos el ejemplo y la exhibición. En contra SOLER, para quien las palabras o los consejos son formas de instigación (ob. cit., p. 307).

Se trata de un delito de peligro concreto¹¹⁰. Es de carácter formal y no material, pues no requiere el logro sino la dirección de la acción que por su propia naturaleza es idónea para la consumación¹¹¹.

A los fines consumativos no es necesaria la reiteración de actos corruptores. Basta el acto único o aislado. La Cámara Criminal de Morón, ha expresado que la corrupción es un estado y regularmente la proyección corruptora se alza con la reiteración, pero esta no es indispensable a nivel típico.

El consentimiento de la víctima carece de relevancia en la figura básica. Ahora bien, si el consentimiento es arrancado por el empleo de algunos de los medios previstos en el párr. 3º del art. 125, la figura se desplaza hacia esta agravante.

Facilita quien hace más fácil o posible la corrupción del menor.

La conducta puede representarse a través de diversas aptitudes, por ej., suministrando los medios o allanando los obstáculos¹¹², prestar un local o sitio para que el corrupto pueda allí practicar sus actos depravados¹¹³, procurando comodidades (SOLER), etcétera.

La facilitación admite las formas activa y omisiva (omisión impropia). Sobre esto hay acuerdo. La corrupción no solo es posible a través de acciones positivas, sino que la propia omisión de quienes están obligados a proteger, amparar y defender a la víctima, puede asumir caracteres tales que traduzcan una ayuda, una remoción de obstáculos, un allanamiento de dificultades o una abstención complaciente¹¹⁴.

La facilitación solo es posible a partir de una víctima que busca su autocorrupción, aunque con su actividad el autor contribuya a mantener o aumentar ese estado de envilecimiento. Se puede facilitar la corrupción de una persona ya corrompida.

¹¹⁰ CNCrim. y Correc., Sala 4º, JA, t. 1992-I, p. 301. Conf. CHIAPPINI, Julio O., *Cuestiones*, ps. 107 y ss.; DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 141.

¹¹¹ CCrim. y Correc. Morón, Sala 2º, JA, t. 1992-VI, síntesis.

¹¹² CCrim. Capital Federal, *LL*, t. 133, p. 688.

¹¹³ NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, "Parte especial", p. 137, nota 13.

¹¹⁴ SC Tucumán, *LL*, t. 27, p. 81; SC Buenos Aires, *LL*, t. 19, p. 552.

d) *El tipo subjetivo.* — Decíamos que la nueva regulación penal ha suprimido la referencia subjetiva requerida por el art. 125 en su versión anterior, esto es, que el autor obre con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos¹¹⁵.

La eliminación de estos particulares elementos subjetivos del tipo de injusto determina que el delito, en su faz subjetiva, exija solo el dolo directo.

e) *Agravantes.* — El art. 125, Cód. Penal, prevé una escala penal variable que tiene relación, en el segundo párrafo con la edad de la víctima y en el tercer párrafo con los medios empleados por el autor o la vinculación especial que pudiera mediar entre el autor y víctima.

Con arreglo al segundo párrafo del artículo, la escala penal se incrementa entre seis y quince años de prisión o reclusión si la víctima es un menor de trece años de edad.

El tercer párrafo prevé una agravante aun mayor, de diez a quince años de prisión o reclusión, en razón de ciertos medios empleados por el autor y por la existencia de ciertas relaciones especiales entre el autor y la víctima. En esta hipótesis, la mayor penalidad se aplica “cualquiera que fuese la edad de la víctima”, debiendo entenderse que la edad a que hace referencia la norma es la que queda fijada entre los trece y los dieciocho años de los dos párrafos anteriores. De forma que, con arreglo a una interpretación sistemática de estas disposiciones, la promoción y facilitación de la corrupción de una persona mayor de 18 años no es delito.

Entre los medios que califican la corrupción, la ley menciona: *el engaño*, que consiste en las maniobras o maquinaciones realizadas eficazmente por el autor, que determinan un error en el sujeto pasivo y permiten el logro de los actos de depravación propuestos; *violencia y amenaza*, cuyos conceptos y características ya han sido analizados en oportunidad de estudiar los abusos sexuales; *abuso de autoridad*, que supone una relación de poder o mando entre el autor y la víctima, que coloca a esta en una

¹¹⁵ La doctrina no está conteste sobre esta cuestión. Para PANDOLFI la eliminación no ha sido positiva (*Delitos . . .*, ps. 102 y ss.), en cambio para Carlos PARMA sí, (ob. cit., p. 117).

situación de inferioridad y de la cual se aprovecha o abusa el agente para someterla a su accionar depravador. Se trata de un caso de temor frente a la figura de la autoridad jerarquizada; “*cualquier otro medio de intimidación o coerción*”, expresión que hace referencia a una actitud similar a la amenaza que hemos estudiado en los abusos sexuales. La coerción implica siempre un acto compulsivo hacia la víctima, que la obliga o somete, por el temor de sufrir el daño anunciado, a la acción corruptora del autor. La diferencia con la amenaza o intimidación se encuentra –según nuestro parecer– en la inmediatez del daño anunciado. La coerción comienza y termina en un solo acto de agresión, lo que parece haberse equiparado en el texto de la ley al emplearse la disyuntiva “o” entre una y otra expresión.

Con relación al vínculo entre el autor y la víctima el artículo hace referencia a *ascendiente* (agravante que ya vimos al estudiar el abuso sexual simple), *hermano*, legítimo o ilegítimo, unilateral o bilateral (art. 360, Cód. Civil); *tutor*, que es la persona encargada de gobernar la persona y bienes de un menor no sujeto a patria potestad y de representarla en todos los actos de su vida civil (arts. 377 y ss., Cód. Civil; arts. 264 bis, 390, 392, ley 23.264, etc.); persona *encargada de la educación o guarda*, para cuyo estudio remitimos a la agravante de igual título analizada en los delitos de abusos sexuales, o *persona conviviente*, que comprende el caso del concubinato. La ley 25.087 ha sustituido las expresiones marido por *cónyuge* y que hiciera con ella vida marital por persona conviviente.

D) *Prostitución de menores y mayores de edad*

Los nuevos delitos relacionados con la promoción y facilitación de la prostitución de menores y mayores de edad, están previstos en los arts. 125 bis y 126 del Cód. Penal.

Una primera innovación que se aprecia entre estos delitos y los relacionados con la corrupción es que los primeros hacen referencia tanto a menores como a mayores de edad, mientras que –como ya anticipáramos anteriormente– la corrupción de mayores de edad ha sido eliminada del Código Penal.

El artículo 125 bis tipifica la promoción y facilitación de la prostitución de menores de dieciocho años, en términos muy similares a la corrupción de menores, de forma que todo lo explicado allí sobre los tipos objetivo y subjetivo es de aplicación en este Capítulo.

Los párrafos 2º y 3º contemplan figuras agravadas que tienen relación con la edad del menor, con los medios empleados y por los vínculos y relaciones especiales entre autor y víctima.

Por su parte, el art. 126 tipifica el delito de promoción y facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años de edad, sobre cuya dinámica comisiva volveremos más adelante.

§ 16. PROSTITUCIÓN DE MENORES

El artículo 125 bis del Código Penal establece: *"El que promoviere o facilite la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años.*

"La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

"Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de 10 a 15 años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda".

a) *Los tipos objetivo y subjetivo. Concepto de prostitución.* — La prostitución, al decir de NÚÑEZ, es la depravación de los motivos generadores del trato sexual. No hay prostitución diferenciable de la corrupción sin entrega habitual indeterminada y venal¹¹⁶.

Estos tres elementos: entrega sexual indeterminada, habitualidad y precio, son los que han caracterizado tradicionalmente la prostitución. Esto es algo reconocido en el marco de nuestra

¹¹⁶ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 341.

doctrina y jurisprudencia¹¹⁷, lo cual permite definirla como el "trato sexual, promiscuo y por precio".

El simple ejercicio de la prostitución no es punible a título de delito en nuestro ordenamiento, pues su práctica importa una acción privada al margen de toda ingerencia estatal (art. 19, Const. nacional). Generalmente su tratamiento es de competencia de las jurisdicciones provinciales o municipales en el marco del derecho contravencional o de faltas.

Los elementos que componen los tipos objetivo y subjetivo de este delito, son los mismos que hemos analizado en las figuras anteriores, de manera que hacemos allí la remisión.

b) *Breve reseña histórico-legislativa de la prostitución*¹¹⁸. — El fenómeno de la prostitución es tan antiguo que resulta en verdad difícil rastrear su origen. Los autores creen que sus orígenes se pierden en las sociedades más primitivas, en el paganismismo de la primera época histórica, en la tribu salvaje, sin códigos ni reglas, en la que la mujer era un simple objeto para el goce de quienes debían proveer a las necesidades primarias comunes¹¹⁹. Así nace la primera forma de prostitución, la prostitución salvaje, en los primeros estadios de la civilización, conocida también como prostitución hospitalaria¹²⁰. Luego transcurre un período en que se la conoce como prostitución doméstica, particularmente en países como Caldea, Asiria, etc., en que las mujeres se entregaban solo a los extranjeros. En otras partes del mundo (Asia, África, Chipre, Fenicia, etc.) adopta la forma de prostitución religiosa o sagrada, por medio de la cual las jó-

¹¹⁷ Es también la idea predominante en la doctrina española; confr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., vol. 3, ps. 218 y siguientes.

¹¹⁸ Para mayor información sobre los antecedentes históricos y el tratamiento legal de la prostitución en nuestro país y en el mundo, puede verse BERNALDO DE QUIRÓZ, Carlos, *Delincuencia venérea (estudio eugénico-jurídico)*, Buenos Aires, 1934, ps. 22 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, 5^a ed., Losada, Buenos Aires, 1942, ps. 79 y ss.; ARTALIÓN, Enrique, "Prostitución y trata de mujeres en la Argentina", en *Derecho penal económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, ps. 229 y ss.; ídem en *LL.*, del 12/7/58; FISCHMAN, María E., voz ob. cit., t. 23; MERGEN, Armand, "La prostitución", en *Sexualidad y crimen*, 3^a ed., Reus, Madrid, 1969, ps. 169 y siguientes.

¹¹⁹ BERNALDO DE QUIRÓZ, Carlos, ob. cit., p. 21.

¹²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob. cit., p. 81.

venes ofrecían sus cuerpos al dios de su culto, generalmente representado en la persona del sacerdote.

En Grecia existió la prostitución religiosa desde los primeros tiempos en que aparecieron los templos y los dioses. Solón fue el fundador de una gran casa pública conocida con el nombre de Dicterión, lugar en el que las mujeres ejercían la prostitución mantenidas y administradas por el Estado. Estas casas fueron el antecedentes más directo de las mancebías españolas, de los lenocinios romanos y de los prostíbulos americanos.

En Roma, la prostitución pasó por estadios muy diferentes, desde una mera situación de libertad en forma hospitalaria hasta el más severo reglamentarismo, especialmente en época de Rómulo, Numa Pompilio y Servio Tulio. La creciente y alarmante corrupción de los romanos determinó que otros emperadores (Dio-
clesiano, Justiniano) prohibieran la prostitución. Con el advenimiento del Cristianismo, la lucha contra el fenómeno se hizo más patente. La prostitución, entonces, pasó a la clandestinidad bajo la forma de prostitución concubinaria. Esta situación pervivió durante gran parte de la Edad Media, etapa en que fue ejercida en lenocinios privados pertenecientes a miembros de la más alta sociedad burguesa de la época.

A lo largo de la Edad Moderna, se impuso su reglamentación a través de medidas higiénicas y de policía, sistema que tiende a desaparecer a comienzos del siglo xx.

En la actualidad, la mayoría de los países del mundo han abandonado el criterio reglamentarista estatal para adoptar un sistema más liberal y de menor control sobre la prostituta. España, por ej., desde 1956 tiene una legislación abolicionista que declara tráfico ilícito la prostitución y dispone la clausura en todo el territorio nacional de las mancebías y casas de tolerancia, pero no eleva a categoría de delito la prostitución en sí misma, sino solo algunos hechos relacionados con ella¹²¹. En Italia, la ley 75 del 20/2/58, denominada de "Abolición de la reglamentación de la prostitución y lucha contra la explotación de la prostitución ajena", decretó la abrogación de los arts. 531 a 536 del Cód. Penal y los sustituyó por una serie de disposiciones que, entre otras cosas, prohíben ser propietario, controlador, administrador, etc.,

¹²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 422.

de una casa de prostitución; el alquiler de tales casas; la tolerancia en ciertos locales de personas que ejerzan en su interior la prostitución; el reclutamiento de personas, la inducción a la prostitución, etcétera. En el Uruguay, la ley 8080 del 27/3/27 regula todo lo concerniente al proxenetismo (explotación de la prostitución ajena) y la ley 9202 del 12/1/34 sustituyó el régimen de reglamentación por el de supresión del prostíbulo, instaurando la denuncia y tratamiento obligatorio de las enfermedades venéreo-sifilíticas.

§ 17. SISTEMAS LEGALES SOBRE LA PROSTITUCIÓN

Los sistemas más conocidos sobre el tratamiento legal de la prostitución en el plano internacional, son tres: el reglamentarista, el abolicionista y el prohibicionista.

a) *Sistema reglamentarista.* — Conocido también como sistema latino, es el más antiguo de que se tiene noticia. Su origen se remonta a los primeros tiempos de Babilonia y Atenas, pueblos en los que la prostitución fue legalizada y puesta bajo el control y administración del Estado. Este sistema se basa en que la prostitución es un “mal necesario” y, por ello, debe ser tolerada y reglamentada en su faz higiénica. De esta manera, se consigue una más eficaz tutela de la salud colectiva. Francia ha sido el país reglamentarista por excelencia, aun cuando el sistema fue adoptado por la mayoría de los países del mundo. En la Argentina, rigió este modelo hasta la sanción de la ley 12.331.

b) *Sistema abolicionista.* — Se lo conoce como sistema anglosajón y germánico, y es la contracara del reglamentarismo. El sistema no persigue el castigo de la prostitución en sí misma, sino solo de aquellos hechos que germinan a su alrededor: proxenetismo, trata de personas, contagio venéreo, instigación a la prostitución, etcétera. La prostitución es libre y la prostituta solo debe respetar el decoro público y someterse a un tratamiento médico periódico. En algunos países (Canadá, África del Sur,

algunos Cantones suizos, etc.), el tratamiento médico de las enfermedades venéreas es voluntario y gratuito¹²².

La Federación Abolicionista Internacional, fundada por Josefina Butter en 1874, declaró: "Considerando que el simple hecho de la prostitución personal y privada no pertenece sino a la conciencia y no constituye delito, la Federación declara que la intervención del Estado en materia de costumbres debe limitarse a los siguientes puntos: represión de los atentados contra el pudor y de los ultrajes públicos al mismo, represión de las provocaciones públicas al libertinaje y el castigo de los proxenetas"¹²³.

El sistema abolicionista predomina actualmente en el mundo occidental y es, entre nosotros, el que ha adoptado la ley de profilaxis 12.331.

c) *Sistema prohibicionista.* — Este sistema pretende el castigo de la prostitución a través de su definición como delito y de la aplicación de una pena. El criterio no ha tenido eco ni en la doctrina ni en la legislación universales.

§ 18. LA LEY 12.331

Prescindiendo de los antecedentes legislativos de orden local que llevaron a la sanción de esta ley, y que bien pueden consultarse en la bibliografía antes mencionada, puede decirse que con su advenimiento se impuso definitivamente en el país el criterio abolicionista con respecto al problema creado por la prostitución.

La ley 12.331, denominada de "Profilaxis antivenérea", fue sancionada el 17/12/1936. En los arts. 15 y 17 regula todo lo atinente a las casas de tolerancia y su contralor por lenones y proxenetas. La ley tiene normas de carácter civil (por ej., la tipificación de ciertas enfermedades venéreas como impedimentos matrimoniales), administrativo (abolición de las casas de tolerancia en todo el país) y penal (represión del contagio venéreo

¹²² BERNALDO DE QUIRÓZ, Carlos, ob. cit., p. 36.

¹²³ La cita es de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob. cit., p. 83.

y prohibición de la instalación de prostíbulos clandestinos o su administración o regenteo).

Al decir de AFTALIÓN, la ley 12.331 significó un golpe de muerte a las actividades de los proxenetas y, en gran medida, la erradicación de la trata de mujeres en la Argentina¹²⁴.

El art. 15 de la ley dice así: “*Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella*”. Por su parte, el art. 17, que recuperó su vigencia a través del art. 1º de la ley de reformas 23.077 y cuya pena de multa ha sido actualizada por la ley 23.479, expresa: “*Los que sostengan, administren o regenteen, ostensiblemente o encubiertamente, casa de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero*”.

§ 19. PROSTITUCIÓN DE MAYORES

El artículo 126 del Código Penal establece: “*Será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción*”.

La figura solo castiga la modalidad del lenocinio o proxenetismo por cuanto exige que el autor actúe con una finalidad determinada: con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos.

¹²⁴ AFTALIÓN, Enrique, ob. cit., p. 232; véase también CARRERA, Daniel P., *Casa de tolerancia*, “Semanario Jurídico”, nº 775, 1º/2/90, Córdoba, 1990. En rigor de verdad, la opinión de AFTALIÓN debe ser tomada con ciertas reservas en la actualidad. Da toda la impresión de que la ley 12.331 ni ha resuelto el problema de la prostitución ni ha conseguido erradicar el tráfico de personas en la Argentina.

Sujetos activo y pasivo son indiferenciados, cualquier persona sin distinción de sexo. La víctima, eso sí, debe haber cumplido los dieciocho años de edad.

Las conductas típicas son las mismas que las del art. 125, así que hacemos allí la remisión.

Subjetivamente, el tipo exige que el autor obre con un propósito especial: con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos. Son elementos subjetivos del injusto cuya ausencia elimina la tipicidad de la conducta. Estamos frente a un delito subjetivamente configurado de tendencia sexual¹²⁵.

Actúa con ánimo de lucro quien persigue obtener con la prostitución ajena un provecho o beneficio económico, que puede o no consistir en dinero. Puede tratarse de una cosa, mueble o inmueble, que sea apreciada económicaamente. Carece de relevancia el monto de la ganancia perseguida, lo que importa es que se la persiga para sí mismo, no para un tercero.

Es suficiente para la perfección del delito con la existencia de este especial elemento subjetivo, aunque la ventaja económica no sea lograda.

Obra para satisfacer deseos ajenos quien, con o sin ánimo de lucro, promueve o facilita la prostitución de una persona mayor de 18 años con el propósito de lograr la satisfacción sexual de otra persona. Se trata de un intermediario del deseo sexual ajeno. Es el personaje conocido tradicionalmente como lenón, proxeneta o alcahuete.

§ 20. RUFIANERÍA

El artículo 127 del Código Penal establece: "Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción".

Nuevamente reaparece en nuestro derecho positivo el delito de rufianería, después de algunos breves períodos durante la vi-

¹²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 287.

gencia de las leyes 17.567 y 21.338, pero esta vez con una estructura típica muy diferente al delito que rigió en aquellos momentos.

Una primera innovación puede apreciarse en el hecho que, la modalidad típica introducida por la ley 25.087 se caracteriza por la explotación económica que el sujeto realiza de la prostitución ajena, mientras que en su versión original la rufianería consistía básicamente en hacerse mantener por una persona que ejercía la prostitución. Por otro lado, el texto actual exige la concurrencia de ciertos medios violentos, coactivos o intimidatorios para que la conducta resulte punible, que no estaban requeridos por la figura anterior.

A la vista del tenor del precepto, entonces, lo que determina la incriminación de la rufianería no es la mera explotación económica de la prostitución ajena, en la que el consentimiento del sujeto pasivo juega un *rol* preponderante, sino el empleo de medios violentos o compulsivos que anulan la voluntad de la víctima y la arrastran o la mantienen en el ejercicio de la prostitución.

a) *El bien jurídico protegido.* — La problemática de determinar el bien jurídico protegido en este delito, ha dividido a nuestra doctrina. Algunos entienden que lo que se intenta proteger con el delito de rufianería es a la comunidad de la despreciable actividad del rufián que explota económicamente el ejercicio de la prostitución; existe, si se quiere, un derecho por parte de la sociedad a no soportar esta disvaliosa conducta, al aprovecharse de la prostitución ajena¹²⁶. Otros han dicho, algo confusamente, que no puede ser la integridad sexual el bien jurídico protegido porque en este caso la meretriz "ya ha entregado su cuerpo y espíritu a la prostitución", de allí que se desvanezca la idea de integridad¹²⁷. En opinión de REINALDI, la rufianería atenta contra la moralidad sexual¹²⁸. Para URE, están más acertados quienes

¹²⁶ EDWARDS, Carlos E., ob. cit., p. 70.

¹²⁷ PARMA, Carlos, ob. cit., p. 131. Da toda la impresión que este autor interpreta el concepto de integridad sexual en esta figura como "integridad física", con lo cual estaríamos nuevamente retornando al viejo y abandonado criterio de la virginidad. Sin embargo, no parece ser ese su pensamiento cuando analiza el bien jurídico en general en ps. 17 y siguientes.

¹²⁸ REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 120, siguiendo la vieja posición de NÚÑEZ.

entienden que el interés específicamente protegido se halla en la moralidad y las buenas costumbres¹²⁹. AQUINO, por último, opina que lo comprometido en este delito es el sentido moral de la sociedad, su capacidad de distinción entre el bien y el mal, entre lo sano y lo corrupto¹³⁰.

No nos convence ninguna de estas opiniones. Creemos que la rufianería configura una infracción paradigmática en orden a la tutela de la libertad sexual de las personas. Este delito es un ejemplo, precisamente, como en aquellos otros en los que se impone al sujeto pasivo una conducta sexual determinada en contra de su voluntad, en el que se aprecia una violación de la libertad sexual. Tanto esto es así que si no mediara violencia, intimidación o fraude (factores que anulan la libertad de la víctima), el comportamiento sería atípico.

En la rufianería, por lo tanto, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona prostituida.

b) *El tipo objetivo.* — Sujetos activo y pasivo son indiferenciados, pueden ser cualquier persona, varón o mujer. El sujeto pasivo, sin embargo, debe ser una persona prostituida y que esté ejerciendo tal actividad.

La acción típica consiste en explotar económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, vale decir, obtener alguna utilidad o provecho de carácter económico, ya sea en dinero o en bienes. El sujeto activo debe lucrar con la prostitución de la otra persona.

No se requiere que el agente, al mismo tiempo que explota económicamente a la prostituta, se haga mantener por ella, como exigía la redacción anterior, pero tampoco puede descartarse que ello ocurra, es decir, que subsista de las ganancias obtenidas. El aprovechamiento económico de la actividad no impide que, al mismo tiempo, el agente provea sus propias necesidades o las de un tercero.

¹²⁹ URE, Ernesto, *Once nuevos delitos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 72.

¹³⁰ AQUINO, Pedro, *Delitos de rufianería*, Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 23.

La explotación económica puede ser total o parcial, comprensiva de la totalidad de las ganancias obtenidas por el ejercicio de la prostitución o solo de una parte de ellas. Bien puede presentarse el caso de que la misma prostituta sea explotada por más de una persona o por una organización dedicada a estas actividades.

El ejercicio de la prostitución debe ser actual y los ingresos deben provenir exclusivamente de dicha fuente. No quedan abarcadas por el tipo las ganancias obtenidas de una prostitución pasada o abandonada¹³¹ o realizada por terceras personas (por ej., las obtenidas de la explotación de un prostíbulo¹³²).

La prostitución es la entrega del propio cuerpo, en forma promiscua, habitual y por precio. La noción jurídico penal de prostitución da la idea de una actividad permanente o, al menos, prolongada, de cierto tiempo de duración, que implique la entrega carnal a personas indeterminadas o a terceros determinados; creemos, contrariamente a como sostiene un sector de la doctrina¹³³, que el sentido histórico y lingüístico del vocablo exige la promiscuidad como requisito esencial del concepto de prostitución, por lo que no sería suficiente para integrar el concepto la entrega habitual y por precio a una sola persona. Una interpretación contraria conduciría a calificar de prostitución la relación carnal, habitual y por precio, por ejemplo, de una mujer con un hombre, que se hallan conviviendo en pareja contractualmente, por razones publicitarias, de imagen o de otra índole; también podría considerarse prostitución el caso de la amante. En todo caso, como lo ha puesto de relieve el profesor POLAINO NAVARRETE, al concepto normativo de prostitución no pertenecen, ni la idea de acceso carnal normal, ni la pertenencia al sexo femenino del sujeto activo de tal actividad¹³⁴.

Se requiere que el agente utilice engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación

¹³¹ URE, Ernesto, *Once...*, p. 73; AQUINO, Pedro, ob. cit., p. 27.

¹³² GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 81; REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 120.

¹³³ AQUINO, Pedro, ob. cit., p. 30.

¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p.104.

o coerción, como medios típicos dirigidos a concretar la explotación económica de la prostitución ajena. Puede ocurrir que el sujeto activo haya iniciado a la otra persona en la prostitución y, ulteriormente, se dedique a explotar las ganancias provenientes de dicha actividad. En tal caso, estaríamos ante un supuesto de doble encuadramiento: promoción de la prostitución en concurso real con rufianería.

Se pregunta la doctrina –con referencia al texto anterior, naturalmente–, si la rufianería exige la concurrencia de la habitualidad como elemento del tipo. Para algunos, se trata de un delito habitual porque no se configura con una sola prestación de ganancias, sino que, como sistema de vida requiere pluralidad de prestaciones. Por consiguiente, no constituye delito recibir en una sola oportunidad la totalidad de las ganancias¹³⁵; para otros, en cambio, la habitualidad es necesaria al delito pero no está referida al número de prestaciones, sino al modo de vida del sujeto. La pluralidad de entregas no resulta imprescindible a los fines de la configuración del delito, es suficiente con una única prestación¹³⁶.

Con arreglo al texto en vigencia, que no exige la manutención del sujeto activo, sino la explotación económica del sujeto pasivo, pareciera ser que la multiplicación de conductas dirigidas a ese fin no es necesaria, sino que basta con que se configure un solo acto de aprovechamiento para que el delito quede perfeccionado. Pensemos en este ejemplo: el rufián recibe en una sola prestación la totalidad de las ganancias obtenidas por la prostituta del ejercicio de su actividad, haciendo abandono del oficio inmediatamente después de la entrega. Consideramos que, no obstante haberse concretado una sola explotación, el delito ha quedado perfeccionado, porque en realidad lo que caracteriza al tipo es su configuración subjetiva, vale decir, la manifestación de una singular inclinación psíquica del sujeto, conectada a un determinado comportamiento del mismo¹³⁷. Esto no significa negar que el delito requiera habitualidad, sino que este particular elemento no debe entenderse como reiteración de actos. Habitua-

¹³⁵ URE, Ernesto, *Once...*, p. 77.

¹³⁶ AQUINO, Pedro B., ob. cit., ps. 36 y siguientes.

¹³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos...*, ps. 294 y siguientes.

lidad equivale a orientación a fines concretos (particularidad subjetiva de índole tendencial): continuar en la explotación ilícita de la prostitución ajena. De otro modo, la recepción (o la entrega) de las ganancias provenientes de la prostitución convertirían al rufián en autor de extorsión o de robo, pues no olvidemos que el tipo exige la concurrencia de ciertos medios violentos o coactivos propios de estas figuras típicas. Por lo tanto, estamos frente a un delito instantáneo que puede ser de efectos permanentes.

Se trata de un delito cuya consumación coincide con el primer acto de explotación económica; es de resultado material y plurifensivo, puesto que aunque también el obrar del agente produce un detrimiento en el patrimonio de la prostituta, prevalece la ofensa de su libertad sexual que se ve menoscabada por la utilización de medios compulsivos para lograr las ventajas económicas perseguidas. La tentativa parece admisible.

c) *El tipo subjetivo.* — La rufianería es un delito doloso, compatible solo con el dolo directo, requiriéndose el conocimiento por parte del sujeto activo de que la otra persona ejerce la prostitución y que las ganancias provienen de dicha actividad. El verbo "explotar" no deja dudas al respecto.

E) *Trata de personas*

§ 21. GENERALIDADES SOBRE LA REFORMA

La ley 25.087 introdujo una serie de modificaciones en esta temática que ha significado una innovación en casi la totalidad del texto anteriormente en vigencia, particularmente en el ámbito de los sujetos pasivos. El texto sustituido hacía referencia a la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución, agravándose la conducta si concurrían ciertos medios violentos o fraudulentos o existiere algún tipo de vinculación o relación entre el autor y la víctima, que estaban expresamente previstos en el último párrafo del art. 125.

La nueva redacción, en cambio, ha estructurado una sistemática diferente y ampliada para la trata de personas, contemplando en un mismo artículo una figura básica orientada hacia menores de 18 años, y dos subtipos agravados, uno relacionado con menores de trece años y el otro –de mayor penalidad– con menores de 18 años, cuando, para la comisión del delito, se hubiere empleado engaño, violencia o cualquier otro medio de intimidación o coerción o existiere alguna vinculación o relación especial entre el autor y la víctima.

El nuevo artículo 127 ter incorporado por la reforma, tiende a reprimir el tráfico de personas mayores de 18 años para que ejerzan la prostitución, mediando el empleo de medios fraudulentos, violentos o compulsivos.

En síntesis, podríamos decir que la reforma ha previsto, en el art. 127 bis la trata de personas menores de 18 años, y en el art. 127 ter la trata de personas mayores de 18 años.

§ 22. TRATA DE MENORES DE 18 AÑOS

El artículo 127 bis del Código Penal establece: *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de un menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años. La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de prisión o reclusión de 10 a 15 años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda”.*

a) *Antecedentes de la trata de personas en la Argentina. Generalidades.* — La explotación de personas en el mundo de la prostitución masculina y femenina ha sido siempre, en todas las épocas, un lucrativo negocio.

En la Argentina, esta situación se vio favorecida a principios de siglo por la legislación de tipo reglamentarista que imperó

en todo el país, la cual permitió la instalación de prostíbulos uní o pluripersonales¹³⁸.

La trata de personas, particularmente de mujeres, tuvo un inusitado desarrollo a través de organizaciones de extranjeros, que las "importaban" para colocarlas en el mercado local. La ley 9143 del 8/10/1913 (llamada "Ley Palacios", por su inspirador, el senador Alfredo Palacios), fue el primer intento para tratar el problema en toda su magnitud. Sin embargo, la ley no tuvo el éxito esperado y, a poco de sancionada, se convirtió en letra muerta¹³⁹. La ley 12.331 de 1936, como hemos anticipado en otro lugar, suprimió el reglamentarismo e impuso en todo el país el sistema abolicionista, lo que importó, en gran medida, un significativo avance en la lucha contra la prostitución organizada en la Argentina.

Este tipo de delincuencia está considerado, en el concierto de las naciones del mundo civilizado, un crimen de carácter internacional, cuya represión debe interesar a todos los Estados.

Entre nosotros, el delito fue introducido al derecho positivo por la ley 17.567, cuyo antecedente más inmediato ha sido el art. 172 del proyecto de 1960, reconociendo —a su vez— precedentes en las convenciones internacionales de París de 1904 y 1910, Ginebra de 1921 y 1933 y Berna de 1923. La fórmula estuvo también contemplada en los proyectos de 1937 y 1941¹⁴⁰.

En el proyecto Peco puede leerse: "El art. 196 se inspira a un tiempo en la solidaridad internacional y en los principios de humanidad. La trata de personas es un delito de tipo mundial. Solo la intervención de todos los Estados podrá conjurar o morigerar una de las más increíbles degradaciones humanas. A su vez, las naciones por sus códigos penales deben cooperar en esta lucha, contra una de las mayores aberraciones, que colocan a la persona en estado de servidumbre. La trata de personas participa a un tiempo de las características del proxenetismo y de la privación de libertad. Es un delito inspirado exclusivamente en el lucro por el cual un traficante asalariado procura las per-

¹³⁸ AFTALIÓN, Enrique, ob. cit., p. 230.

¹³⁹ FISCHMAN, María E., ob. cit., ps. 658 y siguientes.

¹⁴⁰ URE, Ernesto J., *Once . . .*, ps. 81 y siguientes.

sonas mayores o menores, casi siempre a un proxeneta profesional”¹⁴¹.

b) *La nueva figura legal.* — Sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona, sin distinción de sexo, estado civil o condiciones especiales. No obstante, según se trate de la figura básica o de la figura agravada, el sujeto pasivo será un menor de 18 años o un menor de 13 años, o un menor de 18 años si se tratare de la agravante de mayor penalidad prevista en el último párrafo del artículo.

La acción material consiste en promover o facilitar la entrada o salida del país de estos menores de edad, para que ejerzan la prostitución. La interpretación de estos verbos típicos ya ha sido analizada en el capítulo de la corrupción y allí hacemos la remisión

La conducta del agente debe estar enderezada a promover o facilitar la entrada o salida del país, lo que pone en evidencia que el tipo penal, al igual que el texto sustituido, no abarca la denominada trata interna, vale decir, la que opera dentro de los límites del territorio nacional. Este hecho, claro está, de concurrir los elementos típicos podría conducir a otra figura delictiva (art. 125, Cód. Penal). La entrada o salida del país puede realizarse a través de los mecanismos legales migratorios o en forma clandestina o fraudulenta, y por cualquier vía (terrestre, acuática o aérea).

La expresión “país” comprende al suelo y las aguas que se encuentran dentro de los límites del territorio de la nación, incluidos los lugares sometidos a la jurisdicción argentina, pues se trata de lugares en donde tiene aplicación el Código Penal (art. 1º, Cód. Penal).

El delito se consuma con la acción de promover o facilitar la entrada o salida de la persona del territorio nacional, sin que resulte necesario que se traspongán las fronteras del país. Para SOLER, sin embargo, se trata de una figura de resultado anticipado, cuya consumación se produce con la salida o la entrada¹⁴².

¹⁴¹ Citado por LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., ps. 397 y siguientes.

¹⁴² SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 323; en el mismo sentido URE, Ernesto J., *Once ...*, p. 83. Sin embargo, la opinión predominante coincide con la que exponemos en el texto (conf., por todos, DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 159).

Pero esta opinión consulta solo parcialmente el texto de la ley, puesto que tratándose de un delito de mera actividad y de peligro concreto, en la hipótesis de promoción o facilitación de la "salida" del país, la consumación coincide con la realización de los verbos típicos, mientras que si se tratara de la "entrada" al país, el delito queda consumado con el ingreso de la persona al territorio nacional.

Subjetivamente, el tipo exige un elemento subjetivo específico: para que ejerza la prostitución, por lo que el dolo eventual no resulta admisible. Esta intención inicial del autor es independiente de que se logre o no que la víctima ejerza tal actividad. Se trata de un tipo subjetivamente configurado, en el que el agente actúa guiado por su fin específico, que la víctima ejerza la prostitución. Debido a esta particular configuración subjetiva, el tipo se convierte en un delito intencional de resultado cortado.

El delito admite dos tipos de agravantes: una, cuando se trate de la promoción o facilitación para la entrada o salida del país de menores de 13 años de edad, y la otra cuando la víctima fuera un menor de 18 años y se cometiere el hecho mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o bien si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda. Estas agravantes ya han sido analizadas en el capítulo de la corrupción, y allí hacemos la remisión.

§ 23. TRATA DE MAYORES DE 18 AÑOS

El artículo 127 ter del Código Penal establece: "*El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 6 años*".

La nueva figura introducida por la ley 25.087 tiene una idéntica estructura objetiva y subjetiva que el delito de trata de menores de 18 años que acabamos de analizar, de forma que los elementos y conceptos allí estudiados son aquí de aplicación.

La diferencia que se aprecia con la figura del art. 127 bis reside en que el sujeto pasivo tiene que ser una persona mayor de 18 años y el hecho solo admite la comisión por medios fraudulentos, violentos o intimidatorios. De forma que la facilitación o promoción para la entrada o salida del país de un mayor de 18 años para que ejerza la prostitución, realizada sin el empleo de estos medios típicos, no configura el delito que estamos analizando. El consentimiento adquiere aquí plena relevancia.

F) Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos con menores

El artículo 128 del Código Penal establece: “*Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.*

”*En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años de edad al momento de la creación de la imagen.*

”*Será reprimido con prisión de 1 mes a 3 años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.*

§ 24. GENERALIDADES

El nuevo artículo 128, a diferencia de la anterior regulación, tiende a la protección integral del menor de 18 años como probable sujeto de una explotación sexual en el ámbito de la pornografía, haciéndose hincapié en la difusión de imágenes o espectáculos pornográficos en los que se exhiban escenas con dichos menores.

La reforma ha dado un paso, muy limitado por cierto, en la represión de la explotación individual, olvidándose de la explotación colectiva, la de las organizaciones.

No puede dudarse que las nuevas normas han significado un ponderable avance en la incriminación de estos comportamientos, pero ha omitido abordar uno de los problemas que más preocupa a la comunidad internacional en la actualidad: el fenómeno de la explotación sexual de menores como forma de criminalidad organizada.

Entre las particularidades que presenta la nueva regulación pueden destacarse las siguientes: se pone especial acento en el sujeto pasivo que pasa a ser, en general, el menor de 18 años; se incrimina la difusión de material pornográfico a dichos menores así como la organización de espectáculos pornográficos en vivo, o el acceso a ellos, en la que participen menores de esa edad; por último, se reemplaza el criticado concepto de obscenidad por el no menos discutible término "pornográfico". Las críticas e imperfecciones de la reforma se verán cuando analicemos cada figura en particular.

§ 25. DIFUSIÓN DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS

El delito, que está previsto en el primer párrafo del art. 128, consiste en producir o publicar imágenes pornográficas en las que se exhiba a menores de 18 años.

Producir significa hacer, crear, fabricar, imprimir, construir materialmente una cosa, etc.; la actividad comprende la reproducción o la reimpresión de la imagen, así como otros comportamientos tales como editar, filmar, retratar, dibujar, etc.; *publicar* quiere decir difundir, divulgar la imagen. El medio de difusión es irrelevante, por ej., haciendo entrega del objeto para su venta en un puesto público, a través de la prensa, por medio del correo, incluido el electrónico, a través de Internet, etc.; la conducta abarca la venta directa del material pornográfico¹⁴³.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo es el menor de 18 años que aparece en la imagen pornográfica. De forma tal que queda desincriminada la producción o difusión de imágenes pornográficas en las que se exhiban a personas mayores de 18 años de edad.

¹⁴³ POLAINO-ORTS, Miguel, ob. cit., p. 180.

Se trata de un delito de pura actividad, de peligro, y doloso compatible solo con el dolo directo, coincidiendo la consumación con la realización de la conducta típica, vale decir, con la mera organización del espectáculo en vivo en el que participen menores independientemente de que el mismo se haya realizado o no. Debido a la particular configuración de este delito en relación a su conformación típica, se trata de un delito compuesto en dos actos: la organización del espectáculo y la participación de menores en él, de forma que la consumación requiere la realización de estos dos actos típicos.

§ 27. DISTRIBUCIÓN DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS

El párrafo 2º del art. 128 castiga con la misma pena prevista para las figuras del primer párrafo, al que distribuyera imágenes pornográficas cuyas características externas hicieran manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años de edad al momento de creación de la imagen.

El delito consiste, entonces, en distribuir, esto es, hacer llegar (entregar) a su destinatario, la imagen pornográfica.

El tipo penal viene delimitado objetivamente, pues no resulta suficiente con la mera distribución de un producto de tal naturaleza, sino que debe percibirse por la vista claramente que dichas imágenes corresponden a menores de 18 años de edad exhibiéndose en un contexto pornográfico. De modo que el quiosquero que exhibe al público las portadas de diarios o revistas pornográficas debidamente precintadas, no cometería el delito que estamos analizando aun cuando las distribuya (comercialice) a sus clientes.

El delito, que es doloso y de pura actividad, se consuma con la distribución de la imagen pornográfica.

§ 28. FACILITACIÓN A ESPECTÁCULOS PORNOGRÁFICOS O SUMINISTRO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO A MENORES DE 14 AÑOS

El párrafo 3º del art. 128 describe, de un lado, la conducta de quien facilita a un menor de 14 años de edad el acceso a un

espectáculo pornográfico, y de otro, el suministro de material pornográfico a menores de esa edad.

Facilita quien hace más fácil, más permisible, allana las dificultades, los obstáculos, etc., para que el menor ingrese a un espectáculo pornográfico, que puede ser un cine, un teatro, etc., y suministra quien entrega, da, pone a disposición, etc., del menor un material de contenido pornográfico.

Sobre el concepto de material pornográfico, la doctrina ha puesto de relieve que el empleo del sustantivo "material" antepuesto a pornográfico, puede distorsionar el propio concepto de pornografía, al permitir la inclusión de toda clase de objetos —preservativos de fantasía, consoladores, muñecas inflables, etc.— que van más allá de la mera representación gráfica, escrita o videográfica de actos susceptibles de excitar o satisfacer instintos libidinosos y que deberían quedar extramuros de la incriminación, pues de lo que se trata no es de proteger el mero tráfico, sino a determinadas personas de una confrontación con contenidos que puedan distorsionar su proceso de aprendizaje, sin interferencias ni hipotecas futuras, sobre el libre y responsable ejercicio de la sexualidad¹⁴⁹.

Sujeto activo, en ambas modalidades, puede ser cualquier persona, mientras que sujeto pasivo solo puede ser un menor de 14 años, varón o mujer.

Subjetivamente el delito es doloso y el dolo debe abarcar el conocimiento del contenido pornográfico del espectáculo o del material suministrado y de la edad del menor. Por lo tanto, el error acerca de la menor edad elimina la culpabilidad típica.

La doctrina ha formulado sus objeciones contra esta figura, postulando su desincriminación, debido a que resulta prácticamente imposible de cometerla, pues la propia dinámica comisiva del tipo requiere como presupuesto que el espectáculo sea pornográfico antes de que se facilite el acceso al menor, planteándose el problema de cuál es la autoridad que debe decidir el contenido o naturaleza del espectáculo. Como debe ser el juez esa autoridad, antes de que él intervenga no hay pornografía, y después de hacerlo la película no se exhibirá más, porque será incautada en el proceso judicial¹⁵⁰. En realidad, estas figuras traerán más

¹⁴⁹ MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit., p. 263.

¹⁵⁰ PANDOLFI, Oscar A., ob. cit., p. 118.

problemas que soluciones al fenómeno de la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos a que hace referencia el inc. c del art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Da toda la impresión que la nueva regulación no ha hecho otra cosa que sustituir un derecho penal simbólico por otro que no lo es menos, ya que estos delitos finalmente terminarán siendo aplicables al encargado de la boletería del cine que expende los billetes de entrada y al quiosquero que vendió la revista pornográfica al menor, por no haberle requerido el documento de identidad a fin de verificar su edad.

La incoherencia de la regulación existente es incomprensible, pues mientras que por un lado se le prohíbe al menor de 14 años mirar una revista pornográfica, por otro lado se le permite tener relaciones hetero u homosexuales a partir de los 13 años, circunstancia que torna sumamente discutible la posibilidad de peligro de lesión al bien jurídico tutelado en casos de menores de 18 años cuando es el propio Código Penal –como decíamos– el que determina el momento de iniciación sexual de los jóvenes a los 13 años de edad. De igual manera, las nuevas disposiciones en general ponen el acento en imágenes o escenas en las que se exhiban a menores de 18 años, pero de cuya autoría son responsables personas adultas. No se hace hincapié en la preservación del propio menor de edad de verse involucrado en un contexto sexual de contenido pornográfico, pues si se le exhibe o suministra a un menor de 18 años, pero mayor de 14, material pornográfico de alto contenido erótico pero con escenas o imágenes de personas adultas, la conducta es atípica. Lo mismo sucede si se facilita el acceso a ese niño a un espectáculo pornográfico. El delito se consuma en el ingreso del menor al espectáculo pornográfico, aun sin que lo vea, o con la entrega del material pornográfico, aunque este material se encuentre debidamente precintado. Carece de relevancia típica si el suministro es a título oneroso o gratuito. Se trata de un delito de mera actividad y de peligro concreto, puesto que igualmente se perfecciona con prescindencia de que el menor contemple el espectáculo o descubra el material pornográfico.

G) *Exhibiciones obscenas*

El artículo 129 del Código Penal establece: “*Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.*

“*Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de 6 meses a 4 años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.*”

§ 29. GENERALIDADES

Con la nueva regulación de la ley 25.087, estos delitos no han experimentado modificaciones sustanciales con respecto al texto sustituido. Las diferencias que pueden computarse se limitan a las siguientes: al incremento de la pena de multa y a la incorporación de la pena privativa de libertad (anteriormente no prevista para ninguna modalidad), para los casos en que se involucre a menores de 18 años; a la irrelevancia de que la conducta típica se realice en sitio público o privado, y a la dinámica comisiva que orienta al tipo: solo aparecerá el delito si la conducta sexual se realiza de modo tal que pueda ser vista involuntariamente por terceros.

La reedición del precepto reproducirá, seguramente, la discutida cuestión sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, según veremos más detenidamente en el capítulo siguiente.

Nuestros precedentes legislativos no castigaron este tipo de delitos. La fuente inmediata de ellos es el proyecto de 1906.

En el derecho comparado, figuras de esta clase aún perviven en los códigos penales de Italia (Cap. II, “De las ofensas al pudor y al honor sexual”, art. 527: actos obscenos; art. 528: publicaciones y espectáculos obscenos; art. 529: noción de actos y objetos obscenos); Portugal (“De los delitos sexuales”, art. 212: exhibi-

cionismo y ultraje público al pudor; art. 213: ultrajes al pudor de otro); Uruguay (art. 277: ultraje público al pudor; art. 278: exhibición pornográfica); España (art. 185: exhibicionismo y provocación sexual; art. 186: exhibición venta o difusión de material pornográfico); Brasil (art. 233: actos obscenos; art. 234: escritos y objetos obscenos), etcétera.

En la actualidad, la doctrina exige una mayor claridad y concreción –sino la derogación– de los clásicos tipos penales relacionados con conductas sexuales exhibidoras o de escándalo público (actos obscenos y difusión de material pornográfico), precisamente para preservar el principio de legalidad y evitar –como subraya SAINZ CANTERO– que la deficiencia técnica de algunos tipos termine por imponer la inercia de la tradicional confusión de derecho y moral¹⁵¹.

§ 30. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO. EL SUJETO PASIVO

Tradicionalmente, nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido que estos delitos configuran ultrajes al pudor público, compleja expresión que determinó, en gran medida, que a la hora de definirla se haya debido acudir a giros idiomáticos tales como “buenas costumbres”, “moral pública”, “pudor sexual”, “pudor público medio”, “recato propio de las personas decentes”, “decencia sexual pública”, etcétera. Todo esto ha llevado a que se considere como titular del bien jurídico protegido a la sociedad, no al sujeto individual.

Con respecto al nuevo texto de la ley 25.087, algunos autores siguen manteniendo la idea tradicional de que el bien jurídico protegido es el pudor público¹⁵².

¹⁵¹ SAINZ CANTERO, José A., ob. cit., p. 874. Véase el completo y fundamentado libro de VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Lo obsceno, límites de la intervención penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, ps. 124 y siguientes. En igual sentido, conf. CAMPOS, Alberto A., *Supresión de los delitos previstos en los arts. 128 y 129. Cód. Penal*, ponencia presentada en las Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Universidad de Belgrano, 1982.

¹⁵² Así REINALDI, PANDOLFI y EDWARDS.

Estos planteamientos, sin embargo, han merecido la objeción de la más moderna doctrina¹⁵³.

En un derecho penal moderno, señala BUSTOS RAMÍREZ, no pueden constituirse en bien jurídico las buenas costumbres (tampoco las malas), ni el pudor ni la moral pública. Estos delitos, dice el catedrático de Barcelona, deben reconducirse (o suprimirse) y limitarse a la protección de un bien jurídico de los llamados personales, y este no puede ser otro que la libertad sexual¹⁵⁴. En una línea similar de pensamiento, opina DIEZ RIPOLLÉS que lo que hace punible a estas acciones es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación. Estas conductas –dice el jurista español– suponen un atentado a la libertad del sujeto pasivo en cuanto menosprecian su voluntad, voluntad que debiera ser tenida en cuenta antes de involucrarle en una acción sexual¹⁵⁵.

En la Argentina, la doctrina actualmente defiende este último punto de vista¹⁵⁶.

La nueva sistemática impuesta por la ley 25.087 (o mejor, su nueva ideología) a los delitos sexuales, marca el punto de partida en la problemática del bien jurídico en las conductas exhibicionistas. Solo la libertad sexual del individuo se ve comprometida cuando se le impone una acción sexual determinada sin su consentimiento. De allí que solo merezca castigo la conducta que se ha ejecutado de un modo tal que “pueda ser vista

¹⁵³ Véase DIEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo . . .*, ps. 162 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., ps. 415 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., ps. 153 y ss.; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., ps. 121, 129 y ss.; DONNA, Edgardo A., ob. cit., ps. 493 y siguientes.

¹⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 153. En el mismo sentido DIEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo . . .*, p. 168.

¹⁵⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José L., *Exhibicionismo . . .*, ps. 166 y 168.

¹⁵⁶ MALAMUD GOTI, Jaime E., *La pornografía y el derecho penal*, “Doctrina Penal”, 1984, p. 495; BINDER, Alberto M., *Pornografía: dignidad humana y represión cultural*, “Doctrina Penal”, 1986, p. 615; BORINSKY, Carlos, *Cinematografía, ley penal y obscenidad*, “Doctrina Penal”, 1986, p. 87; HENDLER, Edmundo, *Los tabúes sexuales en el Código Penal argentino*, “Doctrina Penal”, 1982, ps. 245 y ss.; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit.; DONNA, Edgardo A., ob. cit., ps. 493 y siguientes. En realidad, la moderna doctrina ya no duda que el sujeto pasivo es el individuo (por todos, DONNA, ob. cit., p. 180).

involuntariamente por un tercero". Como con acierto ha señalado DIEZ RIPOLLÉS, se trata de conductas en las que el autor inserta a la víctima en una acción sexual sin su consentimiento, lo que hace que la víctima pase a desempeñar, como partícipe, aunque sea pasivo, un determinado papel en tal acción sin haber aceptado previamente tal situación. Su razón de ser radica en suponer un ataque a la libertad de la víctima, más concretamente, un menoscenso de su voluntad, hasta el extremo de convertirla en un mero objeto de placer sexual ajeno¹⁵⁷. Lo que resulta paradójico –siguiendo el pensamiento de MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO– es que el derecho penal otorgue al mayor de 13 años capacidad (y libertad) para mantener una relación sexual no viciada y sin embargo le prohíba que pueda ser confrontado con actos de exhibición obscena, que pueden constituir lógicamente el tránsito a dicha relación. Queda claro, entonces, que el tipo reclama, tratándose de mayores de 13 años, una conducta en la que se involucra al menor en un contexto sexual no consentido o previsto¹⁵⁸.

Con relación al sujeto pasivo en estos delitos, existen dos corrientes de opinión claramente diferenciadas: una, que afirma que es la sociedad; la otra, que el sujeto pasivo es el individuo. Frente a esta dicotomía, se sostiene acertadamente que sujeto pasivo solo puede ser el individuo que padece –o queda colocado en peligro de padecer– la afrenta de una exhibición desagradable u ofensiva¹⁵⁹.

Una visión moderna y pluralista del derecho penal en relación con la actividad sexual de los individuos, excluye toda imposición de un orden moral sexual preestablecido, de tipo estandar, no discutible por los ciudadanos. Solo el individuo es capaz de aceptar o rechazar, a través de una libre decisión, una determinada conducta concerniente a su vida sexual. El derecho penal –destaca acertadamente BINDER– no es el instrumento adecuado para preservar determinado orden moral; mucho menos

¹⁵⁷ Conf. DIEZ RIPOLLÉS, José L., "La reforma del derecho penal sexual y la propuesta de reforma de 1938", en *Documentación jurídica*, 1983, vol. 1, p. 531.

¹⁵⁸ *Comentarios . . .*, p. 261.

¹⁵⁹ MALAMUD GOTI, Jaime, ob. cit., p. 497.

aún cuando no proviene del consenso sino de creencias religiosas o de la vigencia meta empírica de valores absolutos¹⁶⁰.

La tesis de que es la sociedad la protegida en estos delitos, en el sentido de la existencia de una moral sexual estándar o media –de dudosa definición– contradice, según creemos, el principio de reserva establecido en el art. 19 de la Const. nacional, que prohíbe al Estado (y a los magistrados) inmiscuirse en la vida privada de los individuos¹⁶¹.

En esta materia, como en otros campos del derecho penal, desempeña un papel relevante (más aún, garantizador) el principio de intervención mínima, según el cual el derecho penal debe abstenerse de intervenir cuando el acto de contenido sexual no lesione o ponga gravemente en peligro un bien jurídico de carácter individual, sea este la libertad sexual de personas adultas, o bien la intangibilidad o indemnidad sexual de menores o deficientes mentales¹⁶².

El límite de la prohibición en estos delitos está dado por el consentimiento del interesado. El Estado podrá regular la forma en que los individuos ejerzan las acciones, obligando a quienes publiquen o exhiban objetos obscenos a mostrar claramente la calidad de las exhibiciones. Pero, más allá de esto, el principio de reserva veda al derecho penal intervenir¹⁶³.

La jurisprudencia se ha pronunciado por esta postura doctrinaria. La CNCrim. y Correc., Sala 6^a, en el caso "González, Liliana", ha dicho que la norma legal que reprime el delito de exhibiciones obscenas (art. 129, Cód. Penal), protege al individuo y no a la sociedad, o sea a quien no quiere ver algo que la ofenda. Tal no sería el caso de quien concurre a un teatro en el cual se anunciaba en forma clara y sin lugar a dudas, el carácter de las representaciones que se ofrecían, de manera que ningún espectador podía resultar engañado respecto a las mismas. Nadie puede alegar que se le ha ofendido su sentimiento de recato o pudor cuando ha concurrido voluntariamente a ver un espectáculo en el que cualquier persona medianamente informada sabe

¹⁶⁰ BINDER, Alberto M., ob. cit., p. 620. En igual sentido MALAMUD GOTI, Jaime, ob. cit., p. 497.

¹⁶¹ En igual sentido BORINSKY, Carlos, ob. cit., p. 90.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 417.

¹⁶³ MALAMUD GOTI, Jaime, ob. cit., p. 498; BINDER, Alberto M., ob. cit., p. 620.

que puede presenciar escenas de contenido erótico. La afectación del bien jurídico se produce únicamente cuando se impone una percepción involuntaria de tales escenas. De modo tal que nadie que concurra a espectáculos de estas características, puede afirmar que se lesionan un bien jurídico, porque la asistencia al mismo demuestra suficientemente que no comparte el sentimiento de pudor que la ley pretende defender¹⁶⁴.

§ 31. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

Se ha observado en la doctrina la fragilidad de la construcción dogmática del art. 129 del Cód. Penal (y también del anterior art. 128), especialmente por la inserción en el tipo de un concepto –como el de obscenidad– de difícil precisión, todo lo cual conduciría, frente a las rigurosas exigencias del principio de legalidad, a una posible lesión del art. 18, Const. nacional¹⁶⁵.

Coincidimos con esta postura doctrinaria. El art. 129, Cód. Penal, contradice la exigencia constitucional de la ley previa escrita, en cuanto omite describir con precisión el concepto de lo prohibido. Por constituir lo obsceno un elemento normativo del tipo penal, de carácter socio-cultural y, por ende, mudable en el tiempo, su interpretación o conceptualización queda librada al intérprete, en el caso concreto y según su propia ideología, lo cual implica un criterio peligroso para la seguridad jurídica propia de un estado de derecho.

La determinación legal de la punibilidad no es posible frente a una expresión que resulta indefinible, cuyo concepto depende de criterios personales de interpretación¹⁶⁶. Incluir en el tipo el elemento obscenidad supone –como subraya BORINSKY– condicionar el castigo a criterios no precisos y mudables. Si se admite la discreción judicial, añade, entonces los derechos individuales

¹⁶⁴ JA, t. 1987-I, p. 106. Ver fallos de distinta orientación con relación al consentimiento del sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, la responsabilidad del editor, etc., en JA, t. 1987-III, p. 112.

¹⁶⁵ BORINSKY, Carlos, ob. cit., ps. 87 y ss.; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., ps. 121 y siguientes.

¹⁶⁶ Ob. cit., p. 128.

están a merced de los jueces, y esto significa –como afirma DWORKIN– no tomarse en serio los derechos¹⁶⁷.

El principio de legalidad exige, en la descripción de los tipos penales, que se permita a los ciudadanos (que son los destinatarios de las normas penales) conocer qué es lo que está prohibido y qué no lo está. El criterio de la obscenidad como cuestión medular del tipo legal, por su imprecisión conceptual, impide este conocimiento, pues deja librada la interpretación (tarea integradora) a la mera discrecionalidad judicial, generándose con ello un importante espacio de inseguridad jurídica ante la eventualidad de punición de actividades totalmente lícitas.

En el plano jurisprudencial, la CNCrim. y Correc., Sala 4^a, en la causa “Gaviña, Ricardo”, del 2/5/86 se pronunció, no obstante, por la constitucionalidad de los arts. 128 (en su texto anterior) y 129, Cód. Penal, con el voto en mayoría de los jueces Valdovinos y Escobar. Merece, sin embargo, destacarse el voto en disidencia del juez Campos, cuyos argumentos compartimos plenamente: “El art. 128, Cód. Penal –expresó el magistrado– es inconstitucional, pues no explicita el contenido de lo prohibido en el mismo, violando de esta forma el art. 18 de la Carta Magna, que consagra el principio de la ley previa, no es un sentido puramente estático, como requisito formal de carácter meramente temporal, sino con un dinámico sentido de potencial conocimiento de la ley penal, por quien luego puede ser penado en función de lo expresado en la misma”¹⁶⁸.

§ 32. LO OBSCENO

Definir lo obsceno es algo que, desde siempre, ha perturbado a nuestra doctrina. Quienes lo han intentado, han debido recurrir a construcciones gramaticales muchas veces más difusas e incomprensibles que el propio objeto a definir, o bien a ejercicios lingüísticos teñidos de contenidos moralizantes o a nociones generales o estándar sin ningún contenido, por ej., sentimiento de pudor de un hombre medio normal. De esta manera, este hombre

¹⁶⁷ Ob. cit., p. 88.

¹⁶⁸ JA, t. 1987-III, p. 49.

medio normal quedaba erigido como prototipo ideal cada vez que había que pronunciarse sobre la cuestión.

En esta línea de pensamiento se han esbozado las más variadas definiciones, con la única coincidencia —desde luego—, en que lo obsceno es algo que pertenece a la esfera de lo sexual.

Constituye un criterio doctrinal muy extendido que lo obsceno es lo impúdico por lujuria, vale decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo¹⁶⁹, o lo torpe y lujurioso, lo que tiende a excitar los apetitos sexuales¹⁷⁰.

En nuestra opinión —como ya anticipáramos— lo obsceno constituye una expresión que hace referencia a criterios socio-culturales, relativos y contingentes, que impiden una concreta y clara definición desde un perfil estrictamente jurídico. La expresión, al decir de CAMPOS, es indefinible.

Lo único que puede saberse sobre lo obsceno —pone de relieve VÁZQUEZ ROSSI¹⁷¹— es que tal calidad existe solo en la medida en que alguien, con autoridad para hacerlo, dice que algo lo es.

El único criterio empíricamente vigente para la noción de obscenidad es la determinación hecha en los casos concretos por los órganos jurisdiccionales quienes, de hecho, aparecen más que como jueces, como legisladores y, lo que es peor, de una manera en la que no se da ninguno de los requisitos exigidos por la mínima seguridad jurídica. En suma, lo que es pornográfico u obsceno depende tan solo de las creencias de quien expresa el juicio¹⁷².

En consecuencia, de *lege ferenda*, se impone la reforma de estos tipos penales orientada a un mayor respeto del principio de legalidad, mediante una clara redacción gramatical que importe un verdadero cambio, una verdadera transición de una ideología penal moralizadora a otra respetuosa de la libertad sexual de los individuos.

¹⁶⁹ Así NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 378.

¹⁷⁰ Así FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, p. 166.

¹⁷¹ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., ps. 30 y 95.

¹⁷² FERRATER MORA, José, y COHN, Priscilla, *Ética aplicada, del aborto a la violencia*, Alianza, Madrid, 1981, cit. por VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., p. 95.

El tipo delictivo. — El delito está previsto en el art. 129, Cód. Penal, cuyo texto reprime la conducta de quien ejecuta (llevar a cabo, realizar) o hace ejecutar por otro (hacer realizar el acto a otra persona) actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

La conducta, entonces, se materializa en la realización por el propio sujeto de los actos de exhibicionismo, o por un tercero. Este segundo caso plantea ciertas cuestiones en materia de autoría y participación que ha dividido a la doctrina. Para NÚÑEZ, si a la acción se la hace ejecutar por una persona inculpable o inimputable, estamos ante una hipótesis de autoría mediata. Si, en cambio, el tercero es penalmente responsable, estamos frente a un caso de instigación¹⁷³. Para FONTÁN BALESTRA, en cambio, la ley no puede haberse querido referir con estos términos ni a la instigación ni a la autoría mediata, porque no hacía falta que lo dijera, puesto que en este delito nada obsta para que se sigan las reglas de la participación¹⁷⁴. Para la profesora CARMONA SALGADO, esta modalidad ofrece dos posibles alternativas: la primera consiste en utilizar a un tercero como instrumento para que realice los actos de provocación sexual, en cuyo caso, este será irresponsable por tratarse de un inimputable o haber sido suficientemente instrumentalizado por quien deberá responder como autor mediato; la segunda, se materializa en la conducta de inducción a dicho tercero, que libre y espontáneamente decide exhibirse ante el sujeto pasivo, respondiendo entonces como autor directo y materia de la citada infracción¹⁷⁵.

Lo punible, entonces, reside en la ejecución propia o de un tercero de actos de exhibición obscena, vale decir, poner de manifiesto, mostrar, colocar a la vista de alguien, lo obsceno. La exhibición debe ser del cuerpo desnudo del autor, de sus partes

¹⁷³ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 387.

¹⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado . . .*, p. 174. Sigue este criterio LAJE ANAYA, ob. cit., p. 405, cuando dice que el sujeto activo del delito puede ser cualquiera.

¹⁷⁵ CARMONA SALGADO, Concepción, ob. cit., p. 343; con la misma opinión, ORTS BERENGER, Enrique, *Derecho penal . . .*, p. 250; y LATORRE LATORRE, Virgilio, y GOMIS, Luisa R., "Delitos de exhibicionismo y provocación sexual", en *Mujer y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 65, quienes hacen notar la no necesidad de incluir específicamente en el tipo un supuesto de autoría mediata.

medio normal quedaba erigido como prototipo ideal cada vez que había que pronunciarse sobre la cuestión.

En esta línea de pensamiento se han esbozado las más variadas definiciones, con la única coincidencia —desde luego—, en que lo obsceno es algo que pertenece a la esfera de lo sexual.

Constituye un criterio doctrinal muy extendido que lo obsceno es lo impudico por lujuria, vale decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo¹⁶⁹, o lo torpe y lujurioso, lo que tiende a excitar los apetitos sexuales¹⁷⁰.

En nuestra opinión —como ya anticipáramos— lo obsceno constituye una expresión que hace referencia a criterios socio-culturales, relativos y contingentes, que impiden una concreta y clara definición desde un perfil estrictamente jurídico. La expresión, al decir de CAMPOS, es indefinible.

Lo único que puede saberse sobre lo obsceno —pone de relieve VÁZQUEZ ROSSI¹⁷¹— es que tal calidad existe solo en la medida en que alguien, con autoridad para hacerlo, dice que algo lo es.

El único criterio empíricamente vigente para la noción de obscenidad es la determinación hecha en los casos concretos por los órganos jurisdiccionales quienes, de hecho, aparecen más que como jueces, como legisladores y, lo que es peor, de una manera en la que no se da ninguno de los requisitos exigidos por la mínima seguridad jurídica. En suma, lo que es pornográfico u obsceno depende tan solo de las creencias de quien expresa el juicio¹⁷².

En consecuencia, de *lege ferenda*, se impone la reforma de estos tipos penales orientada a un mayor respeto del principio de legalidad, mediante una clara redacción gramatical que importe un verdadero cambio, una verdadera transición de una ideología penal moralizadora a otra respetuosa de la libertad sexual de los individuos.

¹⁶⁹ Así NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 378.

¹⁷⁰ Así FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, p. 166.

¹⁷¹ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., ps. 30 y 95.

¹⁷² FERRATER MORA, José, y COHN, Priscilla, *Ética aplicada, del aborto a la violencia*, Alianza, Madrid, 1981, cit. por VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., ob. cit., p. 95.

El tipo delictivo. — El delito está previsto en el art. 129, Cód. Penal, cuyo texto reprime la conducta de quien ejecuta (llevar a cabo, realizar) o hace ejecutar por otro (hacer realizar el acto a otra persona) actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

La conducta, entonces, se materializa en la realización por el propio sujeto de los actos de exhibicionismo, o por un tercero. Este segundo caso plantea ciertas cuestiones en materia de autoría y participación que ha dividido a la doctrina. Para NÚÑEZ, si a la acción se la hace ejecutar por una persona inculpable o inimputable, estamos ante una hipótesis de autoría mediata. Si, en cambio, el tercero es penalmente responsable, estamos frente a un caso de instigación¹⁷³. Para FONTÁN BALESTRA, en cambio, la ley no puede haberse querido referir con estos términos ni a la instigación ni a la autoría mediata, porque no hacía falta que lo dijera, puesto que en este delito nada obsta para que se sigan las reglas de la participación¹⁷⁴. Para la profesora CARMONA SALGADO, esta modalidad ofrece dos posibles alternativas: la primera consiste en utilizar a un tercero como instrumento para que realice los actos de provocación sexual, en cuyo caso, este será irresponsable por tratarse de un inimputable o haber sido suficientemente instrumentalizado por quien deberá responder como autor mediato; la segunda, se materializa en la conducta de inducción a dicho tercero, que libre y espontáneamente decide exhibirse ante el sujeto pasivo, respondiendo entonces como autor directo y materia de la citada infracción¹⁷⁵.

Lo punible, entonces, reside en la ejecución propia o de un tercero de actos de exhibición obscena, vale decir, poner de manifiesto, mostrar, colocar a la vista de alguien, lo obsceno. La exhibición debe ser del cuerpo desnudo del autor, de sus partes

¹⁷³ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 387.

¹⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, p. 174. Sigue este criterio LAJE ANAYA, ob. cit., p. 405, cuando dice que el sujeto activo del delito puede ser cualquiera.

¹⁷⁵ CARMONA SALGADO, Concepción, ob. cit., p. 343; con la misma opinión, ORTS BERENGER, Enrique, *Derecho penal...*, p. 250; y LATORRE LATORRE, Virgilio, y GOMIS, Luisa R., "Delitos de exhibicionismo y provocación sexual", en *Mujer y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 65, quienes hacen notar la no necesidad de incluir específicamente en el tipo un supuesto de autoría mediata.

sexuales o de acciones físicas que tengan tal significado. Están excluidas, por ende, la exhibición de escritos, imágenes, objetos o palabras obscenas. Pero, además de la exhibición de la conducta, debe tratarse de un acto obsceno, es decir, con las características que se han dado de esta expresión en el capítulo anterior.

La doctrina ha puesto especial cuidado en determinar la dimensión de los actos exhibicionistas para su encuadre en el tipo penal, exigiendo para ello que tengan cierta gravedad, para no confundirse con comportamientos efusivos cuya práctica en público está comúnmente aceptada ni con aptitudes inmorales o simplemente vulgares¹⁷⁶. De forma que quedarían excluidos del tipo del art. 129 el mostrar el cuerpo desnudo, o de partes de él, en público, por ej., en una playa nudista o los casos de toples; en una pantalla de cine, de televisión, en un local público, etc.; los actos no provocadores, por ej., *streaking*, o los que no tengan entidad suficiente¹⁷⁷, por ej., orinar en la vía pública en lugar oscuro, bañarse desnudo en un río, etcétera.

Con arreglo al nuevo texto, los actos de exhibición obscena pueden realizarse en sitio público o privado, pero siempre de manera tal que puedan ser vistos involuntariamente por terceros. La nueva ley no hace ninguna diferencia al respecto, de modo que los actos exhibicionistas pueden realizarse en sitio privado cuanto en sitio público, debiendo entenderse este último como aquel lugar que está abierto al público o a un número de personas en general¹⁷⁸, sea en forma permanente (plazas, calles, etc.) o transitoria o circunstancial (cines, teatros, cafés, vagones del ferrocarril, etc.). Sitio público no quiere decir sitio al aire libre (por ej., a campo abierto), aun cuando ambas circunstancias puedan coincidir (por ej., reunión de personas en un lugar descampado al aire libre). El concepto no abarca a aquellos sitios que por su naturaleza son públicos, pero que al momento del hecho no están abiertos ni expuestos al público, por ej., un museo en el horario en que está cerrado. Sitio privado es el lugar reservado

¹⁷⁶ ORTS BERENGER, Enrique, *Derecho . . .*, p. 250; ídem CARMONA SALGADO, Concepción, ob. cit., p. 340.

¹⁷⁷ LATORRE LATORRE, Virgilio, y GOMIS, Luisa R., ob. cit., p. 65.

¹⁷⁸ Véase la clasificación de CHASSAN sobre los lugares públicos en FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado . . .*, p. 176.

al acceso de determinadas personas, o bien aquel que por su naturaleza no es público ni expuesto al público, o que siéndolo no está abierto ni expuesto al público. El lugar privado puede ser permanente (por ej., una vivienda) o transitorio (por ej., un cuarto de hotel, camarote de un barco, casa rodante, etc.).

De ello puede inferirse, como regla general, que la exhibición obscena no es punible cuando se realiza en lugar privado (art. 19, Const. nacional).

La ley castiga solo aquel acto obsceno cuya exhibición está expuesta a que sea vista involuntariamente por un tercero, es decir, cuando las características del lugar permiten o hacen posible que personas indeterminadas vean involuntariamente (sin quererlo o habérselo propuesto; es decir, desprevenidamente) la exhibición obscena. Por ende, el delito queda excluido cuando el acto es visto voluntariamente por el tercero, esto es, cuando este realiza una conducta tendiente a observar el acto en forma intencional, sea por haber prestado libremente su consentimiento o bien cuando la lleva a cabo sin la advertencia del autor, por ej., trepar un muro para ver un desnudo en sitio privado.

Sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona, varón o mujer. Hay que hacer la salvedad de que la conducta se agrava si los sujetos pasivos fueran menores de 18 años, manteniéndose la misma penalidad si se tratare de menores de 13 años, pero con la diferencia que, en este último supuesto, carece de relevancia la voluntad del afectado.

El delito, en cualquiera de sus modalidades, es doloso, sin que se requiera de un especial ánimo lúbrico o de algún elemento subjetivo que lo contenga. La culpa no está abarcada por el tipo¹⁷⁹. Se trata de un delito de pura actividad, cuya consumación coincide con el acto de exhibición obscena. La tentativa, aunque difícil de imaginar, puede resultar admisible¹⁸⁰. La infracción es de acción pública persegurable de oficio.

¹⁷⁹ Consideran admisible la forma culposa MORENO y DÍAZ. SOLER, por su parte, en la edición original del *Tratado*, entendió que la segunda parte del art. 129 castigaba la simple omisión de medidas precautorias para no ser visto; sin embargo, no parece ser esta su opinión en la edición de 1970 (ps. 331 y ss.).

¹⁸⁰ En contra NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 390, pero su ejemplo parece más adecuado a un acto preparatorio que a una tentativa de delito. Con la

H) *Rapto*

El artículo 130 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de 1 a 4 años, el que substrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

“La pena será de 6 meses a 2 años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

“La pena será de 2 a 6 años si se substrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin”.

§ 33. GENERALIDADES

El nuevo texto introducido por la ley 25.087 tiene puntos de contacto y notables diferencias con la regulación anterior. Sobre los primeros, la coincidencia reside en las conductas típicas y en los medios comisivos, que son los mismos que estaban previstos en la versión derogada. Las diferencias son más pronunciadas: en el nuevo tipo penal los sujetos activos y pasivo son indiferenciados, varón o mujer, mientras que en la versión anterior el sujeto pasivo debía ser necesariamente una mujer; además, se ha implementado una escala variable de mayor penalidad en relación con la menor edad del sujeto pasivo; se ha sustituido el elemento subjetivo que traía la vieja redacción –“miras deshonestas”– por el de “menoscabar la integridad sexual”. Del mismo modo ha quedado eliminado el tipo de rapto de mujer casada, así como el rapto impropio y de menor impúber que estaban previstos en el derogado art. 131.

Si bien se ha eliminado también la rúbrica “rapto” que traía el Capítulo IV, circunstancia que permite innovar en la denomi-

opinión del texto, CARMONA SALGADO, Concepción, ob. cit., p. 342; ORTS BERENGER, Enrique, *Derecho . . .*, p. 251; LATORRE LATORRE, Virgilio, y GOMIS, Luisa R., ob. cit., p. 68.

nación de este delito¹⁸¹, la doctrina actual continúa llamándolo con la denominación tradicional, lo que nos parece no solo más conveniente sino más útil, ya que nos permitirá aprovechar toda la importante elaboración doctrinaria y jurisprudencial que de este delito se hizo desde los inicios del Código Penal.

§ 34. DEFINICIÓN

El rapto (del latín, *raptus*), en su acepción gramatical, es el delito que comete el que se lleva de su domicilio, con fines deshonestos, a una mujer por fuerza o con ruegos y promesas engañosas, o tratándose de una niña que tiene menos de 12 años.

En su acepción común, es la sustracción violenta o astuta de una mujer con fines deshonestos o de matrimonio¹⁸².

El Código Penal, si bien no define el rapto, lo caracteriza por el tipo de acción y el propósito del autor, aún cuando sus preceptos no guarden exacta coincidencia con las diversas acepciones que tiene la palabra.

§ 35. BIEN JURÍDICO. ORIENTACIÓN ACTUAL

La determinación del bien jurídico protegido ha dividido a la doctrina. Para algunos, el rapto es una ofensa a la libertad merced a la sustracción contra la voluntad de la víctima. El fin libidinoso o de matrimonio es una condición de la especie para distinguirla del plagio (CARRARA, ALIMENTA, CUELLO CALÓN, PECO). Otros, colocan el delito entre los ataques al orden de la familia (TEJERA), o contra la honra sexual y la organización familiar, o bien contra el pudor o contra la seguridad personal. Entre nuestros autores, la opinión predominante entiende que se trata de una ofensa a la reserva sexual de la mujer (NÚÑEZ, LAJE ANAYA, GOLDSZTERN, DONNA).

¹⁸¹ Como lo hacen EDWARDS (ob. cit., p. 98) y REINALDI (ob. cit., p. 125), que denominan al delito "sustracción o retención de una persona para menoscabar su integridad sexual".

¹⁸² CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 583.

Sin embargo, la moderna doctrina¹⁸³ sostiene la postura que los delitos de rapto solo en segunda línea son delitos sexuales. Constituyen, ante todo, infracciones contra la libertad y seguridad de las personas (SAINZ CANTERO, ZUGALDÍA ESPINAR, BAJO FERNÁNDEZ, BUSTOS RAMÍREZ, etc.). Consecuentes con este pensamiento, se propugna la desincriminación de estos delitos como figuras autónomas (MUÑOZ CONDE, BARBERO SANTOS, SAINZ CANTERO) y su tipificación como atentados contra la libertad personal, específicamente en el marco de las detenciones ilegales y sustracción de menores. Este criterio de tipificación ha sido seguido, en el plano legislativo, por los códigos penales de Finlandia, Alemania, Grecia, Holanda, Suiza, Portugal, México, etcétera.

§ 36. LOS TIPOS DELICTIVOS

El Código Penal en su versión actual regula tres tipos de rapto en el nuevo art. 130: el rapto propio, en el primer párrafo, el rapto impropio en el segundo y el rapto de un menor de 13 años en el tercero.

a) *Rapto propio*. — Consiste en sustraer o retener a una persona, por medio de fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

Sujeto activo y pasivo pueden ser cualquier persona, hombre o mujer. Si el autor es funcionario público, el delito concurre idealmente con el de privación de libertad calificada¹⁸⁴. Teniendo en cuenta la amplitud del texto en vigencia con respecto al sujeto pasivo, que antes exigía que sea una mujer, actualmente tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos, careciendo de relevancia que se trate de personas solteras, casadas, viudas, divorciadas o separadas legalmente. Tradicionalmente, la ofendida por el rapto ha sido del sexo femenino, pero excepcionalmente, algunas legislaciones no han hecho la distinción, por ej.,

¹⁸³ Conf. por todos, SAINZ CANTERO, José A., ob. cit., ps. 861 y ss.; también BARBERO SANTOS, Marino, *La reforma penal española en la transición a la democracia*, en "Rev. Internacional de Derecho Penal (AIDP)", nº 1, 1978, p. 65.

¹⁸⁴ LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 412.

el Código Penal italiano en el rapto con fin libidinoso, delito cuya víctima puede ser un menor o una mujer mayor de edad (art. 523), o el Código español de 1944, que en el art. 440 luego de la reforma de la ley 46 de 1978, hacía referencia solo a persona o persona raptada menor de 12 años. En la actualidad, sin embargo y de acuerdo a la letra de la ley armónicamente interpretada, el sujeto propio debe ser una persona mayor de 16 años.

Las conductas se materializan en sustraer o retener a la persona, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

Sustraer, lexicológicamente, equivale a sacar, tomar, apoderar o arrebatar a la persona. La acción se lleva a cabo cuando el sujeto pasivo es sacado del lugar donde se encuentra y conducido a otro lugar distinto. La sustracción exige siempre el desplazamiento de la víctima¹⁸⁵.

Retener significa impedir que la persona se desplace de un determinado lugar, que se aparte de él. La retención exige el mantenimiento de la víctima en el lugar, lo cual implica privarla de su libertad personal. Empero, no se da un supuesto de concurso por cuanto en el delito contra la libertad ambulatoria es de su esencia la retención del sujeto. Sin privación de libertad, en esta hipótesis, no hay rapto.

El consentimiento de la víctima excluye la tipicidad de la conducta.

Para que el rapto sea punible debe haberse realizado por medio de fuerza, intimidación o fraude. Las dos primeras formas ya han sido tratadas en el capítulo referido al abuso sexual agravado por el acceso carnal y allí remitimos. En tanto que el fraude equivale a engaño, esto es, maniobras o ardides con los que se crea o refuerza el error de la víctima, sea con referencia a la acción desplegada por el autor o bien al móvil perseguido. La seducción no equivale a fraude, pues con ella nada se oculta ni disimula a la víctima¹⁸⁶.

El rapto es de aquellos delitos que se configuran subjetivamente. No se satisface con el dolo común (voluntad de realizar

¹⁸⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual* . . ., p. 148, nota 5: es la abducción de los clásicos, esto es, el transporte de la víctima con el ánimo de forzarla a permanecer en un lugar distinto de su morada ordinaria.

¹⁸⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 324; FONTÁN BALESTRA, *Tratado* . . ., p. 192; SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 336.

el tipo objetivo), sino que el tipo penal exige un elemento subjetivo específico cuya presencia fundamenta en sí el injusto típico: la intención de menoscabar la integridad sexual de la víctima, que constituye el propósito sexual del autor. Se trata de un delito de tendencia interna trascendente¹⁸⁷.

Esta particular referencia subjetiva típica debe ser entendida en un sentido amplio, vale decir, comprensiva no solamente del propósito de cometer algunos de los tipos de abusos sexuales previstos en el Título III sino también la intención de realizar cualquier género de actos lúbricos, aunque fueran penalmente atípicos¹⁸⁸. Entendemos que la interpretación amplia es la correcta en consideración al bien jurídico protegido; existen comportamientos que poseen una inequívoca significación sexual y que son objetivamente adecuados para excitar el instinto sexual de una persona, como por ej., el obligar al sujeto pasivo a automasturbarse, a desnudarse frente a terceros, etc., que suponen un evidente menoscabo de su libertad sexual, pero que no son penalmente relevantes como delitos sexuales. El tipo penal exige una dirección subjetiva determinada en el obrar del autor: menoscabar la integridad sexual de la víctima. Los ejemplos dados constituyen casos evidentes de implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, significativos de un menoscabo patente a su libertad sexual. De forma tal que si este ha sido el propósito del sujeto activo, o se han concretado las acciones sexuales perseguidas (sin perjuicio del concurso de delitos), estamos en el ámbito del delito que estamos analizando.

Los deseos sexuales perseguidos por el autor pueden ser los propios o ajenos. El fin de matrimonio excluye el delito, ya sea porque el matrimonio no es la consecución de una finalidad orientada al menoscabo de la integridad sexual de la víctima, o bien porque el tipo legal no lo requiere. Algunos códigos, sin embargo,

¹⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos . . .*, p. 287.

¹⁸⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 585; NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 325; REINALDI, Victor F., ob. cit., p. 126, para quien también quedan comprendidos los actos lúbricos penalmente atípicos; EDWARDS, Carlos E., ob. cit., p. 91, quien sostiene que "menoscabar su integridad sexual" comprende toda finalidad de índole sexual por parte del autor. En contra, GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 98, que entiende que el elemento subjetivo no admite que las intenciones comprendan la realización de actos lúbricos atípicos, como era posible en la norma anterior.

aún conservan esta singular figura, por ej., el Código Penal italiano (art. 522: rapto con fin de matrimonio); el Código uruguayo, para el cual el propósito matrimonial constituye una circunstancia atenuante (art. 269). El Código Penal español de 1944, luego de la reforma parcial de 1978, sustituyó las miras deshonestas del texto anterior por la “finalidad de atentar contra la libertad sexual” de la persona raptada. Para la doctrina española, cuyo comentario se refería al texto vigente con anterioridad a la reforma de 1995, este elemento subjetivo del tipo era lo único que servía para diferenciar el rapto de las detenciones ilegales y de la sustracción de menores.

Se trata de un delito instantáneo de eventual efecto permanente, si persiste temporalmente la retención de la persona. Se consuma con la realización de las acciones típicas. La tentativa se presenta como admisible. El ejercicio de la acción penal, al igual que en las demás modalidades típicas previstas en el art. 130, es dependiente de instancia privada (art. 72, Cód. Penal).

b) *Rapto impropio*. — Está previsto en el párr. 2º del art. 130, y consiste en el rapto de una persona menor de 16 años, con su consentimiento, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, sin distinción de sexo, al igual que el sujeto pasivo, con la sola salvedad de que debe tratarse de un menor de 16 años de edad pero mayor de 13.

Esta especie delictiva requiere de los mismos elementos que el rapto propio, con excepción de la modalidad que representa la conducta de la víctima y su edad.

Con arreglo al texto derogado, la doctrina entendía que esta clase de rapto era un tramo menos grave que el estupro en la lesión de la honestidad, y por lo tanto el delito se cometía por seducción de la menor y, además, esta debía ser honesta¹⁸⁹. En esto, salvo la disidencia de RAMOS¹⁹⁰, los autores estaban de acuerdo. Para nosotros, la tesis no resultaba del todo convincente¹⁹¹.

¹⁸⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 328, especialmente nota 40.

¹⁹⁰ Ver NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 328, nota 40.

¹⁹¹ Confr. nuestro *Curso...*, p. 327.

La nueva regulación exige dos elementos que, al parecer, se contraponen entre sí: el consentimiento de la víctima (expresamente previsto en el tipo) y la intención del autor de menoscabar su integridad sexual (derivado de la exigencia del primer párrafo). Con respecto al primero de estos elementos, surge evidente que debe tratarse de un consentimiento viciado, pues si se tratara de un consentimiento libremente prestado por el sujeto pasivo, aún cuando el autor persiguiera los fines señalados, la conducta sería atípica.

Esta especie de rapto exige, entonces, que el autor haya ocultado sus intenciones al sujeto pasivo, o se haya aprovechado del mismo prevaliéndose de alguna condición de superioridad o poder, para así obtener un consentimiento que no hubiera sido prestado libremente de haberse conocido sus verdaderas intenciones. Si el consentimiento fue obtenido por medio de fuerza, intimidación o fraude, el hecho se desplaza al rapto propio del primer párrafo.

Lo que no nos parece aceptable es exigir que la víctima sea una persona inexperta o inmadura sexualmente¹⁹², pues no debe olvidarse que aún estamos dentro de la esfera de los delitos contra la libertad sexual, de forma que aún para aquellas personas con experiencia sexual, el consentimiento para involucrarlas en una acción de contenido sexual debe ser prestado voluntariamente, en plena libertad. De otro modo, nunca podría cometerse el delito en perjuicio de un sujeto pasivo maduro sexualmente.

Se trata, en suma, de una figura penal incongruente en el marco de la reforma actual de los delitos sexuales, pues representa —y en esto sí como el viejo delito de estupro— una anticipada incriminación de una relación sexual consentida entre sus protagonistas. De *lege ferenda*, sería deseable su derogación como tipo delictivo autónomo.

c) *Rapto de menor de 13 años.* — Constituye una circunstancia agravante del tipo genérico del art. 130, párr. 1º.

El delito se especializa por la edad del sujeto pasivo, esto es, menor de 13 años, y para su configuración deben concurrir, no solo las mismas conductas y medios típicos del rapto propio

¹⁹² Como lo entienden GAVIER (ob. cit., ps. 100 y ss.) y PANDOLFI (*Delitos . . .*, p. 124).

sino también la intención por parte del autor de menoscabar la integridad sexual de la víctima.

El consentimiento del menor carece de total relevancia.

Esta especie delictiva, de *lege ferenda*, debe ser derogada, siendo su ubicación precisa los delitos contra la libertad individual.

§ 37. DISPOSICIONES COMUNES

El artículo 132 del Código Penal establece: “*En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quáter del Código Penal*”.

§ 38. AVENIMIENTO

Una de las novedades más interesantes de la ley 25.087 ha sido, sin duda, la reformulación del art. 132 del Cód. Penal, que en su viejo texto había consagrado una exención de pena en beneficio del autor de los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, si se casaba con la ofendida prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres u otro lugar seguro.

En su lugar, introdujo una particular forma de conciliación o mediación en materia penal —que denomina “avenimiento”—, consistente en un acuerdo o reconciliación entre la víctima y el

imputado de algunos delitos sexuales que están expresamente previstos en la norma, a saber, las tres clases de abusos sexuales del art. 119, el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima del párr. 1º del art. 120, y los distintos tipos de rapto previstos en el art. 130.

La *ratio* de la reforma en este punto estriba en que los nuevos delitos sexuales, generalmente, son de sujetos activo y pasivo indiferenciados (varón o mujer), pudiéndose dar el supuesto, por ej., en que el autor y la víctima sean del mismo sexo, circunstancia que impediría, naturalmente, la aplicación de la excusa absolutoria del matrimonio con la ofendida como establecía el anterior art. 132.

Lamentablemente, la nueva disposición no ha resuelto el mayor problema que, durante la vigencia del texto anterior, había dividido a la doctrina: si la extinción de la acción beneficiaba solo al autor o si también sus efectos se extendían a los partícipes.

El avenimiento entre la víctima y el imputado puede producir dos efectos importantes: la extinción de la acción penal o la suspensión del juicio a prueba.

La falta de precisión de la norma conspira hacia una solución acertada y más ajustada con los propios intereses que se han pretendido tutelar, circunstancia que renovará seguramente la polémica acerca de la proyección de los efectos del avenimiento en los casos de delincuencia sexual con pluralidad de agentes (autores, coautores y cómplices)¹⁹³. Para estos supuestos, la doctrina ha interpretado que la extinción de la acción penal beneficia a quien ha participado en el avenimiento, mientras que la suspensión del juicio a prueba es para los copartícipes¹⁹⁴. Sobre esta cuestión nos parece más razonable –teniendo en cuenta las fi-

¹⁹³ La doctrina ya ha advertido la oscuridad de la norma y sus posibles consecuencias negativas, confr. GAVIER, Enrique A., ob. cit., ps. 109 y ss.; EDWARDS, Carlos E., ob. cit., ps. 101 y ss.; PANDOLFI, Oscar A., *Delitos . . .*, ps. 127 y ss.; HERRERA, Francisco, y BOHUID, Marina, *El avenimiento*, ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Penal sobre Delitos Sexuales, Salta, octubre de 1999.

¹⁹⁴ GAVIER, Enrique A., ob. cit., p. 109; HERRERA, Francisco, y BOHUID, Marina, ob. cit., ps. 33 y ss., dicen estos autores: "Podemos entender que la extinción de la acción penal opera con relación al imputado que tiene una especial y comprobada relación afectiva preexistente, mientras que los coautores deben cumplir con las condiciones de los arts. 76 ter y quáter del Código Penal". En

nalidades propias de la norma, esto es, el resguardo de los intereses superiores de la víctima— que la extinción de la acción se haga extensiva a los partícipes del hecho. Si el menor ya no desea el proceso, carece de sentido que continúe para los que intervinieron en el hecho. O el proceso termina para todos o continúa para todos.

Con arreglo al nuevo texto legal, las condiciones para la aplicación del avenimiento, son las siguientes:

a) Existencia de una persona imputada por algunos de los delitos sexuales mencionados en el art. 132. Tratándose de una enumeración taxativa, quedan fuera del marco legal beneficiante del avenimiento las figuras (simples y agravadas) no mencionadas en la norma.

b) Debe tratarse de una víctima mayor de 16 años, quien será la que proponga al juez el avenimiento o acuerdo con el imputado. Desde luego que el juez está facultado para rechazar *in limine* la propuesta, por ej., si se aparta de las condiciones expresas establecidas en la norma (la propuesta tiene su base en un delito sexual no contemplado en la nómina el art. 132). Pero, si decide aceptarla, deberá comunicar a la otra parte (imputado) la existencia de la propuesta para que tome conocimiento de su contenido. Con respecto a la edad de la víctima, debe entenderse como límite mínimo la edad de dieciséis años cumplidos a la fecha de la propuesta (no del hecho que originó el proceso), pues tal interpretación es la que mejor se orienta hacia el interés superior de la víctima. Lo contrario implicaría una prohibición del derecho al avenimiento para aquellas víctimas que, no teniendo la edad mínima legal requerida al momento del hecho, la hubieran cumplido durante el curso del proceso.

c) El imputado deberá prestar su consentimiento para la celebración del acuerdo.

d) La propuesta de acuerdo debe haber sido formulada en forma libre y espontánea por parte de la víctima y en condiciones de plena igualdad con el acusado. Esta propuesta de avenimiento puede concretarse en cualquiera de las dos etapas en que se divide el proceso penal (instrucción y plenario o juicio). El límite

opinión de DONNA, la extinción de la acción debe alcanzar a los partícipes (ob. cit., p. 195).

mínimo de la oportunidad para formularla, entonces, queda fijado por la apertura de la instancia, sea por actuación de oficio, denuncia o constitución en querellante particular, y el límite máximo por el momento previo al dictado de la sentencia.

e) Deberá existir, entre víctima e imputado, una especial y comprobada relación afectiva preexistente. Este requisito debe entenderse como que, ya con anterioridad a la imputación (o el proceso) por el delito sexual, existía entre el autor y víctima una relación afectiva (amorosa, noviazgo, romance, relación familiar mutua, concubinato, matrimonio, etc.), sin que tenga mayor importancia el tiempo de duración de dicha relación. La prueba de esta relación estará, naturalmente, a cargo del acusador público y deberá ser acreditada en el proceso penal respectivo.

f) Reunidos estos extremos, el juez podrá excepcionalmente aceptar (o rechazar) la propuesta si considera que el avenimiento es un modo más equitativo de armonizar el conflicto, siempre orientado hacia el mejor resguardo del interés de la víctima.

g) Si el juez decide rechazar la propuesta, deberá ordenar el archivo de las actuaciones que se hubieren realizado para su tramitación, pero si decide aceptarla, deberá declarar la extinción de la acción penal o la suspensión del juicio a prueba con arreglo a lo establecido en los arts. 76 ter y quáter del Cód. Penal. El avenimiento no excluye la posibilidad del matrimonio entre el autor y la víctima, ni impide que se celebren acuerdos de naturaleza económica entre las partes.

§ 39. INSTANCIA PRIVADA

Otra novedad introducida por la reforma penal es el otorgamiento a la víctima de los delitos sexuales mencionados en el art. 132, de la facultad de instar el ejercicio de la acción penal con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro, pero cuyos fines están orientados a la protección o ayuda a las víctimas.

Esta facultad de instancia privada relativamente autónoma no estaba contemplada en la anterior redacción del Código Penal, que prescribía que en ciertos supuestos de delitos sexuales (violación, estupro, rapto y abuso deshonesto), no se procedería a

formar causa sino “por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales”. Si bien esta normativa aún mantiene vigencia, la reforma admite ahora que la víctima, aún menor de edad, pueda instar (denunciar, acusar) el ejercicio de la acción penal por estos delitos, pero siempre con al necesario asesoramiento de instituciones oficiales o privadas, sin fines de lucro y de protección o ayuda a las víctimas. Estas instituciones también pueden formular la denuncia o acusación en representación del menor. Sobre esta cuestión, CREUS hace notar el problema que podría suscitarse en el caso de que estas instituciones actúen en representación de la víctima contra la voluntad de quienes están autorizados a instar según el segundo párrafo del art. 72¹⁹⁵. Sin embargo, no nos parece muy problemática la cuestión, la solución nos la da el mismo art. 72 en el cuarto párrafo incorporado por la ley 25.087, que establece que: “*Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos (los representantes legales) y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel*”. De todas maneras, de darse esta hipótesis de conflicto, entendemos que debe prevalecer el interés superior del menor (o de la víctima) y, por lo tanto, el conflicto se debería resolver en favor de las instituciones que han instado en representación del mismo.

§ 40. REGLAS SOBRE PARTICIPACIÓN CRIMINAL

El artículo 133 del Código Penal establece: “*Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores*”.

El nuevo artículo 133 del Código Penal, con algunas variantes, mantiene los mismos principios que sobre la participación criminal regulada en los arts. 45 y 46 del Cód. Penal establecía

¹⁹⁵ CREUS, Carlos, ob. cit., p. 7.

la anterior redacción, solo que esta vez se ha ampliado la casuística a otros supuestos antes no contemplados, al menos en forma expresa, como son los casos del cónyuge, los convivientes, tutores, curadores y otras personas que, con abuso de una relación de dependencia o de poder, presten una cooperación a la comisión de los delitos previstos en el Título.

La doctrina es coincidente en que la norma consagra una regla de alteración de los principios en materia de participación criminal (arts. 45 y 46), sometiendo a todos los que cooperan en la perpetración de estos ilícitos a la misma escala penal correspondiente al autor del delito de que se trata. La disposición establece, en suma, una agravante genérica para los supuestos de participación secundaria, equiparando la pena en estos casos con la pena que correspondería al autor del delito.

PARTE CUARTA

TÍTULO IV: "DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL"

§ 1. CONTENIDO DEL TÍTULO

Los delitos contra el estado civil de las personas están distribuidos en el Título IV del Código Penal, en dos Capítulos: uno, referido a los matrimonios ilegales (arts. 134 a 137) y el otro, a la supresión y suposición del estado civil y la identidad (arts. 138 y 139 bis).

En el primer Capítulo están tipificados los delitos relacionados con el matrimonio, bilateral (art. 134) y unilateral (art. 135, inc. 1º) y la simulación de matrimonio (art. 135, inc. 2º), así como la responsabilidad del oficial público en la celebración de los matrimonios (art. 136) y la del representante de un menor impúber (art. 137).

El Capítulo segundo contiene –insistimos, en su nueva estructuración–, el delito de supresión del estado civil en sus variadas formas, en el art. 138. El art. 139, en el inc. 1º, castiga el delito de suposición de preñez o parto y en el inc. 2º el de supresión de la identidad de un menor de 10 años, su retención y ocultación. Por último, el art. 139 bis reprime al intermediario, al funcionario público y al profesional de la salud que hubiesen cometido los delitos de los arts. 138 y 139.

§ 2. PRECEDENTES LEGISLATIVOS. LA REFORMA PENAL DE LA LEY 24.410/95

Como se ha podido apreciar, el sistema actual de la ley proviene de dos fuentes legislativas distintas: el Capítulo I, del proyecto

de 1891 y el Capítulo II de la ley 24.410. Entre nuestros prece-
dentes, tanto el proyecto Tejedor como el Código de 1886, con-
templaron estos delitos en títulos distintos. El proyecto de 1941,
en cambio, los agrupó en un título propio: "Delitos contra la fa-
milia", criterio que fue seguido por los proyectos de 1951, 1960
y 1979¹. La ley 24.410, de reforma parcial al Código Penal, en
vigor desde el 2 de enero de 1995, ha modificado sustancialmente
el Capítulo II del Título IV, denominándolo "Supresión y supo-
sición del estado civil y de la identidad". La nueva regulación
legal, como veremos más adelante, a la par de introducir mo-
dificaciones significativas a delitos de viejo cuño, no solo en sus
estructuras típicas sino también en el régimen de penalidad, el
que ha aumentado considerablemente, ha incorporado nuevas fi-
guras delictivas que no tienen precedentes en nuestro historial
legislativo.

El gráfico de página siguiente recoge las reformas operadas
con respecto al régimen penal derogado.

§ 3. LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Diverso es el tratamiento que esta materia presenta en el
derecho comparado. Generalmente, la protección jurídico-penal
de la familia se reduce a un conjunto de infracciones que se
agrupan en un título autónomo e independiente bajo la deno-
minación de "Delitos contra la familia", y que en la gran mayoría
de los códigos penales ochocentistas se hallaban desperdigadas
en Títulos diferentes.

Entre los códigos más modernos que siguen esta sistemática,
podemos citar el Código Penal italiano de 1930 que denomina
al Título XI "De los delitos contra la familia", compuesto de cuatro
capítulos que se distribuyen en el siguiente orden: Cap. I, "De
los delitos contra el matrimonio" (bigamia e inducción al ma-
trimonio mediante engaño, arts. 556 y 558); Cap. II, "De los de-
litos contra la moral familiar" (incesto y atentados a la moral

¹ CREUS, Carlos, *Los delitos contra la familia en el proyecto del Código Penal de 1979*, JA, del 3/12/80.

<i>Régimen anterior</i>	<i>Régimen actual</i>
Denominación del Capítulo	
Supresión y suposición del estado civil	Supresión y suposición del estado civil y de la identidad
Art. 138: "Hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio". Pena: 6 meses a 2 años.	Art. 138: Deroga "el propósito de causar perjuicio". Pena: 1 a 4 años.
Art. 139, inc. 1º: "A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su hijo derechos que no le correspondan y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito".	Art. 139, inc. 1º: Deroga el párrafo "y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito".
Inc. 2º: "El que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o supririere el estado civil de un menor de diez años". Pena: 1 a 4 años.	Inc. 2º: Deroga el texto anterior e introduce el delito de supresión de la identidad de un menor de diez años, reprimiendo –además– su retención y ocultamiento. Pena: 2 a 6 años.
	Art. 139 bis: Introduce la figura del intermediario en la comisión de delitos previstos en los arts. 138 y 139, aumentando la pena cuando el autor es funcionario público o profesional de la salud. Pena: 3 a 10 años e inhabilitación especial.
	Art. 292, párr. 3º: Equipara a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, a los certificados de parto y de nacimiento.
	Art. 297: Equipara a los instrumentos públicos, a los certificados de parto y de nacimiento.

familiar cometidos por medio de la prensa, arts. 564 y 565); Cap. III, "De los delitos contra el estado de familia" (suposición o supresión de estado, alteración de estado, ocultamiento de estado de un niño legítimo o natural reconocido, arts. 566, 567 y 568); Cap. IV, "De los delitos contra la asistencia familiar" (violación de las obligaciones de asistencia familiar, abusos de los medios

de corrección o de disciplina, malos tratos en familia o a menores, sustracción de un menor con su consentimiento, sustracción de incapaces, arts. 570 a 574). El Código Penal de Portugal de 1982 prevé los delitos contra la familia como Sección 1^a del Cap. I, que denomina "De los delitos contra los fundamentos ético-sociales de la vida social", Título III, "De los delitos contra los valores e intereses en sociedad". El Código Penal de Brasil ubica igual rúbrica "De los delitos contra la familia" en el Título VII, conteniendo el Cap. I "De los crímenes contra el casamiento" delitos tales como el de bigamia (art. 235), inducción a error esencial y ocultamiento de impedimento (art. 236), conocimiento previo de impedimento (art. 237), simulación de autoridad para la celebración de casamiento (art. 238), simulación de casamiento (art. 239) y adulterio (art. 240). El Código Penal uruguayo, siguiendo la vieja orientación del Código Penal italiano de 1889, trata la materia en el Título X bajo la denominación "De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia", en cuyos seis Capítulos legisla una serie de incriminaciones que nada tienen que ver con el objeto propio de tutela en estos delitos, sino más bien con otros intereses, v. gr., la sexualidad de las personas, que ninguna afinidad tienen con los atentados contra la familia. Se entremezclan en el mismo título delitos tales como la suposición y supresión del estado civil, con la violencia carnal, corrupción de menores, espectáculos y publicaciones inmorales y pornográficos, omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad. El Código Penal del Perú de 1991 prescribe en el Título III, "Delitos contra la familia", el Capítulo I dedicado a los matrimonios ilegales, el Capítulo II a los delitos contra el estado civil y el Capítulo III a los atentados contra la patria potestad.

En el derecho español, el nuevo Código Penal regula en el Título XII los "Delitos contra las relaciones familiares", tres Capítulos dedicados, respectivamente, a los matrimonios ilegales, a los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor y, por último, a los delitos contra los derechos y deberes familiares, Capítulo que está compuesto de dos secciones, una denominada "Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio", y la otra "Del abandono de familia, menores o incapaces". Los proyectos de 1980 y 1983 ya siguieron esta

línea legislativa, erigiendo un título independiente dedicado a las infracciones contra la familia².

§ 4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido por los delitos previstos en el Título IV del Código Penal es el estado civil de las personas.

Qué debemos entender por estado civil es algo que está sumamente discutido en doctrina. Algunos autores, aferrándose a un criterio restringido de interpretación, entienden que el estado civil está constituido por el hecho de la pertenencia de una persona a una determinada familia, clasificándose en absoluto o relativo según sea o no susceptible de ser modificado. Este criterio ha sido seguido por algún sector de la doctrina española y algunos civilistas argentinos³. Otros autores, en el marco de un criterio más amplio, dicen que el estado civil es la cualidad o condición del hombre dentro de la familia y de la sociedad con sus derechos y obligaciones⁴.

El Código Penal tutela el estado civil en un sentido amplio, vale decir, como la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad y que se determina en base a una serie de condiciones personales, que son las cualidades constitutivas del estado⁵. Algunas de estas cualidades son inalterables, ya que se adquieren

² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Ceuro, Madrid, 1987, p. 262; MERCADO, Ángel R., *El proyecto del nuevo Código Penal español*, LL, del 5/2/82.

³ Así RODRÍGUEZ DEVESAS, José M., *Derecho penal español*, "Parte especial", Madrid, 1980, p. 254; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, "Parte especial", Borch, Barcelona, 1949, p. 653, para quien el estado civil de las personas (estado de familia) es la relación de familia originada por el nacimiento, que une a una persona con las demás, modificable por la adopción y el matrimonio. Todas las personas, cualesquiera sea su filiación legítima o ilegítima poseen un estado civil. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, "Parte especial", 11 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 429. Entre nosotros es del mismo criterio SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Deplama, Buenos Aires, 1967, t. I, vol. 3, p. 401. LAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. 1, p. 346.

⁴ SÁNCHEZ TEJERINA, citado por RODRÍGUEZ DEVESAS, José M., ob. cit., p. 254, nota 7.

⁵ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, "Parte general", t. I, pp. 579 y ss., citado por CHICHIZOLA, Mario I., *Historia del derecho penal argentino*, Eannola, Buenos Aires, 1965, p. 225.

desde el nacimiento mismo de la persona y continúan con ella durante toda su vida, por ej., lugar y fecha de nacimiento, la filiación natural, el nombre y apellido, el sexo, etc.; otras cualidades pueden ser modificadas por actos posteriores, por ej., el matrimonio, la adopción, la adquisición de una nueva nacionalidad, etcétera⁶.

En opinión de BUSTOS RAMÍREZ el estado civil es un bien jurídico que pone de relieve la posición participativa de los sujetos en la sociedad y que permite el libre desarrollo de la persona y su dignidad. De aquí, dice el catedrático de Barcelona, que toda persona tiene un estado civil, que no es mayor ni menor que otro, sino que es su estado civil, el que le debe ser garantizado. El estado civil no es una cuestión ajena a la persona que pueda vincularse a la sociedad, no es la sociedad ni la familia las que tienen derecho a un estado civil o las que otorgan dicho estado, sino que es la persona en una sociedad organizada jurídicamente la que tiene derecho a que se le reconozca un posición jurídica de participación (cualquiera que ella sea)⁷.

La reforma parcial efectuada al Capítulo II del Código Penal, al agregar el “derecho a la identidad” como bien jurídico junto al estado civil, ha reconocido –tal como se desprende de las discusiones parlamentarias en oportunidad del tratamiento del proyecto de ley–, que la identidad personal no constituye un aspecto o segmento del bien jurídico genérico estado civil sino que ha quedado equiparado a él en una misma categoría axiológica. Esto significa que la identidad personal ha dejado de ser un simple dato del estado civil, para convertirse en un derecho autónomo con categoría penal.

CAPÍTULO XI

MATRIMONIOS ILEGALES

El artículo 134 del Código Penal establece: “Serán reprimidos con prisión de 1 a 4 años, los que contrajeren matrimonio

⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 405; CHICHIZOLA, Mario I., ob. cit., p. 224.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, Ariel, Barcelona, 1986, p. 166.

sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta".

Por su parte, el art. 135 puntualiza: "Serán reprimidos con prisión de 2 a 6 años:

"1) El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente.

"2) El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella".

§ 5. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La ley protege con estos delitos la legalidad del matrimonio civil. Los aspectos que hacen a esta legalidad están determinados por la ley 23.515 de matrimonio civil y divorcio vincular, que son: inexistencia de impedimentos que causen la nulidad absoluta o relativa del matrimonio, el acto real de celebración del mismo y la observancia de sus formalidades⁸.

§ 6. ELEMENTOS COMUNES A LOS TIPOS DELICTIVOS

Los delitos de matrimonios ilegales, bilateral (art. 134) o unilateral (art. 135) tienen en común los siguientes elementos: *a)* celebración de un matrimonio formalmente válido, y *b)* existencia de un impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio.

a) La acción típica en las dos modalidades previstas en los arts. 134 y 135, inc. 1º, consiste en contraer un matrimonio existiendo un impedimento que causa su nulidad absoluta, con la particularidad de que en este segundo supuesto un contrayente le debe ocultar al otro la existencia del impedimento.

Debe tratarse de un matrimonio celebrado de acuerdo con las previsiones de la ley 23.515, vale decir que debe constituir una unión formalmente válida.

⁸ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. 1, p. 219.

b) La dinámica comisiva de estos delitos exige la existencia, por parte de uno o de ambos contrayentes, un impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio.

Estos impedimentos, denominados "dirimentes no dispensables" (ya que hacen nulo el matrimonio y no solo ilícito, como los impedimentos impidiéntes), son los que están enumerados en el art. 166 de la ley 23.515, esto es: a) la consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación; b) la consanguinidad entre hermanos o medio hermanos; c) el vínculo derivado de la adopción plena y simple; d) la afinidad en línea recta en todos los grados; e) el matrimonio anterior, mientras subsista, y f) haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

Los impedimentos señalados en las letras a, b, c y d ya han sido estudiados en el capítulo dedicado al homicidio agravado por el vínculo parental y allí hacemos la remisión. Los otros dos restantes serán analizados a continuación.

El matrimonio preexistente, conocido también como bigamia (o ligamen anterior subsistente), supone la existencia de un matrimonio anterior válido que produzca la nulidad del segundo.

La bigamia es un delito ligado a la concepción monogámica del matrimonio. Según reconocen algunos estudiosos del derecho romano, la bigamia fue considerada como delito autónomo recién en época de Diocleciano⁹. En los primeros tiempos de este derecho, sin embargo, se la confundió con el adulterio y, en algunas épocas, llegó a castigársela con la pena de muerte.

Comenta CUELLO CALÓN que durante el Fuero Juzgo la pena para este delito consistía en poner a los culpables en poder del marido ofendido que podía disponer de ellos como quisiera. En el Fuero Real se lo castigó con pena pecuniaria y en las Partidas con el destierro en una isla y pérdida de los bienes. Posteriormente, por 1387 en adelante, las penas oscilaron entre la marca con hierro candente, la exposición a la vergüenza pública y la pena de galeras (Pragmática de Felipe II, en 1566; Novísima Recopilación)¹⁰. En la actualidad, el Código español prevé el de-

⁹ RETA, Adela, *Protección jurídico-penal de la familia*, Montevideo, 1956, p. 90; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, "Parte especial", Temis, Bogotá, 1972, p. 173.

¹⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 665.

lito de bigamia en el art. 217, castigando con pena de prisión de seis meses a un año al que contrajera segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

GOLDSCHMIDT pone de relieve que, de acuerdo con la legislación argentina, pueden distinguirse dos clases de bigamia: la interna y la internacional. La primera se da si los dos matrimonios se celebran en el país, y la segunda si un matrimonio se realiza en la Argentina y el otro en el extranjero. La bigamia internacional, a su vez, se distingue de la llamada bigamia internacional doble, que concurre cuando el matrimonio es reputado bí-gamo en ambos países¹¹.

Para que la bigamia se cometa es menester que el matrimonio anterior sea válido, de modo que no estaríamos frente al delito si el matrimonio anterior fuese nulo de nulidad absoluta, nulo de nulidad relativa declarada judicialmente o si se hubiese decretado el divorcio vincular entre los cónyuges. La separación personal, en cambio, al no disolver el vínculo matrimonial, no excluye el delito (art. 201, ley 23.515).

La sentencia que declara la nulidad o validez del matrimonio anterior, constituye una cuestión prejudicial¹² del art. 1104 del

¹¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Bigamia internacional doble*, ED, t. 39, p. 1113.

¹² Las cuestiones prejudiciales –según enseña CLARIÁ OLMEDO– tienen naturaleza sustancial y trascendencia procesal. Son sustanciales porque se vinculan directamente con la existencia o inexistencia del delito en cuanto a uno de sus elementos, penetrando en el campo realizador por constituir impedimentos a los poderes de realización penal y restringiendo el contenido sustancial de la imputación y el fallo. Sus efectos procesales se muestran en la paralización del trámite, en la necesaria atribución de competencia extrapenal y en el planteamiento de una limitación al sistema probatorio de las libres convicciones. Cuando estos efectos no se producen, la cuestión extrapenal puede ser previa pero no prejudicial. Este tipo de impedimentos se presenta en nuestro derecho, cuando la ley de fondo imposibilita la continuación de la actividad de los órganos públicos penales hasta que se obtenga pronunciamiento firme en otra jurisdicción con respecto a determinado presupuesto, complemento o elemento de hecho del delito imputado; esa resolución debe causar efecto para la futura resolución en cuanto al fondo del juez penal (*Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960, vol. 1, ps. 358 y ss.). Para NÚÑEZ, cuando lo sustraído de la competencia del juez en lo penal es el juicio sobre un punto de derecho civil o administrativo discutible o discutido en el proceso por parte interesada, del cual depende la criminalidad del acusado, se trata de una “cuestión prejudicial”, vale decir, previa al juicio o juzgamiento del magistrado penal, tal

Código Civil, cuyas consecuencias en el proceso penal por bigamia son de un gran interés teórico y práctico.

Las cuestiones prejudiciales son siempre de lo civil a lo penal y de competencia exclusiva de los jueces civiles, no pudiendo dictarse sentencia en sede penal antes de que haya habido sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada en el juicio civil. En este, la controversia siempre gira en torno a la nulidad o validez del matrimonio anterior; en el juicio penal, en cambio, la discusión se centraliza sobre la existencia o no del delito de bigamia. De aquí la importancia de la decisión civil respecto de la penal.

Declarada en sede civil la nulidad del primer matrimonio, desaparece el delito de matrimonio ilegal por bigamia. El juez penal está obligado a dictar el sobreseimiento del acusado por inexistencia de delito, ya que la bigamia requiere —como se tiene dicho— que el matrimonio anterior sea válido (art. 336, inc. 2º, Cód. Proc. Penal Corrientes; art. 336, inc. 3º, Cód. Proc. Penal de la Nación). En cambio, si se da el supuesto inverso, esto es, la justicia civil declara la validez del primer matrimonio, el juez penal no está obligado, por esa sola circunstancia, a pronunciarse por la condena del culpable. Para ello, previamente —como sucede con la investigación de cualquier otro delito— debe verificar si en el proceso han concurrido todos y cada uno de los elementos del tipo penal. En lo único que está obligado el juez penal es en aceptar la decisión del juez civil sobre la nulidad o validez del matrimonio anterior. Esta cuestión es no revisable, pero es soberano con relación a la tipificación o no del delito de bigamia.

La cuestión prejudicial puede plantearse ante la justicia civil en cualquier momento, ya sea con anterioridad a la causa penal o bien durante el transcurso de ella. Ningún obstáculo existe para que esto suceda de uno u otro modo. Ahora bien, este plan-

como lo establece el art. 1104 del Código Civil. Por el contrario, cuando lo que muestra de la competencia del juez penal, no es un juicio de esa naturaleza sino que el legislador se limita a poner como elemento del delito la declaración o decisión previa de un tribunal de otro fuero, se trata de una cuestión previa de la cual depende la criminalidad del hecho. El objeto de la cuestión prejudicial existe en el proceso penal como punto pendiente de la resolución futura de un tribunal civil o administrativo. En tanto que las llamadas cuestiones previas siempre hacen referencia a un juicio pasado de otro tribunal (*LL*, t. 78, p. 536).

teamiento ante el juez civil produce dos importantes consecuencias: una, la paralización del proceso penal, ya que no puede recaer pronunciamiento definitivo alguno hasta tanto no concluya la causa civil, y la otra, la prescripción de la acción penal por el delito de bigamia se suspende hasta la resolución de la cuestión prejudicial (art. 67, Cód. Penal).

El nuevo matrimonio es ilegal si se celebra en el país estando subsistente uno anterior. Sobre esto no hay discusión. El problema se ha suscitado en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero. Inicialmente, la jurisprudencia entendió que en estos casos, no obstante estar disuelto el matrimonio en el país, el celebrado en el extranjero era ilegal y punible de acuerdo a nuestra ley penal¹³. Posteriormente, en 1959, la jurisprudencia cambió radicalmente sosteniendo la tesis –en nuestra opinión correcta¹⁴– de que el matrimonio celebrado en el extranjero, entre personas domiciliadas en el país, estando subsistente uno anterior no disuelto, no produce efectos jurídicos penales ni tampoco ejerce influencia en el orden público nacional porque carece de significación para la ley argentina¹⁵. En otro fallo se puede leer que no incurre en el delito de matrimonio ilegal el cónyuge casado en Buenos Aires y divorciado en Montevideo, por el acto de contraer nuevo vínculo matrimonial en esta última ciudad¹⁶. En la actualidad, la ley 23.515 no ha modificado la cuestión.

El art. 166 de la ley 23.515 dice textualmente: “Son impedimentos para contraer el matrimonio: (...) inc. 7º: Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges”. La fórmula anterior de la ley 2393 (art. 9º, inc. 6º) hacía referencia al autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.

¹³ CCrim. Capital Federal, en pleno, 28/8/1928, *Fallos*, II:268.

¹⁴ Es también la opinión de SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra el estado civil*, JA, t. 1988-II, p. 499; CHICHIZOLA, Mario I., ob. cit., p. 229; FONTÁN BALESTRA, Carlos, en *Delitos sexuales*, Depalma, Buenos Aires, 1945, ps. 223 y siguientes. Véase, asimismo, ZANNONI, Eduardo A., *Nulidad de matrimonio celebrado mediante impedimento de ligamen*, JA, t. 1975-26, p. 86, nota 2.

¹⁵ CCrim. Capital Federal, en pleno, 13/4/1943 y 21/8/1959, JA, t. 1960-II, p. 77.

¹⁶ CCrim. Capital Federal, 1/7/32, JA, t. 38, p. 1237.

La redacción actual de la ley remarca el carácter doloso del homicidio, por lo cual quedan excluidos los casos de culpa, de preterintención y de muertes justificadas —la conducta no es anti-jurídica— o inculpables. Puede tratarse de un homicidio simple o calificado, atenuado o en riña; lo que importa es que se haya consumado. La tentativa no es suficiente para configurar el impedimento.

El impedimento abarca al autor, al cómplice (en cualquiera de sus grados) y al instigador. No están comprendidos los encubridores.

La muerte debe ser del cónyuge del otro, no del propio cónyuge, careciendo de importancia la motivación que haya guiado al autor, vale decir, si ha matado para casarse con el cónyuge sobreviviente o no.

§ 7. MATRIMONIO ILEGAL BILATERAL

La figura básica del delito de matrimonio ilegal está tipificada en el art. 134, Cód. Penal. Es un crimen de acción bilateral o pluripersonal, pues exige la codelincuencia de sus protagonistas. Deben haber dos contrayentes y un oficial público como sujetos necesarios del delito; las demás personas que asisten al acto, por ej., testigos, apoderados, invitados a firmar el acta matrimonial, etc., generalmente habrán de estar ajenos a la acción delictiva de los contrayentes, pero ello no obsta a que puedan actuar, en ciertas circunstancias, como verdaderos partícipes.

El delito es de mera acción o de pura actividad y de carácter instantáneo. Se consuma en el momento en que los sujetos son declarados unidos en matrimonio por el oficial público y suscriben el acta matrimonial. No es necesaria la consumación del matrimonio.

Con respecto a la tentativa se discute. La rechazan, entre otros, ODERIGO, GÓMEZ, etc., y la admiten NÚÑEZ, SOLER, GONZÁLEZ ROURA, MÁLAGARRIGA, etcétera. Compartimos esta última opinión, pues el acto matrimonial bien puede verse frustrado por causas ajenas a la voluntad de los contrayentes, por ej., por la irrupción del cónyuge del matrimonio anterior en el momento en que iba

a comenzar la firma del acta de matrimonio o antes que el oficial público concluya el acto.

La figura es dolosa y requiere la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, consistente en el conocimiento asertivo por parte de ambos contrayentes sobre la existencia del impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio. Por lo tanto, están excluidas el dolo eventual y la culpa. La duda, el error y la coacción, excluyen el saber consciente que exige el tipo penal.

§ 8. MATRIMONIO ILEGAL UNILATERAL

Se trata de una figura calificada de matrimonio ilegal bilateral, en razón de la mayor pena con que se amenaza al único autor que reprime la ley.

La diferencia con la figura básica radica en el tipo subjetivo, ya que en este supuesto solo uno de los contrayentes conoce la existencia del impedimento y se lo oculta al otro. Este ocultamiento puede provenir de actos positivos o negativos, por ej., artifcios, engaños, el silencio, etc., o bien —como dice NÚÑEZ— callando advertidamente, esto es, sabiendo o suponiendo que el otro contrayente lo ignora¹⁷. El ocultamiento del impedimento debe ser al otro contrayente, no a otras personas que también participan en el acto matrimonial, por ej., oficial público y testigos.

El delito es de acción y se consuma con la celebración del matrimonio, del mismo modo como explicamos en el art. 134. El ocultamiento del impedimento, desde el punto de vista civil, implica asimismo una violación al art. 186, inc. 6º de la ley 23.515, que obliga a los futuros esposos a denunciar el casamiento anterior.

§ 9. SIMULACIÓN DE MATRIMONIO

El delito, que no es propiamente un matrimonio ilegal¹⁸, proviene del proyecto de 1881. Entre los antecedentes legislativos más recientes, merece destacarse el proyecto SOLER, que suprimió

¹⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 414.

¹⁸ SOLSOSA, Enrique F., ob. cit., p. 499; CHICHIZOLA, Mario I., ob. cit., p. 232.

la infracción del título de los atentados contra el estado civil incluyéndola entre los delitos contra el pudor y la moralidad sexual como medio para lograr el acceso carnal.

Se trata de un caso de apariencia de matrimonio, ya que no existe matrimonio legal ni ilegal.

La acción típica consiste en simular un matrimonio mediando engaño de la otra persona, vale decir, haciéndole creer como verdadero un acto matrimonial que es falso. La víctima debe padecer el error determinante causado por la maniobra ardida desplegada por el autor y creer que en realidad está contrayendo un matrimonio legítimo.

El autor, en una suerte de *mise en scène*, debe haber aparentado todo lo relacionado con las formalidades propias del matrimonio, v. gr., la presencia del oficial público, de testigos, el lugar de celebración del acto, el consentimiento, etcétera.

Sujetos del delito pueden ser tanto un hombre como una mujer. La infracción es dolosa, de dolo directo. Las finalidades que pueda perseguir el autor con el matrimonio simulado, por ej., lograr la relación sexual, ventajas económicas, venganza personal, etc., son ajenas al tipo subjetivo, pero pueden servir de antecedentes para la mensuración de la pena. La tentativa y participación se rigen por las reglas generales.

§ 10. RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO

El artículo 136 del Código Penal establece: “*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 pesos a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial por 6 meses a 2 años.*

“*Sufrirá multa de setecientos cincuenta pesos 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*”.

En general, el oficial público del Registro Civil de las Personas habrá de conformar su conducta a las formalidades exigidas por la ley para la celebración de los matrimonios. Pero, en ciertos casos, puede cometer delito participando de distinta manera en la celebración de un matrimonio ilegal, por ej., autorizando el acto no obstante tener conocimiento de la existencia de un impedimento que causa su nulidad absoluta.

El artículo 136 del Código Penal prevé tres modalidades de responsabilidad criminal por parte del oficial público:

- 1) Autorización dolosa de un matrimonio ilegal.
- 2) Autorización culposa (por ausencia de los requisitos legales).
- 3) Celebración dolosa por inobservancia de las formalidades legales.

a) *Autorización dolosa de un matrimonio ilegal.* — Se trata de un caso de autorización, a sabiendas, de un matrimonio ilegal. Esto quiere decir que el oficial público debe conocer en forma asertiva la existencia de un impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio que celebra y que los contrayente, o solo uno de ellos, tienen noticias de él.

El delito exige, por tanto, un elemento subjetivo típico que abarca, no solo el conocimiento cierto del impedimento sino también la voluntad de autorizar un matrimonio ilegal de los comprendidos en los arts. 134 y 135, Cód. Penal.

b) *Autorización culposa.* — El segundo párrafo del art. 136 prescribe un supuesto de responsabilidad culposa del funcionario público, que proviene de su propia negligencia al no haber llenado los requisitos que la ley exige para la celebración de los matrimonios.

Se trata, en suma, de una violación culposa (por inadvertencia o ignorancia) de los recaudos establecidos en los arts. 186 y 187 de la ley 23.515.

c) *Celebración dolosa.* — El delito consiste en celebrar dolosamente un matrimonio al margen de las formalidades exigidas por la ley.

No debe tratarse de un matrimonio ilegal de los tipificados en los arts. 134 y 135, sino de un matrimonio legal, pero que ha sido celebrado sin las formalidades prescriptas por la ley. Estas formalidades son las que están establecidas en los arts. 188 y siguientes de la ley 23.515, por ej., el lugar de celebración del acto, la autorización en casos de menores, la consignación del matrimonio en el acta respectiva, etcétera.

§ 11. RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE DE UN MENOR

El artículo 137 del Código Penal establece: "*En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo*".

Se trata de un caso de responsabilidad penal del representante legítimo de un menor, no de los contrayentes, por haber dado el consentimiento para la celebración de un matrimonio anulable por la existencia de un impedimento impediente (nulidad relativa). El delito es del representante, no de los menores.

El delito consiste en autorizar (prestar el consentimiento) el casamiento de un menor impúber. La minoridad a que hace referencia la ley –al decir de NÚÑEZ– lo es con respecto a la edad mínima para contraer matrimonio, esto es, 16 años para la mujer y 18 para el hombre (art. 166, inc. 5º, ley 23.515) y no a la edad fijada por el art. 127, Cód. Civil para el menor impúber, vale decir, no tener 14 años cumplidos¹⁹.

La tesis es discutible, pues la ley habla de menor impúber y no de menor que no tiene la edad mínima para casarse. Y menor impúber es lo que el Código Civil dice que es, no otra cosa. Precisamente, esta discordancia de edades es lo que llevó a las leyes 17.567 y 21.338 a modificar y adaptar el texto penal a las prescripciones de la ley de matrimonio, reprimiendo al representante legítimo de un menor que diere su consentimiento para que contraiga un matrimonio anulable por razón de su edad. Urge, pues, una revisión del precepto.

¹⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 421.

Sujetos activos son los representantes legítimos del menor, estos es, los padres matrimoniales o extramatrimoniales, los padres adoptivos y el tutor.

El delito es doloso, siendo admisible el dolo eventual. Se consuma cuando el representante legítimo del menor da el consentimiento para el matrimonio de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley (arts. 187, inc. 2º, y 189, ley 23.515). La tentativa es posible.

CAPÍTULO XII

SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL

El artículo 138 del Código Penal establece: “*Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro*”.

Por su parte, el art. 139 del mismo cuerpo legal dictamina: “*Se impondrá prisión de 2 a 6 años*”:

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

“2) *Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años y el que lo retuviere u ocultare*”.

§ 12. CONTENIDO. BREVE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

El Capítulo II del Título IV del Código Penal prevé otras figuras atentatorias del estado civil de las personas distintas de los matrimonios ilegales. El art. 138 contempla la figura básica del delito de supresión del estado civil; el art. 139 tipifica, en el inc. 1º la suposición del estado civil fingiendo preñez o parto, y el inc. 2º, la supresión de la identidad de un menor de 10 años, su retención u ocultación; por último, en el art. 139 bis castiga, en el primer párrafo, la conducta del intermediario en estos delitos, y en el segundo, prevé una agravante en el régimen de

penalidad, cuando los delitos contemplados en el Capítulo fuesen cometidos por un funcionario público o un profesional de la salud.

Como hemos anticipado al iniciar el estudio de estos delitos, la reforma parcial operada por la ley 24.410, al incorporar la identidad como *nomen iuris* del Capítulo II, ha elevado este derecho de la persona a categoría de bien jurídico, por cuanto ha sido entendido como valor fundante, personalísimo, original, del ser humano.

Toda persona tiene derecho a que se respete su primaria identidad, a que se la mantenga inalterable durante su vida, sin que circunstancias externas contribuyan a su manipulación. Aquí la identidad de la persona forma parte de su propia integridad como ser humano. Ya no es un simple aspecto del estado civil, sino que se equipara a él en una misma categoría axiológica. La identidad de la persona adquiere aquí plena autonomía conceptual y jurídica al erigirse como bien jurídico fundamental.

La identidad, insistimos, ha dejado de ser un simple dato del estado civil. Hoy es un derecho y este "derecho a la identidad" tiene jerarquía constitucional. Por lo tanto, es un derecho fundamental que abarca, al decir del senador Cafiero, el derecho del niño a conocer su propio origen.

Cómo debe entenderse este derecho a la identidad es algo que ha preocupado a la doctrina y jurisprudencia. Intentaremos en adelante brindar un esbozo y nuestra particular interpretación sobre la cuestión.

a) *Antecedentes en el derecho comparado.* — El derecho a la identidad personal es fruto de la elaboración doctrinal de la jurisprudencia italiana de los 70. Merced a ella pudo descubrirse, como lo pone de relieve FERNÁNDEZ SESSAREGO, que con independencia de algunos específicos derechos de la persona, como lo son el nombre, la imagen, la intimidad o el honor, existe en el ser humano un interés existencial mucho más profundo digno de tutela jurídica, como es el que corresponde a la identidad de la persona en su dinámica dimensión¹.

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, LL, t. 1990-D, p. 1256.

Las investigaciones teóricas de DE CUPIS en el campo de los derechos de la personalidad permitieron, en realidad, fijar los límites y las características de este nuevo derecho, el de la identidad personal. Decía el jurista italiano que la identidad personal es el ser sí mismo en las propias acciones y en el conocimiento y opinión de los demás, vale decir, ser socialmente. Es propio de esta proyección social de la identidad personal que, —añadía—, siendo susceptible de ofensa externa, está comprendida en la tutela jurídica y puede, por ende, considerarse un bien jurídico. Entre los elementos de la identidad personal, citó DE CUPIS la paternidad, maternidad, caracteres físicos y morales, profesión, acontecimientos diversos de la vida, etcétera².

En el campo de la jurisprudencia, se cita como antecedente de este derecho el fallo que el Pretor de Roma dictó como consecuencia de un hecho sucedido en esa ciudad, en el que estableció la doctrina de que el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a que no se le desconozca la paternidad de las propias acciones y, sobre todo, a que no se le atribuya la paternidad de acciones no propias; en suma, a no ver alterada la propia personalidad individual. Según el juez italiano, cuando a un sujeto se le atribuye mediante la imprenta acciones no verdaderas, que alteran su proyección político-social, se impone la rectificación de la noticia lesiva e inexacta, a fin de restablecer la verdad personal³. Se trató de un caso de desfiguración de la identidad ideológica y social de un hombre y una mujer que, en ocasión de realizarse un referéndum sobre la ley de divorcio, se los presentó en un afiche publicitario como apoyando la abrogación de esa ley, cuando en realidad eran conocidamente partidarios de ella, tanto que habían sido coautores del proyecto de ley que auspiciaba su sanción. Asimismo, en el cartel se daba a entender que dichas personas eran cónyuges y agricultores, sin que revistieran tales condiciones. Según explica FERNÁNDEZ SESSAREGO, en este caso el juez encontró que, a través del cartel publicitario se habían lesionado los derechos subjetivos de las personas involucradas

² DE CUPIS, *Il diritto della personalità*, t. II, p. 3, citado por CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 606 y siguientes.

³ Jurisprudencia citada por ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, vol. 2-C, p. 256.

en la propaganda electoral. Se refería al derecho a la imagen tipificado en el art. 10 del código civil italiano, y al derecho a la identidad personal, no regulado en el ordenamiento jurídico pero sustentado en una cláusula general de tutela de la persona, de rango constitucional⁴.

A partir de este precedente, y de otros más que se sucedieron, el derecho a la identidad pasó a tener plena autonomía frente a otros derechos de la personalidad.

Esta corriente jurisprudencial culmina, al decir de CIFUENTES, con el fallo de la Corte de Casación del 22/6/85, que dijo: "Cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como esta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con la aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva"⁵.

b) *Definición y características del derecho a la identidad.*
Interpretación del nuevo tipo penal. — El estado civil no abarca a la identidad, ni queda abarcado por ella. Ambos bienes jurídicos se encuentran equiparados en la ley, pero sus contenidos son diferentes.

La figura descripta en el art. 139, inc. 2º del Código Penal no tipifica, claro está, la mera modificación del estado civil del menor. La norma va mucho más allá. Ella hace referencia a una situación que podríamos describir como la alteración del ser mismo de la persona, de lo que ella es en sí misma, independientemente de otros aspectos de su personalidad, como son por ej., la imagen, el nombre, la nacionalidad, el nacimiento, etcétera.

La identidad se presenta aquí —como en los demás derechos personalísimos—, como un derecho inherente a la persona, pero que al mismo tiempo trasunta su propia individualidad para constituir un patrimonio cultural propio con características también propias pero, a la vez, distintas a las demás.

El derecho a la identidad se manifiesta como el interés que cada sujeto tiene de ser representado en la vida en relación con

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., p. 1256.

⁵ CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 688.

su verdadera identidad, es decir, a que se lo reconozca como lo que realmente es, en su mismidad, como uno mismo. Se trata de la verdad personal, la de cada uno, cuyos contornos abarcan un complejo y entramado bloque de variados elementos que conforman a lo largo de la vida el patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., de la persona. La identidad personal, en suma, se constituye por el "conjunto de creencias, opiniones y acciones del sujeto en su proyección social"⁶.

El derecho a la identidad surge como un valor distinto del estado civil. Este se identifica con factores físicos o biológicos de la persona, por ej., el nombre, el seudónimo, la fecha de nacimiento, el sexo, etc., datos que sirven para identificarla en el plano social. Estos signos muestran a la persona tal cual es físicamente frente a los demás. Son aspectos fijos, estáticos, que generalmente permanecen junto al sujeto durante toda su vida, aun cuando, excepcionalmente, puedan ser voluntariamente alterados. Todos estos rasgos del ser humano, subraya CIFUENTES, son rasgos de identificación estática que no forman parte del derecho a la identidad, pues esta se nutre de los aspectos culturales y hasta ideológicos del sujeto⁷. La identidad, en cambio, va mucho más allá. Trasunta al hombre físico para mostrar al hombre espiritual. La identidad es dinámica, proyectada hacia lo social, se mueve en un plano fenoménico e intersubjetivo, es mudable con el tiempo, en fin —como bien lo pone de relieve el fallo del tribunal antes citado—, la identidad personal se enriquece, progresá, se degrada, cambia.

El derecho a la identidad se refiere al modo de ser cultural de cada uno. Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y los hábitos⁸.

De aquí que la identidad personal se identifica y, al mismo tiempo, se nutre de la libertad como valor esencial del ser humano. La diferenciación de las identidades personales —nos dice ZÁVALA DE GONZÁLEZ—, sería imposible sin libertad. Esta permite

⁶ SC de Italia, 22/6/85, citato por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit., p. 1260 y siguientes.

⁷ CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 610.

⁸ CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 610.

al hombre hacerse a partir del ser y constituirse en un ser único: realizarse como una cierta y determinada persona⁹. La espiritualidad, añade CORETH, solo es posible desde la libertad. Pero la libertad del libre querer y el libre actuar, en sentido estricto, a su vez sólo es posible sobre la base del conocimiento intelectual, con el que nosotros aprehendemos los valores y posibilidades para elegir. Este proceso supone como condición indispensable, para ser posible, la libertad radical, que se mediatiza a través del conocimiento espiritual, para convertirse en la libertad explícita del querer y del actuar. La libertad es el elemento esencial del espíritu; la existencia espiritual es libre por su misma esencia. En tal sentido, concluye el profesor de la Universidad de Innsbruck, toda la conducta del hombre está sostenida y marcada por una libertad radical, que tiene que medirse y desarrollarse en la realización del conocimiento, la voluntad y la actuación¹⁰. Precisamente por ser libre, el hombre puede, con el tiempo y durante el curso de su vida, cambiar sus creencias, sus opiniones, su ideología, todo lo cual nos demuestra que la identidad es un valor dinámico, mudable, temporalmente variable.

En síntesis, siguiendo a FERNÁNDEZ SESSAREGO, puede definirse a la identidad personal como el “conjunto de atributos y características sicosomáticas (también espirituales y sociales) que permiten individualizar a la persona en la sociedad”. Identidad personal “es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a una cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto ser humano¹¹. La protección de la identidad se vincula, al decir de este autor, con el patrimonio cultural, religioso, ideológico, político, profesional, sentimental y social de la persona¹².

⁹ Ob. cit., p. 198.

¹⁰ CORETH, Emerich, *¿Qué es el hombre? Esquema de una antropología filosófica*, Herder, Barcelona, 1982, p. 112.

¹¹ Ob. cit., p. 1267.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 33.

c) *Diversos aspectos abarcados por el derecho a la identidad.* — La protección jurídica de la identidad personal implica –según lo pone de relieve ZAVALA DE GONZÁLEZ¹³–, el reconocimiento de los siguientes derechos o facultades:

- a) Derecho a una identificación.
- b) Derecho al reconocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar.
- c) Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal.
- d) Derecho a transformar la identidad personal.
- e) Derecho al respeto de las diferencias personales.
- f) Derecho a la verdad sobre la propia verdad personal.
- g) Derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena.
- h) Derecho a actuar según las personales convicciones.
- i) Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones.

Debemos recordar, no obstante, que la autora mencionada no es partidaria de una tajante diferenciación entre lo que podría llamarse la “identificación” de una persona (aspecto vinculado intrínsecamente con los datos del estado civil del sujeto) con su identidad personal, razón por la cual entre los derechos enumerados aparecen algunos que, desde una perspectiva estrictamente penal, se acercan más al estado civil que a la identidad, por ej., el derecho a tener una identificación (nombre, apellido, nacionalidad, etc.). Pero para quienes entendemos que la diferencia resulta de mucha utilidad para comprender el sentido y alcance de la reforma penal, la cuestión cambia sustancialmente. Más adelante volveremos sobre el punto, al analizar los nuevos tipos incorporados al Código Penal.

d) *Antecedentes de la reforma en el derecho argentino.* — La incorporación de este importante bien jurídico en la hermenéutica del Código Penal tiene sus precedentes –según se puso de relieve en las discusiones parlamentarias–, en los hechos acaecidos durante el proceso militar, con el horrible saldo de centenares de niños desaparecidos, de muchos otros manipulados

¹³ Ob. cit., p. 212.

en sus datos biográficos, en el medio de un infame tráfico de personas arrancadas de sus padres mientras permanecían en cautiverio.

Más recientemente, otros hechos sucedidos en el país han demostrado la conveniencia de contar con instrumentos legales más eficaces, por ej., la compra-venta de recién nacidos en los hospitales del Gran Buenos Aires y en otros tantos a lo largo y ancho del territorio nacional, los robos de bebés, la entrega de hijos por parte de madres solteras de bajos recursos a cambio de dinero u otros beneficios, la exportación de niños de corta edad al extranjero, con la consiguiente alteración de la identidad original, etc., hechos canalizados la mayoría de las veces por organizaciones nacionales e internacionales dedicadas al tráfico de menores que actúan en el país o en el extranjero.

Entre los antecedentes jurídicos que han otorgado basamento a esta reforma, tanto provenientes del plano internacional como de nuestro propio derecho positivo, se han citado en los informes parlamentarios (en particular, por el senador De la Rúa), la Constitución nacional, cuyo art. 15 prohíbe la compraventa de personas considerándola un crimen; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 10 de noviembre de 1989 y ratificada por la Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 22/9/90), cuyo art. 7º establece que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Asimismo, el art. 8º dispone que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cabe destacar que muchas de estas manifestaciones de la identidad personal tienen también expreso reconocimiento legal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumentos internacionales que han sido elevados a rango constitucional por el nuevo art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional.

Por lo tanto, el derecho a la identidad personal tiene actualmente en nuestro país categoría constitucional.

§ 12. LOS TIPOS DELICTIVOS

a) *Supresión del estado civil.* — El delito consiste en hacer incierto, alterar o suprimir, por un acto cualquiera, el estado civil de otra persona.

Sujeto activo puede ser cualquiera. Sujeto pasivo tiene que ser una persona con 10 años cumplidos por lo menos, pues si fuera menor de esa edad, según se den las circunstancias típicas previstas, el hecho podría desplazarse a la figura del art. 139, inc. 2º, Cód. Penal.

Sin embargo, creemos que, en ciertos casos, un menor de 10 años puede ser sujeto pasivo de este delito (art. 138). Puede darse este supuesto en aquellos casos en que se altera, hace incierto o suprime el estado civil del menor sin que se ponga en crisis su identidad, por ej., el cambio de nombre y apellido, de su nacionalidad, etc., supuestos que estaban contemplados en el texto anterior. En esta hipótesis, según nos parece, lo que se ha hecho es alterar el estado civil del menor, no su derecho a la identidad, tal como lo hemos entendido anteriormente. Una interpretación diferente resultaría, a nuestro modo de ver, absolutamente incompatible con el sentido de la reforma. Si se entendiera, v. gr., que el cambio de nombre y apellido del menor importa la alteración de su identidad personal, estaríamos confundiendo identidad con estado civil, intereses que tienen —según vimos—, contenidos distintos. Esta interpretación nos lleva inexcusablemente a desvirtuar el sentido de la reforma. Si el cambio de nombre del menor altera su identidad personal, ¿qué queda para el estado civil? Para una interpretación semejante, hubiera bastado con dejar las cosas como estaban y entender que el derecho a la identidad personal es un aspecto del estado civil. Pero, nos parece, que esto no es lo que se quiso legislar. Repárese en algunos párrafos del discurso del senador Alasino, que confirmán lo que venimos sosteniendo: "Esta Convención —dijo el legislador, haciendo referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño— incorporó a su vez algún tipo de valores o bienes a

proteger jurídicamente que en el Código Penal no figuraban. La Convención avanza en dos cuestiones fundamentales: proteger intrínsecamente la vida del niño y proteger su derecho a la identidad, bien, este último, jurídicamente hasta hoy no protegido y que queremos tutelar (...). La identidad adquiere otra dimensión. No se trata solamente del estado civil sino que es omnicomprendido del estado civil. El estado civil empieza a ser una parte de la identidad y esta comienza a tener otra entidad jurídica y moral, que es la que queremos proteger".

De manera que, insistimos, un menor de 10 años puede ser sujeto pasivo del delito que estamos estudiando, solo en aquellos supuestos en que se ataque su estado civil, no su identidad. La edad del sujeto pasivo, en principio, no interesa. Una interpretación sistemática de las normas analizadas permite inferir que el límite de edad está dado por el tipo del art. 139, inc. 2º; si, en cambio, lo que se altera o reforma es la identidad del menor de 10 años, la figura aplicable es la prevista en esta última disposición.

El sujeto pasivo debe ser una persona viva, ya que los muertos no tienen estado civil, no son sujetos de derecho¹⁴. La supresión debe ser del estado civil de otro, de modo que no configura el delito la alteración del propio estado civil.

Las acciones materiales reprimidas por la ley son tres: hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil.

Hacer incierto quiere decir tanto como crear inseguridad, duda, incertidumbre o zozobra. La acción consiste en crear esta situación de inseguridad respecto del estado civil de otra persona, de forma tal que se torne difícil o dudosa la determinación del mismo, o se lo vuelva de difícil comprobación. O, como dice SOLER, de prueba difícil o fluctuante: crear una situación que no permite establecer con la exactitud indispensable cuál sea el verdadero estado¹⁵. *Alterar* el estado civil consiste en modificarlo, total o parcialmente, cambiándolo por otro. Se atribuye a un sujeto un

¹⁴ En contra SOLER (*Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 361), para quien al momento de producirse el delito no es indispensable que el sujeto esté vivo; basta que lo haya estado. Cita como ej. el caso del oculamiento, esto es, el no denunciar como nacido con vida un niño que murió poco después.

¹⁵ Ob. cit., p. 360.

estado distinto al que posee realmente. Se origina un estado civil falso, por ej., cambiando algunos datos o condiciones que presentan a la víctima con otra filiación, otro estado matrimonial, otra nacionalidad, etcétera. *Suprimir* el estado civil es hacer desaparecerlo, sin atribuir otro. Se quita o despoja a la persona su verdadero estado, sin asignarle otro, de forma tal que se desconozca cuál es su estado, a qué familia pertenece, etcétera.

El delito puede cometerse, según la prescripción legal, por un acto cualquiera, de manera que cualquier medio es admisible. Sin embargo, debido a que el medio de comisión más frecuente es la falsedad documental, la cuestión ha dado lugar a divergentes opiniones doctrinarias. La doctrina predominante se ha pronunciado por el concurso ideal con el delito del art. 293, Cód. Penal (FONTÁN BALESTRA, MORENO, DÍAZ, GONZÁLEZ ROURA, CHICHIZOLA, GÓMEZ, etc.). Por el concurso real lo han hecho NÚÑEZ y SOLER¹⁶. Otros, en cambio, han dado prevalencia a la tesis del concurso aparente de tipos penales, que debe resolverse por el principio de especialidad, dando prioridad como figura especial al delito contra el estado civil (MOLINARIO, VIGLIANO MARRA). En nuestra opinión, la concurrencia entre el delito contra la fe pública y el estado civil es material (art. 55, Cód. Penal). Se trata de hechos independientes que, por sí solos, no bastan para afectar el estado civil. La mención expresa que la reforma hizo de los certificados de parto y de nacimiento en el párr. 3º del art. 292, equiparándolos a los instrumentos públicos (art. 297), no significa ningún cambio en la temática que estamos examinando. Lo que puede mencionarse como relevante es que, actualmente, la falsificación o adulteración de estos documentos conforman una circunstancia agravante tanto de la falsedad material del art. 292, como de la falsedad ideológica del art. 293.

Subjetivamente, puede decirse que actualmente es suficiente con el dolo común, esto es, el conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. Antes de la reforma la figura exigía el propósito de causar perjuicio, que podía ser de cualquier naturaleza o contenido (material o moral), para la víctima o para un tercero. No importaba el logro del perjuicio, era suficiente

¹⁶ Ob. cit., p. 365.

con la intencionalidad. Se trataba de un elemento subjetivo del tipo, cuya inexistencia excluía el delito.

De acuerdo con el texto vigente, cualquiera sea la finalidad que persiga el sujeto (altruista o piadosa, incorporar al niño a la familia, darle educación u otros beneficios, etc.), el tipo resulta igualmente aplicable. El fin o motivo que tuvo el autor, solo habrá de tener relevancia con respecto a la graduación de la pena.

La jurisprudencia —antes de la reforma— había dicho que “para que se dé el delito previsto en el art. 138, Cód. Penal, es menester que el agente obre con el propósito de causar perjuicio y, por ello, corresponde absolver al prevenido cuando no se acredite el indicado propósito, como ocurre en el caso en que se obró con el propósito de regularizar la situación de menores ante exigencias escolares y sociales”¹⁷. “La inscripción de una niña como hija de sus abuelos maternos, efectuada por ellos para ocultar la deshonra de la descendiente de 14 años que resultó ser madre, y con el evidente propósito de salvar la honra y dar un estado civil ventajoso a la nieta, no configura el delito de suposición de estado civil”¹⁸.

La doctrina es uniforme en señalar que se trata de una infracción material, de carácter instantáneo, que se consuma cuando el autor ha logrado algunos de los efectos requeridos por las conductas típicas (hacer incierto, alterar, etc.). La tentativa es admisible y no se requiere perjuicio efectivo alguno al estado civil; basta con el propósito de lograrlo. El delito es de peligro concreto y el consentimiento de la víctima funciona como excluyente del tipo.

b) *Suposición de estado civil fingiendo preñez o parto.* — Una lectura general de nuestra doctrina nos muestra un panorama ciertamente divergente sobre la estructuración de esta infracción.

Para NÚÑEZ, la conducta material del delito consiste en que la mujer le atribuye a un niño recién nacido el estado civil de hijo suyo, dentro o fuera del matrimonio. La simulación (fingimiento) de la preñez o del parto son medios para simular el

¹⁷ CFed. Resistencia, *LL*, t. 104, p. 81.

¹⁸ ST Misiones, *Rep. LL*, t. 1971, p. 1853.

hecho real de la parición por la autora del niño cuyo estado civil se altera¹⁹. LAJE ANAYA, por su parte, entiende que la conducta material se traduce en fingir, simular preñez o parto como medio para hacer aparecer como hecho real el nacimiento de un niño cuyo estado civil se altera. Sin embargo –afirma–, no basta la sola simulación; el delito se consuma con la presentación del presunto fruto de ello²⁰. En esta línea se adscriben FONTÁN BALESTRA²¹, CHICHIZOLA²², etcétera.

Una interpretación ajustada al texto de la ley, permite inferir que la acción material del delito presenta una estructuración compleja que se integra con un aspecto objetivo y otro subjetivo. Objetivamente, la acción consiste en fingir preñez o parto. Esto parece que no puede admitir discusión. Subjetivamente, la simulación de estos estados debe estar dirigida a otorgar al supuesto hijo derechos que no le corresponden.

Fingir preñez o parto significa simular todo el proceso biológico del embarazo o del alumbramiento (nacimiento del niño). La preñez o el parto deben ser aparentes, simulados, inexistentes. Si el hecho es real, no se daría la conducta típica y, por ende, el delito. En todo caso, la alteración o suposición quedarían comprendidas en el inc. 2º del art. 139. De aquí que la opinión de NÚÑEZ –a quien sigue CHICHIZOLA–, en el sentido de que siendo real el nacimiento de un niño con vida, la suposición se opere mediante su sustitución por otro cuyas condiciones le permiten adquirir los derechos negados a las condiciones del nacido, p.ej., recibir la herencia dejada para el hijo varón de la mujer que realmente dio a luz una criatura del sexo femenino, no nos parece correcta²³. En este ejemplo, no pueden caber dudas que el parto ha sido real, verdadero y lo que la ley exige es que sea fingido.

No es suficiente con la simulación del embarazo o del parto. Debe existir un niño cuyo estado civil se altera y a quien se le atribuyen los derechos de otro. Este propósito del autor de

¹⁹ Ob. cit., p. 433.

²⁰ Ob. cit., p. 236.

²¹ Ob. cit., p. 247.

²² Ob. cit., p. 239.

²³ Véase NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 434; CHICHIZOLA, Mario I., *Historia del derecho penal argentino*, Einaola, Buenos Aires, 1965, p. 239.

otorgar derechos al falso hijo, configura un elemento subjetivo del tipo que excluye el dolo eventual. El móvil del autor tiene de subjetividad la acción material del delito. Sin embargo, no es preciso que el fin se logre, basta con la intencionalidad. El delito es, por tanto, doloso.

Los derechos que el autor pretende acordar al falso hijo deben ser inherentes al estado civil supuesto, sin que importe cuál sea su naturaleza o contenido. Es uniforme la opinión de que no es necesario que sean derechos patrimoniales.

Sujeto activo solo puede ser una mujer, que es la supuesta madre que se asigna el falso hijo para otorgarle los derechos que corresponden a otro. Sujeto pasivo es el niño a quien se hace pasar por hijo de la autora, pues es a él a quien se le altera el estado civil.

La reforma de la ley 24.410 derogó el párrafo que castigaba al médico o partera que hayan cooperado en la ejecución del hecho. Por lo tanto, la participación de estas personas se rige actualmente por las reglas comunes.

c) *Supresión de la identidad de un menor de 10 años.* — Las conductas punibles previstas en este delito son las mismas que hemos estudiado en oportunidad de analizar el art. 138, con la diferencia que aquí el objeto de la acción es la modificación de la identidad del menor.

El texto anterior hacía referencia a la exposición, ocultación, etc., del estado civil del menor, circunstancia que convertía a la figura en agravante del delito del art. 138. Actualmente, en cambio, se trata de un tipo penal autónomo.

Además, la figura contempla dos nuevas conductas típicas: retener u ocultar a un menor de 10 años, que no estaban previstas en el texto derogado.

El hecho que describe la norma penal en este supuesto es similar al del art. 138, con la diferencia de que la víctima es un menor de 10 años.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, siempre que no concurran las condiciones de autoría exigidas por el segundo párrafo del art. 139 bis. Sujeto pasivo solo puede ser un menor de 10 años. La alteración de la identidad de un mayor de 10 años, inexplicablemente no está prevista en la ley como delito, salvo

que se atente contra su estado civil, en cuyo caso la figura aplicable es la del art. 138.

Si bien la nueva redacción de la ley no hace referencia —como la anterior—, a medios específicos de comisión (exposición y ocultación), la expresión “*por un acto cualquiera*” permite inferir que también estos comportamientos están abarcados por la norma. La reforma, como puede verse, no ha variado en este punto. Cualquier medio de comisión es posible.

La exposición consiste en colocar a la víctima fuera de su medio familiar, de su ámbito natural, de manera que no pueda determinarse con certeza su filiación. La exposición siempre conduce a la incertidumbre o confusión del estado civil del menor. Exposición, sin embargo, no implica abandono. Si esto ocurriera, algunos autores piensan que se dá una hipótesis de concurso ideal con el delito del art. 106, Cód. Penal (NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, CHICHIZOLA, etc.). Otros, en cambio, prefieren el concurso real (SOLER).

La ocultación consiste en impedir que se conozca el verdadero estado civil del menor. La ocultación puede llevarse a cabo creando incertidumbre, alterando o suprimiendo el estado civil del menor, de forma tal que no se pueda saber la condición o filiación del niño, o cualquier otra circunstancia relacionada con su nacimiento. Otros autores piensan que es suficiente con ocultar el estado de familia (ODERIGO).

Lo que el autor debe hacer incierto, alterar o suprimir es la identidad del menor de 10 años, vale decir, el conjunto de creencias, opiniones y acciones del niño proyectadas socialmente, del modo como explicáramos anteriormente.

Es en este punto, según nos parece, donde la reforma merece las más serias objeciones, no por haber incorporado la identidad personal al Código Penal (que es lo más destacable) sino por haberlo hecho del modo más defectuoso posible.

Desde un comienzo debemos subrayar insistiendo que estado civil no es lo mismo que identidad personal, ni conceptual ni ontológicamente. Ya nos hemos referido al punto suficientemente. Creemos que así lo ha entendido el legislador al redactar el nuevo art. 139, inc. 2º. Si el texto anterior hacia expresa referencia al estado civil del menor y la expresión fue reemplazada por la de identidad, es porque seguramente se trata de situa-

ciones distintas. De otro modo, se estaría frente al absurdo de tipificar un fenómeno que ya está contemplado en la ley. Con otros términos, se estaría legislando sobre lo mismo, lo que no nos parece razonable sostener.

De manera entonces, que lo que la nueva normativa prevé no es la alteración del estado civil del menor, figura ya contemplada en el art. 138, sino la alteración de su identidad personal como tipo penal autónomo, circunstancia que habrá de convertir la infracción en un delito de difícil aplicación, pues es de suponer que una persona de menos de 10 años de edad aún carece de la suficiente madurez y trayectoria personal como para forjarse una identidad en el marco de la comunidad social donde habita o desarrolla sus actividades.

De todos modos, la incriminación de estas conductas –insistente reclamadas por la sociedad–, cubren un vacío de impunidad en el plano del desarrollo de la personalidad futura del menor, como así frente a actos que incidan en su origen biológico y en su formación, por ej., los modernos procedimientos de reproducción asistida que tienen una verdadera ingerencia en la realidad biológica del ser humano, el desconocimiento o falsificación de la paternidad de un bebé aún no inscripto en los registros, etc., que ponen en crisis el derecho a la identidad familiar del menor.

Lo cierto es que la figura que estamos examinando puede ser de mayor aplicación en el marco de la vida intersubjetiva de un hombre adulto que en la de un menor. Lamentablemente –según nos parece–, la alteración de la identidad de un mayor de 10 años carece de tutela penal. Creemos que la reforma debiera haberse realizado, para lograr mayor eficacia, a partir de estas premisas:

1) Reemplazar la denominación del Título IV por la de “Delitos contra el estado civil y la identidad”.

2) Art. 139, inc. 2º, con la siguiente redacción: “Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de otro. Si la víctima fuera un menor de 10 años, la pena será de . . .”.

3) Tipificar la compraventa de personas (art. 15, Const. nacional).

4) Agravante genérica para todo tipo de profesional, no solo para los de la salud.

De esta manera, los atentados contra el estado civil estarían incriminados en el art. 138 y en el art. 139, inc. 2º los delitos relativos a la identidad personal (figuras básica y agravada). Tal vez hubiera sido aconsejable una nueva numeración, correlativa para cada delito.

Otro aspecto para lamentar es que tampoco la reforma ha tipificado como delito la compraventa de niños (no obstante su prohibición constitucional), siendo que es, en la casi generalidad de los casos, el punto de arranque del infame tráfico de personas. En el código español actual, está castigado con pena de uno a cinco años de prisión, la entrega de un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, mediando compensación económica, a otra persona, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación (art. 221).

De modo que, en el estado actual de nuestra legislación penal, aunque cueste creerlo, la venta de bebés por parte de sus padres, la compra por parte de terceros, ni el tráfico internacional, están penados como delito. Es la cuenta pendiente de los legisladores con la sociedad.

Subjetivamente, el delito se satisface con el dolo común. El dolo abarca el conocimiento del tipo objetivo. Ya no es necesario, como lo exigía la doctrina frente al texto derogado, el propósito de causar perjuicio, del mismo modo que la anterior figura del art. 138. La tesis, que anteponía este elemento subjetivo típico como condición para la consumación del delito –vale la pena recordarlo–, encontraba fundamento en dos circunstancias: una, de tipo dogmático, que entendía que el art. 138 era la figura básica del atentado contra el estado civil y el art. 139 solo una modalidad agravada. De forma tal que –como señala FONTÁN BALESTRA– por efecto de los principios generales de la adecuación al tipo, el propósito de causar perjuicio, al ser elemento de la figura básica, debía quedar abarcado por las modalidades cualificadas. En síntesis, el elemento subjetivo, consistente en el propósito de causar perjuicio, era exigencia de todas las figuras contenidas en el Ca-

pítulo II del Título de los delitos contra el estado civil²⁴. El otro fundamento tenía carácter histórico, cuyos precedentes se encuentran en las razones dadas por MORENO con respecto al proyecto de 1906, en cuya Exposición de Motivos se dijo: "Hay casos en que se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin perjudicar a nadie. Eso sucede muchas veces cuando se adoptan expósitos y no se tienen herederos. Como entre nosotros no existe ley de adopción, se recurre algunas veces al expediente de simular la existencia del hijo. Los términos generales del art. 143 del proyecto podrían llevar a que se castigase a quien no hubiera tenido el propósito de delinquir, no obstante lo que se establece respecto a la voluntad criminal. He creído conveniente, por eso, referirme al propósito para que no puedan producirse interpretaciones dudosas"²⁵. Si en la figura del art. 139, inc. 2º —como afirma CHICHIZOLA— no se hubiera exigido el propósito de causar perjuicio, se llegaría al absurdo de que quien recoge un expósito y lo hace pasar por hijo propio y le brinda todo tipo de cuidados, no comete delito, salvo que el menor tenga menos de 10 años, con lo cual quedaría burlada la intención del legislador al requerir el propósito de causar perjuicio²⁶.

Las razones dogmáticas e históricas del precepto derogado, demostraban claramente que el propósito de causar perjuicio, requerido expresamente en el tipo del art. 138, era un elemento implícito del delito en el tipo del art. 139, inc. 2º, de forma tal que su inexistencia conducía necesariamente a la inexistencia del hecho típico. El propósito de causar perjuicio era un elemento subjetivo del tipo que requería ser probado en el proceso judicial para que el hecho configure el delito contra el estado civil.

En los repertorios de jurisprudencia sobre el texto anterior pueden registrarse los siguientes fallos: "El art. 139, Cód. Penal, fija una circunstancia de agravación del delito reprimido por el art. 138 del mismo Código, por lo que ante la falta del elemento subjetivo del tipo, no se configura el delito de supresión o suposición del estado civil"²⁷.

²⁴ Ob. cit., p. 236. En igual sentido NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 430.

²⁵ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. 4, p. 349.

²⁶ Ob. cit., p. 239.

²⁷ CCrim. Capital Federal, *LL*, t. 18, p. 905.

"Es punible, en los términos del art. 293, Cód. Penal, la acción de hacer insertar en la partida de nacimiento respectiva declaraciones falsas tendientes a hacer aparecer como propio un hijo ajeno, siempre que de ello pueda resultar perjuicio, aun cuando no existiera el propósito específico de causarlo a que se refiere el art. 138, Cód. Penal"²⁸.

"El propósito de causar perjuicio (dolo específico) lo exige la ley aunque se trate de la alteración del estado civil de un menor de 10 años, pues debe entenderse que la definición del delito en sus elementos básicos la da el art. 138, Cód. Penal, tratándose el caso contemplado por el art. 139, inc. 2º, solo de una figura agravada por la edad de la presunta víctima, con menos posibilidades de defensa. Impune el acto de la alteración del estad civil –o delito fin– por no mediar en el caso el dolo específico que exige el art. 138, Cód. Penal, resulta ilógico reprimir el delito medio de falsificación ideológica en un instrumento público previsto en el art. 293 del mismo Código, máxime cuando esta última disposición legal exige también para la imputación el que pueda resultar perjuicio"²⁹.

"Tanto el art. 138 como el art. 293, Cód. Penal, exigen que se actúe con el propósito de causar perjuicio o de modo que pueda resultar perjuicio. En ninguna de las dos alternativas fácticas que integran el acto único realizado por los procesados –de denunciar como hijo propio el ajeno; o el hacer insertar en la partida de nacimiento declaraciones falsas–, se comprueba la concurrencia del dolo específico de perjuicio que quiere la ley para sancionar casos como el de autos. Debe absolverse a ambos procesados si de sus declaraciones surge claramente que el propósito que los guió fue precisamente el de otorgar a la criatura una mayor protección"³⁰.

"No es punible el reconocimiento como propio de una criatura, inscripta con anterioridad como de padres desconocidos, si pudo creer que era el progenitor y actuó sin propósito de causar perjuicio"³¹.

²⁸ CCrim. Capital Federal, en pleno, *Fallos*, 1:581.

²⁹ CCrim. Concepción del Uruguay, *LL*, t. 72, p. 485.

³⁰ ST Misiones, Sala III, *LL*, t. 31, p. 1853.

³¹ CCrim. Capital Federal, *Fallos*, t. 5, p. 551.

"La anotación en el Registro Civil como propio, de un hijo ajeno, hecho con el consentimiento de la madre, no constituye delito, si su autor no lo realizó con el propósito de causar daño sino de proporcionar beneficios"³².

d) *Retención y ocultación de un menor de 10 años.* — La materialidad del delito consiste en retener, esto es, mantener al menor dentro de un espacio físico determinado.

La conducta puede o no ser la consecuencia de una previa sustracción de la persona de un lugar determinado, aun cuando el autor puede realizar ambas acciones. Se trata de un supuesto de retención física del menor, no de una alteración de su identidad llevada a cabo a través de una retención.

Ocultar quiere decir esconder al menor, conducta que puede, en ciertos casos, superponerse con la retención.

Estas conductas no tienen ninguna explicación razonable en el texto legal. Se trata de comportamientos que ya están tipificados en el Código Penal, sea como delitos contra la libertad individual (arts. 141 y 146), sea contra la integridad sexual (art. 130) o bien contra la propiedad (art. 170), salvo que se haya querido castigar a quien coopera con el autor de la alteración de la identidad ocultando o reteniendo a la víctima, pero, en esta hipótesis, hubiera bastado —nos parece— con las reglas generales de la participación o el encubrimiento. El derecho a la identidad del menor nada tiene que ver con su retención u ocultación.

La retención u ocultación de una persona mayor de 10 años no encuadra en el tipo examinado sino en el de privación ilegal de la libertad personal del art. 141, Cód. Penal. Si se trata de un menor de 10 años, podría plantearse un supuesto de conflicto aparente de tipos penales con el delito del art. 141, en cuyo caso sería de aplicación la figura específica del art. 139, inc. 2º (principio de especialidad). Si el autor hubiera actuado con un propósito especial, v. gr., finalidad sexual, sacar rescate, etc., la infracción quedaría desplazada hacia el rapto o la extorsión.

En síntesis, la figura, por las complejas cuestiones a que puede dar lugar, resulta innecesaria en el Código Penal.

³² Juzg. Civ. San Nicolás, JA, t. 1956-II, p. 394.

e) *Intermediación ilícita.* — El art. 139 bis del Cód. Penal establece: "Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 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".

La figura abarca uno de los tramos del tráfico de personas, que es, precisamente, el que en forma especial ha tenido en cuenta la reforma.

En el régimen anterior, la intermediación ilícita debía ser resuelta de acuerdo con los principios generales de la participación criminal, si es que se entendía que tal conducta era delictiva, por cuanto el intermediador no interviene, generalmente, en los actos de alteración del estado civil o de la identidad.

En la actualidad, se trata de una figura autónoma que reprime, como autor material, a uno de los eslabones más importantes del tráfico de niños.

La intermediación, dice la norma, debe ser ilícita, esto es, al margen de lo que las leyes establecen en materia de adopción o guarda de menores, pues si el autor intermediara para que el niño fuera legítimamente adoptado o entregado en guarda, la conducta sería impune.

La materialidad del delito consiste en intermediar, esto es, intervenir entre quien entrega, vende o cede el menor para que la operación se realice y el autor de la alteración del estado civil o la identidad o el profesional de la salud que extiende el certificado de parto o de nacimiento falsos.

La ley hace referencia a dos modalidades de la intermediación: la facilitación y la promoción (conceptos ya estudiados en el capítulo de la corrupción), pero en verdad estas no son más que dos de las tantas formas en que la conducta puede manifestarse. La mención es solo ejemplificativa. La expresión "*o de cualquier modo*" así lo confirma. En realidad, es en esta etapa del tráfico en que se percibe la intervención del intermediador, vale decir, cuando se capta o descubre a la criatura y se procede,

sea a conectar a sus padres con el futuro comprador o bien a adquirir el niño y exponerlo a la venta. También, naturalmente, la intermediación puede llegar hasta la etapa en que se consigue al profesional de la salud (médico, partera, etc.) para que certifique el nacimiento de la criatura.

La tarea del intermediador puede manifestarse de las más variadas formas, a saber, conseguir información sobre niños expósitos o predispuestos a ser entregados por sus padres, conectar o vincular a madres embarazadas con futuros compradores, adquirir directamente la criatura y ponerla a la venta, lograr el concurso de profesionales de la salud para que presten su ayuda en la expedición de la documentación del niño, inducir a los padres a realizar la operación, otorgar beneficios o satisfacciones de cualquier naturaleza a la madre (especialmente económicas), mientras dura el proceso de gestación, brindarle comodidades o lugares propicios para ocultar el embarazo y evitar la noticia del nacimiento, lograr la documentación necesaria para que los compradores de la criatura puedan abandonar el país, etcétera.

Lo que no parece probable es que el intermediario actúe en la consumación de los actos típicos del art. 139, inc. 1º, pues no se ve cómo puede intermediar en actos de simulación de la preñez o el parto de la mujer que pretende beneficiar a un supuesto niño en perjuicio de otro. En todo caso, si alguna intervención tuviera, así como la otras personas, debería resolverse de acuerdo con los principios comunes en materia de participación criminal.

La figura alcanza a la intermediación gratuita, vale decir, la que se practica sin el reconocimiento de ningún beneficio al dador de la criatura ni al propio intermediario. Esto no quiere decir que, en actos posteriores al tráfico ilícito, no se proponga u obtenga, para sí o para un tercero, satisfacciones de cualquier naturaleza, inclusive económicas. Para la ley resulta indiferente que haya mediado o no precio o promesa remuneratoria en favor del donante o que el intermediario haya hecho uso de amenazas o abuso de autoridad para lograr la entrega del niño. En la hipótesis que se hubiere empleado violencias de otro género, por ej., físicas, el hecho da lugar a un concurso material entre el delito que estamos estudiando y el de lesiones.

En el derecho comparado, solo el nuevo Código español prevé la conducta del intermediario, castigando con la misma pena de la

compraventa de personas (uno a cinco años de prisión), aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero (art. 221.2).

§ 14. AGRAVANTE

La figura se agrava cuando, en la comisión de alguno de los delitos previstos en el Capítulo II, el autor es funcionario público o profesional de la salud. Vale decir que la agravante no se limita a la intermediación ilícita sino que es común para todas las figuras del Capítulo.

La regla es taxativa, solo rige para el funcionario público y el profesional de la salud. Por lo primero debemos entender a todo empleado o funcionario que, con autoridad o sin ella, participa en forma accidental o en forma permanente en el ejercicio de funciones públicas, haya sido elegido por voluntad popular o designado por autoridad competente (art. 77, Cód. Penal). La expresión empleada, como vemos, en el sentido amplio del Código Penal, no en el restringido del derecho administrativo.

Por lo segundo, debemos entender a todo profesional que ejerza el arte de curar, es decir, que posea título habilitante, reúna o no las exigencias administrativas para el ejercicio activo de la profesión. La expresión y abarca, por ej., al médico diplomado, obstetra, partero, enfermero profesional, farmacéutico, personas con títulos sanitarios, practicante autorizado, etcétera. Están excluidos —omisión que no dudamos en calificar de insólita—, otros profesionales que, según las páginas de diarios y revistas de todos los días, intervienen frecuentemente en el tráfico ilegal, por ej., abogados, escribanos, etcétera.

Se trata de una figura especial impropia, pues requiere en sus autores una cualidad particular e implica, según creemos, un apartamiento de las reglas generales de la participación criminal (se identifica al simple partícipe con el autor principal). Esto no quiere decir, claro está, que no intervengan otras personas a quienes no alcanza la agravante, sea por no haber ejecutado actos típicos de intermediación, o bien, por no haber realizado alguna de las conductas previstas en los delitos específicos contra el estado civil o la identidad, pero que prestan una ayuda

o cooperación que contribuyen a su perpetración, por ej., policías, funcionarios del poder judicial o de la administración central (Secretaría del Menor y la Familia, Institutos de menores, etc.). En estos casos, estos sujetos no cometan (como autores) las conductas previstas como delictivas en el Capítulo, sino que participan en la comisión de estas, de manera que en estos supuestos son de aplicación las reglas comunes de la participación criminal.

El delito es doloso y la pena aplicable es la que corresponde a la figura básica con más la de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.

El Código Penal español castiga con pena agravada la comisión de estos delitos cuando el autor fuera facultativo, autoridad o funcionario público, en el ejercicio de su profesión. El término facultativo comprende a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria (art. 222).

PARTE QUINTA

TÍTULO V: "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD"

CAPÍTULO XIII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

§ 1. REFERENCIAS GENERALES SOBRE ESTOS DELITOS

El Título V del Código Penal, que agrupa un conjunto de infracciones bajo la denominación común de "Delitos contra la libertad", se compone de seis capítulos, el primero, denominado "Delitos contra la libertad individual", comprende los arts. 140 a 149 ter; el segundo, "Violación de domicilio", abarca los arts. 150 a 152; el tercero, "Violación de secretos", los arts. 153 a 157; el cuarto, "Delitos contra la libertad de trabajo y asociación", los arts. 158 y 159; el quinto, "Delitos contra la libertad de reunión", el art. 160, y el sexto, "Delitos contra la libertad de prensa", el art. 161.

En su propia evolución legislativa, estos delitos han sufrido diversas y significativas variantes, fundamentalmente por la reformas operadas en los últimos años, merced a las cuales se han introducido nuevas figuras al Código Penal, pero otras han sido derogadas.

La distribución actual de la materia y la denominación del Título provienen del proyecto de 1891, el cual, contrariamente a los proyectos anteriores (Tejedor y Código de 1886), que habían

seguido al pie de la letra los antecedentes españoles, se encolumnó en la línea legislativa del Código italiano de 1889. La diferencia entre aquel proyecto y el Código actual reside, según lo pone de relieve SOLER, en que aquel previó los delitos contra la libertad de cultos y contra la libertad política, pero omitió referirse —como el vigente— a los delitos contra la libertad de prensa¹.

Se debe al proyecto de 1906 el capítulo de los delitos contra la libertad de trabajo, mientras que por el proyecto de 1917 desaparecen los delitos contra la libertad política y de cultos, siguiendo la misma suerte las coacciones y amenazas.

La sistemática actual es el fruto de diversas reformas parciales al Código Penal, que se han producido, particularmente, a partir del advenimiento de la democracia en la Argentina.

§ 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La sistematización de los delitos contra la libertad en forma autónoma e independiente de otras infracciones es, esencialmente, obra de los tiempos modernos². Esto es explicable, dice SOLER, porque la libertad, con relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto de toda norma jurídica. No se puede concebir, en realidad, derecho alguno sino con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce, al mismo tiempo, la libertad de ejercicio³.

La libertad es un fenómeno que puede ser abordado desde múltiples perspectivas: filosófica, política, sociológica, psicológica, histórica, jurídica, etcétera. En este sentido, se ha dicho que quizás no haya ningún otro término filosófico que agite más a los hombres o haya originado mayores torrentes de retórica verbal o escrita. Libertad es término que posee una fuerte carga

¹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 4, p. 10.

² SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 3 y ss.; DI RENZI, Luis R., "Delitos contra la libertad", en *Manual de derecho penal*, "Parte especial", dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 243.

³ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 2.

emotiva, al punto de que pocos se oponen a ella. En nombre de la libertad se han cometido crímenes de todo orden o se la ha suprimido de hecho, so pretexto de defenderla⁴.

La libertad es un bien personal e intransferible del individuo. Libertad y persona presuponen una conexión inseparable. No puede existir la una sin la otra. La negación de la libertad implica, lisa y llanamente, la negación del hombre y de su vida misma. Decía ORTEGA Y GASSET que “vivir es constantemente decidir lo que vamos a ser; mi vida antes que simplemente hacer es decidir un hacer, es decidir mi vida; vida es, a la vez, fatalidad y libertad, es ser libre dentro de una fatalidad dada”⁵. Con similar razonamiento, POLAINO NAVARRETE expresa que la libertad personal, en cuanto integra una esencial cualidad humana y una facultad consustancial al individuo, no es creada por las constituciones ni por las leyes, sino que radica en la propia estructura existencial del ser humano en cuanto único titular de derechos y deberes. Constituye un bien innato del hombre, que como tal ha de ser valorado por el ordenamiento jurídico; un derecho inherente al individuo que con él nace y solo con el término de su existencia se extingue. Es anterior y superior a las leyes escritas: pertenece al grupo de los derechos socialmente reconocidos y garantizados por las legislaciones de todos los países⁶.

El ser humano no es libre porque así lo reconozca el ordenamiento jurídico, sino porque nace libre. La ley solo ratifica su condición y provee a su tutela a través del precepto normativo. El hombre es libre por naturaleza y, si existiera una ley que desconociera tal libertad, sería una ley arbitraria e inconstitu-

⁴ FRONDIZI, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, p. 157.

⁵ ORTEGA Y GASSET, José, *¿Qué es filosofía?*, 4^a ed., Revista de Occidente, El Arquero, Madrid, 1965, ps. 238 y siguientes.

⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad”, en *Curso de derecho penal español*, “Parte especial”, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. 1, p. 193. El hombre, destaca BLANCO LOZANO, es libre por su condición de hombre, establezcan las normas lo que establezcan y hagan los hombres lo que hagan. Del mismo modo que ninguna norma ni cualesquiera otros actos humanos pueden restringir la personalidad o la dignidad del hombre, por ser atributos consustanciales a este, tampoco pueden, por la misma razón, restringir su libertad (“Libertad y tutela jurídico-penal”, *Estudios penales y jurídicos. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, España, 1996).

cional. No se trata de un bien creado y atribuido normativamente. No sin razón decía SARTRE que "estamos condenados a ser libres. Nuestra libertad —enseñaba el pensador francés— no tiene límites, excepto la libertad misma". El ordenamiento internacional ha reconocido este valor inherente a la persona como cualidad consustancial de esta, pudiendo citarse, a título de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que en su art. 1º declara que todos los seres humanos nacen libres, o la Constitución de Honduras de 1982, cuyo art. 60 establece expresamente: "Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos".

Sin libertad personal es inconcebible una vida en sociedad⁷. La libertad, dice LEGAZ Y LACAMBRA, pertenece esencialmente a la persona, no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la misma raíz metafísica de la vida. El derecho recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la libertad jurídica de las personas. En cuanto forma social de vida, el derecho es la libertad jurídica. Pero la libertad jurídica es libertad organizada, precisada, recortada⁸.

La libertad no es un bien absoluto sino esencialmente relativo⁹.

Así como el hombre es un ser finito, y por lo mismo condicionado y relativo —subraya CORETH—, tampoco su libertad es absoluta, sino relativa y condicionada de múltiples maneras: por el mismo ser finito del hombre, y ante todo por la situación concreta e histórica en la que nos encontramos, con una posibilidad siempre limitada en virtud de la cual hemos de decidirnos. Se

⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan F., "El bien jurídico protegido en el delito de coacciones", en *Estudios penales*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 757.

⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 3^a ed., ps. 770 y ss., cit. por HIGUERA GUIMERÁ, Juan F., ob. cit., p. 757.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, "Parte especial", 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 136; RODRÍGUEZ DEVESÀ, José M., *Derecho penal español*, "Parte especial", Madrid, 1980, p. 274, HIGUERA GUIMERÁ, Juan F., ob. cit., ps. 759 y ss.; CORETH, Emerich, *¿Qué es el hombre? Esquema de una antropología filosófica*, Herder, Barcelona, 1982, ps. 142 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. 5, p. 254; POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 193: "La libertad no es un concepto absoluto e indeterminado, sino relativo y limitado, pero real y positivo".

trata, además, de una libertad ligada, en el sentido de que preexisten a nuestra libre decisión unos valores y normas morales. Libertad no equivale a capricho insensato, sino que significa un autodesarrollo razonable en la afirmación y realización del bien, y como tal está vinculada con el bien, con lo que debe ser. Solo entonces alcanza la libertad humana su sentido¹⁰.

Se ha dicho también que la organización social impone una serie de limitaciones al comportamiento humano que, al no poder ser determinados de una vez para siempre, impiden una fijación absoluta de la esfera de libertad correspondiente a cada uno; por eso, al hablar de libertad, hay que situarse en un contexto social y político determinado¹¹.

Si bien la libertad es un bien inmaterial, de carácter complejo y con múltiples dimensiones¹², cuyo concepto admite una pluralidad de sentidos desde el punto de vista de la teoría del derecho¹³, como bien jurídico penal debe ser entendida en un sentido amplio y a partir del imperativo constitucional que remarca el art. 19 de la Carta Fundamental, que abarca no solo aquello que está regulado como lícito sino también lo no regulado, estableciendo un espacio de libertad tanto con respecto a lo que la ley no prohíbe cuanto con respecto a lo que la ley no manda¹⁴. Las acciones no reguladas o no prohibidas son acciones libres.

La protección penal de la libertad abarca tanto el libre despliegue (capacidad de acción) de la conducta humana como las zonas más íntimas y espirituales del hombre, en cuyo ámbito la injerencia del Estado sería arbitraria e ilegítima. La libertad protegida por el ordenamiento penal es la libertad civil, no la política ni la religiosa.

La libertad es un valor fundamental de nuestra existencia humana. Su esencia está reconocida como tal por la Constitución nacional, inclusive desde el propio Preámbulo, al asegurar “los

¹⁰ CORETH, Emerich, ob. cit., p. 142.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 136.

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, 2^a ed., Ariel, Barcelona, 1986, p. 87.

¹³ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 18.

¹⁴ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 19. Véase el desarrollo que hacen MORAN MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura T. A., en *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1972, ps. 41 y siguientes.

beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

Su reconocimiento como derecho humano fundamental proviene no solo del texto expreso del art. 19, Const. nacional, que declara enfáticamente que: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”, sino de los propios tratados internacionales que han sido incorporados a su plexo normativo (art. 75, inc. 22, Const. nacional), entre los que puede destacarse la ya citada Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 3º prescribe: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, reconocimiento que ha sido consagrado por la generalidad de los instrumentos internacionales enumerados taxativamente en el texto constitucional. Conforme con ello, la libertad, como derecho humano fundamental por excelencia, junto a la vida, el honor y otros derechos de igual rango constitucional, v. gr., la integridad personal, la dignidad, la intimidad, etc., se encuentra en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el particular tiene dicho la jurisprudencia que “los seis capítulos que conforman el Título V del Libro Segundo del Código Penal, guardan directa relación con los derechos y garantías que la Constitución nacional asegura en el art. 14 y concordantes. Por ello, el concepto penal de la libertad personal encuentra su sentido exacto en el valor que ella tiene en la Carta Magna”¹⁵.

Idéntico reconocimiento como derecho humano fundamental recibe en el marco del derecho constitucional comparado. La Ley Fundamental alemana (1949) prescribe en su art. 2, 2 que: “La libertad de la persona es inviolable y solo puede ser cortada por la ley”; la Constitución española (1978) establece en su art. 17-1 que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia

¹⁵ CFed. San Martín, Sala I, 5/6/92, ED, t. 150, p. 566.

de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley"; la Constitución italiana de 1947 declara en su art. 13 que: "La libertad personal es inviolable". En el ámbito latinoamericano pueden citarse, entre otras, las constituciones de Brasil de 1988 (art. 5º), Uruguay de 1967 (art. 7º), Paraguay de 1992 (art. 9º), México de 1917 (art. 14), etcétera.

Resumiendo lo expuesto, podemos concebir la libertad personal —en el amplio sentido en que debe ser entendida como bien jurídico penal—, como la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera arbitraria o ilegítimamente en la esfera de reserva o de intimidad personal, con la sola limitación que impiden el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley¹⁶.

§ 3. DISTRIBUCIÓN DE LA MATERIA

El título V que estamos analizando agrupa un catálogo de figuras bajo una rúbrica común: "Delitos contra la libertad individual", y que tienen directa referencia con la libertad individual entendida en un doble aspecto, como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o *psique* del sujeto pasivo).

Con esta sistemática, el Código Penal tipifica los delitos de reducción a servidumbre o condición análoga (art. 140), privación ilegal de la libertad personal (arts. 141, 142 y 142 bis), atentados contra la libertad personal cometidos por funcionarios públicos (arts. 143, 144, 144 bis —ley 14.016—, 144 ter, 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), ocultación de menor (art. 149) y amenazas y coacciones (arts. 149 bis y 149 ter).

¹⁶ Nuestra definición coincide básicamente con las de NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 20; SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 23, y MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., p. 35.

**§ 4. REDUCCIÓN A SERVIDUMBRE
O CONDICIÓN ANÁLOGA**

El artículo 140 establece: “*Serán reprimidos con reclusión o prisión de 3 a 15 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*”.

Históricamente este delito fue conocido con el nombre de “plagio”, palabra que deriva del griego *plagiuss* —que significa obliquo, retrógrado (metafóricamente, doloso)—, y de *plagión*, cosa fraudulenta¹⁷. Esta significación etimológica del vocablo coincide con la del diccionario de la lengua, cuya voz “plagiar” (del latín, *plagiare*) significaba, en la antigua Roma, la compra de un hombre libre sabiendo que lo era y retenerlo en servidumbre, o utilizar como propio un siervo ajeno¹⁸.

La figura tiene su origen remoto en la institución jurídica de la esclavitud del antiguo derecho¹⁹. En el derecho comparado italiano del siglo pasado, observamos que el Código toscano castigó tanto el plagio de mayores como el de menores, a diferencia de la actual legislación que contempla los delitos de reducción a esclavitud (art. 600), la trata y comercio de esclavos (art. 601), la enajenación y adquisición de esclavos (art. 602) y la comisión en el exterior en perjuicio de un ciudadano italiano (art. 604). El delito de plagio, que estaba previsto en el art. 603 del Código Penal italiano como el sometimiento de una persona al propio poder, de modo de reducirla a un total estado de sujeción, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional el 9 de abril de 1981, debido a su contradicción con el art. 25, párr. 2º de la Ley Fundamental que establece que nadie puede ser penado si no es por una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho (principio de taxatividad del tipo penal).

¹⁷ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, “Parte especial”, Temis, Bogotá, 1972, vol. IV, p. 454, nota 305.

¹⁸ *Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana*, Sopena, Buenos Aires, 1961, t. 3, p. 184.

¹⁹ Para el desarrollo histórico legislativo del plagio, véase CARRARA, Francesco, *Programa*, Temis, Bogotá, 1972, vol. II, t. 4, ps. 489 y siguientes.

Entre nosotros, el precepto del art. 140, Cód. Penal, proviene del proyecto de 1891, con el que se creyó castigar la compraventa de personas prevista como crimen en el art. 15 de la Const. nacional, cuyo texto, recordamos, expresa: “*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 de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, 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*”.

En la actualidad, luego de la reforma constitucional de 1994, la reducción a esclavitud o servidumbre, en todas sus formas, está expresamente prohibida en varios de los documentos internacionales introducidos por el art. 75, inc. 22, Const. nacional, por ej., la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 6º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8º), etcétera. Para la Convención de Ginebra de 1926, la “trata” comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para reducirlo a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión para venta o cambio de un esclavo adquirido; como también, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Entre nosotros, el delito previsto en el art. 140, Cód. Penal, no consiste en reducir a una persona a esclavitud²⁰. Esta situación no es posible en el estado actual de nuestro derecho. En la Argentina no hay esclavos, dice el art. 15 de la Const.

²⁰ Como parecen entenderlo SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 26: “Dados los antecedentes de la infracción, es claro que con el término servidumbre se ha sustituido la palabra esclavitud, pero no se ha corregido fundamentalmente el concepto” (los destacados son del autor); FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., t. V, ps. 263 y ss.; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, “Parte especial”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. 3, p. 336; DI RENZI, Luis R., “Delitos contra la libertad”, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, dirigido por el Dr. Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 246. Con nuestra opinión, BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 438.

nacional. Por consiguiente, no resulta posible reducir a un sujeto a una condición que el propio derecho rechaza su existencia. Entre nuestros precedentes, sin embargo, el proyecto de 1960 castigó como delito tanto la reducción a esclavitud como la realización de cualquier contrato de compraventa de personas.

El núcleo de la conducta punible que describe el art. 140 del Cód. Penal consiste en reducir a una persona a "servidumbre" o a una "condición análoga", o en recibirla para mantenerla en tal condición. Discuten SOLER y NÚÑEZ acerca de si la servidumbre importa un verdadero dominio psíquico de la víctima. El primero entiende que se trata de un estado de 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. NÚÑEZ, en cambio, sostiene que esa relación de dominio psíquico no es indefectible, sino que se trata de una modalidad viciosa y abusiva de una relación de servicios.

La servidumbre es una situación de hecho que implica un estado de sometimiento o sujeción de una persona al poder, dominio o voluntad de otra. La esclavitud, en cambio, es una situación de derecho, un verdadero y propio *status* jurídico, consistente, según la Convención de Ginebra antes citada, en un estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen las atribuciones del derecho de propiedad o algunas de ellas.

Por "condición análoga" –expresión tomada del Código italiano de 1889– debe entenderse, aunque pueda parecer pleonástico, toda situación parecida o semejante a la servidumbre, que reúne en sí misma sus características esenciales²¹, por ej., el comercio de mujeres; la explotación de niños en tareas laborales que se llevan a cabo bajo condiciones infráhumanas, para practicar la mendicidad o la prostitución callejera; la explotación de la mano de obra extranjera barata (inmigrantes ilegales), etcétera.

La conducta punible del primer tipo legal, decíamos anteriormente, consiste en "reducir" (sujetar, someter, constreñir,

²¹ MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., p. 92. Para BREGLIA ARIAS y GAUNA, la condición análoga se diferencia de la servidumbre en que no media una relación de servicio (ob. cit., p. 438); con igual opinión CREUS, Carlos, *Derecho penal*, "Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 275.

adaptar, etc.) a un individuo a servidumbre o a otra condición análoga. A esta situación el autor puede llegar por cualquier medio, por ej., por violencia, engaño, persuasión, etc., siendo indiferente el propósito perseguido. Lo que importa es que, valiéndose de cualquier medio, el autor logre un estado de subordinación o sometimiento de la víctima. El consentimiento libremente prestado excluye el delito²².

En esta modalidad, el delito es material y de carácter permanente. Se consuma cuando se logra la situación de servidumbre, manteniéndose la consumación mientras dicho estado continúa. La infracción es dolosa y resultan admisibles las formas imperfectas de comisión.

La segunda modalidad delictiva consiste en “recibir” a una persona que ya se encuentra en una situación de servidumbre, “para mantenerla en tal condición”. Esto sucede si el autor recepta a un sujeto que se encuentre sometido a un régimen de servidumbre con la finalidad de mantenerlo en la misma situa-

²² NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 26. Con igual criterio, BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar R., ob. cit., ps. 438 y ss.; CREUS, Carlos, ob. cit., t. 1, p. 286. En contra, SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 27 y ss.; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., ps. 266 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, no obstante sostener que la libertad es un bien jurídico disponible por excelencia, hace la salvedad en los casos en que con su disposición se logre su negación (como en la hipótesis de la esclavitud), *Manual de derecho penal. "Parte especial"*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 87. En opinión de BLANCO LOZANO, la libertad es un bien inalienable e indisponible, caracteres derivados de su consustancialidad a la persona (“Libertad y tutela jurídico penal”, *Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Estudios Penales y Jurídicos, Córdoba, 1996, p. 77); por esta razón, entiende este autor que si se parte de la base de que la libertad es inherente a la persona, habrá que aceptar que esta no puede dejar de ser libre: no es posible ser persona y no tener libertad, por lo tanto, el individuo está condenado a ser libre, encadenado a su libertad, y a pesar de ello, sigue siendo libre; en cuanto a la consideración del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, no resulta en absoluto incompatible con la indisponibilidad de la propia libertad, siendo más bien todo lo contrario: consentir no significa renunciar a la libertad, sino hacer uso de la misma (ob. cit., p. 77, nota 33). Cabe destacar que, para este autor, el bien jurídico protegido por el derecho penal no es en realidad la libertad, sino el ejercicio de la misma, ya que de admitirse que es la libertad, se llegaría a la absurda consecuencia de que el derecho penal está protegiendo un bien que no puede ser dañado. De ahí —concluye— que los denominados delitos contra la libertad sean propiamente delitos contra el ejercicio de la libertad (ob. cit., p. 81).

ción. La figura requiere, entonces, la concurrencia de un particular elemento subjetivo que especializa el tipo: la intención del autor de mantener al siervo en la misma condición de servidumbre en que lo recibió. De modo que cualquier otra finalidad, por ej., liberar a la víctima, torna atípica la conducta.

El delito, a diferencia del tipo anterior, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento en que el agente recepta a la víctima. La infracción es dolosa, siendo compatible únicamente con el dolo directo.

§ 5. PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL

Los delitos que tienen su objetividad jurídica en una privación de la libertad personal generalmente hacen referencia a un ataque a la libertad, entendida como la facultad del sujeto de obrar físicamente, vale decir que el objeto inmediato de ataque es la libertad física del individuo, entendida en su doble manifestación: como libertad de movimiento corporal y como libertad de locomoción (denominada también libertad ambulatoria). Este es el caso de los delitos que vamos a estudiar en este capítulo.

Precisamente, lo que caracteriza este grupo de infracciones es que la libertad es el objeto directo e inmediato de ataque, separándose de otras figuras en las que el atentado a la libertad solo actúa como un medio para lograr la lesión de otro bien jurídico (delitos pluriofensivos), por ej., el robo, en el que si bien su comisión pone en crisis la libertad personal, el objeto de ataque es la lesión de la propiedad ajena; o en la violación, en la que el bien jurídico principalmente afectado es la libertad sexual de la víctima²³.

El Código Penal contempla estos delitos distinguiendo, según los casos, entre aquellos cometidos por particulares y los cometidos por funcionarios públicos. Aunque parecería ser que la excepción está dada en los delitos de tortura, en los que la regla general es que el autor sea generalmente un funcionario público, ya que la ley contempla la posibilidad de que un particular in-

²³ Conf. RODRÍGUEZ DEVESA, José M., ob. cit., p. 275.

tervenga en la ejecución de estos hechos (art. 144 ter, inc. 1º, Cód. Penal), más adelante veremos, al analizar los tipos concretos relacionados con la tortura y otros tratamientos crueles y degradantes, la incidencia que la reforma constitucional de 1994 ha tenido en esta materia.

El capítulo tiene previsto el tipo básico de la privación ilegal de la libertad personal en el art. 141, mientras que en el art. 142 se encuentran tipificadas las figuras agravadas. El art. 142 bis contempla, en el párr. 1º, el delito de secuestro y, en el párr. 2º, los tipos agravados. Todas las disposiciones del capítulo fueron incorporadas por la ley 20.642.

a) *Tipo básico.* — El art. 141 establece: “*Será reprimido con prisión o reclusión de 6 meses a 3 años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal*”.

En este delito se tiene en cuenta la libertad en un sentido físico o corporal, vale decir, como libertad de movimientos, que abarca no solo la facultad de moverse o disponer del propio cuerpo según la propia voluntad, sino también el derecho de trasladarse de un lugar a otro sin ningún tipo de interferencias o impedimentos. El objeto de ataque de esta infracción abarca, por lo tanto, la facultad de la persona de fijar libremente su situación en el espacio como la de efectuar movimientos dentro del radio de acción deseado y derivados de su propia decisión.

En nuestro ordenamiento, a diferencia de otras legislaciones que describen un número tasado de conductas, como por ej., la española (art. 163.1: “*El particular que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad*”), tienen cabida distintos comportamientos que se inscriben en la sola descripción del resultado –privar de libertad a la víctima–, de manera que se admite cualquier forma de ejecución, modalidad que han seguido, entre otros, los Códigos penales de Alemania, Austria, Suiza, Portugal, Honduras, Paraguay, etcétera²⁴.

La “acción” típica consiste en privar ilegítimamente a otro de su libertad personal. Esto puede llevarse a cabo con o sin

²⁴ Véase la crítica que hace al sistema español José Miguel PRATN CANUT, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, obra dirigida por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 143.

el traslado de la víctima de un sitio a otro, encerrándola en algún lugar, constriñendo su facultad de locomoción o imponiéndole un determinado comportamiento.

El delito, que generalmente requiere una actividad, puede cometerse por omisión (impropia), cuando el agente está obligado a hacer cesar una situación de privación de libertad preexistente y no lo hace²⁵. Se pueden citar como ejemplos susceptibles de ser cometidos por omisión, el caso del usuario del transporte público que no puede abandonar el medio de transporte por negarse el conductor a parar y abrir la puerta; el guía que, habiendo introducido a un grupo de turistas en una gruta subterránea laberíntica, omite ir a sacar a uno que no puede encontrar la salida; quien siendo lazareño de un ciego o la persona auxiliar de un impedido físico omite el comportamiento que posibilita a aquellos el abandono de un lugar; cuando al patrón le pide a su criado que lo encierre durante la noche, pues padece de sonambulismo, y este a la mañana siguiente no le abre la puerta; el conserje de un museo que, habiendo dejado encerrada fortuitamente a una persona dentro, no abre la puerta cuando esta le hace notar tal circunstancia; negarse a liberar a quien se le ha entregado en cautiverio, etcétera²⁶.

La ley no limita los "medios" de comisión, de manera que, salvo aquellos que impliquen un agravamiento, cualquiera es admisible, por ej., coerción, engaño, sujeción, mantenimiento en estado de error, etcétera. La doctrina es uniforme en que el consentimiento, libremente prestado, excluye el delito. Sobre esta cuestión nos dice POLAINO NAVARRETE 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

²⁵ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 36. Igualmente NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 34, y FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 272. En la doctrina española está admitida la modalidad omisiva, confr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 24; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 121; MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 151.

²⁶ Los ejemplos son citados por DIEZ RIPOLLÉS, José L., en *Comentarios al Código Penal*, "Parte especial", coord. junto con Luis GRACIA MARTÍN, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, vol. 1, p. 731, y por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 121.

hacer extensible el ámbito de la relevancia justificante tanto al consentimiento real como al presunto²⁷. Al respecto, algunos autores piensan que el consentimiento prestado por la víctima debe considerarse como una causa de atipicidad (DIEZ RIPOLLÉS, CÓRDOBA RODA, BUSTOS RAMÍREZ, RODRÍGUEZ DEVESÀ, SERRANO GÓMEZ, CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ, CUSSAC, etc.), mientras que otros lo consideran una causa de justificación (MUÑOZ CONDE, POLAINO NAVARRETE, BAJO FERNÁNDEZ, DÍAZ MAROTO, etc.).

“Sujeto activo” puede ser cualquier persona, inclusive un funcionario público, siempre que no actúe en el ámbito propio de su actividad funcional, pues, siendo así, la conducta se desplazaría hacia el art. 144 bis., inc. 1º, Cód. Penal. Con respecto a la persona que realiza actos de custodia o vigilancia de la víctima privada de su libertad, se entiende que está realizando una conducta de autoría y no de participación en el delito.

Están exentos de reproche penal los particulares que practiquen la detención de una persona en los términos autorizados por la ley, por ej., cuando se dé la situación prevista en el art. 290 del Cód. Procesal Penal Corrientes, esto es, en casos de flagrancia delictiva (arts. 286 y 287, Cód. Procesal Penal) o en casos de tentativa de delito o de fuga de un detenido legalmente (art. 288, Cód. Procesal Penal).

“Sujeto pasivo” puede ser cualquier persona, siempre que en el momento del hecho pueda expresar su voluntad. En consecuencia, no revisten esta condición el niño de pocos días, el enfermo mental en estado catatónico, retrasados mentales profundos o esquizofrénicos especialmente en fase residual, la persona inconsciente, la persona dormida, etcétera. Algunos autores, sin embargo, entienden que no es preciso que el sujeto pasivo tenga posibilidad de movimientos, si es trasladado contra su voluntad, o en su caso, la de sus representantes, como ocurre con personas inconscientes, paralíticos, etcétera²⁸.

²⁷ Ob. cit., p. 202.

²⁸ Conf. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, en AA. VV., *Código Penal comentado*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1990, p. 906. Para DIEZ RIPOLLÉS, sujeto pasivo de estos delitos lo es todo aquel que tenga capacidad volitiva 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 significado de su decisión (ob. cit., p. 716).

También pueden ser sujetos pasivos aquellas personas que, estando ya privadas de su libertad legítimamente, como sucede con los reclusos, se les incrementa el estado de su detención al margen de las normas establecidas en el régimen penitenciario, produciéndose, de tal manera, una nueva afección del bien jurídico, que convierte la conducta en delictiva.

Con respecto al funcionario público como autor del delito, la jurisprudencia tiene resuelto que los atentados contra la libertad cometidos 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 art. 142, inc. 1º, Cód. Penal. 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 art. 142, inc. 4º, Cód. Penal²⁹.

La privación de la libertad debe ser "ilegítima". Esto supone, objetivamente, que la conducta sea contraria a la ley (antijurídica) y, subjetivamente, que el autor obre con la conciencia de que su accionar es formal o sustancialmente arbitrario. Algunas situaciones pueden quedar justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho, deber, profesión, oficio o cargo, por ej., el derecho de corrección de padres o maestros, la internación de enfermos mentales peligrosos en centros de salud o en centros de educación especial en contra de la voluntad de la persona, etcétera. Sin embargo, el ejercicio de estas facultades que derivan de los derechos deberes de orden familiar deja de ser legítimo y deviene antijurídico en los supuestos de atribuciones subjetivas unilaterales y abusivas prácticas de las mismas.

Subjetivamente el delito es doloso, siendo suficiente el dolo común. El autor debe actuar con la conciencia de la ilegalidad del acto que realiza y la voluntad de llevar adelante la privación de libertad de la víctima. El tipo no requiere ningún elemento subjetivo específico distinto del dolo, como parece exigirlo NÚÑEZ al afirmar que el autor debe proceder a sabiendas de no estar autorizado para realizar el hecho o para realizarlo del modo en que lo hace³⁰. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad del

²⁹ CCrim. y Correc. Morón, Sala 2º, 8/10/91, JA, t. 1992-II, p. 213.

³⁰ Conf. ob. cit., ps. 35 y siguientes. Con igual opinión, BREGLIA ARIAS y GAUNA (ob. cit., p. 441).

dolo indirecto y del eventual³¹. No está prevista la modalidad culposa. El error, aun culpable, como el que recae sobre la legalidad de la conducta, excluye la culpabilidad (CREUS, BREGLIA ARIAS y GAUNA).

En la doctrina española, sin embargo, se discute sobre la incriminación a título de culpa, precisamente por la ausencia de un específico elemento subjetivo del tipo en el delito de detenciones ilegales³². En favor de la modalidad culposa, aunque como una cuestión de concreción político criminal, se han pronunciado CÓRDOBA RODA, POLAINO NAVARRETE y RODRÍGUEZ DEVESÁ, mientras que por la exclusividad del tipo doloso lo han hecho, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, MUÑOZ CONDE, DIEZ RIPOLLÉS, etcétera³³. Entre nosotros, como ya señaláramos, la doctrina es pacífica en rechazar la forma culposa.

El delito es material y se consuma en el momento mismo en que se produce la privación de libertad de la víctima, por muy breve que esta haya sido, por ej., cuando se la encierra en algún lugar, se le impide todo tipo de desplazamiento o se le impone un obrar determinado, etcétera. En estas hipótesis, el delito se ha perfeccionado. Ninguna razón cabe para exigir, como lo hace NÚÑEZ, que la privación de la libertad debe ser "significativa"³⁴. A nuestro entender, es suficiente con que se produzca

³¹ CCRim. y Correc., Sala 4^a, 21/12/98, JA, t. 1990-IV, p. 92.

³² Código Penal español, art. 163, inc. 1º: "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de 4 a 6 años".

³³ Véase por todos, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 29.

³⁴ Conf. ob. cit., p. 36. En opinión de BREGLIA ARIAS y GAUNA, la privación de libertad debe ser por un tiempo no mayor de un mes, pues si se supera este lapso, la figura se agrava conforme con el art. 142, inc. 5º. La duración mínima, señalan estos autores, carece de relevancia mientras haya tenido suficiente significación para mostrar la dirección de la acción del sujeto como ataque a la libertad (ob. cit., p. 440, especialmente nota 10). Entre los españoles se discute sobre la duración que deben tener el encierro o la detención para que produzca la consumación del delito. Para algunos es suficiente con un momento o instante, sin que sea preciso que transcurra un espacio de tiempo significativo, como piensa NÚÑEZ entre nosotros. Sostienen esta posición, entre otros, DIEZ RIPOLLÉS (aunque este autor habla de "tiempo suficiente" para que durante él la víctima pudiera haber abandonado el lugar), BUSTOS RAMÍREZ, CUELLAR CALÓN, CAMARGO HERNÁNDEZ, GÓMEZ PAVÓN, POLAINO NAVARRETE, etc.). Para otros autores, debe concurrir un cierto lapso de tiempo (CÓRDOBA RODA, VIVEN-GIMENO, etc.).

el resultado de privación de libertad. Como esta situación puede prolongarse en el tiempo, el delito adquiere la particularidad de ser, en ciertos momentos, un delito de carácter permanente. Son admisibles las formas imperfectas de ejecución.

b) *Agravantes.* — El art. 142 establece: “Se aplicará prisión o reclusión de 2 a 6 años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

”1) si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;

”2) 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;

”3) 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 le ley imponga pena mayor;

”4) si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;

”5) si la privación de la libertad durare más de 1 mes”.

Tratándose de figuras agravadas, los elementos que hemos examinado para el tipo básico son aquí de aplicación.

Estos delitos no son más que privaciones de la libertad personal agravadas por la concurrencia de específicas circunstancias de calificación que están expresamente señaladas en la ley. La omisión acerca de la ilegalidad de la privación de la libertad a que hace referencia el art. 141 carece de relevancia. Precisamente, por tratarse de tipos agravados, la privación de libertad debe ser ilegal para que pueda ser de aplicación la disposición del art. 142.

Con respecto al inc. 1º, “Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza”, podemos ver lo siguiente.

La “violencia” es la fuerza física (*vis absoluta*). Consiste en el ejercicio de una energía física aplicada sobre el cuerpo de la víctima, o de un tercero que interviene para impedir u obstaculizar la realización del hecho. En opinión de CREUS no está comprendida la energía física indirecta, ejercida sin contacto físico. El concepto de violencia abarca el empleo de medios hipnóticos y narcóticos (art. 78, Cód. Penal). La “amenaza” es la

intimidación o violencia moral (*vis compulsiva*), consistente en el anuncio de un mal grave para la víctima o un tercero, que los coloca en el dilema de aceptar el estado de privación de libertad o someterse al daño anunciado.

El “fin religioso” debe ser entendido en un sentido amplio, esto es, como comprensivo de cualquier privación de libertad inspirado en un móvil religioso³⁵, por ej., impedir el oficio de la misa privando de la libertad al sacerdote, secuestrar a una persona por pertenecer a determinada religión o por profesar determinado culto, retener a alguien para impedir que concurra a un acto de culto, etcétera.

La agravante se caracteriza subjetivamente: el móvil del autor debe ser religioso, más allá de que logre o no con su conducta el fin propuesto. La figura abarca a religiones de cualquier clase.

El “fin de venganza” implica una reacción o represalia del autor con respecto a una conducta anterior de la víctima o de un tercero. El delito obedece a una finalidad de estas características cuando, para retribuir un agravio, real o supuesto, se priva de su libertad al ofensor (*venganza directa*) o a un tercero unido a aquel por algún afecto o algún vínculo (*venganza transversal*)³⁶.

El inciso 2º establece: “*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 es uniforme en afirmar que esta agravante no se funda en el vínculo de sangre entre el autor y la víctima, pues, de ser así, tal como lo pone de relieve SOLER, debería estar comprendido el hijo. La razón de ser del agravamiento reside en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a la persona privada de su libertad.

Los códigos modernos contemplan la figura del descendiente, algunas veces en forma expresa, por ej., el Código Penal italiano (art. 605, inc. 1º) o el brasileño (art. 148, inc. 1º); otras veces en forma indirecta y en la medida en que concurra cierta circun-

³⁵ Conf. FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 281. Para BREGLIA ARIAS y GAUNA, están comprendidos también los fines “irreligiosos” (ob. cit., p. 445, nota 8).

³⁶ Conf. DI RENZI, Luis R., ob. cit., p. 252. Conforme con que la finalidad abarca la venganza directa y la transversal, SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 41; y BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar R., ob. cit., p. 445.

tancia, por ej., el Código del Perú (art. 152: "si el agraviado es menor de edad") y el Código español (art. 165, inc. 2º: "si la víctima fuere menor de edad o incapaz").

Entre nosotros, la agravante está limitada solo para el ascendiente, hermano y cónyuge, sobre cuyos conceptos remitimos a cuanto se ha dicho en oportunidad de analizar el homicidio agravado por el vínculo parental y allí hacemos la remisión³⁷. No obstante, cabe sí aclarar que la mayor penalidad no alcanza al parentesco por afinidad (suegros, cuñados, yerno, nuera, padrastros, etc., arts. 363 y ss., Cód. Civil) ni al vínculo derivado de la adopción, pero no así a los hermanos, unilaterales o bilaterales (art. 360, Cód. Civil), que sí quedan comprendidos. Con respecto al cónyuge, la agravante no alcanza a las uniones extramatrimoniales (concubinos), ni a aquellas que impliquen amanceamiento, los matrimonios simulados o aparentes, que son aquellos celebrados sin la presencia del oficial público autorizado, ni los matrimonios inexistentes, es decir, los que se celebran sin la concurrencia de los requisitos enunciados por el art. 172, Cód. Civil (ley 23.515). En el plano de la culpabilidad, un sector de la doctrina piensa que para que se dé la agravante en esta hipótesis, resulta necesario el conocimiento del vínculo por parte del autor (BREGLIA ARIAS y GAUNA, VÁZQUEZ IRUZUBIETA), mientras que otros opinan que no es necesario, como en el art. 80, inc. 1º, que el autor obre sabiendo que lo es (LAJE ANAYA). Entendemos que, si bien la disposición no lo dice expresamente, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento del vínculo que lo une a la víctima, de manera que la duda, la ignorancia o el error obrarían como circunstancias beneficiadoras.

Con respecto al "*individuo a quien se deba respeto particular*", la doctrina menciona a los tutores y maestros. Comprende aquella situación que haga presuponer que el autor le debe a la víctima un acatamiento personal (NÚÑEZ). La decisión sobre la existencia de esta circunstancia de calificación es una cuestión que debe quedar librada a la decisión judicial en cada caso en particular.

³⁷ Ver, en esta obra, lo relativo al homicidio por el vínculo parental.

Con respecto al inc. 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*".

Se trata de un resultado de naturaleza preterintencional no abarcado por el dolo del autor³⁸. Las consecuencias señaladas por la ley deben ser el resultado de la privación de la libertad personal. Por consiguiente, los daños causados a la víctima durante el encierro, sean dolosos o culposos, pero que no derivan causalmente en forma directa de la detención ilegal, concurren materialmente con ella.

La agravante es subsidiaria. Solo resulta aplicable en la medida en que "*el hecho no importe otro delito por el cual la ley imponga pena mayor*". Por ello, en los casos de daños a la salud, quedan excluidas las lesiones gravísimas del art. 91, Cód. Penal, en razón de tener estas pena mayor³⁹. La expresión, entonces, solo comprende a las lesiones graves del art. 90.

El inciso 4º establece: "*Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública*".

No se trata de un caso de privación de libertad cometida por un funcionario o autoridad pública, sino de quien comete el hecho fingiendo poseer tal condición o contar con una orden que proviene de una autoridad pública para privar de la libertad a un individuo.

La simulación es el ardid que el autor emplea para crear o inducir en error a la víctima y, como consecuencia de ese error, privarla de su libertad.

La autoridad pública a que hace referencia el precepto debe tratarse de una autoridad con competencia para privar legítimamente de la libertad a una persona en el caso concreto. De no concurrir esta facultad, la agravante no resulta aplicable. Vale decir que no se trata de una mera privación de libertad mediante engaño, en cuyo caso sería de aplicación la figura básica.

³⁸ Es opinión mayoritaria, conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 41; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 283; NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 41.

³⁹ Los autores excluyen también la lesión grave (FONTÁN BALESTRA, NÚÑEZ), pero el criterio no es acertado, ya que la lesión grave del art. 90, Cód. Penal, no tiene pena mayor que el tipo previsto en el art. 142, inc. 3º. Al contrario, esta disposición prevé un mínimo de pena mayor, por lo que, de darse la circunstancia, resulta de aplicación la privación de la libertad agravada.

sino que el medio utilizado por el autor para privar a la víctima de su libertad personal debe estar fundado en un supuesto acto de autoridad a quien la ley le confiere la facultad para proceder a la privación de libertad de un individuo. Solo así, la agravante es de aplicación.

El último inciso de este artículo establece: "*Si la privación de la libertad durare más de un mes*".

Esta agravante marca la referencia temporal que divide a la figura básica del tipo calificado. Si la privación ilegal se prolongó por un tiempo que no alcanzó el mes o duró un mes exacto, el hecho no sale de los límites de la figura básica. La agravante solo puede concurrir en la medida en que la detención haya durado "*más de un mes*".

El término "mes" no equivale a treinta días. Pueden ser más o menos, según el mes calendario en el que se haya consumado la detención. El plazo debe contarse con arreglo al Código Civil (arts. 24 y 25). Por lo tanto, el mes es el tiempo que transcurre entre un día de determinado mes y el mismo día del mes siguiente, cualquiera haya sido el número de días transcurrido entre ambos. Por ejemplo, si la víctima fue privada de su libertad el 1º de marzo, el mes se cumple el 1º de abril del mismo año calendario.

Este tipo de agravantes, que tienen en cuenta exclusivamente un criterio cronológico de duración de la privación de libertad, ha sido reconocido en el derecho comparado, por ej., España (art. 163.3: "si el encierro o detención ha durado más de quince días"), Suiza (art. 184: "si la privación de la libertad ha durado más de diez días"), Honduras (art. 194, 2: "más de diez días"), etcétera.

c) *Secuestro. Agravantes.* — El artículo 142 bis establece: "*Se impondrá prisión o reclusión de 5 a 15 años, al que substraigere, 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 10 a 25 años de prisión o reclusión:

- "1) si la víctima fuere mujer o menor de 18 años de edad;
- "2) en los casos previstos en el art. 142, incs. 2º y 3º de este Código.

"Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua".

Con respecto al secuestro, podemos decir que la figura fue introducida por la ley 20.642, luego de varias modificaciones incorporadas al capítulo por las disposiciones de facto 18.953⁴⁰ y 20.043.

La fórmula no contiene figuras agravadas del art. 141, sino delitos distintos y autónomos. Se trata de una modalidad especial de privación de libertad que se caracteriza, desde un plano objetivo, por las formas tradicionales del secuestro, como son certamente la sustracción, la retención y la ocultación, y desde un plano subjetivo, por la finalidad del autor, esto es, obligar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad⁴¹.

El tipo objetivo se realiza a través de las acciones de "sustraer" (tomar a la persona, apoderarse de ella, quitándola de una determinada esfera de poder), "retener" (tener, mantener, guardar, conservar a la persona en un sitio determinado) u "ocultar" (esconder al retenido de la vista o vigilancia de los demás).

Las últimas dos conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona sustraída.

El tipo subjetivo exige, como tenemos dicho, un propósito definido: obligar a la víctima a una determinada acción u omisión, y se configura aun cuando el autor no logre el fin propuesto. Esta exigencia subjetiva implica un elemento subjetivo del tipo que se añade al dolo. Por lo tanto, solo es compatible con el dolo directo, resultando inadmisible el dolo eventual.

"Sujeto activo" puede ser cualquier persona, inclusive un funcionario público, siempre que actúe al margen de su propia competencia funcional. "Sujeto pasivo" también puede ser cualquiera, siempre que no se trate de los supuestos previstos en la agravante del inc. 1º, párr. 2º, de la misma disposición.

⁴⁰ Para un análisis de los delitos introducidos por la ley 18.953, véanse los trabajos de CARRERA, Daniel P., *Delitos contra la libertad individual. Ley 18.953*, JA, secc. "Doctrina", t. 1972, p. 170, y de ORGEIRA, José M., *La privación de la libertad en la ley 18.953*, JA, secc. "Doctrina", t. 1972, p. 831.

⁴¹ NUNEZ, Ricardo C., ob. cit., ed. 1975, p. 25.

Las circunstancias que califican el secuestro están previstas en el párr. 2º del mismo artículo y concurren en los siguientes casos:

a) si la víctima fuera "mujer", cualquiera fuese su edad, condición o estado civil (salvo que esté casada con el autor, en cuyo caso el hecho se desplaza a la figura agravada del inc. 2º del art. 142).

b) si la víctima fuese un menor de 18 años de edad, sin que importen su sexo u otras condiciones, con excepción de las situaciones que están previstas en el inc. 2º del art. 142 (hermano, cónyuge).

c) en los casos previstos en el inc. 2º del art. 142, sobre cuya explicación remitimos a lo que dijimos en su lugar.

d) en los casos previstos en el inc. 3º del art. 142, hipótesis que impone la misma remisión.

El delito tiene previsto una reaggravante, con la pena más grave de prisión o reclusión perpetua, si "*resultare la muerte de la persona ofendida*".

Se trata de un resultado preterintencional no abarcado por el dolo del agente. La muerte debe ser una consecuencia directa de la privación de libertad. En caso contrario, el resultado se computa en forma independiente al secuestro, dándose un supuesto de concurso real entre privación ilegal de la libertad personal y el resultado producido. Tratándose la muerte de la víctima la derivación culposa de un comportamiento original doloso, la pena aplicable aparece como irrazonable.

§ 6. ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS (LEY 14.616)

Desde su versión original, los atentados contra la libertad personal contemplados en el art. 143 del Cód. Penal fueron objeto de severas críticas por parte de la doctrina nacional, por cuanto no solo comprendían hechos de muy distinta naturaleza y gravedad bajo una misma escala penal, sino que las penas previstas eran, al decir de FONTÁN BALESTRA, de una lenidad inexplicable. Tampoco se tuvo en cuenta, en la graduación de las escalas pe-

nales, que estos delitos son generalmente de naturaleza pluriofensiva, vale decir que además de lesionar la libertad personal, importan un abuso de autoridad que afecta otro bien jurídico: la Administración Pública.

La ley 14.616 pretendió corregir estos defectos de técnica legislativa apelando a una nueva estructuración del Capítulo. De esta manera, se aumentaron las escalas penales, se discriminaron las figuras según su gravedad y se sancionaron nuevos delitos.

Los delitos agrupados bajo el sistema creado por esta ley tienen en común que el sujeto activo es un funcionario público (art. 77, Cód. Penal) que actúa dentro del propio ámbito de su competencia funcional. Por tal motivo, se trata de delitos especiales propios, debido, precisamente, a que solo pueden ser cometidos por un grupo reducido de personas que deben reunir la condición exigida por la norma. No cualquier funcionario puede ser autor, insistimos, sino solo aquel que actúa dentro de su esfera de poder.

Esta ley ha distribuido la materia en orden a dos categorías delictivas:

a) *Primera categoría* (art. 143), que abarca los siguientes delitos:

- 1) Retención ilegal de detenido o preso (inc. 1º).
- 2) Prolongación indebida de la detención (inc. 2º).
- 3) Incomunicación indebida (inc. 3º).
- 4) Recepción y colocación indebida de reos (inc. 4º).
- 5) Recepción ilegal de presos (inc. 5º).
- 6) Omisión, retardo o negativa a hacer cesar una detención ilegal o denunciarla (inc. 6º).
- 7) Agravantes (art. 144).

b) *Segunda categoría* (art. 144 bis), que abarca los siguientes delitos:

- 1) Privación ilegal con abuso de funciones o sin las formalidades legales (inc. 1º).
- 2) Vejación o apremios ilegales en actos de servicio (inc. 2º).
- 3) Severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos (inc. 3º).
- 4) Agravante (último párrafo de la disposición).

a) *Primera categoría de delitos.* — Esta primera categoría de delitos abarca las figuras previstas en los arts. 143 y 144, Cód. Penal.

1. *Retención ilegal de detenido o preso.* El art. 143 establece: "Será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial por doble tiempo:

"1) el funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar".

El delito presupone una persona legalmente privada de su libertad, sea bajo la calidad de "detenido" (vale decir, sometido a proceso, pero aún no condenado) o "preso" (condenado). Se trata de un caso de detención legítima por su origen, pero que se torna ilegítima por la posterior retención del individuo que realiza el autor. La doctrina entiende que la disposición alcanza otras situaciones de menor entidad que las sometidas a un proceso penal, como serían, por ej., el contraventor de una falta policial o el infractor de una norma municipal (LAJE ANAYA, CREUS, BREGLIA ARIAS, GAUNA, VÁZQUEZ IRUZUBIETA).

La materialidad del delito consiste en "retener" (mantener bajo la esfera de poder o guarda) al sujeto en un estado de detención, no obstante concurrir la obligación legal de disponer su libertad, sea por propia decisión o por incumplimiento de una orden recibida de otro funcionario.

"Decreta" o decide la libertad de una persona solo el juez, que es el funcionario investido por la ley con competencia para el ejercicio de tal función, por ej., dispone una falta de méritos (art. 306, Cód. Procesal Penal Corrientes) o un sobreseimiento (art. 336, Cód. Procesal Penal Corrientes) o una excarcelación (art. 314 bis, Cód. Procesal Penal Corrientes), etcétera. "Ejecuta" la soltura el funcionario (generalmente la autoridad policial) encargado de dar cumplimiento a la orden de libertad emanada del juez (por ej., ver art. 188, Cód. Procesal Penal Corrientes). La omisión de esta obligación legal implica para el funcionario policial, además de la responsabilidad penal, una responsabilidad de naturaleza administrativa y, eventualmente, civil (ver art. 193, Cód. Procesal Penal Corrientes).

El delito es doloso, siendo suficiente el dolo eventual. El error, aun imputable, excluye la culpabilidad, pues no están comprendidas las formas culposas. Se consuma con la retención del

detenido o preso, y es de carácter permanente, por cuanto la consumación perdura mientras se prolonga en el tiempo la privación de libertad. Se trata de un tipo de omisión impropia.

2. *Prolongación indebida de la detención.* A su vez, el art. 143, inc. 2º, establece: “el funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente”.

Se trata, como en el supuesto anterior, de un delito que requiere como presupuesto una persona legalmente detenida, detención que se vuelve ilegítima por su continuación al margen de una disposición legal que obliga ponerla a disposición del juez competente.

Las leyes procesales son las que establecen los límites temporales para poner a una persona privada de su libertad a disposición del juez competente. En el caso de Corrientes, el Código Procesal Penal dispone que el aviso al juez de instrucción debe ser “de inmediato” (ver arts. 189, inc. 3º, 289, 290, Cód. Procesal Penal Corrientes).

El delito consiste, precisamente, en “prolongar” (mantener, continuar, etc.) el estado de detención de un sujeto “sin ponerlo a disposición” (bajo la guarda, conocimiento o autoridad) del “juez competente” (juez de instrucción). Juez competente es aquel que tiene a su cargo, por imperio de la ley, la investigación de los delitos de acción pública (competencia en razón de la materia, ver arts. 26, 28 y 200, Cód. Procesal Penal Corrientes).

El delito es doloso y participa de las mismas características que el que analizamos en el apartado anterior. Se trata, igualmente, de un tipo de omisión impropia.

3. *Incomunicación indebida.* El art. 143, inc. 3º, establece: “el funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido”.

La incomunicación, según nuestra doctrina procesal, es una medida de coerción personal por la que se impide al imputado encarcelado mantener todo contacto (verbal o escrito) con terceros, para evitar que estorbe la investigación⁴².

⁴² Conf. CAFFERATA NORES, José I., “Incomunicación del imputado”, en *El imputado*, Lerner, Córdoba, 1982, p. 92.

Generalmente, en todo proceso penal, la regla es que la persona detenida tiene derecho a comunicarse con terceros las veces que estime necesario y en cualquier momento del proceso. Sin embargo, este derecho es solo relativo, pues su incomunicación puede ser decretada legítimamente cuando concurren ciertas causas que expresa y taxativamente se encuentran establecidas en la ley, a saber: cuando existan motivos para temer que el detenido se pondrá de acuerdo con sus cómplices o cuando pueda obstaculizar de otro modo la investigación (art. 213, Cód. Procesal Penal Corrientes; art. 205, Cód. Procesal Penal de la Nación).

El límite temporal de la incomunicación es una cuestión también regulada por las leyes procesales locales. En Corrientes, el término máximo de duración es de 48 horas, prorrogable por otro tanto que el juez podrá ordenar por decreto fundado (art. 213); el art. 205 del Cód. Procesal Penal de la Nación prescribe 48 horas más 24 horas; el Código Procesal Penal de Formosa establece un tiempo no mayor de 48 horas (art. 188); el del Chaco, hasta un máximo de 48 horas (art. 198); el de Misiones, 48 horas prorrogable por otras 48 horas por decreto fundado; si la policía hace uso de esa atribución, el juez podrá prolongar la incomunicación hasta un máximo de 72 horas (art. 197).

La autoridad competente para decretar una incomunicación es el juez de instrucción. Cuando la autoridad policial ejercita esta facultad, según nos parece, solo lo puede hacer con conocimiento del juez de la causa, que es quien en definitiva debe adoptar las medidas que el caso requiere (art. 189, inc. 7º, Cód. Procesal Penal Corrientes; art. 184, inc. 8º, Cód. Procesal Penal de la Nación). En el orden nacional, cuando concurren los requisitos establecidos en el art. 205, Cód. Procesal Penal de la Nación (peligro de que el reo se ponga de acuerdo con sus cómplices o terceros o que obstaculice la investigación), la policía está facultada para disponer la incomunicación por un término máximo de 6 horas, que no puede prolongarse sin orden judicial. Si existiera orden judicial en tal sentido, la incomunicación puede prolongarse hasta completar las 72 horas (art. 205, párr. 2º, Cód. Procesal Penal de la Nación).

En las conclusiones del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de La Plata en octubre de 1981, se sostuvo que la incomunicación debería ser decretada solamente

por el juez encargado de la instrucción. Las leyes que acuerdan esta facultad a los órganos de prevención, deben asegurar el control jurisdiccional necesario sobre su procedencia y duración⁴³.

El delito consiste en "incomunicar indebidamente" a un detenido, vale decir, privarlo de comunicación en forma ilegítima, al margen de lo que establecen las leyes procesales sobre el particular.

La incomunicación es indebida cuando se la decreta sin motivos o causa bastante (no existen motivos suficientes que la justifiquen), o por quien carece de competencia para ordenarla (por ej., un funcionario policial sin conocimiento del juez), o por quien, teniendo competencia para ordenarla, se excede en los plazos máximos de duración establecidos por la ley, o bien, cuando no resulta procedente en el caso concreto, por ej., por delitos que no admiten la prisión preventiva.

El delito puede cometerse con relación a un sujeto que se encuentra legal o ilegalmente privado de su libertad. La ley solo hace referencia al "detenido", no al detenido legalmente, de manera que si se diera un supuesto de incomunicación indebida respecto de una persona privada ilegalmente de su libertad personal, entendemos que estaríamos frente a una hipótesis de concurso real entre ambas infracciones.

Como la materialidad del delito consiste en incomunicar indebidamente a un detenido, la prolongación de una incomunicación ya decretada no configura el tipo que estamos analizando. Aquí, sin embargo, conviene aclarar que esto es así en la medida en que se diera cumplimiento a las exigencias impuestas por la ley, vale decir que la prolongación de una incomunicación decretada conforme a derecho se vuelve punible cuando no se ajusta a los requerimientos de la ley, por ej., cuando se excede el tiempo máximo de duración o cuando no se la justifica debidamente (no se da fundamento alguno acerca de la medida decretada).

En el derecho comparado, por ejemplo, notamos que el Código Penal español es más completo en este punto. El art. 531 castiga con pena de inhabilitación especial a "la autoridad o funcionario público que mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado,

⁴³ Cit. por CAFFERATA NORES, José I., ob. cit., p. 115.

con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales".

Autor del delito, en principio, solo puede ser un juez. Excepcionalmente puede ser la autoridad policial si concurrieran las circunstancias anteriormente explicadas. Sujeto pasivo es la persona detenida, entendiéndose por tal solo al imputado detenido, esto es, a la persona que se encuentra indicada como partícipe de un hecho delictivo (art. 70, Cód. Procesal Penal Corrientes), quedando excluidos el simple testigo, el llamado testigo sospechoso y la persona citada a prestar declaración informativa (art. 250, Cód. Procesal Penal Corrientes). Excepcionalmente puede ordenarse la incomunicación de personas arrestadas o testigos (art. 283, Cód. Procesal Penal Corrientes) o de quienes deban practicar reconocimientos de personas (art. 275, Cód. Procesal Penal Corrientes).

El delito es doloso y se consuma cuando se incomunica indebidamente al detenido, vale decir, cuando se materializa (no cuando se decreta) el estado de incomunicación decretado por la autoridad pública. Se trata, por ende, de un tipo de resultado.

4. Recepción y colocación indebida de reos. En su inc. 4º, el art. 143 establece: "*el jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto*".

La disposición tipifica dos figuras distintas: la recepción indebida de reos y la colocación indebida de reos.

Ambas modalidades tienen en común al sujeto activo del delito, que debe tratarse de un jefe de prisión (director de la cárcel penitenciaria, jefe del penal, etc.) o de un establecimiento penal semejante (alcaldía policial, de tribunales, etc.), o de quien fuese el reemplazante aunque lo sea solo transitoriamente.

El delito de recepción ilegal consiste en "recibir" a un reo (penado, privado de su libertad), sin el testimonio (copia autenticada) de la sentencia condenatoria (art. 530, Cód. Procesal Penal Corrientes; art. 494, Cód. Procesal Penal de la Nación).

Subjetivamente, la infracción es dolosa y se consuma en el momento en que se recibe al reo sin el testimonio de la sentencia

firme. NÚÑEZ, sobre este aspecto, exige el alojamiento de la persona en el establecimiento, con lo cual, según nos parece, se extiende el grado de consumación a un extremo no requerido por el tipo⁴⁴. La ley describe la acción material como "recibir", no como "alojar", por lo que no creemos que para que el tipo se perfeccione sea necesaria la internación del reo en el penal.

El delito de colocación ilegal consiste en "colocar" (alojar, poner, internar, etc.) al reo en un lugar del establecimiento (cárcel, alcaldía, etc.) que no sea el que corresponde en razón de la naturaleza de la pena impuesta o la infracción administrativa cometida durante el cumplimiento de la condena, en la medida en que ello suponga un empeoramiento de su situación carcelaria que se traduzca en un mayor menoscabo de su libertad como penado. La medida no consiste en una mera desobediencia a una regla administrativa, sino que debe haberse afectado la libertad individual del reo produciendo una mayor ofensa al bien jurídico.

La infracción es dolosa e instantánea, y se consuma en el momento en que se coloca al reo en el sitio no señalado al efecto. El tipo, a diferencia del supuesto anterior, requiere la internación o alojamiento del reo.

5. Recepción ilegal de presos. El art. 143, inc. 5º, establece: "*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*".

En esta hipótesis, análoga a la anterior, la materialidad del delito consiste en "recibir" un preso, cualquiera sea la calidad que revista en el proceso (imputado, procesado, arrestado, detenido, etc.), sin la correspondiente orden escrita expedida por la autoridad competente y de acuerdo con las formalidades legales. La excepción está dada, tal como expresamente lo establece la norma, solo en los casos de flagrancia delictiva, vale decir, que el hecho de la recepción sin orden escrita de autoridad competente es impune solo cuando se trate de una persona que ha sido aprehendida en flagrante delito.

⁴⁴ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 50. En el mismo sentido CREUS, Carlos, ob. cit., p. 317.

En situaciones de flagrancia delictiva la ley faculta al funcionario, y aun al particular, a detener a una persona sin necesidad de ajustarse a los recaudos formales que ella establece. En estos casos, excepcionalmente, la ley permite la recepción del preso en el establecimiento sin necesidad de contar con la orden escrita de autoridad competente.

Autor del delito pueden ser el alcalde (jefe de la alcaldía o cárcel de encausados) o un empleado de la cárcel de detenidos y seguridad, que debe tratarse de un empleado con facultades para recibir presos⁴⁵.

El delito es doloso e instantáneo, y se consuma en el momento en que se produce la recepción del detenido en el establecimiento penal.

6. *Omisión, retardo o negativa a hacer cesar una detención ilegal o de denunciarla.* El art. 143, inc. 6º, establece: "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".

De acuerdo con el texto de la ley, daría la impresión de que la disposición contempla dos tipos delictivos: 1) omitir, retardar o rehusar hacer cesar un estado de privación ilegal de libertad que sufre una persona, teniendo conocimiento de tal situación y con competencia para decretar su cesación, y 2) no comunicar el hecho a la autoridad que puede hacer cesar la detención ilegítima, cuando se carece de competencia para hacerlo por propia autoridad, debido a que esta segunda conducta, parecería, hace referencia a un funcionario incompetente para decidir respecto de una detención ilegal, pues es sabido que si fuera competente tendría legitimidad originaria para resolver la situación de una

⁴⁵ En contra, MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura, ob. cit., p. 134. Pero, a poco de ver, se aprecia que la tesis de estos autores de que el sujeto activo puede ser cualquiera, con tal que sea empleado del establecimiento, resulta insostenible. Piénsese, por ej., en el ordenanza, el mozo, el escribiente, quienes si bien son empleados del establecimiento, no están facultados naturalmente para recibir detenidos. En opinión de NÚÑEZ, no delinquen ni el jefe de prisión que recibe un preso sin orden escrita de autoridad competente, ni el alcalde que recibe a un reo sin testimonio de sentencia firme (ob. cit., t. V, p. 50). Esto es así porque el jefe de prisión debe recibir a "penados" (condenados), mientras que el alcalde debe recibir a "presos" (aún no condenados).

detención ilegal, sin necesidad de dar cuenta a otra autoridad para que lo haga. Sin embargo, no es así, pues como acertadamente lo pone de relieve FONTÁN BALESTRA, para dar cuenta a quien debe resolver no se necesita competencia alguna; todo funcionario que tenga conocimiento de un hecho delictivo tiene obligación de denunciarlo a la autoridad competente.

El precepto contempla una sola hipótesis delictiva que se caracteriza por conductas alternativas. En todos los casos, 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 la persona, su conducta encuadraría en el encubrimiento del art. 277, Cód. Penal.

El delito presupone, entonces, un funcionario competente que tiene conocimiento de que una persona se encuentra privada ilegítimamente de su libertad individual, sea a título de pena o en cualquier otro carácter, por ej., prisión preventiva, y no hace cesar ese estado de detención ilegal, ya sea omitiendo disponer las medidas conducentes a su cesación, retardando (demorando hacerlo, por ej., dejando vencer los plazos procesales), rehusando (negándose a hacerlo ante un pedido en tal sentido) u omitiendo dar cuenta (comunicando, informando, etc.) al funcionario que puede hacerlo, retardando la información o negándose a brindarla al serle requerida.

La infracción es dolosa y el dolo requiere el conocimiento asertivo de la detención ilegal y la voluntad de realizar los verbos típicos. La figura solo es compatible con el dolo directo. Se consuma cuando se llevan a cabo las acciones descriptas en la ley.

7. *Agravantes.* El art. 144 establece: “*Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, el máximo de la pena privativa de libertad se elevará a 5 años*”.

Los delitos del art. 143 se agravan si concurren algunas de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142 (ver las explicaciones referentes a esta disposición).

La mayor penalidad del tipo calificado no alcanza al supuesto del inc. 4º del art. 142 porque, en esta hipótesis, el autor no

es funcionario público, calidad exigida en todas las figuras del art. 143.

La disposición prevé solo el aumento del máximo de la pena privativa de libertad (se eleva a 5 años), de manera que el mínimo se mantiene en 1 año que es el mínimo previsto para las conductas del art. 143. La agravante también alcanza la pena de inhabilitación.

b) *Segunda categoría de delitos.* — Esta categoría comprende las figuras previstas en el art. 144 bis del Cód. Penal.

1. *Privación ilegal con abuso de funciones o sin las formalidades legales.* El art. 144 bis establece: "Será reprimido con prisión o reclusión de 1 a 5 años e inhabilitación especial por doble tiempo:

"1) el funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal".

La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 se encargó de explicar la introducción de esta figura: "Esta disposición –se dijo–, es necesaria para asegurar la garantía declarada por el art. 18 de la Constitución nacional, de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"⁴⁶. El artículo conforma, como puede apreciarse, un refuerzo de la mencionada garantía constitucional.

La disposición comprende dos tipos de delitos:

a) privar a alguien de su libertad personal con abuso de la función pública, y

b) privar a alguien de su libertad personal, sin abuso de la función pública, pero al margen de las formalidades prescriptas por la ley.

Tratándose de una hipótesis de detención ilegal, caben las explicaciones vertidas respecto del art. 141, Cód. Penal.

La privación de la libertad personal "con abuso funcional" se tipifica cuando el funcionario público carece de la facultad para detener a una persona o si, teniéndola, hace un uso excesivo

⁴⁶ Cit. por DI RENZI, Luis R., ob. cit., p. 261.

o arbitrario de ella. Actúa "al margen de las formalidades legales", en cambio, cuando procede a la detención de una persona sin contar con la orden escrita emitida por autoridad competente, o bien cuando, teniendo dicha orden, no la exhibe al sujeto pasivo o cuando tiene defectos formales o cuando está referida a un caso distinto.

Las formalidades que deben observarse en los casos de detención de personas, se encuentran previstas en las leyes locales de procedimiento penal (arts. 285 y ss., Cód. Procesal Penal Corrientes).

De acuerdo con esta disposición procesal, la orden de detención debe ser escrita y contener los datos personales del imputado o, en su defecto, otros que sirvan para identificarlo; la indicación del hecho que se le atribuye, debiendo ser notificado en el momento de su aprehensión o inmediatamente después. La autoridad policial debe proceder a la detención de una persona, aun sin orden judicial, cuando se halle intentando o perpetrando un delito, en el momento de disponerse a cometerlo o cuando se haya fugado estando legalmente preso (art. 288, Cód. Procesal Penal Corrientes).

La jurisprudencia tiene resuelto que: "El hecho de tener facultades para detener no significa que los funcionarios munidos de ella sean dueños y señores de hacerlo en cualquier circunstancia. El ejercicio de una función pública 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"⁴⁷.

Con respecto a la jurisprudencia plenaria, podemos señalar que: "En todos los casos en que se detenga a una persona, máxime si lo es con carácter de incomunicada, las autoridades de preventión deberán saber de inmediato tal situación y el nombre del magistrado interviniente, por cualquier medio fehaciente, al familiar o persona de su conocimiento que indique el detenido. Solo por decisión fundada, y con el objeto de asegurar los resultados de la investigación o detención de otros implicados, se podrá, a título excepcional, supeditar la notificación referida al

⁴⁷ CCrim. y Correc. Morón, Sala 2^a, 8/10/91, JA, t. 1992-II, p. 213.

cumplimiento de las exigencias pendientes, y sin que la posteración pueda prolongarse a extremos que desnaturalicen la presente disposición. En todos los casos deberá dejarse constancia, en las actuaciones, de la respectiva notificación”⁴⁸.

En el orden provincial, la jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal nº 2 de la ciudad de Corrientes, *in re*, “Falcón, Diego Osvaldo p/apremios ilegales –Capital–”, expte. 3641, tiene resuelto que “todo funcionario policial, en cumplimiento de sus funciones, puede arrestar a una persona, pero para que el ejercicio de esa atribución sea legítimo, deberán mediar circunstancias que lo justifiquen; la prueba rendida en autos y que se analiza es harto demostrativa de la ilicitud del procedimiento, y por ello no caben dudas que la actitud asumida por Falcón importó una restricción a la libertad ambulatoria de quien contra su voluntad y por determinado lapso se vio impedido de trasladarse voluntariamente. La ilegitimidad del hecho proviene del abuso y extralimitación de sus atribuciones y de la omisión de las formalidades legales requeridas para dicha detención. El abogado defensor hizo mención de sendas disposiciones del Código de policía que lo autoriza a tal conducta. Pero, a los efectos de determinar cuándo una detención es ilegal, en necesario recurrir a los Códigos de procedimientos de las provincias, que son los que imponen los recaudos legales y, específicamente nuestro Código Procesal Penal en su art. 189, inc. 3º, así lo dispone y ordena dar aviso inmediato al juez de instrucción, conducta que no fue seguida por el oficial Falcón”.

En la actualidad, la libertad individual se encuentra protegida de procedimientos arbitrarios en un marco de tutela garantizado por la Constitución nacional, mediante la incorporación de tratados internacionales cuyas disposiciones aseguran la vigencia y operatividad del sistema de derechos y garantías individuales, así, por ej., la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 9º establece que “*nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*”; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. XXV, Cap. I, dispone que “*nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes*”.

⁴⁸ CCrim. y Correc., *en pleno*, 10/12/85, JA, t. 1986-I, p. 613.

tentes"; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que declara enfáticamente en su art. 7^º, inc. 3^º, que "nadie puede ser sometido a la detención o encarcelamiento arbitrarios".

Cabe ahora hacer una especial referencia a la *detención de personas por averiguación de antecedentes*⁴⁹. El art. 10, inc. b, de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Corrientes (ley 2897 del 20/1/70), establece que la policía de seguridad podrá: "Detener a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifique o cuando se nieguen a identificarse. La demora o detención de causante no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conducta y medios de vida, sin exceder el plazo de 24 horas".

Una disposición análoga, que estaba prevista en el art. 5^º, inc. 1^º de la Ley Orgánica de la Policía Federal (decr. ley 333/58, ratificado por ley 14.467), fue derogada por la ley 23.950, precisamente por su incompatibilidad con el régimen de protección de los derechos y garantías individuales establecido en los arts. 14 y 18 de la Constitución nacional.

Como regla de oro de un estado de derecho debe proclamarse el principio de que toda privación de la libertad personal, cualquiera sea el origen o motivo de la coerción (arresto, detención, encarcelamiento, prisión, etc.), debe llevarse a cabo de una manera compatible con las normas emanadas de la Constitución nacional.

⁴⁹ Confr. como bibliografía especial, BLANDO, Oscar M., *Detención policial por averiguación de antecedentes. Estado de derecho, policía y abuso de poder*, Juris, 1995; EDWARDS, Carlos E., *Los límites de la detención por averiguación de antecedentes*, JA, t. 1991-IV, p. 759; del mismo *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 53 y ss.; CARRIÓN, Alejandro, *Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: cuando la Corte habla así, da gusto oírla*, LL, t. 1995-B, p. 349; del mismo, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 50; ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal, "Parte general"*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 112; BIDART CAMPOS, Germán J., y HERRENDORF, Daniel E., *Detener personas en averiguación de antecedentes por orden policial es inconstitucional*, ED, t. 136, p. 276. Para una visión de la doctrina y jurisprudencia comparada, especialmente los derechos español y alemán, confr. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que son dos los aspectos más relevantes que deben ser considerados en el análisis del art. 18, Const. nacional: *a)* el primero de ellos, en cuanto establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio fundado en ley anterior al hecho del proceso, y *b)* el segundo, en cuanto garantiza que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. De la interpretación de estos dos aspectos del art. 18 de la Ley Fundamental se extrae, por una parte, la conclusión de que no se satisfacen suficientemente las garantías individuales con la realización de un proceso previo como presupuesto para la aplicación de una pena, sino que, además, ese juicio debe ajustarse a una ley anterior al hecho del proceso. Pero no basta con la existencia de una ley previa que autorice la coacción estatal con fines procesales, sino que esta autorización legal debe ser respetuosa de las libertades individuales aseguradas por la Constitución. En este sentido debe señalarse que el art. 14 garantiza de modo general el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Ese derecho no es, sin embargo, absoluto pues, en cuanto aquí interesa, se encuentra condicionado por el art. 18, que autoriza a limitar la libertad ambulatoria de las personas con fines procesales. De la regla según la cual se proscribe el arresto de personas sin orden escrita de autoridad competente, se deriva a contrario sensu, la autorización de restringir la libertad de las personas con fines cautelares, siempre que la orden provenga de autoridad competente. Al respecto, no es ocioso advertir que –salvo el caso de inmunidades funcionales– no hay una inmunidad general de origen constitucional para ser sometido a proceso y a las medidas de coerción que este implica. Sin embargo, puesto que estas medidas constituyen una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad del individuo, su ejercicio no puede ser librado a la arbitrariedad. Como la coerción procesal se lleva a cabo sobre quien goza de un estado de inocencia que todavía no ha sido destruido por una sentencia condenatoria, es necesario que las medidas restrictivas de la libertad y, en especial, las restrictivas de la libertad ambulatoria, sean ejecutadas conformes a la ley. Por otra parte, no basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal,

sino que esta debe limitarse a los casos en los que aparece fundamentalmente necesario restringir ciertos derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal, pues de lo contrario las garantías del art. 14 serían letra muerta⁶⁰.

Este fallo del más Alto Tribunal de la República resume, en cierto modo, la doctrina relativa a la detención de personas sin previa orden escrita de autoridad competente, de lo que se puede inferir que la facultad policial de privar de la libertad a ciudadanos con motivo de identificación personal resulta incompatible con el régimen de garantías consagrado en la Constitución nacional.

La detención de una persona con fines identificatorios constituye, a nuestro modo de ver, una privación de su libertad ambulatoria al margen de toda legalidad, pues –como se dijo más arriba– ella solo puede ser restringida lícitamente en la medida en que concurran las formalidades establecidas en la ley. Como principio general, la restricción solo puede proceder cuando exista orden escrita de autoridad competente, vale decir, de un juez (art. 18, Const. nacional; art. 285, Cód. Procesal Penal Corrientes); excepcionalmente, la autoridad policial puede restringir la libertad de un ciudadano solo cuando concurran algunos de los supuestos que expresamente se encuentran previstos en los Códigos de procedimiento penal, esto es, en casos de incomparcencia a una citación (art. 284, Cód. Procesal Penal Corrientes), flagrancia delictiva (art. 286, Cód. Procesal Penal Corrientes), tentativa de delito, fuga o indicios vehementes de culpabilidad (art. 288, Cód. Procesal Penal Corrientes). Fuera de estos casos, la privación de la libertad de una persona por parte de la autoridad policial es ilegítima.

La facultad reglada por el art. 10, inc. b de la Ley Orgánica policial, a que venimos haciendo referencia, implica una clara violación a los principios constitucionales antes mencionados y al sistema de garantías consagrado en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos incorporados al texto constitucional.

Resumiendo, podemos concluir diciendo que la detención de personas con fines identificatorios contradice las normas legales

⁶⁰ CSJN, *in re*, "Daray, Carlos A.", 22/12/94, *LL*, t. 1995-B, p. 349.

y principios citados, en cuanto: 1) configura un claro ejemplo de violación del principio de legalidad por cuanto no solo se trata de una privación de libertad sin orden escrita de autoridad competente, sino que infringe la regla constitucional *nullum crimen sine lege* –art. 18, Const. nacional–, 2) implica una inversión de la regla que establece la presunción de inocencia de que goza todo individuo hasta tanto una sentencia penal no lo tenga por convicto, ya que toda persona, por tal motivo, pasa a convertirse en sospechosa y, por ende, pasible de detención hasta tanto se conozcan sus antecedentes. Bien cabe aquí transcribir un párrafo de las expresiones del profesor de Rosario, Dr. Daniel Erbetta, cuando sobre esta cuestión dijo que: “No existe en este marco, espacio alguno para legitimar una medida de privación de libertad cuya finalidad se agota en sí misma, que toma como único presupuesto una sospecha personal, que recae exclusivamente sobre una condición o circunstancia personal y que, como si fuera poco, reconoce como casi exclusiva autoridad de aplicación al poder administrador, a través de la organización policial”; 3) significa una puerta abierta al abuso y a la arbitrariedad policial, por la excesiva amplitud del texto legal y, como contrapartida, por la ausencia de un verdadero y necesario control judicial que impida, precisamente, tales abusos y atropellos policiales; 4) la facultad policial de detener personas por averiguación de antecedentes degenera en un absurdo inadmisible: implica otorgar a la policía un espacio de poder superior al que el orden jurídico confiere a los jueces, por cuanto estos solo podrán legitimar sus facultades de detención en la medida en que la privación de libertad sea compatible con los principios constitucionales en vigor; 5) constituye una restricción inadmisible, no solo de la libertad ambulatoria reconocida por el art. 14, Const. nacional, sino del derecho a la libre circulación dentro del país establecido en los acuerdos internacionales incorporados al art. 75 bis, inc. 22, Const. nacional; 6) constituye un concreto menosprecio al derecho humano fundamental que toda persona privada de su libertad tiene que ser llevada sin demora ante un juez para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales (art. XXV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 7º, inc. 6º, Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos); 7) por último, este tipo de detenciones policiales lesionan el derecho humano fundamental a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado (art. 9º, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 7º, inc. 3º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9º, inc. 1º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.).

En este orden de ideas, conviene recordar nuevamente lo dicho por la Corte Suprema en el fallo antes citado: "Las disposiciones que facultan a la policía federal a detener personas con fines de identificación, no pueden ser utilizadas para legitimar arrestos cumplidos fuera de los casos indicados por la ley. Esta disposición normativa no constituye una autorización en blanco para detener ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales, la que requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad. En estas condiciones, la detención es contraria a los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional"⁵¹.

En conclusión, la aprehensión de personas para fines de identificación configura una detención ilegal cometida por un funcionario público, conducta que encuadra en la normativa del art. 144 bis, inc. 1º del Código Penal, por cuanto, si bien se trata de un supuesto en que el sujeto activo posee facultades para privar de la libertad a un ciudadano, lo hace al margen de las formalidades prescriptas por la ley.

2. *Vejación o apremios ilegales en actos de servicio.* El art. 144 bis, inc. 2º, establece: "*el funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales*".

⁵¹ CSJN, *in re*, "Daray, Carlos A.", 22/12/94, *LL*, t. 1995-B, p. 349; ver también CCrim. Capital Federal, *LL*, t. 144, p. 611.

El delito consiste en cometer (aplicar, imponer) cualquier vejación o apremios ilegales a una persona.

Autor de este delito puede ser cualquier funcionario público, la ley no hace ningún tipo de distinción al respecto; solo exige que el funcionario cometa el hecho "en un acto de servicio" (contenido funcional del acto), vale decir, que debe obrar en el marco de ejercicio de su actividad funcional administrativa. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, se encuentre o no detenida en el momento en que se produce el hecho⁵².

Las "vejaciones" son los tratamientos humillantes para la dignidad del ser humano y que afectan su decoro como persona. Los procedimientos pueden consistir en malos tratos de contenido físico o psíquico, por ej., quehaceres humillantes e indecorosos.

Los "apremios ilegales" son también procedimientos mortificantes para el ser humano, de cuyas características nos ocuparemos más adelante cuando abordemos el problema de la tortura.

3. *Severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos.* El art. 144 bis, inc. 3º, establece: "el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales".

La diferencia con la disposición anterior reside en que aquí los malos tratos son aplicados a un preso, vale decir, a una persona que se encuentra privada de su libertad personal, cualquiera sea su situación en el proceso (arrestado, detenido, preso, condenado, etc.).

Sujeto activo es el funcionario público que, directa o indirectamente, tiene "bajo su guarda" o custodia al detenido. Sujeto pasivo es quien se encuentra privado de su libertad personal.

Las "severidades" son los tratamientos rigurosos y ásperos que se aplican al preso. Estos actos implican un exceso, una desviación o una extralimitación de lo que permiten los reglamentos penitenciarios en materia de tratamiento de presos, por ej., castigos corporales, el cepo, aislamiento indebido, privación

⁵² Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 55; FONTAN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 296. En contra SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 51, para quien se trata de vejaciones o apremios relacionados con la privación de la libertad, y que pueden ser cometidos tanto contra un sujeto que ya se encuentra preso como contra quien "todavía" no lo está, en el acto de tomarlo.

de alimentos, etcétera. Sobre esta cuestión tiene dicho la jurisprudencia que en las severidades, la lesión a la libertad reside en el agravamiento que significa para la situación del privado de la libertad, que se sumen a ella los tratamientos aflictivos que entrañan las severidades⁶³.

4. *Agravantes.* El art. 144 bis, último párrafo, establece: "Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de 2 a 6 años".

Son las mismas circunstancias de agravación previstas para el delito de privación de la libertad que ya estudiáramos al analizar el art. 144, por lo que hacemos allí la remisión.

§ 7. SISTEMÁTICA DE LA LEY 23.097

a) *Motivos y fundamentos de la reforma.* — La ley 23.097, en vigencia desde el 7 de noviembre de 1984, es hija de la democracia. Nació luego de atravesar la Argentina uno de los períodos más largos y oscuros de su historia, época teñida de violencia y caracterizada por una metodología de terror que arrasó, no solo con la dignidad de la persona humana, sino con los principios más básicos del estado de derecho. La tortura —como se podrá suponer— encontró allí su sitio más propicio.

El mensaje de elevación del proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional explicó que el objetivo primordial que se perseguía con esta nueva normativa era el de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, menoscabada con frecuencia mediante tratos inhumanos infligidos sobre quienes se encuentran imposibilitados de ejercitar su propia defensa. Estos hechos, agrega, adquieren especial relevancia cuando los malos tratos revisten las modalidades más graves, como las torturas y las sevicias. Dado que los sufrimientos que estas últimas comportan lesionan principios morales fundamentales a los que el gobierno constitucional adhiere sin reservas, se introducen modificaciones al Capítulo I del Título V, Libro II del Código Penal.

⁶³ CPenal Venado Tuerto, JA, t. 1992-IV, p. 537.

Estas modificaciones se refieren a las torturas físicas como psicológicas, excluyendo, en cambio, los simples malos tratos, las vejaciones y las simples amenazas, ya incriminados en la legislación vigente y que merecen un tratamiento de menor urgencia, por revestir males de magnitud inferior (mensaje remitido al Congreso de la Nación el 13 de diciembre de 1983).

La ley 23.097 introdujo nuevos delitos relacionados estrechamente con el empleo de la tortura a personas, se encuentren o no privadas de su libertad personal. El art. 144 tercero, en su primer inciso, tipifica el delito de imposición de tortura; el inciso segundo contempla las circunstancias agravantes y el tercero se refiere a la definición de tortura. El art. 144 cuarto contempla diversas figuras relacionadas con ciertas omisiones funcionales dolosas, mientras que el art. 144 quinto prevé un tipo funcional culposo.

b) *El concepto de tortura. Incidencia de la reforma constitucional de 1994*⁶⁴. — La problemática que plantea el delito de tortura en el derecho penal argentino, fundamentalmente por las diversas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia han hecho sobre el contenido y alcance del concepto y, específicamente, para procurar una correcta distinción con el de apremios ilegales, nos ha parecido oportuno abordarla en el marco de tres etapas bien definidas históricamente que creemos ha atra-

⁶⁴ Para un más completo conocimiento sobre la evolución histórica de la tortura en el mundo, puede verse BUOPADRE, Jorge E., *El concepto de tortura y la ley penal*, rev. "Temis", nº 484, 1986. Corrientes, y bibliografía allí citada; PETERS, Edward, *La tortura*, Alianza, Madrid, 1987; RODRÍGUEZ MOLAS, Ricardo, *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1985; RIVACOBAYA, Manuel, "Crisis y pervivencia de la tortura", en *Nueva crónica del crimen*, Edeval, Valparaíso, 1981, ps. 163 y ss.; FARÍA LIMA, Mauro, *Crimes de tortura*, Brasilia Jurídica, Brasilia DF, 1997; REINALDI, Víctor F., *El delito de tortura*, Depalma, 1986; DEL TORO MARZAL, Alejandro, *El nuevo delito de tortura*, "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 667 y siguientes. Igualmente, para una visión más completa de la interpretación doctrinaria española sobre la tortura, puede confrontarse DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., "Torturas y otros atentados contra la integridad moral", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXI, 1998; DÍAZ PITA, María del Mar, "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XX, 1997.

vesado esta temática: la primera, que comienza con la sanción de la ley de reformas 14.616 del 30 de septiembre de 1958; la segunda, que tiene su inicio con la ley de reformas 23.097, en vigencia desde el 7 de noviembre de 1984 y, por último, la tercera, que se concreta con la reforma constitucional de 1994.

La ley 14.616 no definió la tortura. Solo hizo una referencia a ella en el art. 144 ter, al castigar al funcionario público que impusiera a los presos bajo su guarda, "*cualquier especie de tormento*". La definición quedó librada a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Lo relevante de esta disposición era que introducía a nuestro ordenamiento penal la figura del tormento, cuya convivencia con otros atentados contra la integridad personal que implicaban también padecimientos de cierta intensidad, por ej., las vejaciones y los apremios ilegales, dio origen a una ardua controversia doctrinaria en pro de una correcta distinción.

La opinión más extendida consideró que la diferencia entre la tortura, el apremio ilegal y la vejación residía en la intensidad o grado del dolor sufrido por la víctima (URE, FONTÁN BALESTRA, SOLER). Para URE la tortura o tormento consistía en un padecimiento, generalmente físico, de mayor intensidad que la simple vejación. La tortura, señalaba este autor, implica que se emplee la energía física en gran medida o medios insidiosos, crueles y refinados. Suele aparejar consecuencias de mayor gravedad, debiendo estar constituida por actos capaces de vencer por el dolor la resistencia normal de las personas. Si bien generalmente asume formas físicas, nada excluye la posibilidad de torturas morales. De modo que no sería importante la finalidad que se propuso el autor de los tormentos, ya que la ley no reclama un especial elemento subjetivo. De ordinario los tormentos se aplicarían para lograr la confesión o el esclarecimiento de un hecho delictivo, pero no estarían excluidos el odio, la venganza o el placer sádico⁵⁵.

En opinión de NÚÑEZ, la diferencia entre estos procedimientos estaba dada por el elemento intencional: los apremios ilegales quedaban reconducidos a actos dirigidos por una finalidad; eran

⁵⁵ Cit. por TARRIÓN, Mario C., y HUARTE PETITE, Alberto J., *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, Lerner, Córdoba, p. 95.

los rigores usados para forzar al preso a confesar o declarar algo o bien, en general, para influir en sus determinaciones. El tormento, en cambio, era el maltrato material o moral infligido intencionalmente para torturar a la víctima, sea como medio de prueba respecto de sospechados y testigos, sea para ejercer venganza o represalias, sea con otra finalidad malvada, pues la ley reprimía cualquier especie de tormento, caracterizado por su modo, gravedad o fin⁶⁶. En síntesis, según esta opinión, si el procedimiento era empleado con la finalidad determinada de obtener la confesión del reo, estábamos en el campo de los apremios ilegales; si, en cambio, el acto estaba gobernado por cualquier otra finalidad, quedaba enmarcado en la figura del tormento.

Por entonces, en una opinión solitaria en la doctrina –reconocida posteriormente por su propio autor, aun cuando en la actualidad la ha modificado–, CREUS entendió que el art. 144 tercero en la versión de la ley 14.616 solo podía funcionar como una figura de apremios ilegales agravada, ya que la expresión “tormento” había sido empleada en su histórica significación procesal. En la actualidad, según la fórmula de la ley 23.097, este autor opina que la diferencia entre la tortura y los apremios ilegales está dada por la intensidad del sufrimiento de la víctima. La tortura se caracteriza por la aplicación de procedimientos que causan un intenso dolo físico o moral en la víctima, siendo totalmente indiferente la finalidad perseguida o la motivación del autor: puede ser el medio de un apremio ilegal o agotarse como finalidad en sí misma, cualquiera sea su motivación. El apremio ilegal, en cambio, es un procedimiento coaccionante que tiene una finalidad trascendente a él mismo: lograr una determinada conducta del apremiado (tradicionalmente, una manifestación sobre un hecho ocurrido). Con una postura similar a la de CREUS, se han pronunciado ESTRELLA y GODOY LEMOS, para quienes la nota diferenciadora entre el apremio y la tortura reside en la mayor intensidad de los padecimientos o gravedad del dolor, físico o moral que debe soportar la víctima. En el apremio –subrayan estos autores–, se persigue una finalidad: obtener un confesión, una delación, un dato para el esclarecimiento de un hecho, etcétera. Idéntico criterio se observa en LAJE ANAYA y GAVIER, para

⁶⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 54, especialmente nota 116, y p. 57.

quienes la diferencia entre la tortura y los apremios ilegales reside no solo en la mayor intensidad del sufrimiento, sino que en la tortura el objetivo de obtener una confesión o pruebas no es imprescindible, aun cuando pueda concurrir, ya que también es factible que existan otros motivos como la venganza, el odio o cualquier otro. Al respecto nos dice LAJE ANAYA que la tortura representa la última escala de intensidad porque, a diferencia de los restantes modos, del procedimiento o método torturador, o a causa de él, pueden resultar la muerte de la víctima o la causación de lesiones gravísimas en la misma. Según el último inciso del art. 144 tercero, la tortura queda ceñida a lo que la ley dice lo que por tortura se entenderá. Por lo tanto, no parece correcto transformar la infracción en una especie de apremio, en el sentido de que el hecho sea un medio para vencer la resistencia de la víctima y así arrancarle lo que libremente no hubiese dicho o hecho. En otras palabras, la tortura puede ser un medio e impuesta como tal. Pero, dogmáticamente, admite que sea un fin en sí misma. De esta manera, tortura quien, por venganza, odio u otros motivos, impone a otro graves sufrimientos físicos o sufrimientos psíquicos suficientemente graves, aunque no persiga, mediante la imposición, una conducta del ofendido⁵⁷. Para REINALDI también la diferencia se encuentra en la mayor gravedad de la tortura, interpretación que no ha variado con la ley 23.097. Si el dolor que deliberadamente se causa es intenso –sostiene este autor–, el maltrato, el apremio o la vejación configurará una tortura; si no alcanza esa intensidad, porque el autor no quiso alcanzarla y no porque se lo hubieran impedido circunstancias ajenas a su voluntad, el hecho encuadrará en alguna de las figuras contempladas en el art. 144 bis⁵⁸. Lamentablemente, en ninguno de estos autores hemos podido apreciar algún comentario sobre si la reforma constitucional de 1994 ha tenido o no alguna incidencia en esta materia, observación que no puede extenderse, naturalmente, a REINALDI, por cuanto su opinión data de 1986. Sin embargo, tampoco este autor ha hecho ninguna referencia en la actualización del *Manual de NÚÑEZ* (2^a ed., Lerner, Córdoba, 1999), en el que afirma que la

⁵⁷ *Algunas consideraciones sobre la tortura*, JA, t. 1986-I, p. 857.

⁵⁸ *El delito de tortura*, Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 86 y siguientes.

diferencia entre las severidades, el apremio, las vejaciones y la tortura reside en la gravedad (dolor deliberado e intento) que alude como elemento del tipo objetivo al art. 144 ter, inc. 3º, Cód. Penal.

Para otros autores, en una posición contraria a la adoptada por la mayoría de la doctrina, la cuestión merecía parámetros distintos de interpretación. TARRIÓN y HUARTE PETITE, por ej., han entendido que la diferenciación entre los apremios y la tortura reside en que los primeros son medios para un fin, dirigidos a compelir a uno a que haga o deje de hacer alguna cosa, debiéndose entender por compelir el obligar a uno a hacer o no hacer lo que no se desea. El apremio ilegal –señalan estos autores– no puede estar nunca destinado a la obtención de una declaración. El concepto de tortura o tormento, en cambio, debe interpretarse en el mismo sentido en que ha sido hecho a lo largo de toda la historia de la humanidad, es decir, como una serie de padecimientos y aflicciones infligidas a personas privadas de su libertad para obtener de ellos una determinada declaración, sin distinguir qué tipo de declaración es la que se busca obtener, pudiendo tratarse de una autoincriminación o de otro tipo de manifestación o información que los funcionarios públicos deseen conseguir. Según estos autores, el criterio que basa la diferenciación en la intensidad del padecimiento de la víctima resulta objetable, por cuanto, por un lado, conduce a dejar librado al arbitrio judicial el encuadramiento de los hechos en uno u otro sentido y, por otro lado, siempre existiría el problema de que se introduzca en el ánimo del juzgador dudas acerca de la intensidad de los padecimientos sufridos por la víctima, amén de que los patrones de intensidad deben estar referidos a la posibilidad de resistencia y a la mayor o menor fortaleza física de los torturados. No sin razón señalan que con facilidad podría darse el absurdo de que aquello que para una persona es una tortura para otra sea un apremio ilegal, por el único motivo de que esta última sea más fuerte, resistente o valiente para soportar esos padecimientos⁵⁹.

⁵⁹ Conf. ob. cit., ps. 66 y ss., y 96 y siguientes. Véase, sin embargo, la observación de LAJE ANAYA sobre este punto, cuando dice –refiriéndose al texto de la ley 23.097– que “aunque la redacción del texto legal se halle construida

Este era el estado de la cuestión durante la vigencia de la ley 14.616. Con la sanción de la ley 23.097, que introdujo el concepto de tortura al Código Penal, la situación tuvo necesariamente que cambiar.

Esta nueva legislación definió a la tortura en el inc. 3º del art. 144 tercero, con el siguiente texto: *"Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente"*.

De este modo, el caracterizar la tortura a partir de la gravedad de los sufrimientos padecidos por la víctima y no por los designios del torturador, nos indujo a pensar que el legislador se había apartado del significado histórico de la tortura, es decir, entendida como método de comprobación judicial dirigido a obtener la confesión del reo, la delación de los cómplices, la revelación de las pruebas del delito, etcétera. Se trataba de un concepto legal de tortura, del cual el intérprete no podía apartarse ni modificarlo a voluntad, si es que no se quería desnaturalizar el sentido y alcance de la reforma. La significación histórica del concepto, entonces, quedó reservada para los apremios ilegales⁶⁰. Frente a este estado de cosas, entendimos que la tortura se caracterizaba por la gravedad de sus efectos, mientras que el apremio ilegal lo era por la finalidad del autor, vale decir, obtener la confesión del delito.

Debemos convenir que esta interpretación conducía a una desproporción en las escalas penales con relación a la gravedad de los hechos (a mayor gravedad menor pena, por ej., un procedimiento de escaso sufrimiento para la víctima al cual se le agregaba el fin de lograr una confesión, la disposición aplicable

sobre la base de la gravedad suficiente de los sufrimientos psíquicos, ello no quiere decir que la cuestión a determinar se haya dejado en la subjetividad del juez, o de la capacidad de resistencia de la víctima dado que lo que es grave para unos, no necesariamente tiene que ser igual para el resto. No parece, pues, que toda crítica a la ley en este punto pueda ser eficaz y triunfadora, porque este punto de vista no surge del sistema que ella ha establecido" (*Algunas consideraciones sobre el delito de tortura*, JA, t. 1986-I, p. 859, nota 3).

⁶⁰ Así lo entendimos en nuestro trabajo *El concepto de tortura y la ley penal*, ya citado. Repárese en la opinión de LAJE ANAYA cuando afirma que el concepto de tortura de la ley 23.097 es un "concepto jurídico" (*Algunas consideraciones sobre el delito de tortura*, JA, t. 1986-I, p. 857).

era la de apremios ilegales), pues la definición de tortura en el texto legal no permitía una interpretación diferente. Tortura era lo que la ley decía que era, vale decir, los sufrimientos físicos o psíquicos de gravedad suficiente, y no otra cosa. Por lo tanto, el apremio ilegal no podía tener el mismo significado, puesto que, si el procedimiento empleado no causaba un intenso sufrimiento a la víctima, pero el autor perseguía con él lograr una determinada declaración del reo, el hecho no podía configurar tortura porque el propio concepto legal exigía la causación de sufrimientos de gravedad suficiente. El apremio ilegal, entonces, quedaba reducido, aun cuando también consistía en la producción de sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima, a padecimientos de cualquier gravedad, pero con la particularidad de que lo que se perseguía con él era obtener una determinada declaración sobre el hecho investigado. Esta subjetividad tenía la conducta del autor. Sin ella, el hecho no podía configurar un apremio ilegal.

En 1994, la reforma de la Constitución nacional significó un nuevo cambio en la interpretación de este tema. Debido a la incorporación y reconocimiento constitucional de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes” en el art. 75, inc. 22, cuyo texto declara que los tratados sobre derechos humanos –y esta Convención lo es– “tienen jerarquía constitucional”, superior a las leyes, en la actualidad debe entenderse por tortura lo que esta Convención define en su art. 1º: “*Todo acto por el cual se inflaja 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 estos*”. De modo que, en la actualidad, el concepto de tortura se encuentra definido en la Constitución nacional, concepto que debe prevalecer sobre cual-

quier otro del ordenamiento jurídico⁶¹. Así se establece expresamente en el art. 1º, inc. 2º, Parte I, de la "Convención contra la Tortura", al prescribir que: "*El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance*", disposición que se repite el art. 16, inc. 2º del mismo documento internacional, al expresar textualmente que: "*La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión*".

Con arreglo al texto de esta Convención internacional, entonces, la tortura tiene las siguientes notas que la caracterizan:

- 1) Se trata de un acto intencional (doloso).
- 2) La víctima puede ser cualquier persona, esté o no privada de su libertad personal. En este punto, apreciamos una modificación, aunque solo en apariencia, del art. 144 tercero, inc. 1º del Cód. Penal, ya que esta disposición contempla la imposición del tormento sobre cualquier persona en la medida en que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privada de su libertad, mientras que el texto de la Convención extiende la previsión de los sujetos pasivos a los particulares que no estén privados de su libertad. De manera que la tortura a una persona no privada de su libertad debe castigarse con arreglo al art. 144 tercero, inc. 1º, Cód. Penal. Decimos que se trata de una modificación solo en apariencia, pues toda persona a quien se aplique torturas, necesariamente deberá ser privada de su libertad personal en los términos del art. 141, Cód. Penal. La privación de libertad personal obraría como presupuesto de la aplicación del tormento.
- 3) Debe consistir en la causación de dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, de grandes padecimientos para la víctima.

⁶¹ Al respecto y sobre el concepto introducido al Código Penal por la ley 23.097, dice LAJE ANAYA que "al no establecer la Constitución qué debe entenderse por el 'delito de tortura', delega, como potestad de hacerlo, al Poder Legislativo como consecuencia del sistema constitucional" (*Algunas consideraciones...*, p. 857). De este modo, puede apreciarse que dicha postura coincide con la nuestra acerca de cómo debe hoy interpretarse la cuestión a partir de la reforma constitucional de 1994.

4) La finalidad de su aplicación debe ser la de obtener una confesión o una información (por ej., suministro de datos sobre personas, cosas, actividades, delictivas o no, etc.), castigar a la persona por actos realizados o que se sospeche que los cometió, intimidarla o coaccionarla (por medio de amenazas o actos de violencia) para compelir u obligar a la víctima a que haga o deje de hacer alguna cosa, o por cualquier otra razón basada en algún tipo de discriminación (racial, religiosa, ideológica, política o gremial, sexual, económica, social o física). La exigencia de estos objetivos perseguidos por el autor convierten a la tortura en un delito especializado subjetivamente, vale decir, que exige la concurrencia de un especial elemento subjetivo del tipo cuya ausencia hace desaparecer el delito, pudiéndose aplicar residualmente el tipo de apremio ilegal en la medida en que concurran sus notas características.

5) Autor de la tortura puede ser un funcionario público o un particular. La Convención hace referencia a "otra persona" en el ejercicio de funciones públicas, "a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia". Se trata de una hipótesis en la que el particular actúa bajo la supervisión del funcionario, por orden de él, con su permiso, tolerancia o en beneficio del mismo. El concepto de "funcionario público" surge del art. 77, Cód. Penal, al declarar que es todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas. De acuerdo, entonces, con el texto de la Convención y la regla de interpretación del art. 77, Cód. Penal, los particulares pueden ser autores del delito de tortura cuando actúan por instigación de un funcionario público, o con su consentimiento o aquiescencia. En lo que respecta al ámbito de la autoría, entonces, no se ha producido modificación alguna en el precepto del art. 144 tercero, inc. 1º del Cód. Penal, careciendo de relevancia que, en el momento de la aplicación del tormento, el funcionario público o el particular tengan o no poder de hecho sobre la víctima. Los particulares, por lo tanto, están comprendidos tanto en el texto del Código Penal como en el de la Convención Internacional. En este orden de ideas, cuando un particular lleve a cabo estas acciones cometerá el delito de imposición de torturas en calidad de autor. Como puede apreciarse, estamos frente a un delito común cuya tipología no exige calidad funcional alguna en el sujeto activo.

No es esta la opinión de la doctrina comparada. Para el profesor DE LA CUESTA ARZAMENDI la Convención contra la Tortura formula un concepto mínimo internacional (dado precisamente por el art. 1º) que permite a las legislaciones internas perseguirla y sancionarla con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad, de modo que pueda calificarse también de torturas actos similares no incluidos en la definición aprobada por la Convención. Esta noción mínima propone una tipificación de la tortura que se basa en los siguientes rasgos característicos: delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión. Se trata, según esta opinión, de un delito especial porque reduce el círculo de autores únicamente a los funcionarios públicos. Esta postura del profesor español también está sostenida, entre otros, por DÍAZ PITA, MUÑOZ CONDE, TAMARIT SUMALLA, MAQUEDA ABREU, PORTILLA CONTRERAS, etcétera.

En el derecho español –cabe precisar– la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, no tiene jerarquía constitucional, como sucede con el derecho argentino, sino que se trata de “derecho interno”, con entrada en vigor el 20 de noviembre de 1987. Para los casos de tortura, resulta aplicable la disposición del art. 174 del Cód. Penal que exige, eso sí, expresamente, la cualificación funcional del sujeto activo (“Comete tortura la autoridad o funcionario público que . . .”; “el funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que . . .”). Entre nosotros, en cambio, como ya tenemos dicho, la Convención contra la Tortura tiene jerarquía constitucional superior a las leyes, es decir, superior al Código Penal, de modo que su observación es de estricto cumplimiento.

Sin perjuicio de esto, nosotros entendemos que el concepto internacional de tortura admite la posibilidad de que particulares puedan resultar autores del delito previsto en el art. 144 tercero del Cód. Penal, cuando sus actividades ilegales hayan sido realizadas a instigación o con el consentimiento o aquiescencia del funcionario. Si no se da esta relación funcionario-sujeto, el particular no podría ser autor de este delito, pues no habría actuado a instigación o con el consentimiento de aquel, como exige expresamente el art. 1º de la Convención. Si el particular obrara

al margen de esta relación funcional, debería ser sancionado de acuerdo con los resultados causados.

Teniendo en cuenta la pluralidad de bienes jurídicos que ataca la tortura (fundamentalmente la integridad física y moral de la persona, pero al mismo tiempo se presenta como una forma especial de abuso de poder en el marco de la administración pública), el profesor DE LA CUESTA piensa que esta particular afectación de la administración deriva de la calidad de sus autores. Sin embargo, reconoce que la reducción del círculo de sujetos activos a los funcionarios es algo muy discutido. Sin duda –dice–, los no funcionarios pueden cometer actos materialmente idénticos a los propios de la tortura, atacando de manera insopportable e inhumana la integridad física y moral de sus víctimas. Con independencia de que también estos comportamientos merezcan ser sancionados y, sobre todo, hayan de buscarse fórmulas que permitan abarcar adecuadamente los comportamientos de particulares, realizados con tolerancia, aquiescencia o en beneficio de funcionarios (*la Convención los califica también de tortura*), parece razonable la restricción internacional del concepto mínimo de tortura a su ámbito más estricto: el abuso de poder del funcionario.

Si interpretamos correctamente la opinión del profesor DE LA CUESTA, entendemos que para la Convención *también son considerados actos de tortura* los comportamientos desplegados por los particulares. Y si estos comportamientos, previstos en el art. 1º de la Convención, son llevados a cabo por particulares, porque esta *los califica también de tortura*, pues entonces creemos que la Convención, en su definición de tortura, admite la autoría de los particulares. Eso sí, no en forma autónoma sino en el marco de esa relación Estado-individuo a que hacíamos referencia más arriba. En conclusión, el particular puede cometer el delito de imposición de tortura, siempre que su conducta presuponga la intervención de un funcionario público, sea instigándolo a cometerlo o consintiendo en su comisión.

Con arreglo a lo expuesto y estando actualmente entre nosotros la tortura definida constitucionalmente, el concepto introducido por la ley 23.097 al inc. 3º del art. 144 tercero del Cód. Penal ha quedado implícitamente derogado por una doble vía:

por ser la Convención contra la Tortura una ley posterior y por tener rango superior a la ley (jerarquía constitucional).

Dentro de este contexto, entonces, el apremio ilegal ha pasado a configurar un concepto residual, que es al que se hace referencia en el art. 16-1 de la misma Convención, cuando dice “*todo acto cruel, inhumano o degradante, que no llegue a ser la tortura definida en el art. 1º*”. Con esta interpretación, las notas características del apremio ilegal son las siguientes:

- 1) Se trata de un acto intencional (doloso).
- 2) Consiste en un maltrato o castigo de menor gravedad o intensidad que la tortura, revelador de un cuadro de menor dolor o sufrimiento en la víctima.
- 3) La finalidad de su aplicación puede ser cualquiera, con excepción de aquella que la Convención ha dejado previsto expresamente para la tortura. Un ejemplo de apremio ilegal podría ser la aplicación de castigos físicos a la persona con cualquier propósito malsano, v. gr. por odio, diversión, apuesta o juego, etcétera. Se trata, en consecuencia, de un tipo especializado subjetivamente.

4) Autor del apremio ilegal, al igual que en el supuesto de torturas, puede ser tanto un funcionario público como un particular (más claramente se percibe en el art. 16-1 la cuestión atinente a la autoría cuando hace referencia a “*otra persona en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona*”). Esta interpretación no supone, como parecería entenderse literalmente, una ampliación, en el ámbito de la autoría, del art. 144 bis, inc. 2º, Cód. Penal, puesto que si bien para este delito solo puede ser sujeto activo un funcionario público “en acto de servicio”, vale decir, en el desempeño de la función pública que le es propia, de acuerdo con el texto de la Convención la autoría se extiende al funcionario público u “otra persona que está ejerciendo funciones oficiales”. Por lo tanto, el funcionario debe actuar como tal en el momento de la aplicación del tormento, aunque no pertenezca a una repartición que tenga asignada competencia para privar de la libertad a las personas. Los particulares podrían cometer este delito del art. 144 bis solo en calidad de cómplices o instigadores, pero no de autores, por cuanto carecen de la calidad exigida por el tipo.

5) La víctima del apremio puede ser cualquier persona, esté o no privada de su libertad personal.

La Convención Internacional declara en su art. 16-1 que: "*Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1º, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona*". Estos tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, cuando adquieran una particular intensidad y persiguen otras finalidades distintas a las previstas para la tortura, configuran en nuestro derecho el apremio ilegal.

Característica común a la tortura y al apremio ilegal es la existencia de un grave sufrimiento en la víctima. Su diferencia reside, como tenemos dicho, no solo en la intensidad del mismo, sino en los objetivos perseguidos por el autor. La tortura se convierte así en la escala más grave del comportamiento humano. Sobre los tratos inhumanos o degradantes y la tortura, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 12/1990 del 27 de junio, ha expresado que se trata de nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fuesen los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.

Teniendo en cuenta que nuestra legislación penal, a diferencia de otros ordenamientos como, por ej., el español, también contempla autónomamente otras modalidades menores de degradación del ser humano, como son ciertamente las severidades y vejaciones, se torna preciso delimitar claramente qué debemos entender por tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (apremios ilegales), pues aun cuando estos conceptos mantengan su propia autonomía no dejan de estar plenamente interrelacionados y hasta jerarquizados conforme a su intensidad y gravedad; así como no hay tratamiento inhumano que no sea también degradante, no hay tortura que no sea al mismo tiempo tratamiento inhumano y degradante.

Al respecto se ha puesto de relieve en la doctrina⁶² la elaboración llevada a cabo por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, haciéndose notar que, para el Comité, la única vía de distinción adecuada entre tortura y los demás tratos (art. 7º del Pacto) es atender a la naturaleza, finalidad y severidad de lo infligido⁶³. En opinión de la jurisprudencia europea, los "tratamientos degradantes" son aquellos que humillan al individuo gravemente ante los demás o ante sí mismo o le obligan a actuar contra su voluntad o conciencia", mientras que los "tratamientos inhumanos" son aquellos que provocan grandes sufrimientos mentales o físicos injustificables que alcanzan cierta intensidad; finalmente la "tortura", según este criterio, constituye una forma particularmente aborrecible de tratamiento inhumano dirigido a la obtención de información o confesión, o infligir un castigo.

En síntesis, podría definirse el trato degradante (que involucra a los demás tratamientos), con DE LA CUESTA, como los comportamientos incidentes en la esfera corporal o psíquica de otros,

⁶² Conf. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., ob. cit., ps. 50 y siguientes.

⁶³ Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, son ejemplos de "malos tratos": mantener incomunicado al detenido durante más de cinco meses, la mayor parte del tiempo atado y con los ojos vendados, y mantener en prisión a la víctima en condiciones tales que su salud quede seriamente afectada; "maltratos graves": el recibido por el afectado durante tres meses de detención en régimen de incomunicación, habiendo perdido como consecuencia 20 kilos de peso, y mantener incomunicado al detenido durante más de cien días, la mayor parte del tiempo con los ojos vendados y las manos atadas, sufriendo como consecuencia graves lesiones físicas (parálisis en un brazo, herida en una pierna y los ojos infectados), así como importante pérdida de peso; "torturas": los graves tratos físicos y psicológicos a los que se sometió a la víctima, incluida la amenaza de que le cortarían las manos con una sierra eléctrica; interrogar a la víctima utilizando golpes, descargas eléctricas y simulacros de ejecución; someter al detenido al método llamado "plantones", golpes y privación de comida durante tres meses; ser el detenido golpeado físicamente, resultando con fractura de mandíbula; mantener a la víctima totalmente incomunicada con el mundo exterior durante cincuenta días; y padecer lesiones permanentes como consecuencia del maltrato recibido en detención, lo que se evidencia en que una de las piernas de la víctima es más corta que la otra (información obtenida del trabajo de DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L., ob. cit., p. 51, notas 19 y ss.).

dirigidos a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándolos de manera ilegítima –mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio de engaño– a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima.

Sobre los criterios que sirven para evaluar la gravedad del sufrimiento de la víctima, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene dicho que la gravedad depende de un conjunto de circunstancias, en concreto, de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, edad, estado de salud de la víctima, etcétera. Es decir, se valora la repercusión en la víctima del método utilizado, no la acción en sí misma. (*Ver cuadro en página siguiente.*)

c) *La tortura en el derecho supranacional.* — En la actualidad, respondiendo a históricas iniciativas de organismos supranacionales, por ej., Naciones Unidas, Consejo de Europa, etc., que han hecho sentir sus permanentes reclamos acerca de la preocupación de estas entidades por combatir toda forma de agresión contra el ser humano, especialmente la tortura y otros tratamientos crueles y degradantes, optimizando la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, un grupo numeroso de Constituciones políticas de la comunidad internacional ha consagrado, sea en forma directa o indirecta, la proscripción de estas prácticas.

En este plano internacional, uno de los pronunciamientos más importantes contra la tortura está en la letra del art. 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, redactado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyo texto, aun sin especificar qué debe entenderse por ella, proclama expresamente que: “*Nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes*”.

Esta fórmula prohibitiva, no solo de la tortura sino también de procedimientos análogos, ha sido consagrada por numerosas declaraciones internacionales, entre las que pueden mencionarse

*Cuadro comparativo entre la tortura
y el apremio ilegal*

<i>Ley 14.616</i>	<i>Ley 23.097</i>	<i>Constitución nacional de 1994</i>
<p><i>Tortura</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – No estaba definida en la ley. – Para la doctrina mayoritaria, la diferencia con el apremio ilegal estaba dada por la intensidad o gravedad de los padecimientos. 	<ul style="list-style-type: none"> – Estuvo definida en el inc. 3º del art. 144 tercero, Cód. Penal. – Se caracteriza por la gravedad del sufrimiento de la víctima. 	<ul style="list-style-type: none"> – Está definida en el art. 1º de la Convención contra la Tortura, adquiriendo <i>status</i> constitucional mediante el art. 75, inc. 22. – Se caracteriza por la intensidad de los padecimientos sufridos por la víctima y por la finalidad perseguida por el autor: obtener la confesión, información, castigos, intimidaciones, coacciones o por motivos de discriminación.
<p><i>Apremio ilegal</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – No tenía definición legal. 	<ul style="list-style-type: none"> – Su nota característica es la finalidad perseguida por el autor: obtener la confesión de un ilícito o una declaración relacionada con él. 	<p><i>Constitución nacional de 1994</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Es un concepto residual, que surge del art. 16-1 de la Convención contra la Tortura. – Sus notas características son la menor intensidad del sufrimiento y la finalidad perseguida por el autor, que puede ser cualquiera con excepción de las que la Constitución ha reservado para la tortura.

la Convención del Consejo de Europa para la “Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”, suscripta en Roma el 4 de noviembre de 1950; la Convención Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1960; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, cuyo art. 7º, además de prohibir la práctica de la tortura, textualmente dice que “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo art. 5º establece, a la par que la prohibición de la tortura, “*el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Otros instrumentos internacionales han definido la tortura en forma expresa en sus textos. Así por ejemplo, la Asamblea Médica Mundial, reunida en Tokio el 9 de octubre de 1975, la define como la “administración intencional, sistemática e incorrecta de dolores físicos y mentales, por quienes debido a su iniciativa o a órdenes de algún poder, desean forzar a alguien para que suministre información, para que confiese algo o por cualquier otro motivo”. La Declaración de Protección de toda Persona que pueda ser sometida a tortura o a otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, firmada el 9 de diciembre de 1975, la define como “todo acto de dolor o sufrimiento severo (riguroso, agudo), físico o mental, infligido a alguien intencionadamente por un oficial público o por su instigación, dirigido a obtener información o confesión de aquel o de un tercero, a castigarle por algo que ha hecho o que se sospeche ha perpetrado, o a intimidar al mismo a un tercero”⁶⁴. Esta definición es similar a la contenida en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada en Nueva York el 4 de febrero de 1985 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.338 del 30 de julio de 1986 (BO, 26/2/87) e incorporada al texto constitucional por el art. 75, inc. 22, Const. nacional.

⁶⁴ Conf. DEL TORO MARZAL, Alejandro, ob. cit., p. 670.

Entre las constituciones políticas de los Estados que han condenado explícitamente la práctica de la tortura, pueden citarse aquellas que lo han hecho a través de un sistema de adhesión a Declaraciones o Convenios internacionales, por ej., Países Bajos, Dinamarca, Bélgica, Francia (Constitución de 1958), Imperio Centroafricano (Constitución de 1976), etc.; o bien aquellas que prohíben las penas contrarias al sentido de humanidad, como Italia (Constitución de 1947), Suiza (Constitución de 1971) y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, cuyo art. II, Sección 12, establece que no se impondrán castigos crueles e inusitados (Constitución de 1952). Otros modelos, sin hacer una mención expresa de la tortura, consagran directamente la protección de los derechos fundamentales de la persona (libertad, seguridad, dignidad, etc.), como por ej., Portugal (Constitución de 1933), URSS (Constitución de 1936), Rumania (Constitución de 1965), Bulgaria (Constitución de 1971), Hungría (Constitución de 1972), Suecia (Constitución de 1975), etcétera. Otro grupo de naciones prefieren el sistema de repetir en sus constituciones el art. 5º de la Declaración de la ONU de 1948, por ej., Chipre y Samoa Occidental (1960), Jamaica, Kuwait y Uganda (1962), Kenya (1963), Guayana, Barbados y Bostwana (1962), Rhodesia (1969), Sierra Leona (1971), Trinidad Tobago (1974), Papua y Nueva Guinea (1976) y España (1978).

En América Latina, hacen referencia expresa a la tortura, ya sea a través del modelo expreso de condena o de prohibición, entre otras las Constituciones de Chile (1925), Ecuador (1945), El Salvador (1962), Honduras (1985), México (1917), Brasil (1988), Paraguay (1992), Nicaragua (1974), Venezuela (1961), Bolivia (1962), Guatemala (1965) y Argentina (1994).

Cabe destacar que la Constitución de la República del Paraguay, por ej., además de prohibir la aplicación de la tortura y de otros tratamientos análogos, expresamente declara la imprescriptibilidad del genocidio, la tortura, la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas (art. 5º), figuras que se encuentran castigadas a título de delito en el nuevo Código Penal que entró en vigor el 26 de noviembre de 1998 (ley 1160/97). En el caso del Brasil, la represión de la tortura actualmente está prevista en la ley 9455, promulgada el 7 de abril de 1997, cuya amplia tipificación es una respuesta

al mandato constitucional establecido en el art. 5º, incs. III y XLIII de la Constitución federal. La nueva ley sanciona varios tipos penales considerados crímenes de tortura, caracterizando a esta, desde un punto de vista objetivo, como el empleo de violencia o grave amenaza contra alguna persona causándole sufrimiento físico o mental, y desde un punto de vista subjetivo, con la finalidad de obtener información, declaración o confesión de la víctima o de una tercera persona; para provocar una acción o una omisión de naturaleza criminal; en razón de discriminación racial o religiosa. La pena de este delito es de 2 a 8 años de reclusión.

Entre nosotros, la condena y proscripción de la tortura proviene de una doble vía constitucional: por un lado, a través de la abolición definitiva del tormento y los azotes establecida en el art. 18, Const. nacional, y por otro lado, con la incorporación en el art. 75, inc. 22 de los instrumentos internacionales que prohíben y repudian la aplicación de la tortura en todas sus formas. Además, como ya lo hemos puesto de relieve, se ha otorgado máxima jerarquía constitucional a la Convención contra la Tortura firmada en Nueva York el 4 de febrero de 1985, con lo cual ha quedado ratificada la intención legislativa de que, en nuestro país, la tortura sea definida constitucionalmente.

d) *Los tipos delictivos en la ley 23.097.* — 1. *Imposición de tortura. Agravantes.* El art. 144 tercero establece: “*1) Será reprimido con reclusión o prisión de 8 a 25 años e inhabilitación absoluta perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho.*

“*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.*

“*Si con motivo u ocasión de tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el art. 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de 10 a 25 años*”.

El delito consiste en “imponer” (aplicar, infligir, ocasionar, producir, etc.) a una persona privada de su libertad ambulatoria, cualquier especie de tortura.

Por tortura, recordamos, debe entenderse los graves e intensos padecimientos o maltratos que están definidos en el art. 1 de la Convención contra la Tortura, a cuyo texto hicimos referencia en el capítulo anterior.

“Sujeto activo” del delito pueden ser un funcionario público⁶⁵ u otra persona “en el ejercicio de funciones públicas”. Sin embargo, como hemos explicado más arriba, también el particular está comprendido en este nuevo marco constitucional. Esto surge no solo de la propia letra del art. 144 tercero, Cód. Penal, sino también de la referencia expresa del art. 1º de la Convención Internacional. La legislación vigente –según se ha visto– no contiene la restricción a que hacía referencia la ley 14.616 al exigir que el autor de la tortura tenga el preso bajo su guarda o custodia. Sin perjuicio de ello, la víctima puede estar, de hecho o de derecho, bajo la potestad funcional del agente. La norma no contiene limitación alguna en tal sentido. Por el contrario, la disposición es clara al especificar que “es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho”.

Se discute, sin embargo, si el funcionario debe tener, en el momento del hecho, competencia para privar de la libertad a las personas, o si es suficiente con que actúe como tal, vale decir, que solo posea autoridad pública. Por esta última interpretación se pronuncia REINALDI; basta, dice este autor, que actúe como funcionario público⁶⁶. Piensan lo contrario CREUS⁶⁷ y LAJE ANAYA⁶⁸, para quienes es necesario que la autoridad tenga competencia para privar de la libertad. Coincidimos con la postura de REINALDI.

⁶⁵ Sobre la problemática que plantea el concepto de funcionario público en la dogmática penal argentina, véase por todos el trabajo de ABOSO, Gustavo E., y ABRALDES, Sandro F., *Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal*, *LL*, supl. “Jurisprudencia Penal”, del 24/5/96, ps. 12 y siguientes.

⁶⁶ Conf. REINALDI, Víctor F., ob. cit., ps. 97 y siguientes.

⁶⁷ Conf. CREUS, Carlos, *Reformas al Código Penal*, “Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 52.

⁶⁸ Conf. LAJE ANAYA, Justo, *Algunas consideraciones sobre el delito de tortura*, JA, t. 1986-I, p. 859.

Nada autoriza a restringir el alcance del precepto, cuyo texto solo exige como condición del autor que revista la calidad de funcionario público y no la de “*funcionario público con competencia para arrestar o detener*”. En nuestra opinión, autor del delito puede ser cualquier funcionario público, tenga o no competencia para privar de la libertad. Lo importante es que actúe como tal, por ej., el médico forense que interviene en una sesión de tortura.

Con respecto al particular como sujeto activo, ya hemos explicado que el art. 144 tercero, Cód. Penal, no impone ninguna limitación al respecto (expresamente hace referencia a “*los particulares que ejecutaren los hechos descriptos*”), normativa que –en esta parte– no ha sido derogada por el art. 1º de la Convención contra la Tortura, debido, precisamente, a la correspondencia en esta parte entre el dispositivo penal y la normativa internacional. Por lo tanto, los particulares quedan alcanzados por la norma penal y su responsabilidad debe ser medida en términos de autoría. En consecuencia, estamos ante un delito de naturaleza común.

“Sujeto pasivo” puede ser cualquier persona que se encuentre privada, legítima o ilegítimamente, de su libertad.

El delito es doloso, compatible solo con el dolo directo (“*infingir intencionalmente*”, dice el art. 1º de la Convención) y de resultado, debido, precisamente, a la exigencia del concepto internacional de la causación de dolores o sufrimientos graves (desvalor de resultado)⁶⁹. En la doctrina comparada, en orden a la configuración internacional de la tortura, “a la vista de la brutalidad o crueldad deliberada que le es inherente” (DE LA CUESTA) se admite solo el dolo directo, destacándose que se está frente a un delito de tendencia (DE LA CUESTA), de resultado cortado, por cuanto la obtención de las ventajas que el delito persigue no pertenecen al tipo objetivo (PORTILLA CONTRERAS), o bien que además del dolo exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto (TAMARIT SUMALLA) o de un especial elemento subjetivo del tipo (MUÑOZ CONDE). Puede cometerse por acción u omisión

⁶⁹ Para TARRIÓN y HUARTE PETITE, el delito es de peligro concreto, ob. cit., p. 101. En la doctrina comparada se entiende que el delito es de resultado, ya que se hace depender la punición de la existencia del sufrimiento.

(impropia)⁷⁰ y se consuma con la producción de los graves sufrimientos padecidos por la víctima, independientemente de que se logre o no el fin propuesto. La tentativa resulta admisible. Con respecto al tipo subjetivo, caben aquí las explicaciones dadas al analizar el concepto constitucional de tortura.

La figura se agrava si como consecuencia de la tortura (si “*con motivo u ocasión*”, dice la norma) se produce la muerte de la víctima o se le causan lesiones gravísimas. Se trata de un resultado preterintencional que no queda abarcado por el dolo del agente⁷¹. Las lesiones leves y graves que derivan de la apli-

⁷⁰ La tipicidad omisiva ha sido aceptada por la doctrina, por ej., observar una conducta omisiva respecto de quien está, por hallarse privado de la libertad y bajo su poder jurídico o de hecho, en posición de garante en virtud de la ley o de la conducta precedentemente asumida (conf. REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 105). En contra BREGLIA ARIAS y GAUNA, quienes admiten la conducta omisiva solo en las hipótesis de apremios ilegales, por ej., omitir entregar ropa de abrigo al detenido, cuando reina baja temperatura; hacer caso omiso a sus reclamos de satisfacer necesidades fisiológicas, etc. (ob. cit., p. 462, nota 4), no en las de torturas (ob. cit., p. 465). Sin embargo, no parecen opinar lo mismo estos autores cuando analizan el delito del art. 144 cuarto, inc. 1º, al sostener que el consentimiento tácito del funcionario, mediando el deber de actuar, lo convierte en partícipe o lo “constituya en autor mismo del delito de torturas previsto en el art. 144 tercero”. Entendemos que este consentimiento tácito equivale a una conducta pasiva del funcionario frente a la comisión por otro de un hecho de tortura y, esta situación, según nos parece, equivale a omisión impropia; por ello, la omisión convierte al funcionario en autor del delito del art. 144 tercero. En la doctrina comparada, se acepta la posibilidad de la modalidad omisiva; así de LA CUESTA ARZAMENDI, José L., ob. cit., p. 49: “Estamos ante un delito susceptible de comisión por omisión. En efecto, siendo el núcleo de la descripción típica la causación de unos determinados resultados, estos pueden derivar tanto del comportamiento funcional activo como de la omisión punible (tolerancia, consentimiento, aquiescencia) cometida por quien se encuentra en posición de garante, la cual, si resulta hipotéticamente causal y cubre las exigencias de la cláusula de equivalencia, podrá dar lugar a la responsabilidad penal por comisión por omisión”.

⁷¹ Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Ver sobre el particular nuestro trabajo *El concepto de tortura y la ley penal* ya citado. Concuerdan con nuestro criterio, TARRIÓN Y HUARTE PETITE, para quienes, tanto ante el resultado muerte como el de lesiones gravísimas, se trata de un resultado preterintencional, pues el dolo del imputado estuvo dirigido a atormentar, no a matar. Si la voluntad del sujeto estuvo dirigida a matar, estiman estos autores que la calificación será la de homicidio agravado por sevicias (art. 80, inc. 2º, Cód. Penal); para los supuestos de lesiones gravísimas, tampoco habría dificultades en aplicar la norma del art. 91, Cód. Penal, por cuanto existe también lo dispuesto en el

cación del tormento no quedan comprendidas en la agravante. La mayor penalidad —como tenemos dicho— alcanza al particular que tortura, el que será responsable del resultado causado⁷².

2. *Omisiones funcionales relacionadas con la tortura.* La ley agrupa, en los arts. 144 cuarto y 144 quinto, un conjunto de omisiones en las que pueden ocurrir los funcionarios públicos cuando, de algún modo u otro, toman conocimiento de una práctica de tortura. La punibilidad de estas omisiones funcionales alcanza a conductas dolosas y culposas, según veremos en el análisis de cada figura en particular.

Artículo 144 cuarto: “*1) Se impondrá prisión de 3 a 10 años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.*

art. 92, Cód. Penal, que agrava la escala penal cuando concurren algunas de las circunstancias enumeradas en el art. 80 (*Torturas, detenciones y apremios ilegales*, Lerner, Córdoba, ps. 103 y ss.). Análoga conclusión sostienen BREGLIA, ARIAS Y GAUNA (ob. cit., p. 465). Para REINALDI, la norma del inc. 2º del art. 144 tercero comprende tanto el resultado preterintencional como el doloso, directamente querido o intelectualmente representado por el torturador. Si el autor, en cambio, obró concurriendo alguna de las circunstancias del art. 80, Cód. Penal, por ej., sevicias, ensañamiento, placer, etc., se estaría frente a un concurso ideal de delitos. Estas circunstancias pueden darse en la tortura —explica REINALDI— desde que resultan indiferentes los medios elegidos y las finalidades propuestas al imponerla (ob. cit., ps. 124 y ss.). Sin embargo, nos parece que, en la actualidad y debido a la incidencia de la reforma constitucional respecto del concepto de tortura que debe prevalecer, esta opinión no puede prosperar. Entendemos que la aplicación del tormento, de acuerdo con esta interpretación constitucional, solo resulta compatible con el dolo directo; de manera que la intención del torturador debe estar dirigida a torturar a la víctima, no a matarla. Si el sujeto persiguió la muerte de la víctima, mediante el empleo de la tortura, el tipo penal aplicable es el del art. 80, inc. 2º del Cód. Penal. Para LAJE ANAYA, si bien entiende que el tipo penal es doloso, en las hipótesis de agravación pareciera admitir el resultado preterintencional (“No obstante que ello puede efectivamente suceder . . .”), aunque más adelante aclara que al resultado se puede llegar por dolo eventual, circunstancia que explica las escalas penales que han sido previstas para los casos de muerte y de lesiones gravísimas (*Algunas consideraciones . . .*, p. 858). Finalmente, para NÚÑEZ, la muerte puede ser preterintencional o intencional (ob. cit., t. V, p. 57).

⁷² Para TOZZINI, la agravante no alcanza a los particulares que torturan, en cuyo caso, de darse el resultado mortal o lesivo, habrá que aplicar las reglas comunes del concurso de delitos (ob. cit., p. 768).

"2) La pena será de 1 a 5 años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las 24 horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

"3) Sufrirá la pena prevista en el inc. 1º 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 24 horas.

"4) 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".

i) *Omisión de evitar el delito de tortura:* La conducta prevista en el inc. 1º del art. 144 cuarto reprime al funcionario que, teniendo competencia para evitar la comisión de una práctica de tortura, no lo hace, ya sea impidiendo su aplicación o haciendo cesar una ejecución en marcha.

Sujeto activo solo puede ser el funcionario que tiene "competencia" para hacer cesar la aplicación del tormento. Está en tal situación aquel funcionario que ostenta una jerarquía funcional con respecto a los autores del hecho y que le otorga atribuciones para disponer el cese de la actividad delictiva de estos (REINALDI, CREUS). La disposición abarca tanto la evitación del hecho con anterioridad a su consumación cuanto al hecho propiamente consumado. La omisión comprende, entonces, la tentativa, la consumación o la prosecución de la actividad delictiva (BREGGIA ARIAS, GAUNA).

Se trata de un delito especial propio, en razón de la calidad de autoría exigida por el tipo. Debe tratarse de un funcionario público. Es un delito de omisión impropias (importa la violación del deber jurídico de actuar conforme a la norma), doloso y de peligro concreto, que se consuma con la actitud pasiva del agente (debiendo actuar no impide la ejecución del hecho). La tentativa no parece admisible.

II) *Omisión de denunciar el delito de tortura:* El delito está previsto en el inc. 2º del art. 144 cuarto, y consiste en no denunciar la comisión de un hecho de tortura del que se tuvo conocimiento, dentro del término de 24 horas de conocido el mismo y ante alguno de los funcionarios mencionados en la ley (funcionario competente, Ministerio Público o juez competente).

El autor debe ser un funcionario público que, contrariamente al caso anterior, carece de competencia para evitar la aplicación del tormento. La autoría abarca tanto a quien ha tomado conocimiento del hecho mientras se estaba llevando a cabo la práctica de la tortura como también después de su consumación⁷³.

No cualquier funcionario público queda comprendido en el tipo, sino solo aquel que ha tomado conocimiento del hecho "en razón de sus funciones", vale decir, en el marco de su propia actividad funcional. Por lo tanto, quedan fuera de la tipicidad aquellas omisiones cuando aún el hecho no ha tenido principio de ejecución, cuando el conocimiento se adquiere en forma particular, extraoficialmente, fuera de la propia función o en ocasión de ella y por razones del secreto profesional⁷⁴.

La particular estructura del tipo admite una diversidad de hipótesis que resultan punibles a este título. Omite tanto quien no ha denunciado el hecho de acuerdo con las exigencias de la ley, como quien no lo hace fundado en que otra persona ya lo hizo, cuando frente a varios hechos solo denuncia uno solo de ellos (la omisión aquí se da con respecto a los otros) o se formula denuncia ante una autoridad incompetente.

Autoridad competente es el funcionario público que está facultado por la ley para recibir denuncias (art. 177, Cód. Procesal Penal Corrientes, juez de instrucción, agente fiscal o policía judicial). No exime, por tanto, la denuncia formulada ante el superior jerárquico o ante el funcionario de igual rango, cualquiera fuere la repartición en que revista. Para BREGGLIA ARIAS y GAUNA, sobre este aspecto debe primar una interpretación amplia, según

⁷³ Conf. TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 769.

⁷⁴ Conf. REINALDI, Víctor F., ob. cit., ps. 136 y siguientes. Ver, sobre la cuestión, los arts. 180 y ss., Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes. Para BREGGLIA ARIAS y GAUNA, no están comprendidos quienes se informan del ilícito por un medio o canal ajeno a la esfera de su propia actividad funcional, aunque hayan sido anoticiados al ejercerla (conf. ob. cit., p. 468).

la cual el error acerca de la competencia del funcionario ante quien se realiza la denuncia, y aunque sea de los no mencionados en la norma, impide la configuración del delito⁷⁵.

Se trata, como en la hipótesis anterior, de un delito especial propio, de pura omisión, de peligro, que se consuma al producirse el vencimiento del plazo de 24 horas que establece la norma para denunciar el hecho ante la autoridad competente. De manera que la denuncia formulada con posterioridad al vencimiento de este plazo legal no excluye la tipicidad de la conducta. La tentativa no parece admisible.

El delito se agrava si el autor de la omisión fuera médico, para quien, además de la pena de prisión, la disposición prevé una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por doble tiempo del que corresponde a aquella especie de pena. La mayor penalidad solo resulta aplicable —como bien se ha puesto de relieve— al médico que ejerza las funciones públicas correspondientes a dicho cargo, por ej., médico forense o policial⁷⁶. No quedan comprendidos, en cambio, otros profesionales del arte de curar, por ej., parteros, farmacéuticos, enfermeros, etc., debido a la condición expresa exigida por la norma (debe tratarse de “médicos” funcionarios públicos), sin perjuicio de que puedan incurrir en el delito de omisión de denuncia del art. 277, inc. 1º, Cód. Penal, en la medida en que no deban observar los principios relativos al secreto profesional, en cuyo caso el delito quedaría excluido⁷⁷.

III) *Omisión de denunciar el delito de tortura por autor calificado:* El delito, de similar arquitectura al del supuesto anterior, consiste en no instruir sumario o en no denunciar el hecho dentro del término de 24 horas de conocido el mismo.

El tipo, como puede apreciarse, comprende dos hipótesis bien diferenciadas: 1) una, el juez que, teniendo competencia para

⁷⁵ Ob. cit., p. 468.

⁷⁶ Conf. REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 140. TOZZINI aclara que el sujeto activo, además de médico, debe ser funcionario, ob. cit., p. 769.

⁷⁷ Conf. CREUS, Carlos, *Derecho penal*, “Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 334. Sobre el tema del secreto profesional, ver los arts. 156 del Código Penal y 180, inc. 2º del Cód. Penal Procesal de la Provincia de Corrientes.

instruir el sumario criminal, no lo hace, y 2) el juez que, careciendo de dicha competencia, no denuncia el hecho al juez competente para que este instruya el sumario respectivo⁷⁸.

Con respecto a la autoría, hay que distinguir. En la primera modalidad, solo puede ser autor el juez de instrucción, por ser el funcionario a quien la ley le ha acordado la competencia material para instruir sumarios (ver arts. 26 y 200, Cód. Procesal Penal Corrientes). En la segunda modalidad, sujeto activo puede ser cualquier juez, de la Nación o de las provincias, de cualquier fuero o jurisdicción. Quedan excluidos de esta categoría el Ministerio Público Fiscal y otros funcionarios que actúan en el ámbito del Poder Judicial, por ej., el asesor de menores, los defensores oficiales, etc., sin perjuicio de que incurran en otras conductas delictivas, por ej., la de los arts. 248, 249 o 274, Cód. Penal.

El precepto, sin embargo, exige como requisito típico que el juez haya tomado conocimiento de alguno de los hechos previstos en el artículo anterior, vale decir, del art. 144 tercero, "*en razón de su función*". Esto significa que debe haber tomado conocimiento del delito de imposición de tortura, o de sus resultados agravados, en razón de su actividad funcional como juez. Si el conocimiento del hecho proviene de una denuncia formulada ante un juez que no es competente en razón del turno, la obligación de este es poner de inmediato (dentro de las 24 horas) en co-

⁷⁸ REINALDI sostiene (al parecer para ambos supuestos) que debe tratarse de un juez no competente para instruir sumarios (ob. cit., p. 141). Creemos que la afirmación no es correcta. El precepto hace referencia al "juez que" y no al "juez incompetente que". Además, sería una incongruencia exigir la instrucción de un sumario a un juez incompetente. En las ps. 144 y ss., sin embargo., analiza correctamente el tipo. Hacen una correcta distinción entre las dos situaciones, a nuestro modo de ver, TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 769 y BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar R., ob. cit., ps. 468 y siguientes. Advierten estos últimos que la omisión de instruir sumario no se salva con un mero decreto que lo ordene, olvidando o relegando luego avanzar en la investigación del ilícito, o eludiendo la adopción de las medidas adecuadas tendientes a la averiguación del hecho y el castigo de los culpables (ob. cit., p. 469). La apreciación nos parece totalmente acertada, de otro modo fácilmente se podría burlar los fines de la ley con el solo hecho de ordenar la instrucción formal y "cajonear" el expediente sin investigar el delito. La norma obliga al juez a "instruir el sumario", es decir, investigar el hecho hasta esclarecerlo, hallando a los culpables y sancionándolos por el crimen cometido.

nocimiento del juez competente en turno para que instruya el correspondiente sumario criminal. La omisión de esta obligación jurídica hace incurrir al juez incompetente en este delito. A la misma conclusión debe arribarse si el juez incompetente formula la denuncia del hecho ante el Ministerio Público Fiscal, pues la ley le impone la obligación de hacerlo ante el "juez competente", sin embargo, no será punible, pues habrá obrado "*en cumplimiento de un deber*" (art. 34, inc. 4º, Cód. Penal).

Se trata de un delito especial, de omisión impropia, doloso y de peligro, que se consuma con el vencimiento del término legal de veinticuatro horas de haber tomado conocimiento de la aplicación de torturas.

Con respecto a la agravante, el inc. 4º del art. 144 cuarto prevé una agravante común para todos los supuestos contemplados en el artículo, consistente en una pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para desempeñar cargos públicos y para tener o portar armas de todo tipo⁷⁹.

iv) *Omisión funcional culposa:* Artículo 144 quinto: "Si se ejecutare el hecho previsto en el art. 144 tercero, se impondrá prisión de 6 meses a 2 años e inhabilitación especial de 3 a 6 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".

La conducta punible consiste en no desplegar una debida vigilancia o en no adoptar los recaudos necesarios para evitar un hecho de tortura, cuya ejecución se lleva a cabo, precisamente, por no mediar el control debido por parte del funcionario.

Se trata de una omisión culposa (negligencia) que pone la condición para que se cometa el delito de tortura. El tipo exige una efectiva relación causal entre la omisión culposa y la acción

⁷⁹ Ver las críticas que hacen a la pena de inhabilitación para tener o portar armas de todo tipo, TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 770, y CREUS, Carlos, ob. cit., ps. 335 y siguientes. Para este autor, la inhabilitación solo puede recaer sobre armas de fuego, por cuanto es sobre esta clase de armas que su tenencia y portación está reglamentada.

del torturador⁸⁰. La omisión culpable solo será aquella que haya dado lugar de una manera directa a que el delito se cometiese.

Sujeto activo es el funcionario encargado de la repartición en cuyo ámbito se ha cometido el delito, por ej., el jefe de la comisaría, de la unidad regional, alcaldía policial, etc., ya sea que se trate de la persona directamente titular del cargo como de quien hace las veces de reemplazante por delegación de la función, aunque fuese temporalmente. Lo que importa es que, en el momento del hecho, se encuentre a cargo, conforme a la ley, de la repartición.

Se ha observado la figura diciendo que, por el tipo de responsabilidad que establece (negligencia), es más propia de la legislación civil y administrativa que de la penal. El artículo resulta un claro ejemplo de responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*)⁸¹. Sin embargo, a poco de ver se puede apreciar que la norma tipifica una hipótesis de responsabilidad culposa por omisión (responsabilidad subjetiva fundada en la culpa) independientemente del hecho de tortura cuyos autores serán responsables, a su vez, del delito doloso cometido. Vale decir, que el torturador responderá a título de autor por el delito del art. 144 tercero mientras que el funcionario negligente, que no ha ejercido la debida vigilancia, incurrirá en el tipo que estamos analizando.

Se trata de un tipo culposo, de omisión impropia, que se funda en la posición de garante que asume el funcionario frente a sus subordinados, sobre quienes tiene la responsabilidad de ejercer el debido control para que no cometan estos hechos.

Se consuma con la ejecución de la tortura por parte del otro funcionario, pues, en esta especie de delitos (improperios de omisión), siempre debe concurrir un resultado externo que habría sido evitado si el autor hubiese realizado la acción debida⁸².

⁸⁰ Conf. REINALDI, Víctor F., ob. cit., p. 150.

⁸¹ Así TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 770. En contra, REINALDI, Víctor F., ob. cit., ps. 150 y ss.; TARRIÓ, Mario C., y HUARTE PETITE, Alberto J., ob. cit., ps. 106 y ss., y CREUS, Carlos, ob. cit., p. 337.

⁸² Cof. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Los delitos de omisión*, "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 31.

§ 8. CONDUCCIÓN FUERA DE LAS FRONTERAS DE LA REPÚBLICA

El artículo 145, Código Penal, establece: “*Será reprimido con prisión de 2 a 6 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*”.

La figura proviene del proyecto de 1891, que reprodujo, según se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos, un precepto análogo del Código holandés. Desaparece, sin embargo, de los proyectos de 1941 y de 1960.

Históricamente este delito fue conocido con el nombre de “plagio político”, debido a que el alistamiento de un súbdito a un ejército extranjero constituía una infracción que atentaba, no contra la libertad individual, sino contra la persona del principio.

En la actualidad, sin embargo, la infracción implica una lesión de la libertad individual en un doble aspecto: por un lado, significa un atentado contra la libertad locomotiva del individuo y, por otro lado, contra el poder de autodeterminación personal que se ve constreñido por un acto de coacción, de fraude o de violencia.

La “acción” material del delito consiste en conducir (llevar, dirigir su desplazamiento) a una persona hacia fuera de las fronteras de la República, vale decir, fuera de los límites territoriales de la Nación o hacia otro lugar no sometido a la jurisdicción del país. El medio de que se vale el autor para trasladar a la persona carece de relevancia; puede hacerlo mediante intimidación, engaño, violencia, etcétera.

Sujetos activo y pasivo pueden ser cualquiera, nativo o extranjero, inclusive la víctima puede tratarse de un menor o de un inimputable.

El tipo subjetivo no se satisface con el dolo propio de la privación de libertad, sino que requiere algo más: un elemento subjetivo del injusto típico que se traduce en el propósito perseguido por el autor, esto es, someter ilegalmente a la víctima al poder de otro o alistarla en un ejército extranjero. El poder a que hace referencia la norma es el dominio material de otra persona o institución y la sujeción o sometimiento a ese poder

debe ser ilegal, vale decir, contrario a las formalidades exigidas por la ley para imponer ese poder, por ej., conducir un detenido hacia la frontera sin observar el procedimiento de la extradición, o bien por la prohibición del acto en sí mismo.

Sobre esta cuestión, sin embargo, la doctrina no es uniforme. Para SOLER, la expresión ilegal hace referencia a la inobservancia de las formalidades necesarias para sacar a una persona de la República para someterla a un poder que puede ser legal, por ej., el servicio de la marina mercante⁸³; para NÚÑEZ, la ilegalidad está referida al sometimiento, sea por omisión de las formas exigidas o por el acto en sí mismo⁸⁴; FONTÁN BALESTRA, a su vez, enanáloga postura opina que lo ilegal es el sometimiento o el alistamiento. La conducción solo será ilegal si lo es únicamente con el fin que la ley prescribe⁸⁵. Finalmente, para DAMIANOVICH y MORAS MOM, la ilegalidad debe recaer sobre el poder mismo al cual quedará sometida la víctima (que debe ser arbitrario) y sobre el derecho de quien la conduce para hacerlo, por ej., porque carece de atribución legal para ello⁸⁶.

La otra modalidad subjetiva consiste en alistar a la víctima en un ejército extranjero, vale decir, en entregarla (sentar plaza, dice NÚÑEZ) a una agrupación militar de cualquier arma, regular o no.

El delito es formal y se consuma con la mera conducción de la persona hacia los límites del país con la finalidad de lograr alguno de los objetivos descriptos en la norma. Carece de relevancia que estos fines se logren. La infracción puede concurrir con la privación ilegal de la libertad.

§ 9. SUSTRACCIÓN DE MENORES

El artículo 146, Código Penal, establece: "Será reprimido con reclusión o prisión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor

⁸³ Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 32. Según la opinión de este autor, pareciera que la ilegalidad está referida más bien a la conducción que al sometimiento.

⁸⁴ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 32; ídem CREUS, Carlos, ob. cit., p. 339.

⁸⁵ Conf. FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., ps. 268 y siguientes.

⁸⁶ Conf. MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura, ob. cit., p. 149.

de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare".

La figura tiene su origen en los antiguos derechos español y germánico⁸⁷. En el Fuero Juzgo, según explica CUELLO CALÓN, se penó la sustracción de los hijos de los hombres libres de casas de sus padres, quedando el culpable como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria⁸⁸. El castigo de estos perduró en toda la legislación posterior hasta la sanción del Código de 1995, en el que la sustracción de menores deja de tener tipificación autónoma para pasar a formar parte de uno de los subtipos agravados de la detención ilegal o del secuestro de personas, dentro del Título de los delitos contra la libertad (arts. 165 y 166). En la actualidad, el Código español ha remitido toda la temática de los delitos relacionados con menores a un título independiente, el XII, –“Delitos contra las relaciones familiares”–, Capítulo III –“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, con la excepción de la situación que acabamos de mencionar, en la que se advierte que el legislador ha querido brindar una especial tutela a menores e incapaces por la especial vulnerabilidad que presentan frente a este tipo de atentados–.

Entre nosotros, la sustracción de menores estuvo prevista en el proyecto Tejedor como un atentado contra las garantías individuales, al igual que en el Código de 1886. Es recién con el proyecto de 1891 cuando la figura pasa a tener la estructura que mantiene en la actualidad. La ley de reformas 24.410 de 1995 solo aumentó las penas del texto original.

El delito consiste en “sustraer”, “retener” u “ocultar” al menor. Son tres acciones diferentes que describe literalmente el tipo legal. Sin embargo, las dos últimas (retención u ocultación) carecen de autonomía propia, pues, para que resulten típicamente punibles, necesariamente habrán de cometerse con relación a un menor que ya ha sido sustraído por un tercero⁸⁹. Con otros términos, las acciones de retención u ocultación suponen siempre

⁸⁷ Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 54.

⁸⁸ Conf. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, “Parte especial”, Bosch, Barcelona, 1949, t. 2, p. 690.

⁸⁹ Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 58; NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 60; MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura, ob. cit., p. 183.

la existencia de un menor que previamente ha sido sustraído por un tercero.

La sustracción no debe identificarse siempre y de modo exclusivo con el solo hecho de sacar al menor de la esfera de poder o guarda de sus padres, tutores o encargados por cualquier título de él, por ej., maestros, nodrizas, etc.⁹⁰, sino que supone, como bien dice NÚÑEZ, un despojo intencionalmente dirigido a la apropiación del menor, sea en forma temporaria, momentánea o definitiva⁹¹. El autor debe perseguir con la apropiación el ejercicio de actos de poder sobre la persona del menor, sea para tenerlo para sí, entregárselo a un tercero, etcétera. Cualquier otra finalidad cuyo logro persiga el autor, desplaza el delito hacia otras figuras, por ej., rapto, secuestro extorsivo, etcétera.

La retención implica tener, mantener o guardar al menor dentro de un espacio físico determinado. El ocultamiento consiste en esconderlo de la vista de quien tiene la titularidad de su tenencia. Estas conductas suponen, como tenemos dicho, la previa sustracción del menor por la acción de otra persona.

Carece de relevancia que la sustracción del menor haya sido de la casa de sus padres, del colegio o de cualquier otro sitio, inclusive de la vía pública. Tampoco tiene importancia el medio del que se ha valido el autor para consumar la infracción. Cualquier medio es admisible, por ej., violencia, engaños, artificios, etcétera.

El consentimiento del menor carece de eficacia para excluir el delito, salvo el que pudiesen haber prestado los padres o los representantes del mismo. En estos supuestos, el consentimiento de los representantes legales sí tiene relevancia penal. Dada la irrelevancia del consentimiento del menor, la doctrina es uniforme en señalar que la inducción a la fuga de un menor de diez años queda abarcada por el tipo de sustracción de menores.

Sujeto activo, en principio, puede ser cualquier persona. Se discute, sin embargo, si los padres pueden serlo cuando han sido

⁹⁰ Esta es la opinión de CUELLO CALÓN, DI RENZI, etcétera.

⁹¹ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 61; idem SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 55 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 151. Para CREUS, la exigencia de la intención de apropiarse del menor no es del todo exacto; es suficiente que se quiera desapoderar al legítimo tenedor (ob. cit., p. 343).

privados de la patria potestad o de su ejercicio. Para MORAS MOM y DAMIANOVICH –con cuya opinión coincidimos– ni el padre ni la madre pueden ser autores de este delito ni del que está previsto en el art. 148, Cód. Penal, por cuanto, ni en un caso ni en el otro, pueden sacar del “poder” sino que lo conservan dentro de él y esto no es sino un derecho natural reconocido por el derecho civil⁹². Los padres legítimos, aun cuando hayan sido privados de los derechos que derivan de la patria potestad, siguen siendo “los padres” del menor, condición natural exigida por la norma penal y que no puede ser eliminada por una decisión judicial. El bien jurídico tutelado en esta hipótesis no se relaciona con los derechos de los progenitores sobre sus hijos, sino esencial-

⁹² Conf. MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura, ob. cit., p. 181 y jurisprudencia citada en las notas 35 bis y 36. Con idéntica posición, SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 59, y FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 303, aun cuando el primero, luego de afirmar categóricamente que a los padres no puede aplicárseles el art. 146 (p. 59), advierte más adelante que esto es así siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor (p. 61); distinguen LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 150 y NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 62, especialmente nota 146. En opinión de estos autores, hay que tener en cuenta la legitimidad del poder: si por ley o por sentencia judicial los poderes de guarda material de la patria potestad han sido acordados a uno de los cónyuges, autor del delito puede ser el otro cónyuge. LAJE ANAYA, Justo, en *Delitos contra la familia* (Advocatus, Córdoba, 1997, p. 512), dice que ninguno de los padres puede sustraer jurídicamente a un hijo que se halla bajo el poder del restante, aunque de hecho lo sustraiga. No obstante, si uno de los padres ha sido privado de la patria potestad (art. 307, Cód. Civil), no habrá obstáculo alguno para que no pueda ser considerado autor, porque la pérdida de la autoridad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en el ejercicio, continúa en su ejercicio el otro (art. 310, Cód. Civil), opinión ya sustentada en sus *Comentarios*, vol. I, p. 151: “Pero de ello no ha de inferirse que autor del delito no puede ser el otro padre”, como así en *Notas al Código Penal argentino*, t. II, “Parte especial”, Lerner, Córdoba, 1995, p. 243 (en coautoría con Enrique Alberto GAVIER). También hace una distinción Luis DI RENZI: con excepción del padre y la madre, cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito. El menor se encuentra dentro de la órbita del poder, tanto del padre como de la madre, y mal puede sacarlo de ella quien es su propio titular. Pero no ocurre lo mismo cuando la sustracción es llevada a cabo por el progenitor que ha sido desposeído de la patria potestad judicialmente (ob. cit., ps. 269 y ss). Estas opiniones se sustentan en que el denominado tráfico de menores no representa un atentado contra la libertad del menor sino contra la familia, porque lesiona la institución de la patria potestad (LAJE ANAYA, Justo, *Delitos contra la familia*, p. 148; NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 184).

mente con la propia libertad individual del menor, aún cuando ella deba ser objeto de control por parte de estos. El delito no atenta contra las relaciones o los derechos de familia, sino contra la libertad individual del menor. De manera que ninguna importancia tiene distinguir las diversas situaciones que podrían darse entre quienes viven en pareja en una condición irregular o entre cónyuges que se encuentran frente a una situación de separación personal, divorcio, nulidad matrimonial, etcétera. En estas hipótesis, la sustracción del propio hijo no configura el delito. Distinta habrá de ser la situación, claro está, en ciertos casos específicos, por ej., si se tratara del hijo de uno solo de los miembros de la pareja, por ej., la madre viuda o divorciada cuyo hijo, fruto de su anterior matrimonio, es sustraído por su nuevo conviviente. En este caso, este resulta ser autor del delito de sustracción de menores porque "no" es el padre, aun cuando pueda ejercer alguna ascendencia o poder sobre el mismo. Otro habrá de ser el caso, claro está, si se tratara de un supuesto como el previsto en algunas legislaciones, por ejemplo la italiana o la suiza, en las que estos hechos configuran atentados contra la familia y la sustracción del menor tiene en mira, específicamente, la tutela de la patria potestad. Sin perjuicio de ello, creamos que ciertas hipótesis específicas deberán ser analizadas a la luz de las conductas previstas en la ley 24.270 que sanciona el impedimento de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores, en las que el bien jurídico tutelado, en general, es la familia y, en particular, el ejercicio de la patria potestad. Desde luego que, dadas las características comunes de autoría que presenta este delito, con la salvedad de las excepciones antes explicadas, los abuelos pueden ser sujetos activos del delito en la medida en que no se encuentren legitimados por la ley o por una decisión judicial (por ej., guarda provisional del niño) para la tenencia material del menor.

En la dogmática española anterior a la reforma de 1995, la cuestión también se presentaba controvertida, aun cuando la opinión mayoritaria parecía inclinarse por la tesis restrictiva⁹³. Para CUELLO CALÓN la sustracción debía ser ilícita, es decir, sin facultad legal ni justificación alguna. La ilicitud no desaparece,

⁹³ Confr. por todos BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., ps. 41 y siguientes.

decía el profesor de Madrid, en los casos de sustracción por los padres que han sido privados de la patria potestad o de su ejercicio⁹⁴. MUÑOZ CONDE, por su parte, entendía que teniendo en cuenta que la suspensión de los derechos de la patria potestad tiene que ser acordada por el tribunal, la conducta afectaría más bien a esta decisión y, por lo tanto, se estaría en presencia de un delito de desobediencia⁹⁵, criterio que en la actualidad sostiene PRAST CANUT, quien pone de relieve la relación de este tipo agravado con el desaparecido delito de sustracción de menores, todo lo cual viene a clarificar la atipicidad de las conductas referidas a la retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges, en supuestos de separación, nulidad o divorcio, cuestiones –dice– que deben ser resueltas en el ámbito que le es propio, es decir, en el ámbito civil⁹⁶. Esta ha sido también la postura sostenida, entre otros, por BUSTOS RAMÍREZ, COBO y DÍAZ SANTOS⁹⁷.

Ofendidos por el delito solo pueden ser los padres, tutores o personas encargadas del menor, sea que la tenencia se tenga por imperio de la ley, por resolución judicial o por una situación de hecho. Sujeto pasivo es el menor de 10 años de edad.

La infracción es dolosa, aun cuando no es suficiente para su perfección el dolo común; se requiere que el autor dirija su acción hacia un propósito determinado: la apropiación o el despojo del menor. Cualquier otra finalidad, como tenemos dicho, excluye el delito⁹⁸. El dolo es directo, sin que quepa posibilidad para el dolo eventual.

⁹⁴ Conf. ob. cit., p. 692.

⁹⁵ Conf. MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., ps. 170 y siguientes.

⁹⁶ Conf. PRAST CANUT, José M., en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, obra dirigida por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 166.

⁹⁷ Véase por todos BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 127.

⁹⁸ Para CREUS, ESTRELLA y GODOY LEMOS, no parece necesaria la intención de apropiarse del menor, sino que sería suficiente la intención de desapoderar al menor al legítimo tenedor (CREUS), ya que el delito se consuma aun cuando el autor de la sustracción, luego de lograda esta, se desentienda del menor o lo entregue a otro, temporaria o definitivamente, para su retención u ocultación (ESTRELLA y GODOY LEMOS). Sin embargo, creemos que estos ejemplos son perfectamente compatibles con el propósito en el autor de apropiarse del menor, aunque luego se desentienda de él con cualquier otra finalidad o por cualquier otro motivo. La figura, entonces, exige solo dolo directo.

§ 10. NO PRESENTACIÓN DE MENORES

El artículo 147 del Código Penal establece: “*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*”.

La figura, de raíz hispánica⁹⁹, contiene dos modalidades típicas: no presentar al menor y no dar razón satisfactoria de su desaparición.

En ambas hipótesis, el sujeto activo del delito solo puede ser el encargado de la persona del menor, cualquiera sea el título por el cual lo tiene, por ej., niñera, profesor, maestro de un oficio. Sujeto pasivo es el menor de 10 años de edad.

La conducta típica consiste en “no presentar” al menor a los padres o guardadores, vale decir, en no mostrarlo o exhibirlo, o en no brindar el informe del lugar en donde se encuentra. También es punible la conducta de quien “no da razón satisfactoria de su desaparición”, una vez requerido para brindar tales explicaciones.

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 lo presenta o no da una razón satisfactoria sobre su desaparición. La decisión sobre si las explicaciones son o no satisfactorias es facultad exclusiva del juez, no de las partes¹⁰⁰.

El tipo exige, a diferencia del supuesto anterior, la entrega voluntaria del niño a otra persona para que ejerza su tenencia o custodia (en la sustracción, en cambio, se daría una forma de apoderamiento —como dice NÚÑEZ— *invito domine*) y su consiguiente desaparición¹⁰¹.

⁹⁹ Conf. CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 694, nota 17, en la que señala que el delito (art. 485, Cód. Penal de 1944), que fue primeramente acogido por el Código español de 1848, proviene del art. 345 del Cód. Penal francés.

¹⁰⁰ Conf. CUELLO CALÓN, Eugenio, ob. cit., p. 695. En igual sentido, NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 64, nota 148.

¹⁰¹ La doctrina española (CUELLO CALÓN, BAJO FERNÁNDEZ, etc.) y argentina (NÚÑEZ, LAJE ANAYA, DI RENZI, SOLER, etc.) exigen la desaparición del menor. En contra, MORAS MOM, Jorge, y DAMIANOVICH, Laura, ob. cit., ps. 193 y siguientes.

Para que nazca el deber de presentar al menor o de dar explicaciones razonables o coherentes sobre su desaparición, quien lo tiene a cargo debe haber sido requerido o intimado por los padres o guardadores a presentarlo o a brindar la información respectiva. Sin este previo reclamo, que puede ser realizado por diversos medios, por ej., acta notarial, exposición policial, carta documento, telegrama colacionado, etc., el delito no se configura. Se trata de un elemento de tipo objetivo previo a la conducta típica.

La infracción es dolosa y de carácter permanente. El tipo es de omisión propia y se consuma cuando no se entrega o no se presenta al niño o no se dan las razones sobre su desaparición, una vez vencido el término acordado en el requerimiento. Para algunos autores, estaríamos ante un delito de sospecha por el que se presume la comisión de un delito en perjuicio del menor, por ej., homicidio (BAJO FERNÁNDEZ, MUÑOZ CONDE, etc.).

§ 11. INDUCCIÓN A LA FUGA

El artículo 148 del Código Penal establece: “*Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el que indujere a un mayor de 10 años y menor de 15, a fugarse de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona*”.

El delito, cuyos antecedentes provienen también del derecho español, consiste en “inducir” (aconsejar, instigar, incitar, ejercer influencias, etc.) a una persona mayor de 10 años de edad y menor de 15, a fugarse (uir, abandonar, sustraerse a un determinado poder o custodia, etc.) de la casa de sus progenitores, guardadores o encargados. Algunos autores opinan que la inducción debe propender a que el menor abandone la esfera de custodia en que se halle, de un modo permanente (BREGGLIA ARIAS y GAUNA), por lo que no constituiría delito si la inducción tiende a que tal abandono, aunque fuera por lapsos prolongados, persiga la intención de volver al lugar de origen (CREUS); en la fuga debe concurrir la idea de no volver (ESTRELLA y GODOY LEMOS). Creemos que esta posición se contrapone con la propia naturaleza del delito. Si se trata de un tipo de mera actividad, es suficiente con

la fuga del menor, aunque fuese transitoriamente o por poco tiempo. Esta es la conducta que la ley castiga. Si la voluntad del menor, o la del autor, fue de que, pasado un tiempo, regrese al sitio de donde se fugó, en nada modifica el delito. El tipo no requiere de algún elemento subjetivo específico que haga variar esta interpretación. Tampoco, según creemos, la idea de fuga debe ser entendida como "fuga permanente", sin la intención de retornar al lugar de pertenencia. La fuga temporaria también es constitutiva de delito. Ya hemos visto que la inducción a la fuga de un menor de diez años queda comprendida en el art. 146, Cód. Penal.

Sujeto activo puede ser cualquier persona. De aquí que no estemos frente a un delito especial. Sujeto pasivo, en cambio, solo puede ser una persona mayor de 10 años y menor de 15, sin que importe el sexo.

La doctrina discute si, para que el tipo se perfeccione, la fuga del menor debe haber realmente ocurrido. Algunos autores aprecian que tal resultado no es exigible, bastando solo la inducción a la fuga (NÚÑEZ, ODERIGO, CREUS, DI RENZI, GÓMEZ, MORAS MOM y DAMIANOVICH, etc.). Para este criterio, el delito es de mera actividad, de manera que su consumación coincide con el acto de inducción, no siendo admisible, en consecuencia, la tentativa. Otro sector doctrinal estima que el delito se consuma con la fuga del menor, no con la mera inducción, solución que ha sido defendida, entre nosotros, por SOLER y FONTÁN BALESTRA, y entre los españoles, por CUELLO CALÓN y QUINTANO RIPOLLÉS. De acuerdo con esta opinión, estaríamos frente a una infracción de resultado material, que admitiría la tentativa.

Creemos que debe aceptarse el primer criterio doctrinal. La fuga del menor es una consecuencia extratípica que habrá de tenerse en cuenta únicamente a los fines de la medición de la pena. La ley describe un delito de pura actividad que se consuma con la acción de inducir al menor a que se fugue de la casa de sus padres, guardadores o encargados, sin que sea necesario resultado material alguno. Con otros términos, el delito consiste en inducir a la fuga, no en fugarse.

Se trata de un delito de comisión, doloso y de peligro concreto.

§ 12. OCULTACIÓN DE MENOR. AGRAVANTE

El artículo 149 del Código Penal establece: “*Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 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 6 meses a 2 años, si el menor no tuviera 10 años.*”

El delito consiste en “ocultar” (esconder, tapar, cubrir a la vista de terceros) a un menor de 15 años (pero mayor de 10) que se ha substraído (fugado por propia decisión) de la esfera de poder o custodia a la que estaba legalmente sometido (patria potestad, tutoría, adopción, internación, etc.).

Sin embargo, la sola ocultación no es suficiente. Es preciso que dicha acción se lleve a cabo con un propósito determinado: para frustrar las “investigaciones de la justicia o de la policía”, vale decir, las diligencias que estos organismos están realizando para lograr el paradero del menor. El mero ocultamiento sin esta finalidad no configura el delito.

En síntesis, el tipo requiere un menor fugado, una investigación (judicial o policial) en curso tendiente a lograr su paradero y su ocultamiento por parte de un tercero con la finalidad de impedir que se lo descubra.

Desde el plano subjetivo, estas circunstancias deben estar abarcadas por el dolo del autor, resultando admisible el dolo eventual, debido a que el autor puede dudar acerca de si existe realmente una investigación en curso para ubicar el paradero del menor, lo cual, frente a esta situación, la duda equivaldría a conocimiento.

El delito se agrava, elevándose la pena de 6 meses a 2 años de prisión, si el menor no tiene los diez años cumplidos.

§ 13. AMENAZAS Y COACCIONES

a) *Antecedentes legislativos. Bien jurídico.* — Estos delitos estuvieron legislados en nuestros más viejos precedentes, por ej.,

en el proyecto Tejedor, que siguió fielmente a la legislación española, y en el Código de 1886, que los ubicó entre los atentados contra las garantías individuales. Junto a ellos se sancionó, de igual manera, el ejercicio arbitrario de las propias razones, adquiriendo la sistemática definitiva como delitos contra la libertad individual con el proyecto de 1891.

El Capítulo dedicado a estos delitos fue derogado por la ley de reformas 4189 de 1903, razón por la cual no han aparecido en el Código de 1921. Es recién con la ley 17.567 de 1968 que son incorporados al Código Penal, pero con ciertas particularidades: la coacción queda configurada como un delito de acción pública, mientras que a la amenaza se la legisla como un delito dependiente de instancia privada. Esta reforma fue derogada por la ley 20.509 de 1973, pero poco tiempo después la figuras fueron restablecidas, aunque con distinta redacción, por la ley 20.642 de 1974. El texto actual corresponde a esta ley.

La regulación de las coacciones y amenazas responde a técnicas legislativas muy distintas entre sí. En el derecho comparado estas técnicas pueden ser agrupadas en dos sistemas legislativos: el denominado "sistema francés", que se caracteriza por una regulación amplia del delito de amenazas y una concepción reducida del delito de extorsión, modelo que fue seguido por los códigos españoles desde 1848 en adelante, inclusive por la reforma de 1995; y el conocido como "sistema alemán", que reduce el ámbito de las amenazas pero amplía el de las coacciones y extorsión, sistema que ha sido seguido por el Código italiano¹⁰².

Estos delitos tienen en común el producir una crisis en la tranquilidad espiritual del individuo. Tanto en uno como en otro caso, el bien jurídico tutelado es la libertad individual en su esfera psíquica, es decir, en el ámbito de la facultad que toda persona tiene de obrar conforme a su propia voluntad, o bien de optar, libre de injerencias externas, por aquello que sus deseos más íntimos le aconsejan hacer o no hacer¹⁰³.

El bien jurídico tenido en cuenta en estos delitos hace referencia prioritariamente a la cualidad humana de la libertad per-

¹⁰² Conf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 117; RODRÍGUEZ DE VESA, José M., *Derecho penal español*, "Parte especial", Madrid, 1980, ps. 291 y siguientes.

¹⁰³ En el sentido del texto URE, Ernesto, *Once nuevos delitos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 12; LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 156.

sonal, referida a la formación de la voluntad humana sin el ajeno constreñimiento proveniente del anuncio conminatorio de la causación de un mal constitutivo o no de delito.

En suma, como lo pone de relieve CREUS, el delito de coacciones ataca directamente la libertad de determinación del sujeto pasivo, procurando sustituir su voluntad por la del agente, mientras que las amenazas la atacan indirectamente, o si se quiere, mediataamente, quebrantando la situación espiritual dentro de la cual el sujeto puede determinarse sin trabas de ninguna naturaleza¹⁰⁴.

b) *Los tipos delictivos.* — Artículo 149 bis: "Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el que hiciere uso de amenazas para alarma r o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de 1 a 3 años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

"Será reprimido con prisión o reclusión de 2 a 4 años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad".

Artículo 149 ter: "En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será: "1) de 3 a 6 años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

"2) de 5 a 10 años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

"a) si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

"b) si las amenazas tuvieren como propósito el de compelir a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo".

El artículo 149 bis, primer apartado, tipifica el delito de amenazas, mientras que el segundo párrafo contiene los tipos agravados. El segundo apartado de la misma disposición contempla el delito de coacciones, mientras que el art. 149 ter prevé las circunstancias agravantes de estas últimas.

¹⁰⁴ Conf. CREUS, Carlos, *Cuestiones penales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 193. Análogo criterio sostiene en *Derecho penal* ya citado, ps. 349 y 356.

1. *Amenazas.* El delito no consiste en amenazar a otro, vale decir, en anunciarle que algún daño, mal o desgracia le va a suceder, sino en “hacer uso” de esa amenaza para infundirle miedo o temor. La conducta, dice bien CREUS, no es la de proferir amenazas, sino la de usarlas¹⁰⁵.

Hacer uso quiere decir emplear la amenaza con el fin de producir en el sujeto pasivo un estado de temor, intranquilidad o desazón espiritual. Sin esta dirección final de la acción, el hecho no resulta punible a este título, sin perjuicio de que la conducta pudiera dar lugar a otro delito, por ej., intimidación pública.

Así como la violencia es energía física consumada, subraya URE, la amenaza es energía física anunciada¹⁰⁶. La amenaza consiste, en suma, en el anuncio a otra persona de un mal futuro, cuya producción depende de la voluntad del agente. La amenaza, dicen otros autores, integra un delito de declaración de voluntad, que tiene por contenido el anuncio conminatorio a una persona de la irrogación de un mal, a ella misma o a terceras personas determinadas en la ley (POLAINO NAVARRETE).

Entre nosotros, la conducta típica no se concreta con “amenazar” a otro, como ocurre con otros ordenamientos, por ej., el español, que hace consistir la acción en “amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado, un mal”, sino en emplear una amenaza (el anuncio del mal) “para alarmar o amedrentar a otro”, es decir, para infundirle miedo o temor relacionado con un daño que le sucederá en el futuro.

Según nuestra más calificada doctrina, la amenaza debe reunir ciertas características para su configuración, a saber, debe ser “grave”, vale decir, tener entidad para infundir alarma o temor en la víctima; si bien es cierto que la gravedad del mal anunciado no debe llegar al extremo de amenazar con la comisión de un delito, como ocurre por ej., con el derecho español (art.

¹⁰⁵ Conf. CREUS, Carlos, *Cuestiones . . .*, p. 194. En el plano comparativo, el Código Penal suizo castiga a quien, usando grave amenaza, infunde miedo o temor (art. 180); el español, en cambio, tipifica la acción de amenazar a otro (art. 169), modelo muy similar al seguido por el nuevo Código Penal paraguayo de 1997 (art. 122).

¹⁰⁶ Conf. URE, Ernesto, ob. cit., p. 16.

169): "El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, etc.", tales supuestos quedan abarcados por la norma; pero no bastará la amenaza leve, como las simples molestias o inconvenientes o la de quitar el saludo o la amistad (ESTRELLA, GODOY LEMOS y CREUS); debe ser "futura", es decir, que quedan excluidos el anuncio de males pasados o presentes, por ej., "te hubiera matado", "ahora mismo te mataré", etc.; sin embargo, es típica la renovación de un mal que se ha sufrido o se está sufriendo; esta exigencia no significa necesariamente que el anuncio del mal debe ser inmediato; la proximidad del daño anunciado es una cuestión que debe ser considerada de acuerdo con las particularidades del caso concreto; debe ser "determinada" (o determinable), o sea, que es suficiente con señalar el daño que se va a causar, aun cuando no se trate de un anuncio específico ni particularizado¹⁰⁷. La amenaza indeterminada o generalizada, por ej., la que se dirige al público en general, a los miembros de una sociedad, etc., no resulta punible a este título; la exigencia de persona determinada o determinable no quiere decir necesariamente que la víctima debe estar presente en el momento en que el autor profiere la amenaza, es suficiente con que llegue a su conocimiento a través de cualquier vía o medio; debe ser "injusta", lo cual se da cuando el autor carece del derecho a proferirla o de inferir el daño que anuncia. La amenaza justa, por ej., la advertencia de denunciar o querellar si no se paga la deuda contraída, aun cuando haya sido realizada para atemorizar al sujeto pasivo, queda al margen del tipo penal; se estaría frente al ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etc.; debe ser " posible", es decir que el daño que se anuncia pueda ocurrir en la realidad; y, por último, la amenaza, para que sea típica, debe "depender de la voluntad del que la profiere o de un tercero", vale decir, que el agente, o un tercero tengan el dominio o poder sobre la producción del mal. Dado que lo que importa es la autoría de la amenaza y no el daño en sí mismo (o de quien lo habrá de producir), esta exigencia queda cumplida también cuando se anuncia que el daño

¹⁰⁷ Conf. LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 157. La indeterminación del daño ha sido aceptada por CREUS, Carlos, en *Cuestiones . . .*, p. 206.

lo va a realizar una tercera persona, siempre que el amenazador aparezca con poder suficiente para desencadenar su producción o impedirla. Quedan, por tanto, fuera de la tipicidad aquellas hipótesis que no dependen de la voluntad del autor, por ej., "te partirá un rayo", "te asaltarán los ladrones", etcétera.

Sobre el particular, puede resultar de interés los requisitos exigidos por la jurisprudencia española para la existencia del delito: 1) que la amenaza implique un ataque a la libertad personal; 2) que sea susceptible de producir intimidación en el sujeto pasivo; 3) que la intimidación surja naturalmente como consecuencia de la seriedad de la amenaza, de su persistencia y de su credibilidad; todo lo cual ha de deducirse de las circunstancias que rodeen el caso y las condiciones de los sujetos activos y pasivos, formas de manifestación, recepción, etcétera.

El daño contenido en la amenaza puede ser de cualquier naturaleza, físico, económico, moral, espiritual, etc.; puede recaer sobre cosas o bienes de pertenencia del sujeto amenazado o de un tercero. La ley no selecciona medios de comisión; la amenaza puede cometerse a través del lenguaje oral, escrito o mímico¹⁰⁸, en forma manifiesta o encubierta¹⁰⁹, explícita o implícita¹¹⁰.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, inclusive aquella sobre la que recaerá el propio daño amenazado, por ej., el condómino que amenaza prender fuego a la propiedad común, el hijo que amenaza al padre con suicidarse (CREUS). Sujeto pasivo también puede ser cualquiera, siempre que pueda comprender el significado y alcance de la amenaza que se le profiere. No reúnen esta calidad, por lo tanto, los dementes, el recién nacido, la persona dormida o inconsciente, alcoholizada o bajo los efectos de estupefacientes, y, en general, todas aquellas personas que, en el momento del hecho, carecen de la capacidad para entender el sentido o significado del acto, entre las que deben quedar comprendidas las personas jurídicas. El sujeto pasivo, se tiene dicho,

¹⁰⁸ Conf. LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 159. FONTÁN BALESTRA hace referencia a las palabras, símbolos y gestos, en ob. cit., p. 327, al igual que CREUS en *Cuestiones . . .*, p. 212.

¹⁰⁹ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 187.

¹¹⁰ Conf. CREUS, Carlos, *Cuestiones . . .*, p. 212. Con igual criterio, DA COSTA (Jr.), Paulo J., *Curso de direito penal, "Parte especial"*, Saraiva, São Paulo, 1991, vol. 2, p. 56.

debe tener capacidad intelectiva y volitiva suficiente para comprender el sentido de la amenaza y para poder integrar tal dato de modo consecuente con su proceso deliberador. En ciertos supuestos, sin embargo, deberá estarse a las circunstancias o características particulares de cada caso, pues puede ocurrir que la persona dormida o alcoholizada, una vez readquirida su condición normal de lucidez, capte la entidad de la amenaza, por ej., leyendo la amenaza escrita.

Son admisibles las formas activas y omisivas, por ej., la enfermera que amenaza con no cuidar o alimentar al enfermo. Sin embargo, la exactitud de esta afirmación ha sido discutida; según CREUS, en este ejemplo, la conducta no deja de ser activa (amenazar), aun cuando el daño futuro se haga proceder de una omisión¹¹¹. En la dogmática española los comportamientos omisivos no han sido del todo aceptados doctrinalmente. Algunos autores, siguiendo a la doctrina alemana, estiman posible la amenaza por omisión (LARRAURI PIJOAN, BUSTOS RAMÍREZ, LORENZO SALGADO, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, etc.). Otros creen muy difícil estos supuestos mas allá de aquellos en que el sujeto se limita a no poner fin con su acción a una situación previa intimidatoria por él producida, por ej., la víctima se cree objeto, equivocadamente, de una amenaza y el autor por omisión no se lo desmiente (DIEZ RIPOLLÉS). Otros, por fin, rechazan la posibilidad de las amenazas omisivas (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Se citan como ejemplos de comportamientos omisivos típicos, aunque referidos más al delito de coacciones, no abrir la puerta del domicilio conyugal a la esposa, durante una noche muy fría, para que consienta el divorcio; negarse a alimentar al paciente hasta que lo nombre heredero; la negativa por parte del controlador aéreo a otorgar la autorización para el aterrizaje, obligando al piloto a sobrevolar el aeropuerto; no liberar a una persona que ha sido dejada atada por un tercero, salvo que le pague algún dinero; negarse el propietario de un garaje a abrirlo impidiendo de ese modo que el tercero pueda retirar su automóvil; etcétera.

La infracción es dolosa, aunque no resulta suficiente el dolo común; la norma exige la concurrencia de un elemento subjetivo específico, consistente en usar la amenaza con la finalidad de

¹¹¹ Conf. CREUS, Carlos, *Cuestiones...*, p. 217.

infundir temor en la víctima (*"para alamar o amedrentar"*, dice la ley). Sin esta dirección final de la acción, queda excluida la culpabilidad típica. No resultan admisibles, por tanto, ni el dolo eventual ni las formas imprudentes. Se trata de infracciones –al decir del profesor POLAINO NAVARRETE– configurativas de delitos de intención “mutilados en dos actos”, en los que una acción dolosa (o acción básica) es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo para una ulterior actuación del propio autor, que es el fin subjetivo que pretende alcanzar.

El delito se consuma cuando la amenaza llega a conocimiento del sujeto pasivo, independientemente de su real y efectiva atemorización¹¹². Se trata, entonces, de una infracción de pura actividad y de peligro concreto, para cuya perfección no se requiere el logro del fin propuesto por el autor o de que la víctima se haya realmente atemorizado. Es suficiente con el peligro de alarma o temor, lo cual se da cuando la víctima llega a captar el contenido de la amenaza. Sobre la tentativa se discute. La admiten NÚÑEZ, DI RENZI, LAJE ANAYA y CREUS, por ej., cuando la amenaza no llega el destinatario por razones ajenas a la voluntad del autor (especialmente en las de carácter escrito o simbólicas). La niegan, en cambio, URE, SOLER y FONTÁN BALESTRA.

El delito es de carácter subsidiario, vale decir que solo resulta aplicable cuando la amenaza no constituya un elemento típico o una circunstancia agravante de otro delito, siendo admisibles todas las formas de participación criminal. El ejercicio de la acción es pública.

Con arreglo al texto legal, la amenaza se agrava solo en dos supuestos: cuando se emplearan armas o si fueran anónimas.

Quedan comprendidas en el concepto de arma las llamadas “armas propias” (cuyo destino es el ataque o la defensa de la persona) como las “impropias” (vale decir, las que pueden ser usadas como tales). Por consiguiente, están abarcadas por la mayor penalidad las armas de fuego (que ya estaban contempladas expresamente en la ley 21.338), las armas de disparo, los objetos punzantes o con filo, romos y duros, corrosivos, etcétera.

La jurisprudencia tiene resuelto que: “No se advierte motivo alguno para considerar que la expresión armas quiere decir una

¹¹² Conf. DA COSTA (Jr.), Paulo J., ob. cit., p. 56.

cosa en el art. 149 bis y otra en el art. 166, inc. 2º, Cód. Penal, por lo que es plenamente aplicable al primero la doctrina de esta Corte que ha establecido que el elemento armas 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"¹¹³.

La agravante exige el empleo del arma. Por lo tanto, no basta con llevarla encima; debe ser utilizada como tal, real y efectivamente o, al menos, exhibida de una manera ostensible, de tal modo que demuestre un acto intimidatorio en sí mismo. Quedan comprendidas en la mayor penalidad el arma descargada o con desperfectos¹¹⁴, aun cuando el agente conozca tales circunstancias¹¹⁵. Si la víctima, por el contrario, tiene conocimiento de estas deficiencias, no se configura la agravante, al igual que en aquellos casos en que se utilicen armas simuladas o de juguete.

Las amenazas "anónimas" también agravan la pena. El fundamento de la mayor penalidad obedece al mayor temor que estas clases de amenazas producen en la víctima, por cuanto se desconoce no solo el origen de las mismas, sino la identidad de sus autores, circunstancias que implican una mayor disminución de los medios de defensa que podrían oponerse si se conociera a sus autores.

Las amenazas son anónimas cuando el sujeto pasivo ignora realmente de quien provienen o cuando resulta imposible o muy difícil individualizar a su autor. La víctima desconoce la identidad del autor de la amenaza y se encuentra ante una verdadera imposibilidad de descubrirla. Pueden realizarse de diversas maneras, en forma oral o escrita, por cualquier medio de comunicación (voz, imagen, telefónicamente, etc.), a través de seudónimos o símbolos, por ej., colocando una cruz o una calavera en el mensaje, o también a través de una red informática.

2. *Coacciones.* La coacción es un delito que atenta contra el libre desenvolvimiento de la voluntad a través de la libre elec-

¹¹³ SCBA, 10/12/91, JA, t. 1992-II, p. 461.

¹¹⁴ CCrim. y Correc., Sala I, 8/9/70, ED, t. 41, p. 764.

¹¹⁵ C. 1º Penal San Isidro, 20/8/70, ED, t. 41, p. 767.

ción de una conducta entre varias posibles¹¹⁶. El coacto ve limitada su capacidad de autodeterminación respecto de lo que puede hacer o no hacer, del mismo modo que su libertad de obrar según la propia voluntad.

La "acción" material del delito consiste en hacer uso de amenazas para obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad. El texto de la ley 17.567 aludía a una actitud compulsiva en contra de la víctima, para que esta haga, deje de hacer o tolere algo "a que no estaba obligada", con lo cual el tipo se restringía considerablemente.

Con arreglo al texto en vigor, aun cuando el sujeto esté obligado a realizar la conducta exigida por el autor, es suficiente para perfeccionar el tipo que la amenaza coarte su libre voluntad de decisión. Por ejemplo, la amenaza a un juez para que dicte una resolución configura el tipo de coacciones, no obstante estar obligado jurídicamente a hacerlo.

Queda abarcada en el tipo la *vis compulsiva*, vale decir, la violencia ejercida a través de la psique del individuo, sea que haya recaído sobre la propia víctima, sobre un tercero o sobre cosas. No quedan comprendidas en el tipo, en cambio, la violencia física y los medios fraudulentos, aún cuando a través de ellos se logre el fin propuesto. En lo demás, vale decir, en las exigencias requeridas para la tipicidad de la amenaza, caben aquí las explicaciones vertidas en el capítulo anterior.

En el plano de la culpabilidad, el tipo exige un elemento subjetivo especial, que el autor obre con el propósito de obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo. Por lo tanto, la conducta solo es compatible con el dolo directo. La ausencia de este particular elemento subjetivo desplaza la figura al delito de amenazas.

El delito es formal, de pura conducta y se consuma cuando la amenaza llega a conocimiento de la víctima, independientemente de que esta realice o no un determinado obrar. Aun cuando se trata de un delito de mera acción, la tentativa es posible.

¹¹⁶ ANTOLISEI, Francisco, *Manuale di diritto penale*, "Parte speciale", Milán, 1977, t. 1, p. 124, cit. por CREUS, Carlos, en *Cuestiones . . .*, p. 238.

Con arreglo al art. 149 ter, la coacción se agrava por el empleo de armas o cuando las amenazas fueran anónimas, de manera que, al ser las mismas agravantes que para el delito de amenazas, hacemos la remisión al capítulo correspondiente.

También se agrava la coacción por la específica finalidad del autor: obtener alguna medida (disposición, resolución, etc.) o concesión (otorgamiento de algo) por parte de cualquier miembro de los poderes públicos (nacional, provincial o municipal). En todos estos supuestos, el funcionario o empleado público deben tener la posibilidad, aun de hecho, de disponer, resolver u otorgar¹¹⁷.

Por último, el precepto prevé una agravante que se caracteriza subjetivamente: el autor debe haberse propuesto, a través de la amenaza, compelir (obligar) a la víctima a hacer abandono (alejamiento definitivo) del país (de la República), de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo. La ausencia de este propósito específico mantiene el hecho en el terreno de la figura simple.

¹¹⁷ Conf. CREUS, Carlos, en *Cuestiones . . .*, p. 264, especialmente nota 351. Igualmente ESTRELLA, Oscar A., y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal*, "Parte especial", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 179 y siguientes.



CAPÍTULO XIV

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

§ 14. CONSIDERACIONES GENERALES

Los delitos relacionados con el domicilio no siempre tuvieron un mismo tratamiento en nuestros precedentes legislativos. La sistemática del Código vigente proviene del proyecto de 1891, que tuvo como fuentes al Código francés y a los antiguos códigos españoles.

Según la Exposición de Motivos de aquel proyecto, la ubicación de la materia entre los delitos contra la libertad se debió, fundamentalmente, al propósito de asegurar la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

En efecto, la figura descripta en el art. 150 del Cód. Penal tiene su fundamento normativo en el art. 18 de la Const. nacional, cuyo texto, recordamos, establece expresamente que “*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativo podrá procederse a su allanamiento y ocupación*”.

En la actualidad, debido a la reforma constitucional de 1994, esta garantía se ha visto reforzada mediante la introducción de normas tutelares expresamente previstas en los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al art. 75, inc. 22, del texto fundamental, entre las que pueden citarse, a modo de ejemplo, el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que expresamente establece que: “*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 (...).*

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En el plano comparado, se puede apreciar que las constituciones más modernas del mundo reconocen la garantía de la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental de la persona humana. Así, por ejemplo, podemos citar la Constitución española, cuyo art. 18.2 prescribe que: "El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito"; criterios similares de protección se aprecian en las constituciones de Italia (art. 14), Brasil (art. 5º, parágrafo XI), Puerto Rico (art. II, sección 10), Uruguay (art. 11), Paraguay (art. 34), etcétera.

§ 15. BIEN JURÍDICO. EL CONCEPTO PENAL DE DOMICILIO

En nuestros precedentes legislativos, las infracciones contenidas en el capítulo II del Título V no han figurado siempre entre los delitos contra la libertad. El proyecto Tejedor y el Código de 1886 incluyeron la violación de domicilio entre los delitos contra las garantías individuales. La sistemática actual proviene, como tenemos dicho, del proyecto de 1891, que trató, en forma conjunta como atentados contra la libertad, la violación de domicilio y el allanamiento ilegal. Esta orientación fue seguida por los proyectos de 1937, de 1941 y de 1960, con la particularidad de que este último, siguiendo los pasos del proyecto alemán de 1959, ubicó estas infracciones entre los delitos contra el ámbito de intimidad¹.

La opinión doctrinal es uniforme en señalar que el bien jurídico protegido en el delito de violación de domicilio es el "ámbito material de intimidad personal"², que se proyecta como una ma-

¹ Conf. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 4, p. 75, nota 1.

² Así NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, t. 5, p. 69; SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 75; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. 5, p. 334; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires,

nifestación fundamental de la libertad del hombre. Esta idea ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestros tribunales³ y por la doctrina comparada⁴.

Los códigos penales más modernos siguen esta orientación, v. gr. el Código Penal español, Título X, "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio", Capítulo II, "Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público" (arts. 202 a 204); el Código Penal italiano, Título XII, "De los delitos contra la persona", Capítulo III, "De los delitos contra la libertad individual", Sección IV, "De los delitos contra la inviolabilidad del domicilio" (arts. 614 y 615); el Código Penal suizo, Título IV, "De los crímenes y delitos contra la libertad personal" (art. 186); el Código Penal francés, Capítulo VI, "De los atentados contra la personalidad", Sección Primera, "De los atentados contra la vida privada" (art. 226-4); el Código Penal peruano, Título IV, "Delitos contra la libertad", Capítulo III, "Violación de domicilio"; el Código Penal paraguayo, Título I, "Hechos punibles contra la persona", Capítulo VII, "Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona" (art. 141), etcétera.

1978, vol. 1, p. 167; BREGLIA ARIAS, Omar, *El delito de violación de domicilio*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 12; PÉREZ TORRES, María I., *Consideraciones sobre el delito de violación de domicilio y la voluntad de exclusión*, LL, del 7/2/91.

³ "En la violación de domicilio el bien protegido es la libertad y, según la doctrina nacional y extranjera, particularmente se protege la libertad del derecho que tiene toda persona de que en determinado ámbito su intimidad no sea turbada", CFed. Tucumán, 16/2/79, LL, t. 1979-D, p. 372, con nota de Roberto A. M. TERÁN LOMAS.

⁴ Señalan a la esfera de intimidad como el bien jurídico tutelado, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 84; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, "Parte especial"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 163; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal, "Parte especial"*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 101; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de derecho penal español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, vol. 1, ps. 440 y ss.; MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, dirigido por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 343; DÍAZ MAROTTO Y VILLAREJO, Julio, en *Compendio de derecho penal, "Parte especial"*, dirigido por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, vol. II, p. 243.

Sobre el concepto penal de domicilio la doctrina ha esbozado ideas dispares, algunos procurando definirlo identificándolo con los vocablos morada, casa de negocio, dependencias y recinto habitado a que hace referencia el art. 150; otros, haciendo jugar la efectiva habitación, el destino o afectación del lugar protegido. La uniformidad se percibe, eso sí, en cuanto a que el concepto penal de domicilio es más amplio que el concepto civil, procesal o electoral⁵.

El Código Penal no emplea la voz "domicilio" en el art. 150. Lo hace, sí, en la denominación del Capítulo y en el art. 151 que contempla el delito de allanamiento ilegal. Tampoco contiene una definición del mismo, circunstancia que permite inferir que el concepto ha quedado librado al arbitrio de la doctrina y de la jurisprudencia.

Sobre esta cuestión importa recordar el pensamiento de CARRARA. Decía el maestro de Pisa que "la palabra domicilio debe ser entendida no con el sentido estricto del derecho civil, sino con el sentido amplísimo mediante el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria, y de este modo, sin distinguir si es elegida como morada contigua o solamente por algunas horas del día o de la noche o también para un destino transitorio especial, como un laboratorio o un pabellón de caza, con tal que la invasión se produzca durante la subsistencia de su destino. Tampoco interesa que el lugar se encuentre en la ciudad o en el campo, que esté abierto o clausurado"⁶.

Por lo tanto, para que el lugar sea susceptible de protección penal, debe poner de manifiesto la existencia de una ocupación efectiva y real del titular, aunque el mismo no se encuentre presente en el momento del hecho. La afectación real del destino es lo que caracteriza el concepto de domicilio desde la perspectiva del derecho penal.

El concepto abarca no solo los lugares de asiento permanente de la persona, sino también la residencia accidental o temporaria,

⁵ Sobre esta cuestión, detalladamente en DAMIANOVICH, Laura T. A., *Evolución jurisprudencial del concepto penal de domicilio*, "Rev. de Derecho Penal y Criminología", nº 4, octubre/diciembre 1969, ps. 539 y siguientes. También en BREGLIA ARIAS, Omar, ob. cit., ps. 17 y siguientes.

⁶ Cit. por BREGLIA ARIAS, Omar, ob. cit., p. 17, nota 16.

v. gr., el cuarto de un hotel o el camarote de un barco. El domicilio, ha dicho la Suprema Corte de Tucumán, comprende no solamente la morada en el sentido de la casa que uno tiene para sí y los suyos, sino que alcanza a todo recinto habitado. Lo mismo causa domicilio a los efectos de la ley penal la habitación permanente de la casa propia, el asiento de la residencia y de los negocios, que la ocupación accidental de una habitación cualquiera. El domicilio es la emanación de la persona y la objetividad jurídica del delito tiende a proyectar la libertad individual hasta el lugar donde habita el hombre⁷.

En esta misma dirección, la Sala B de la Cámara Federal de Rosario ha resuelto que "el texto constitucional (art. 18, Const. nacional), que establece la inviolabilidad del domicilio, ampara no solo al domicilio real sino también la íntima privacidad del ámbito temporario en el que el individuo actúa, aunque él no sea su habitación permanente. Si la persona es inviolable y está protegida tan ampliamente por la Constitución nacional, es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos, así comprende la conciencia, el cuerpo, la propiedad, y la residencia u hogar de cada hombre: la palabra domicilio abarca estos dos últimos sentidos"⁸.

El artículo 150 del Código Penal menciona como objetos de protección a la morada, la casa de negocio ajena, sus dependencias y el recinto habitado por otro.

a) Morada: Es el hogar o residencia en donde el hombre desarrolla su vida privada o familiar.

El concepto de morada ajena –se tiene dicho– requiere ser determinado con arreglo a criterios normativos, de base sociológica, que permiten fundamentar la justificación de la conducta típica. La noción jurídico-penal de morada remite al lugar o espacio ocupado como sitio propio de asentamiento existencial humano por una persona, donde la misma puede mantenerse en reserva y apartada del mundo circundante, con posibilidad de ejercicio del derecho a vetar la indeseada presencia de terceras personas⁹.

⁷ Fallo citado por DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., p. 540.

⁸ *In re, "Monzón, Carlos"*, JA, t. 1981-III, p. 100.

⁹ Conf. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 443. Con igual criterio y mayores detalles se expresa el profesor POLAINO NAVARRETE, en "Los nuevos tipos

Lo que caracteriza a un lugar como morada es su efectiva ocupación, aunque no esté habitada en el momento de la infracción, y que esa habitación revele una situación de continuidad o relativa permanencia. Si el sitio se encuentra temporalmente deshabitado, hay que distinguir: si la desocupación se produjo para refaccionar el lugar, por ej., para tareas de pintura o reparaciones diversas, con traslado de las pertenencias de la casa, etc., la ocupación por parte de un extraño no configuraría el delito. Es indispensable que el espacio esté afectado a utilidad de uso, no constituyendo lugar abandonado o no ocupado. Si, en cambio, la desocupación obedece a otras razones, pero que revelan una ausencia temporal del morador, por ej., por vacaciones, salidas de fin de semana, existencia de muebles en el sitio, etc., circunstancias que permiten inferir la subsistencia de un hogar, la introducción de un extraño al margen de la voluntad del morador configuraría el delito.

b) Casa de negocio: Es todo lugar en el que la persona realiza, temporaria o definitivamente, una actividad comercial, científica, artística, profesional, etc., lucrativa o no, al que tiene acceso el público en forma indeterminada.

La doctrina señala como ejemplos de casas de negocio los locales de acceso público, por ej., un teatro, el bufete del abogado, el consultorio del médico, el atelier del artista¹⁰, la casa de comercio¹¹, el salón de un negocio¹², un taller¹³, etcétera. Sin embargo, no reúnen las características de casa de negocio los lugares o locales expresamente destinados al público, por ej., andenes, salas de espera de estaciones, plazas, etcétera. Existe uniformidad en que las oficinas públicas, los automóviles y los templos no constituyen domicilio¹⁴.

de allanamiento de morada, domicilios y establecimientos en el Código Penal de 1995", en *Homenaje al profesor Dr. Jorge Frías Caballero*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, 1998, p. 248.

¹⁰ Véase una síntesis de fallos sobre este punto en el trabajo de DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., y en la reseña de jurisprudencia de Marco A. RUFINO, *Violación de domicilio*, JA, t. 1989-I, p. 1119.

¹¹ CFed. Comodoro Rivadavia, JA, t. 1951-II, p. 501.

¹² CCrim. Capital Federal, JA, t. 1947-II, p. 469.

¹³ CCrim. Capital Federal, JA, t. 1989-I, p. 1122.

¹⁴ Conf. DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., p. 559.

c) Dependencias: Son aquellos ámbitos o espacios que, sin constituir morada o casa de negocio, se encuentran materialmente unidos con aquellos y responden a las necesidades de la actividad allí desplegada en el local principal, o bien se emplean para servicio o complemento de la habitación, o del lugar de permanencia privada, o, en fin, pertenecen al mismo recinto de intimidad de la morada o casa de negocio.

Son dependencias los establos, depósitos, corrales, cocheras, lavaderos, sótanos, patios abiertos, terrazas accesibles¹⁵, el porche o galería de la casa¹⁶, jardines, azoteas. No constituyen dependencias, por el contrario, los espacios de uso común e indeterminado, en los que falta la privacidad y la exclusión de terceros, por ej., los pasillos interiores de un edificio colectivo, las escaleras, los ascensores, patios comunes, etcétera. Sin embargo, sobre esta cuestión la doctrina no es uniforme¹⁷. Para BREGLIA ARIAS y GAUNA los techos no son domicilio, dado que no están en el domicilio sino en el exterior de él¹⁸. Las dependencias están referidas solo a la morada o a la casa de negocio, sin alcanzar al recinto habitado, por cuanto la ley así lo establece expresamente.

d) Recinto habitado: La expresión hace referencia a todo espacio o lugar habitado u ocupado que no puede ser considerado morada o casa de negocio. La doctrina entiende que la diferencia con la morada estaría dada por la accidentalidad o relativa permanencia de la vivienda, por ej., el cuarto de un hotel, el camarote de un barco, una carpa en la que se pasa la noche, etcétera.

a) *Violación de domicilio. Figura básica.* — El artículo 150 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en

¹⁵ CPenal Santa Fe, Sala 3^a, JA, t. 1989-I, p. 1123.

¹⁶ CCrim. 1^a Córdoba, 10/4/67, LL, t. 23, p. 2931.

¹⁷ Sobre esta cuestión puede verse BREGLIA ARIAS, Omar, ob. cit., ps. 34 y ss.; LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 174, DAMIANOVICH, Laura T. A., ob. cit., ps. 550 y siguientes.

¹⁸ En contra: SC Tucumán, 17/5/41, LL, t. 23, p. 18 y JA, t. 75, p. 113.

sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo".

El delito consiste en "entrar", contra la voluntad expresa o presunta del morador, en alguno de los sitios protegidos por la ley.

La acción de entrar debe entenderse como la introducción o penetración total, de cuerpo entero, en alguno de esos recintos. Ir de afuera hacia adentro, no a la inversa.

No es suficiente a los fines típicos la introducción de una parte del cuerpo, por ej., un brazo¹⁹, o el pie, o de un elemento que prolongue el alcance natural del brazo, por ej., alambres, cuerdas, caños (BREGLIA ARIAS, 43), o asomarse a alguno de los espacios abiertos de las paredes, o ejecutar actos como espiar, arrojar objetos o servirse de cosas.

La denominada violación de "interior a interior", esto es, la que realiza aquel que, habiendo sido autorizado a ingresar a un determinado lugar, por ej., el living de la casa, se introduce a otros ambientes prohibidos o, al menos, no autorizados, por ej., los dormitorios privados, no configura el delito²⁰.

¹⁹ SC Tucumán, JA, t. 44, p. 934.

²⁰ La cuestión, sin embargo, no es pacífica. En contra de lo que decimos en el texto, SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 84, pero solo cuando el que se introdujo a un lugar distinto "permanece" en contra de la voluntad expresa de quien puede excluirlo; FONTÁN BALESTRA y BREGLIA ARIAS sostienen similar conclusión. Este último autor da un ejemplo: el sujeto que viene a vender algo, y en un descuido se introduce en la habitación de la hija del dueño de casa, con intenciones deshonestas (conf. *Código Penal comentado*, p. 485). Un criterio semejante sostienen ESTRELLA y GODOY LEMOS, para quienes es típica la conducta de aquel que, encontrándose en una habitación de un domicilio con el consentimiento de su titular, pasa a otra habitación contra su voluntad expresa o presunta. Ello así, merced a una interpretación amplia que debe darse al concepto de domicilio, ya que existen distintas habitaciones del domicilio que deben ser consideradas dependencias y que no resguardan el mismo grado de intimidad, por ej., el sodero al que se le da las llaves del garaje para que deje los sifones de soda, incurre en el delito si pasa a acostarse en la cama o a ocupar el baño (ob. cit., ps. 191 y ss). Siguen esta idea LAJE ANAYA y GAVIER, ob. cit., p. 259. Para CREUS, la solución parece adecuada, ya que el agente, de cualquier modo, entra a un recinto habitado por otro, violando su intimidad (ob. cit., p. 363). NÚÑEZ, en cambio, entiende que la penetración de interior a interior no es delictiva, salvo –dice– que se piense que el hogar tiene tantas moradas como dormitorios (ob. cit., p. 77, nota 34). En nuestra opinión, nos parece más acertada la opinión restrictiva, más compatible con el principio de legalidad. La

La "permanencia" en el domicilio en contra de la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión tampoco configura el delito que tratamos²¹. El Código en vigor, contrariamente a sus precedentes (proyectos de 1891 y de 1906), que expresamente contemplaron esta situación, no ha tipificado la permanencia arbitraria. La conducta típica consiste en entrar al domicilio, no en permanecer en él contra la voluntad de su titular. En el derecho comparado se puede percibir una tendencia a la represión de esta modalidad de expresión del comportamiento, así, por ej., los códigos penales de Italia (art. 614), España (art. 202), Suiza (art. 186), Francia (art. 226-4), Paraguay (art. 141), etc., en los que se sancionan tanto la entrada en morada ajena como el mantenerse en ella contra la voluntad del morador.

La entrada, para que resulte punible, debe ser a un domicilio "ajeno", vale decir, a un lugar sobre el cual el autor no tiene ningún derecho, principal, accesorio o por convención, a morar, negociar o habitar. Por tanto, como regla general puede decirse que no comete el delito quien entra en la propia morada. Sin embargo, la regla admite excepciones, por ej., en los casos de cónyuges separados, en trámite de divorcio o divorciados, etc., cuestiones sobre las cuales la jurisprudencia no se ha mostrado uniforme.

En nuestra opinión, hay que distinguir: si los cónyuges están separados de hecho o en trámite judicial de separación o de divorcio, el ingreso al domicilio conyugal no puede reputarse típico, por cuanto se trata del propio domicilio; la jurisprudencia ha seguido este criterio. La excepción está dada para aquellos casos en que existe una prohibición judicial en tal sentido, o bien una exclusión del hogar determinada judicialmente (art. 290 bis, Cód.

conducta punible consiste en entrar, no en permanecer o en "invadir" (esta expresión utilizan LAJE ANAYA y GAVIER). El argumento contrario resulta demasiado amplio, hasta el punto de abarcar en el contexto de la voz domicilio, otros domicilios dentro de él, de manera que un inmueble tendría tantos domicilios como habitaciones o recintos habitados posea, criterio que nos parece inadmisible sostener. Ahora bien, que de *lege ferenda* resulte conveniente prever esta conducta dentro del tipo, es cosa distinta, pero de *lege ferenda*, pues de *lege lata* la acción típica sigue siendo entrar, no permanecer ni "volver a entrar" cuando ya se entró.

²¹ En contra SOLER, Sebastián, ob. cit., ps. 82 y siguientes.

Procesal Penal de Corrientes). Comete violación de domicilio –se tiene dicho– el marido que ingresa al domicilio de su mujer, de la que está divorciado por su culpa, si por resolución judicial debía abstenerse de concurrir a este, y aunque alegue que lo hizo con el consentimiento previo de su hija mayor, cuando el hecho de estar con llave la puerta de acceso, que debió violentar, revela la voluntad expresa de exclusión²². Para BREGLIA ARIAS y GAUNA, contrariamente a la opinión que sustentamos en el texto, el ingreso de un cónyuge en el domicilio del otro, luego de una prolongada separación, con estado público de su existencia, importa el delito que analizamos. Sin embargo, nos parece que resulta suficiente para rechazar esta opinión aquel caso de esposos separados de hecho, aunque fuese por largo tiempo, en el que uno de ellos, el que se encuentra fuera del hogar conyugal, regresa y se introduce en la casa habitación porque es el propietario exclusivo del inmueble. Pensamos que en este supuesto no puede configurarse el delito porque el esposo no entra a una "morada ajena", sino propia. Si la hipótesis fuera, en cambio, de separación personal o de divorcio vincular, mediando sentencia firme, la penetración al domicilio, no obstante el disenso del otro cónyuge, sería punible a título de violación de domicilio. A igual solución se arriba en los casos de ruptura de concubinato o de noviazgo²³ o frente a la voluntad contraria del ex novio²⁴.

Sobre estas cuestiones, la jurisprudencia ha resuelto que "la conducta de la esposa que después de haberse alejado del hogar conyugal vuelve para habitar en una de las piezas de este, constituye, a falta de una decisión judicial que la haya excluido, el ejercicio de un derecho y, por tanto, no configura infracción penal"²⁵.

"No obstante hallarse la esposa transitoriamente en casa de sus padres, con motivo de la iniciación de un juicio de divorcio, no cometen violación de domicilio las personas que concurrieron, a pedido del marido y en su compañía, a casa de dicha cónyuge, porque aquel no accedió a morada ajena sino a su propio do-

²² CNCrim. y Correc., Sala I, 15/2/63, *in re*, "Salminci, A."; CCrim.y Correc. Capital Federal, 5/9/47, c. 5833, *in re*, "Del Valle".

²³ CPenal Santa Fe, JA, t. 1989-I, p. 1120.

²⁴ CCrim. Capital Federal, JA, t. 10, p. 741.

²⁵ CCrim. Capital Federal, 12/3/65, *LL*, t. 118, p. 776.

micio, y los demás resultan amparados por la licitud de la conducta del jefe de hogar"²⁶.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, ya que el tipo no exige cualidades o condiciones especiales, con excepción de los funcionarios públicos o agentes de la autoridad, en cuyo caso, si actuaran en el ámbito de sus propias competencias funcionales, podrían incurrir en el delito de allanamiento ilegal del art. 151. Por lo tanto, el sujeto que, aun siendo funcionario público pero no actúa como tal, queda equiparado al particular y comete el delito del art. 150. Sujeto pasivo solo puede ser quien tiene el derecho de exclusión²⁷.

La entrada al domicilio ajeno solo es típica cuando se lleva a cabo "contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene el derecho de exclusión". Este derecho lo tiene, en forma principal, el titular del domicilio, calidad que, en la generalidad de los casos, coincide con quien mora, habita o realiza actividades en el lugar. Sin embargo, no siempre es así. La titularidad del derecho a excluir puede recaer en quien mora en la casa en el momento en que se produce el hecho, por ej., la esposa o los hijos, en ausencia del padre; el empleado a cargo del negocio, etcétera²⁸. Habitualmente, el derecho de exclusión recae en cabeza del jefe de familia, el gerente de una sociedad, etc. (derecho principal), pero también puede recaer sobre otras personas que tienen un derecho accesorio, por ej., los hijos, el personal de servicio, etcétera. Sobre esta cuestión, expresa NÚÑEZ que los ti-

²⁶ CCrim. Capital Federal, 11/8/59, DJ, t. 18-9, p. 59.

²⁷ Para BREGLIA ARIAS el sujeto pasivo es el que mora en la casa (conf. ob. cit., p. 47; ídem en *Código Penal comentado*, p. 488). Sin embargo, la tesis no es del todo exacta, ya que no todo morador tiene el derecho de exclusión. Piénsese, por ej., en los hijos estando presente el padre. Además, no siempre es necesario ser el morador para tener el ejercicio del derecho de exclusión, por ej., el dueño de una casa quinta de fin de semana conserva la titularidad del tal derecho aun en los días en que no mora en ella. Distinta sería la interpretación si el texto de la ley dijera, como lo hace el Código español, que la entrada se produjera "contra la voluntad de su morador". En el sentido del texto, RODRÍGUEZ DEVESÁ, José M., ob. cit., p. 320. En opinión de DÍAZ MAROTTO Y VILLAREJO, el sujeto pasivo es el que habita como morador, en ob. cit., p. 244, pero, debe repararse que este autor comenta el derecho español, en el que expresamente se identifica al sujeto pasivo con el morador.

²⁸ CNCrim.y Correc., Sala 1^a, JA, t. 1992-II, p. 535).

tulares de un derecho subordinado no pueden legitimar la entrada de un tercero producida contra la voluntad expresa o presunta de quien ostenta el derecho principal, por ej., la admisión del tercero por la esposa en contra de la voluntad expresa del marido, o la admisión del amante por la mujer en contra de la voluntad presunta de su concubino²⁹.

Resumiendo, comete el delito quien ingresa a un domicilio contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene el ejercicio del derecho de exclusión en forma principal, no obstante contar con el permiso del que ejerce el derecho subordinado o accesorio, por ej., autoriza la esposa o los hijos frente al disenso del marido. Al contrario, no lo comete el que ha sido admitido por el titular del derecho principal aun frente a la voluntad en contrario de quien posee un derecho accesorio, por ej., autoriza el marido frente al disenso de la esposa o de los hijos.

Para quienes conviven bajo un régimen compartido jerarquizado, por ej., monasterios, conventos, equipos deportivos, etc., la voluntad de exclusión la tiene el jefe o cabeza de grupo. La decisión del principal, salvo manifiesto abuso de derecho, prevalece sobre quienes son dependientes o subordinados. Los límites de este derecho están dados por los derechos reconocidos a los demás miembros subordinados del grupo. Sobre el particular afirma SUÁREZ MONTES que el derecho del cabeza de grupo no es absoluto ni ilimitado: la voluntad del jefe o padre de familia podrá tan solo prevalecer mientras no se lesioné o ponga en peligro el interés de la libertad doméstica correspondientes a los demás miembros del grupo³⁰.

Para los que conviven, en cambio, bajo un sistema de relaciones igualitarias, esto es, sin que exista razón alguna para que la voluntad de unos prevalezca sobre la de los otros, por ej., estudiantes que conviven en un pensionado universitario, va-

²⁹ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 78, especialmente nota 42.

³⁰ Cit. por MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 165. En el mismo sentido, el profesor POLAINO NAVARRETE enseña que en los casos de convivencia pluripersonal jerarquizada, la decisión del principal, en principio y siempre que no incurra en ejercicio abusivo del derecho, prevalecerá sobre la de quienes jurídicamente son dependientes o subordinados, por virtud del respectivo vínculo jurídico fundamento de la convivencia pluripersonal en la morada común ("Los nuevos tipos . . .", ps. 251 y ss.).

rias personas que habitan una casa en época de vacaciones, etc., el derecho de admisión y de exclusión lo tienen en forma indistinta cada uno de ellos. En estos supuestos, que plantea serias dificultades en orden a la relevancia del consentimiento cuando existen discrepancias entre los miembros del grupo, la doctrina española ha echado mano al principio del derecho romano introducido por RODRÍGUEZ DEVESA de que "el que prohíbe es de mejor derecho", es decir, que en caso de que uno consienta y otro niegue la entrada, prevalecerá el derecho del que niega³¹.

La voluntad de exclusión es expresa cuando así ha sido manifestada o hecho conocer al agente, ya sea a viva voz, por escrito o por gestos. En cambio, es presunta, cuando, no habiendo sido manifestada, puede deducirse de las circunstancias que la eviden-cian³², por ej., las relaciones personales, la hora, el destino del lugar, etcétera³³. El acceso a domicilio ajeno –se ha dicho en la jurisprudencia–, empleando una estratagema para que la sirvienta franquee la entrada constituye violación de domicilio, pues la ley no distingue los medios³⁴.

Cuando se trata de morada, el principio general es la voluntad de exclusión, es decir, que la admisión no se presume. La excepción puede darse por distintas circunstancias, por ej., parentesco, amistad, horario, etcétera. Cuando se trata de una casa de negocio, hay que distinguir: si está cerrada, rigen los mismos principios que vimos para la morada. Si, en cambio, está abierta al público, se debe apreciar: si el ingreso se produjo a un lugar no librado al acceso público, la regla es la misma (prevalece la voluntad de exclusión); si se produjo en un lugar librado al acceso del público, la doctrina ha postulado dos criterios antagonicos: para la mayoría, la admisión se presume mientras la voluntad en contrario no haya sido manifestada expresamente (SOLER, FONTÁN BALESTRA, DI RENZI, VAZQUEZ IRUZUBIETA, etc.); para NÚÑEZ, en cambio, la conducta no es delictiva por cuanto el titular

³¹ Conf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 91; MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 165; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., ob. cit., p. 320; DÍAZ MAROTTO Y VILLAREJO, Julio, ob. cit., p. 248.

³² Conf. BREGLIA ARIAS, recordando una definición de MOLINARIO (ob. cit., p. 29, nota 54).

³³ ST Misiones, *LL*, del 6/3/72.

³⁴ CNCrim. y Correc., Sala III, 7/11/67, *BICCC*, t. 1968-I, p. 2

de la casa de negocio, al hacer uso del derecho de exclusión, no defiende la intimidad del recinto, sino el derecho de *dominus* respecto de su negocio. La razón argumental la encuentra en el art. 167 del Código de 1886, que disponía la inaplicabilidad del precepto correspondiente a la violación de domicilio a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuviesen abiertos.

La posición de NÚÑEZ hoy no puede sostenerse. Entendemos, con la más moderna doctrina penalista, que el concepto de morada debe revisarse y remodelarse hacia una nueva interpretación, mucho más compatible con la realidad en la que el hombre desarrolla toda su privacidad, desde el más íntimo recinto que habita con su propio ser personal hasta el sitio en donde desenvuelve su obra creativa. El concepto de morada, subraya POLAINO NAVARRETE, debe abarcar también el lugar donde la persona ejerce privadamente su actividad y donde desenvuelve existencialmente su personalidad, desarrollando su intelecto y en general ejercitando en cualquier forma y concreta cualificación su capacidad de creación humana³⁵.

La tesis de NÚÑEZ tiene su fuente en los antiguos códigos españoles que rigieron hasta la reforma de 1995 y en lo cuales expresamente se prescribía la inaplicabilidad del precepto referido al allanamiento de morada cuando se trataba de cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas. En la actualidad, el Código Penal español, abandonando este viejo sistema, establece en el nuevo art. 203.1 la incriminación del que entrara contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. En el marco del derecho latinoamericano, podemos citar, como ejemplo de pervivencia de normas permisivas de tipo excepcional que han seguido los lineamientos del derecho español, al Código Penal de Honduras, cuyo art. 205 establece que las disposiciones del capítulo referido al allanamiento de morada no tienen aplicación respecto de los cafés, cantinas y demás establecimientos de servicio al público mientras estuvieran abiertos.

³⁵ Conf. ob. cit., p. 451.

El delito de violación de domicilio es de aquellos denominados "subsidiarios", vale decir, aquellos en los que la ley establece que solo son aplicables cuando no deba ser de aplicación otra figura más grave. Esta es la regla a que hace referencia el art. 150, cuando subordina su aplicabilidad al hecho de que "no resulte otro delito más severamente penado".

Para la doctrina predominante, la regla de subsidiariedad funciona cuando el delito más grave tiene su origen en la misma violación de domicilio, esto es, cuando resulte de ella misma y no constituye un hecho independiente, por ej., el hurto con ganzúa o por escalamiento para entrar al domicilio ajeno; excluyen la figura subsidiaria (violación de domicilio), permitiendo solo la aplicación de la figura principal (hurto agravado). En suma, como dice CREUS, el desplazamiento se produce cuando la violación del domicilio es un elemento que ha integrado la tipicidad de la acción del otro delito.

Las infracciones reprimidas con penas más graves que no son el resultado mismo de la violación de domicilio configuran hechos independientes que se resuelven mediante las reglas del concurso material. El delito de violación de domicilio –tiene resuelto la jurisprudencia– concurre en el caso materialmente con el de homicidio simple, ya que el culpable no violó el domicilio para matar, sino que el hecho se produjo a raíz de su reacción al encontrar al occiso en el interior del inmueble y sospechar que mantenía relaciones íntimas con su ex concubina, o sea que la subsidiariedad que prevé el art. 150, Cód. Penal, no es aplicable al caso³⁶.

El delito es doloso, material y de carácter instantáneo, siendo suficiente para perfeccionar la culpabilidad el conocimiento de la ajenidad del domicilio y la voluntad en contrario a su ingreso por parte del titular³⁷. Se consuma con la entrada al domicilio ajeno, resultando admisible la tentativa. El ejercicio de la acción, contrariamente al régimen que impuso la ley 21.338, esto es, dependiente de instancia privada, en la actualidad es pública.

³⁶ CNCrim. y Correc., Sala V, 17/5/83, BICCC, t. 1983-III, p. 156.

³⁷ ST Santa Cruz, *LL*, t. 133, p. 953.

b) *Allanamiento ilegal del domicilio.* — El artículo 151, Código Penal, establece: "Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de 6 meses a 2 años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina".

La figura proviene del proyecto de 1891, en el que aparece regulada como una forma de violación de domicilio y dentro del título de los delitos contra la libertad, sistemática que se mantiene en el Código en vigor.

Se trata, como dice NÚÑEZ, de la violación del domicilio ajeno cometida violando la garantía constitucional, con arreglo a la cual la autoridad no puede penetrar en el domicilio ajeno salvo en los casos y con los justificativos con que la ley autoriza su allanamiento, esto es, la exclusión del privilegio (art. 18, cláusula 3^a, Const. nacional)³⁸.

El delito consiste en "allanar" (entrar, ingresar, penetrar) un domicilio sin observar las formalidades legales o fuera de los casos expresamente establecidos por la ley. Como la acción material del tipo tiene aquí el mismo significado que el de la figura de art. 150, hacemos allí la remisión.

La concurrencia de ciertas formalidades legales para la legitimidad y validez de un allanamiento es una derivación de la exigencia constitucional de que una ley debe determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (art. 18, Const. nacional).

Son los códigos de procedimiento penal de las provincias y las constituciones locales las normas que prescriben las formalidades que deben observarse (arts. 225 a 229, Cód. Procesal Penal de Corrientes; arts. 210 a 215, Cód. Procesal Penal del Chaco; arts. 209 a 213, Cód. Procesal Penal de Misiones; arts. 210 a 213, Cód. Procesal Penal de Formosa; arts. 224 a 226, Cód. Procesal Penal de la Nación).

La orden de allanamiento de un domicilio solo puede ser emitida, salvo situaciones excepcionales, por un juez. La excepción concurre cuando media autorización expresa del titular del domicilio o se trate de algunos de los supuestos de necesidad

³⁸ Conf. ob. cit., p. 85.

previstos en las leyes procesales, en cuyo caso podrán allanar sin orden los funcionarios policiales³⁹. En los casos en que es el propio juez quien presencia el acto de allanamiento, la orden se torna innecesaria.

Con respecto al consentimiento del titular, la regla general es que el consentimiento libremente prestado suple la orden de allanamiento, ya que se trata del ejercicio de un derecho a permitir o negar el ingreso al domicilio a la persona que el titular desee y, tratándose de un bien jurídico disponible, debe reputarse válido el consentimiento libremente prestado (ESTRELLA y GODOY LEMOS, ORGEIRA, etc.). Solo será válido el consentimiento que haya sido prestado en forma efectiva, real (no aparente o presumido), por quien tenga la titularidad del derecho de exclusión, por escrito y libre de toda injerencia o imposición de la autoridad. Como consecuencia procesal de la violación de la garantía constitucional, todo elemento de prueba obtenido en violación de esta garantía carece de validez para su valoración como prueba en el proceso penal. En este punto, cabe señalar que en nuestro derecho interno, el art. 15 de la Constitución de la Provincia del Chaco prohíbe expresamente el allanamiento del domicilio particular, profesional o comercial sin orden escrita de juez competente, sin que la conformidad del afectado pueda suplir la orden judicial, declarando, además, que toda prueba obtenida en violación de esta garantía queda invalidada como tal en procesos judiciales o administrativos.

La orden de allanamiento debe reunir los siguientes requisitos: debe ser escrita, resuelta por auto o decreto judicial fundados, se debe mencionar el lugar, día y hora en que se cumplirá, el nombre de la persona comisionada y la determinación específica del domicilio a allanar⁴⁰. Salvo casos excepcionales (por ej., consentimiento del interesado, situaciones de gravedad y urgencia, cuando peligre el orden público o cuando se trate de oficinas administrativas, establecimientos de reunión o de recreo, local de asociaciones, o cualquier otro lugar cerrado no destinado a habitación particular, art. 227, Cód. Procesal Penal de Corrien-

³⁹ Conf. CHIARA DÍAZ, Carlos A., *Repercusión de los allanamientos ilegales en el proceso penal*, JA, t. 1986-IV, p. 903; ídem NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 87 y siguientes.

⁴⁰ Conf. CHIARA DÍAZ, Carlos A., ob. cit., p. 905.

tes), el allanamiento debe practicarse de día (art. 226, Cód. Procesal Penal de Corrientes, "desde que salga hasta que se ponga el sol"). Además, debe notificarse al titular del domicilio o a quien lo reemplace.

La prevención policial solo podrá practicar un allanamiento por propia autoridad y sin orden judicial, cuando concurran algunas de las situaciones de excepción que en forma taxativa prescriben las leyes locales (art. 228, Cód. Procesal Penal de Corrientes), a saber: 1) cuando existiera peligro para bienes y personas, causado por incendio, inundación u otros desastres semejantes; 2) cuando personas extrañas entraran en un local con signos evidentes de ir a cometer un delito, y el hecho ha sido visto o denunciado por terceros; 3) cuando un imputado de un delito grave que, al ser perseguido para su aprehensión, se introduzca en un local; 4) cuando voces provenientes de una casa anunciaran que allí se está cometiendo un delito, o pidieran socorro; 5) cuando, en casos de suma urgencia, deba ingresar a predios rurales privados, en horario diurno, o a cualquier hora cuando lo autorice o consienta el interesado o su representante.

Autores de este delito solo pueden ser, según el texto expreso de la ley, un funcionario público o un agente de la autoridad. Este es aquel que actúa en nombre o por mandato de la autoridad. En ambos casos, el sujeto activo debe estar, en el momento del hecho, en ejercicio de sus funciones. Si actuara como un particular, la figura aplicable es la del art. 150.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo, que se consuma con el ingreso del funcionario al interior del domicilio, independientemente del logro de los objetivos propuestos o de que se lleve a cabo la requisita del lugar.

c) *Casos de justificación.* — El artículo 152, Código penal, establece: "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".

La disposición tiene su fuente en el Código español de 1848 y prescribe una causa de justificación referida solo a la violación

de domicilio⁴¹. En la actualidad, preceptos de esta clase tienden a desaparecer de los códigos penales, tal como ha ocurrido, por ej., con los códigos de España, Cuba, Venezuela, Perú, Paraguay, etcétera.

El artículo establece una autorización para entrar a un domicilio ajeno en contra de la voluntad de su titular o morador, en aquellos casos en que el autor persigue algunos de los fines específicamente determinados en la norma, esto es, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, por ej., daños personales de importancia, contra la vida o la honestidad de un morador o de un tercero, etc.; para cumplir un deber de humanidad, vale decir, relacionado con actos de compasión de la desgracia ajena, por ej., enfermedades, infortunios particulares, accidentes, etc.; por último, para prestar auxilio a la justicia, es decir, a alguna autoridad que está ejerciendo en ese sitio actos relacionados con la administración de justicia.

Se trata, en todas las hipótesis, de casos de justificación de naturaleza subjetiva, en los que es suficiente con que el autor actúe con el propósito (la ley emplea la preposición "para") específico indicado en la disposición. Dadas estas condiciones, el precepto resulta de aplicación obligatoria.

⁴¹ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 89. La doctrina española dominante entendía, con relación a una disposición análoga del Código anterior, que el art. 491 debía ajustarse a los requisitos del estado de necesidad (por todos, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 93).



CAPÍTULO XV

VIOLACIÓN DE SECRETOS

§ 16. REFERENCIAS GENERALES SOBRE ESTOS DELITOS

Bajo la denominación genérica de “violación de secretos”, el Código Penal castiga una serie de conductas atentatorias contra la libertad de las personas en el marco de su esfera más reducida y propia de la intimidad personal.

Por esfera íntima se ha entendido ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad¹. Se trata de un ámbito personal preservado de la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraiza la personalidad².

El descubrimiento y la revelación de secretos, subraya POLAINO NAVARRETE, constituyen tipos legales de incriminación tradicionalmente destinados a la garantía de los derechos individuales de reserva e intimidad personales. Tales derechos constituyen dimensiones de la libertad de la persona, que se traducen en la facultad de exclusión del acceso por parte de terceros al conocimiento de hechos, circunstancias y datos personales, que su titular considera individuales y privados, y que son jurídicamente valorados en la medida en que, constando en algún so-

¹ Conf. BARREIRO, Jorge A., cit. por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, vol. III, p. 137.

² Conf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 137.

porte objetivo, afectan a la persona o actividad del individuo y pertenecen al ámbito de la privacidad existencial del hombre³.

La correspondencia, los papeles privados y los secretos son elementos esenciales pertenecientes al ámbito de reserva del individuo. Entre nosotros, al igual que en numerosos países del mundo, el derecho a la intimidad personal tiene reconocimiento constitucional como derecho fundamental de la persona humana. El art. 18 de la Constitución nacional garantiza la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, del mismo modo que lo hacen los tratados internacionales que han sido incorporados al texto constitucional, en los que se garantiza el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su correspondencia, así como a ser protegida por una ley contra tales injerencias o ataques (art. 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. X, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc.).

El Código Penal, al ocuparse de este grupo de delitos, no se limita a castigar solamente la violación de secretos, sino también los atentados contra la correspondencia y los papeles privados, aunque no contengan secretos⁴.

§ 17. ANTECEDENTES NACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO

El proyecto Tejedor, siguiendo los viejos precedentes españoles, castigó el apoderamiento de cartas o papeles de otro y la revelación de secretos. El Código de 1886, continuando con estos lineamientos, contempló también la incriminación del delito del funcionario público en el ejercicio de su cargo y con abuso de sus funciones. El sistema de la ley vigente proviene del proyecto de 1891, que siguió la orientación más moderna de entonces de los códigos húngaro e italiano del siglo pasado, circunstancia que deja percibir un sistema de protección de la vida privada

³ Conf. ob. cit., p. 396.

⁴ Así, DI RENZI, Luis R., "Delitos contra la libertad", *Manual de derecho penal*, "Parte especial", Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 285.

y familiar de los individuos vetusto y anacrónico. Urge, pues, en esta materia, una amplia y completa reforma penal.

En la legislación comparada, en cambio, debido a la cada vez más acentuada injerencia de los medios de comunicación masiva y de las modernas tecnologías (electrónicas e informáticas) en la vida privada de los individuos, se aprecia una tendencia de protección más intensa en la esfera de la intimidad personal y del secreto profesional. Los nuevos ordenamientos penales de España, Suiza (Título III, "De los delitos contra el honor y la esfera personal reservada", arts. 179 bis y ss., según las reformas introducidas por la leyes federales del 20/12/68, 23/3/79 y 19/6/93), Francia (Código Penal de 1994, Capítulo VI, "De los atentados a la personalidad", arts. 226-1 a 226-32), de Paraguay (Título I, "Hechos punibles contra la persona", Capítulo VII, "Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona", arts. 143 a 149) y de Perú, son un buen ejemplo de ello. El Código Penal español ha reformulado la ubicación de toda esta materia dentro de un nuevo Título, que denomina "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", introduciendo diversas figuras relacionadas con la esfera de intimidad y el secreto, por ej., el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptación de comunicaciones, utilización de artificios, técnicas de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de imagen; conductas relacionadas con los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, etcétera. Un precepto interesante es aquel que castiga la violación de datos de carácter reservado que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual de las personas. El Código peruano, por su lado, manteniendo la rúbrica tradicional de "Delitos contra la libertad", agrupa en el Título V una serie de figuras atentatorias de la intimidad personal o familiar, a través de palabras, escuchas, registros, etc., mediante instrumentos, procesos técnicos u otros medios (art. 154); la revelación de aspectos íntimos de la persona conocidos con motivo del trabajo o por confiabilidad (art. 156), la organización o empleo de archivos de datos reservados referentes a las convicciones políticas, religiosas o de otros aspectos de la vida íntima de las personas (art. 157), etcétera.

a) *Violación de correspondencia.* — El artículo 153 del Código Penal establece: “*Será reprimido con prisión de 15 días a 6 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 apoderase 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 1 mes a 1 año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho*”.

1. *Apertura indebida de correspondencia.* El delito, que se encuentra previsto en la primera parte del art. 153, consiste en “abrir indebidamente” (romper, cortar, despegar la correspondencia) una carta (papel escrito introducido en un sobre destinado a la comunicación con otra persona), un pliego cerrado (papel escrito doblado sobre sí mismo y cerrado), un despacho telegráfico (telegrama), un despacho telefónico (pieza escrita en la que se asienta una comunicación telefónica), o de otra naturaleza (por ej., grabación fonográfica), que no ha sido dirigida al autor.

La conducta punible es la de abrir indebidamente alguno de estos objetos, lo cual no necesariamente implica la imposición del contenido; de manera que se encuentra al margen de la tipicidad la lectura del texto sin que se haya abierto la carta o el pliego, etc., por ej., la lectura al trasluz.

Todos estos objetos mencionados en la norma son objetos materiales que pueden quedar abarcados por la expresión “correspondencia”, debiéndose entender por esta a toda comunicación escrita entre dos interlocutores, que uno de ellos envía, hace enviar, deja o hace dejar en poder de otro y que contiene la expresión de su pensamiento, cualquiera sea el procedimiento de escritura de que se valga (palabras, símbolos, caracteres ideográficos, etc.)⁵.

Presupuesto del delito es que la correspondencia esté “cerrada”, circunstancia que surge de la propia interpretación de la acción típica. Solo puede abrirse lo que está cerrado.

⁵ Conf. CREUS, Carlos, *Derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1993, vol. 1, p. 375.

La apertura de la correspondencia, sin embargo, para que sea típica debe haber sido realizada "indebidamente", esto es, sin derecho a hacerlo. La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, tenemos dicho, es un derecho garantizado por la Constitución nacional (art. 18). Existen, sin embargo, supuestos excepcionales en los que la ley autoriza e impone limitaciones a esta garantía, por ej., cuando la interceptación y apertura de la correspondencia o de comunicaciones telefónicas ha sido ordenada judicialmente para la comprobación de un delito (arts. 235 y ss., Cód. Procesal Penal de Corrientes; arts. 234 y ss., Cód. Procesal Penal de la Nación); cuando se trata de potestades de gobierno sobre menores e incapaces (patria potestad, tutela, guarda, curatela, adopción), etcétera. La apertura de la correspondencia no necesariamente implica la imposición de su contenido.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, siempre que no sea el destinatario de la comunicación ("que no le esté dirigido", dice la ley). Si se trata del destinatario de la correspondencia y la abre, aún cuando exista una prohibición para hacerlo, por ej., por orden judicial, no comete el delito que estamos analizando⁶ ya que la apertura no es indebida.

El delito es doloso y el dolo comprende la conciencia de la ilegitimidad de la apertura (el autor debe saber que abre la correspondencia sin derecho). El error sobre el destinatario puede excluir la culpabilidad. La infracción se consuma cuando se abre la correspondencia, aun cuando posteriormente se la vuelva a cerrar o se la remita a su verdadero destinatario. La imposición del contenido carece de relevancia penal, es suficiente con la apertura indebida. La tentativa es admisible.

2. *Apoderamiento indebido de correspondencia.* La figura está prevista en la segunda parte del art. 153, el que incrimina a quien se apoderara indebidamente de una carta, pliego, despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado.

Aquí, el concepto de apoderamiento no equivale al que vimos en el delito de hurto, pero lo comprende, ya que se trata de una

⁶ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 100.

expresión de amplio contenido que abarca tanto el apoderamiento furtivo, cuanto el que se realiza mediante engaño, retención o apropiación de la correspondencia⁷.

La noción de apoderamiento exige que el autor tome la cosa, no siendo suficiente la mera imposición del contenido de la correspondencia. Como en el supuesto anterior, el autor no debe ser el destinatario de la misma.

El precepto comprende a las cartas y a los papeles privados, resultando indiferente que estén cerrados o abiertos. Los papeles privados son aquellos que, estando en la esfera de reserva de alguien, contienen la expresión escrita de su pensamiento, aunque no esté destinada a ser comunicada a un interlocutor⁸.

El delito es doloso, compatible solo con el dolo directo.

3. *Supresión y desvío de correspondencia.* La figura está descrita en la última parte del art. 153 y consiste en "suprimir" (afectar la existencia material, destruir, sacar del curso definitivamente, ocultar, etc.) o "desviar de su destino" (cambiar el curso dándole un destino distinto) una correspondencia que no esté dirigida al autor.

Estas conductas admiten cualquier medio de comisión, resultando indiferente que se trate de una correspondencia abierta o cerrada. Ambas presuponen una correspondencia en curso, esto es, una pieza en camino a su destinatario. Esto sucede desde el momento en que el remitente se desprende de ella, hasta el momento en que de ella se desprende el correo⁹.

El delito es doloso y el dolo abarca la conciencia de que se suprime o desvía una correspondencia. Algunos autores admiten el dolo eventual. El hecho se consuma en el momento en que se suprime o desvía la correspondencia, independientemente de que, por cuestiones ajenas al autor, la pieza retome nuevamente su curso, por ej., por la acción de un tercero.

⁷ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 101; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 109; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, "Parte especial", Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 186; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. 5, p. 366.

⁸ Conf. CREUS, Carlos, ob. cit., p. 376.

⁹ Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 108.

4. *Agravante.* La agravante está prevista en el párr. 2º del art. 153 y alcanza a los tipos previstos en el primer párrafo de la misma disposición.

La apertura, el apoderamiento, la supresión o el desvío de una correspondencia se agravan si el culpable "*comunicare a otro*" (hacer saber a un tercero o a un número determinado de personas), o "*publicare el contenido*" (hacer saber al público en general) de la carta, el escrito o el despacho.

La doctrina es uniforme en aceptar que estamos frente a un delito de doble actividad: la agravante exige que el autor haya cometido alguno de los tipos previstos 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.

La agravante es dolosa, siendo suficiente el dolo eventual.

b) *Violación de correspondencia calificada por la calidad del autor.* — El artículo 154 del Código Penal establece: "Será reprimido con prisión de 1 a 4 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".

Se trata de un delito especial propio, por cuanto solo puede ser cometido por una limitada clase de autores: empleados de correos o telégrafos.

La norma alcanza a los particulares que trabajan en el servicio postal de una empresa privada que ha sido concesionada por el Estado, por cuanto el servicio prestado sigue siendo público. Pero, no sucedería lo mismo si el servicio de correos ha sido privatizado por el Estado, en cuyo caso se trataría de un servicio privado de correos en beneficio del público.

Con referencia a la calidad del autor, carece de relevancia el nivel jerárquico que el empleado ostente en el escalafón del organismo, o que se trate de una relación de empleo transitoria o permanente. Lo que importa es que, en el momento del hecho, reúna la calidad exigida por la norma y que obre "abusando de

su empleo", vale decir, aprovechándose del cargo que ocupa o de las facilidades que le brinda la función que desempeña.

Las acciones típicas de apoderarse y suprimir la correspondencia son las mismas que las que hemos analizado en el art. 153, motivo por el cual hacemos allí la remisión. El autor se "impone" del contenido cuando lee y se entera del texto de la correspondencia. No basta con abrir la carta o el pliego; debe leer su contenido. Inclusive, la conducta abarca el leer a través del sobre, aunque esté cerrado. La "entrega" se produce cuando la correspondencia se pone en manos de una persona distinta de aquella a quien estaba dirigida, salvo que haya existido una autorización previa que permita modificar la entrega en relación a quien debía recepcionarla, por ej., la autorización expedida por el encargado de un edificio de departamentos, a depositar la correspondencia en el subsuelo para ser repartida al día siguiente¹⁰. Se "comunica" el contenido cuando se hace saber o conocer la correspondencia a una persona distinta del destinatario. Se "oculta" la correspondencia cuando se la esconde o se impide que sea vista por terceros. Se "cambia el texto" cuando se modifica, total o parcialmente, la escritura contenida en la correspondencia. Esta modificación puede consistir en la sustitución de un texto por otro, ya sea en su pura literalidad, por ej., borrar un texto y reemplazarlo por otro distinto, o en su propia significación, por ej., alterando las palabras o las puntuaciones para modificar el sentido del texto.

Subjetivamente, el delito es doloso compatible solo con el dolo directo.

c) *Publicación indebida de correspondencia.* — El artículo 155, Código Penal, establece: "*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 pesos como mínimo a noventa mil pesos como máximo, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros*".

¹⁰ El fallo es de la Cámara Federal de la Capital, citado por LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., ps. 191 y siguientes.

La materialidad del delito consiste en "hacer publicar" una correspondencia no destinada a la publicidad.

Hacer publicar quiere decir dar a conocer, difundir, etc., el contenido de una correspondencia a un número indeterminado de personas, de modo que estas puedan llegar a tomar conocimiento real de ella. Basta con esta probabilidad para que el tipo se perfeccione, pues, como lo pone de relieve FONTÁN BALESTRA, lo que se pena es que el autor se valga de un medio de los que habitualmente producen ese efecto¹¹.

La publicación debe ser "indebida", vale decir, sin derecho a que el contenido de la correspondencia sea divulgado, ya sea porque el remitente no lo ha autorizado, por no concurrir alguna causa de justificación en particular o por cualquier otra causa que legitime la difusión pública. El consentimiento del remitente elimina la tipicidad del hecho.

Con respecto al contenido de la correspondencia, al contrario de lo que suponen algunos autores¹², no es necesario de que tenga carácter secreto o confidencial. El precepto abarca toda clase de piezas particulares cuya publicidad se lleva a cabo en forma indebida¹³.

Autor del delito puede ser cualquier persona, sea el destinatario o quien tenga en su poder la correspondencia. Sin embargo, la condición de autoría exige un presupuesto: tener bajo el propio poder la correspondencia, vale decir, que la conducta solo es típica en la medida en que el autor se halle en posesión de la correspondencia que no está destinada a la publicidad. Sobre esto no parece haber discusión. No existe acuerdo, sin embargo, sobre el sujeto pasivo. Para algunos, el ofendido por el delito es el remitente (NÚÑEZ, SOLER, DI RENZI); para otros puede ser tanto el remitente como el destinatario o un tercero (FONTÁN BALESTRA, GÓMEZ, DÍAZ).

La publicidad indebida, para que sea punible, debe haber causado un perjuicio a un tercero o haber concurrido la posibilidad de su producción. Para la ley es suficiente con el perjuicio potencial, que puede ser de cualquier naturaleza (material, mo-

¹¹ Conf. FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 374.

¹² Así MALAGARRIGA, MORENO, DÍAZ, etcétera.

¹³ En este sentido FONTÁN BALESTRA, SOLER, NÚÑEZ, etcétera.

ral, patrimonial, público, privado, etc.). Algunos autores piensan que esta posibilidad de perjuicio configura una condición objetiva de punibilidad que no tiene que estar necesariamente comprendida en el conocimiento del autor.

El delito es doloso y se consuma en el momento de producirse la publicación de la correspondencia.

d) *Violación del secreto particular.* — El artículo 156, Código penal, establece: “*Será reprimido con multa de mil quinientos pesos como mínimo a noventa mil pesos como máximo e inhabilitación especial, en su caso, por 6 meses a 3 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*”.

La figura proviene del proyecto de 1891, que la tomó textualmente del Código italiano de 1889, y que fue reproducida, con variantes de escasa importancia, en la legislación vigente. El sistema fue seguido, entre otros, por los códigos penales de Perú (art. 165), Venezuela (art. 190), Panamá (art. 170), Uruguay (art. 302), Brasil (art. 154), etcétera.

La acción consiste en “revelar” un secreto, vale decir, descubrirlo, ponerlo de manifiesto, darlo a conocer a una o a varias personas. La revelación no implica necesariamente la divulgación de lo reservado, pero puede comprenderla. La difusión pública del secreto no constituye un elemento del tipo objetivo. Lo que importa es que la comunicación del secreto se haga a otra persona que no se encuentre dentro de un círculo de personas que están obligadas a mantener su reserva.

Carece de relevancia que el receptor ya conozca, por otra vía, el contenido de la noticia o información revelada. El tipo penal no excluye esta posibilidad. El receptor pudo haber ignorado el secreto o conocerlo por otras vías.

El medio empleado por el autor para realizar la revelación es indiferente. Puede hacerlo por medio de escritos, verbalmente, en forma pública o confidencial, por conductas activas u omisivas, etcétera. Tampoco tiene importancia la manera en que el agente ha tomado conocimiento del secreto, vale decir, si lo supo por comunicación directa de su poseedor o por haberlo advertido en

el ejercicio de una función o actividad sin que medie noticia o confidencia del interesado.

Es una opinión generalizada que “secreto” es lo que está oculto y reservado y limitado a un número determinado de personas¹⁴. El concepto abarca tanto el acontecimiento todavía desconocido por el interesado cuanto aquél que es conocido y mantenido en reserva, sea lícito o ilícito, moral o inmoral, etcétera. Sobre el particular, nos dice MAGGIORE que el secreto tiene por objeto la esfera íntima de la persona, considerada tanto en su entidad física como en la moral, de modo que se incluyen también las relaciones que nacen de su situación familiar, política, comercial, económica y religiosa¹⁵. Por el contrario, no es secreto el hecho notorio o manifiesto y el que ha sido divulgado o puesto en conocimiento del público en general.

La revelación del secreto solo es punible si su divulgación “puede causar daño”, o sea, que de la conducta derive la posibilidad de un perjuicio para un tercero. El detrimento puede ser de cualquier naturaleza, físico, moral, patrimonial, social, etcétera.

Además, el tipo se completa cuando la revelación ha sido hecha “sin justa causa”, vale decir, en forma ilegítima. El autor, para ser punible, debe tener conciencia de la ilegitimidad de su conducta. La ausencia de justa causa de revelación, entonces, al tener incidencia en la culpabilidad, debe quedar abarcada por el dolo. La ausencia de justa causa es un elemento del delito, de modo que si la revelación está justificada, la conducta es atípica¹⁶.

¹⁴ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 118; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 378; en la doctrina comparada, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 134; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1972, t. IV, p. 516.

¹⁵ Conf. MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 516.

¹⁶ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 125; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 382; CREUS, Carlos, ob. cit., p. 389; en contra, GALLINO YANZI, Carlos V., para quien, en estos casos, no se da un supuesto de falta de tipo, sino de colisión de deberes, que se convierte en una colisión de intereses, no obstante causar un mal menor se revela el secreto para evitar un mal mayor, conducta que se identifica con la justa causa. La revelación de secretos existe –subraya el jurista correntino–, la que no concurre es la antijuricidad (*La antijuricidad y el secreto profesional*, Zavalía, Buenos Aires, 1972, p. 71).

La doctrina ha señalado como justa causa de revelación, entre otras, el consentimiento del interesado. El permiso otorgado por el titular para que el secreto sea revelado resta ilicitud al hecho. La concurrencia de un consentimiento válidamente prestado, anterior o al menos contemporáneamente a la revelación, hace cesar la obligación de guardar silencio¹⁷.

Con respecto a la obligación de atestigar en juicio, dice SOLER —en nuestra opinión, acertadamente— que el efecto del consentimiento es el de hacer desaparecer el derecho a callar¹⁸. El deber de abstención del testigo es una cuestión regulada por las leyes locales (art. 229, Cód. Procesal Penal de Corrientes; art. 229, Cód. Procesal Penal del Chaco).

Se menciona también como ejemplos de justa causa la “defensa del interés propio o ajeno” (art. 34, incs. 6º y 7º, Cód. Penal); el “ejercicio de un derecho” (art. 34, inc. 4º, Cód. Penal; art. 1071, Cód. Civil); la “obligación de denunciar” ciertos hechos, por ej., nacimientos, defunciones, enfermedades infectocontagiosas, etc., que las leyes le imponen a quienes ejercen el arte de curar, o bien la obligación de denunciar impuesta a funcionarios o empleados públicos respecto de delitos perseguibles de oficio que los conozcan en el ejercicio de sus funciones (art. 173, Cód. Procesal Penal de Corrientes; art. 171, Cód. Procesal Penal del Chaco).

Con respecto a la denuncia efectuada por el médico o la autoridad policial ante un caso de aborto, la doctrina y jurisprudencia es contradictoria¹⁹. No obstante, sobre la cuestión puede

¹⁷ Conf. DI RENZI, Luis R., ob. cit., p. 296.

¹⁸ Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 126.

¹⁹ Sobre el particular puede verse, BUONPADRE, Jorge E., *Los médicos y el secreto profesional*, “Rev. de la Facultad de Medicina de la UNNE”, 1986, vol. 8, nº 1, p. 50; NÚÑEZ, Ricardo C., *Violación de secreto profesional y denuncia de aborto*, *LL*, del 11/11/80; ANDEREGGEN, Vicente E., *Aborto y derecho al secreto profesional*, “Doctrina Judicial”, año II, nº 37, *LL*, del 27/8/86; LÓPEZ BOLADO, Jorge D., *El secreto profesional de los médicos y el deber de denunciar delitos*, *LL*, t. 1979-C, p. 172; GEROME, Eduardo R., *El secreto profesional y la obligación de denunciar*, *ED*, del 28/12/82; AMADEO, José L., *Secreto profesional*, *JA*, t. 1961-V, p. 29; BERGEL, Salvador D., *Secreto médico y encubrimiento*, *JA*, t. 1965-V, p. 340; CREUS, Carlos, *Protección penal y procesal del secreto profesional*, Colegio de Magistrados de Santa Fe, 1971; LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., vol. I, ps. 200 y ss.; TOZZINI, Carlos A., *La violación del secreto profesional médico en el aborto*, “Doctrina Penal”, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 155; GALLINO YANZI, Carlos V., ob. cit., ps. 74 y siguientes. En el ámbito jurisprudencial, la tendencia no

decirse que la opinión mayoritaria sostiene que "vicia el avocamiento jurisdiccional y los demás actos procesales posteriores, provocando una nulidad absoluta, si el sumario policial tuvo como base la *notitia criminis* efectuada por un profesional del arte de curar, que conoció el aborto consentido por la mujer en razón del ejercicio profesional en el hospital en donde estaba de guardia"²⁰.

La problemática que plantea el conflicto de normas penales o de bienes jurídicos en aquellos casos en que un profesional del arte de curar debe prestar los auxilios de su profesión a una mujer que presenta un cuadro de aborto debe ser resuelta en el marco de análisis de la norma jurídica desde una perspectiva general, vale decir, interpretando y conciliando el orden jurídico en su totalidad, o al menos, en relación con las disposiciones penales y procesales en juego, tomando como punto de partida los principios que emanen de la Constitución nacional²¹. Esto es así por cuanto, mientras por un lado el orden jurídico advierte al médico que debe abstenerse de revelar todo aquello que por su naturaleza debe quedar en reserva (art. 156, Cód. Penal; art. 245, Cód. Procesal Penal de Corrientes), por otro lado le impone la obligación de denunciar todos aquellos hechos delictivos persegubles de oficio que conociere con motivo del ejercicio de su profesión o por razón de su empleo (art. 277, inc. 1º, Cód. Penal; art. 180, Cód. Procesal Penal de Corrientes).

En el marco de este conflicto normativo, deducimos las siguientes conclusiones:

a) El médico que atiende a un paciente que ha cometido un delito de acción pública está obligado a observar el secreto profesional. Por tanto, sobre él pesa la prohibición de realizar la denuncia por ese hecho.

es uniforme: por la validez del sumario criminal iniciado por denuncia del médico, se han pronunciado en sendos fallos plenarios la Cámara Penal de Lomas de Zamora, *in re*, "Marturano, Amelia y otra", JA, t. 1981-IV, p. 454; y la Cámara Penal de Morón, *in re*, "R. R.", JA, t. 1986-III, p. 593. En sentido contrario puede verse el fallo plenario de la Cámara Penal de San Martín, *in re*, "L. D. B. y otros" (JA, t. 1985-III, p. 283). Además, puede consultarse la reseña de jurisprudencia sobre *Violación del secreto profesional*, en JA, t. 1991-II, p. 1006.

²⁰ CCrim. 1º Paraná, Sala 2º, 9/11/84, JA, del 10/4/85.

²¹ Conf. BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 51.

b) Si realiza la denuncia o comunica la existencia del hecho —cuyo secreto debe guardar— a alguna autoridad, comete el delito del art. 156, Cód. Penal.

c) La prohibición legal comprende tanto a los médicos particulares como a los que ejercen su actividad en hospitales, salas, dispensarios, etc., pertenecientes al Estado nacional, provincial o municipal.

d) La denuncia del médico no es delictiva solo en aquellos casos en que hubiese mediado justa causa para la revelación.

e) El conflicto de bienes jurídicos que se presenta entre la libertad individual del enfermo y la administración de justicia debe resolverse por el sacrificio del segundo.

f) En consecuencia, puede afirmarse que la observancia del secreto profesional siempre es la regla, mientras que la obligación de denuncia es la excepción.

Sujeto activo del delito puede ser solo quien reúne una determinada condición o ejerce una específica actividad o función. Se trata de un delito especial propio, de autor calificado. El acceso al secreto debe realizarse por razón del estado, oficio, empleo, profesión o arte.

“Estado” es la especial condición social, de hecho o de derecho, en que se halla un individuo, aunque no ejerza una profesión en sentido estricto, para poder ser elegido como depositario del secreto²². Es una situación personal que depende del ejercicio permanente de una determinada actividad²³. Por ejemplo, el sacerdote²⁴ que conoce con motivo de la confesión; la hermana enfermera que recoge las confidencias de los enfermos y de los moribundos; la condición de dependiente, practicante, heredero; estudiantes o practicantes de medicina; la esposa del abogado o el hijo del médico, etcétera. “Oficio” es la ocupación habitual de quien no es empleado, ni profesional ni practica un arte. La expresión hace referencia a ciertas actividades que son utilizables, con mayor o menor frecuencia, en la sociedad, por ej., el cerrajero, la institutriz, el masajista, el gráfico, y, en general,

²² Conf. MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 514.

²³ Conf. RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, p. 514.

²⁴ Sobre la colisión de deberes que se presenta con el secreto de la confesión, véase GALLINO YANZI, Carlos V., ob. cit., ps. 88 y siguientes.

actividades de carácter manual. En la actualidad, sin embargo, algunas de estas actividades son practicadas por profesionales con título universitario, por ej., enfermero, kinesiólogo, diseñador gráfico, etcétera. Con respecto al periodista la doctrina no es uniforme. Para algunos, la actividad está comprendida dentro del oficio; para otros, no se trataría de un oficio, porque no es un servicio utilizable particularmente por los terceros. Actualmente, sin embargo, la discusión ha perdido vigencia, ya que el periodista es un profesional que ejerce una actividad cuyo título lo otorga una Universidad Nacional, que es la de Técnico Universitario en Periodismo. "Empleo" es la actividad, remunerada o no, que se ejerce en relación de dependencia. Puede tratarse de un trabajo regulado contractualmente, público o privado, pero siempre bajo una relación de dependencia con un empleador. Esta categoría abarca, entre otros, a los empleados de los abogados, la enfermera del médico, el administrador, el dependiente o doméstico, etcétera. La "profesión" es la actividad para cuyo ejercicio se requiere título habilitante o autorización del Estado y matrícula oficial. La doctrina alude en esta categoría a las llamadas profesiones liberales, por ej., abogados, médicos, ingenieros, escribanos, etcétera. El "arte", por último, es la actividad, al decir de NÚÑEZ, que supone la posesión de conocimiento o técnicas especiales y superiores, por ej., las bellas artes, las técnicas industriales, etcétera²⁵.

Subjetivamente, el delito es doloso y el dolo abarca el conocimiento de que se está revelando un secreto sin que exista justa causa para su revelación. El tipo no requiere de ningún elemento subjetivo especial. Por tanto, es suficiente el dolo eventual. El obrar imprudente no es punible. La acción penal por el delito es de naturaleza privada (art. 73, inc. 2º, Cód. Penal).

Tratándose de un delito de mera actividad y de peligro concreto, la consumación coincide con la acción de revelar el secreto a un tercero.

²⁵ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 122. Este autor incluye en esta categoría a los peritos calígrafos, pero en la actualidad esta actividad es una profesión, pues exige estudios universitarios, por ej., licenciados en Ciencias Criminalísticas y Criminología, carrera que abarca los títulos de perito en accidentes de tránsito (accidentología), en documentología y en balística.

e) *Revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos.* — El artículo 157, Código Penal, establece: "Será reprimido con prisión de 1 mes a 2 años e inhabilitación especial por 1 a 4 años el funcionario público que revele hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos".

El texto proviene de la ley 16.648, restablecido por la reforma de la ley 23.077.

El delito consiste en "revelar" (descubrir, poner de manifiesto, etc.) "hechos" (acontecimientos de cualquier naturaleza, humanos o naturales), "actuaciones" (trámites, expedientes, resoluciones, diligencias, procedimientos, etc., emitidos por una autoridad y correspondientes a cualquier fuero, judicial o administrativo) o "documentos" (informes escritos, despachos, comunicaciones, esquemas o planes de organización, aunque no lleven fecha ni firma)²⁶.

Estos hechos, actuaciones o documentos deben contener secretos cuya revelación ha sido prohibida por una ley. Se trata de secretos de la administración, que no abarca a los secretos políticos ni militares. Precisamente por tratarse de secretos que atañen a la administración pública, se ha criticado su inclusión dentro del título de los delitos contra la libertad.

Sujeto activo del delito solo puede ser un funcionario público, que ha tomado conocimiento del secreto precisamente por las ventajas que ofrece el cargo o la función pública, aun cuando haya llegado a su conocimiento al margen de su propia actividad funcional. Quien no reúne esta calidad, por ej., un particular, no puede ser autor de este delito. La doctrina discute, sin embargo, si el autor debe ser un funcionario público que haya conocido el secreto con motivo de su función (GÓMEZ, ODERIGO, SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, URE, ORGEIRA, etc.), o es suficiente con la condición de funcionario público sobre quien pesa la obligación legal de guardar el secreto (CREUS, ESTRELLA y GODOY LEMOS, etc.). Creemos que asiste razón a esta última postura. La norma solo exige como condición típica la calidad de funcionario público en el autor (delito especial propio), sin mencionar ninguna otra circunstancia que lo conecte causalmente a sus funciones propias, como podría ser, por ej., que la norma haya dicho "el funcionario

²⁶ Conf. URE, Ernesto J., y ORGEIRA, José M., *La nueva reforma penal. Ley 16.648*, Lerner, Córdoba, 1965, p. 36.

público que con motivo u ocasión de sus funciones, revelare hechos". Es bastante, entonces, que se trate de un funcionario público sobre quien pesa la obligación legal de guardar el secreto ("que por la ley deban quedar secretos", dice el precepto), sea que lo haya conocido con motivo de sus funciones o fuera de ellas, por ej., acceder al secreto leyéndolo en el despacho del colega que lo redactó.

Subjetivamente, el delito es doloso, de pura actividad y se consuma con la sola revelación del secreto, sin que se requiera la producción de daño alguno. La acción penal para su persecución es pública.



CAPÍTULO XVI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

§ 18. REFERENCIAS GENERALES SOBRE ESTOS DELITOS

La incriminación de conductas que tienen incidencia en el seno de una relación laboral, o que comprometen seriamente el ejercicio de ciertos derechos, por ej., huelga, libertad sindical, etc., deriva del reconocimiento legislativo a la permanente lucha del trabajador por mejorar y dignificar las condiciones del trabajo, mediante el instrumento más coactivo con que cuenta el Estado para lograr esta finalidad: el derecho penal¹.

Entre nosotros, como en la mayoría de los países civilizados del mundo, los derechos del trabajador se encuentran reconocidos y garantizados en la Constitución nacional. En el art. 14 se proclama el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, mientras que en el art. 14 bis, por un lado, se asegura al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, por ej., la jornada limitada, el descanso y las vacaciones, una retribución justa, una organización sindical libre y democrática, etc.; y por otro, se garantiza a los gremios, entre otros, el derecho de huelga. La defensa de los intereses del trabajador se aprecia también a partir del reconocimiento expreso que de ella hacen los Tratados internacionales incorporados al art. 75 inc. 22, como por ej., la De-

¹ Conf. para el derecho español, TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 95.

claración Universal de Derechos Humanos (arts. 20, 23, 24 y 25); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XIV, XV y XVI); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Parte III, arts. 6^a, 7^a, 8^a y 9^a), etcétera.

La incidencia del derecho penal en el ámbito de la relación laboral —se tiene dicho— encuentra hoy su fundamento en la defensa de los intereses de los trabajadores. En la sociedad liberal decimonónica, por el contrario, el trabajador cobra relevancia penal como sujeto activo del delito. La aparición progresiva de un derecho tuitivo del trabajador, el derecho del trabajo, a consecuencia de los movimientos obreros, va exigiendo la aparición de un derecho protector de los trabajadores contra los ataques más intolerables dirigidos a la lesión de sus intereses².

En el ámbito del derecho comparado, merece destacarse la regulación del Código Penal español de 1995, cuyo marco legal tiene como punto de partida la incriminación de un variado grupo de conductas que se manifiestan con acentuada intensidad en el terreno de las relaciones laborales. El Título XV, denominado “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, contiene una amplia gama de delitos que van desde la imposición al trabajador de condiciones laborales o de seguridad social perjudiciales hasta el tráfico ilegal de mano de obra, el ofrecimiento engañoso o falso de empleo, el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, la inmigración clandestina de trabajadores, la discriminación en el empleo por razones ideológicas, religiosas, raciales, sexuales, familiares, de enfermedad o minusvalía, la coacción a iniciar o continuar una huelga, la responsabilidad de los representantes de una persona jurídica, etcétera.

Entre nuestros antecedentes legislativos, es el proyecto de 1891 el que ubica estas infracciones en el capítulo de los atentados contra la libertad de trabajo, pero, es en realidad, con el proyecto de 1917 que se da al capítulo la distribución y contenido actuales. La ley 17.567 de 1968, al introducir a nuestro derecho positivo los delitos de coacciones y amenazas, derogó el art. 158, Cód. Penal por considerarlo innecesario. El delito de compulsión

² Conf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 150.

a la huelga fue incorporado por la ley 4189, mientras que el de concurrencia desleal lo fue por el proyecto de 1906.

El bien jurídico que estas infracciones protegen, al decir de NÚÑEZ, es la libertad como facultad de trabajar o de asociarse de los obreros, patrones, empresarios y empleados³.

a) *Delitos contra la libertad de trabajo.* — Artículo 158, Código Penal: “Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelirlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

Artículo 159, Código Penal: “Será reprimido con multa de \$ 2.500 a 30.000 pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, trate de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

1. *Compulsión a la huelga o boicot.* El delito está previsto en la primera parte del art. 158, cuyo texto reprime al obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelirlo a tomar parte en una huelga o boicot.

Sujeto activo del delito solo puede ser un obrero. Se trata de un delito especial propio, ya que solo puede ser autor quien reúne tal condición. Sujeto pasivo también debe ser un obrero.

La estrechez de la norma con respecto a los sujetos del delito ha sido criticada con razón por la doctrina, pues es perfectamente posible que personas extrañas al trabajo intervengan en una huelga por intereses políticos o de otra naturaleza, imponiendo a otro idénticas restricciones a su libertad de trabajo⁴. En efecto, la limitación de autoría que se aprecia en la disposición resulta

³ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, Lerner, Córdoba, 1976, p. 205.

⁴ Conf. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 141. Con igual sentido crítico, ver NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., ps. 141 y ■■■■■ y nota 12, y CREUS, Carlos, *Derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 397.

a todas luces inaceptable, pues no solo aparece como incompatible con los intereses que se pretenden tutelar, sino que se aparta de la generalidad de los modernos ordenamientos que, para salvar tal omisión, utilizan fórmulas más generales y comprensivas, por ej., el Código Penal peruano, cuyo art. 168 dice "será reprimido 'el que'"; el Código venezolano, art. 192: "Cualquiera que . . ."; art. 193: "Todo el que . . ."; el Código brasileño, art. 192: "Constreñir a alguien . . .", etcétera.

"Obrero" es aquel que realiza una actividad en relación de dependencia con otra persona, física o jurídica.

La materialidad del delito consiste en "ejercer violencia" sobre otro obrero para compelero (obligarlo, constreñirlo) a tomar parte en una huelga o boicot. La violencia a que hace referencia la norma debe ser física, quedando excluido todo otro medio de coacción que no represente el ejercicio de *vis física*, por ej., la fuerza en las cosas, la amenaza, los insultos, etcétera. Están comprendidos en el concepto de violencia el empleo de medio hipnóticos y narcóticos (art. 78, Cód. Penal)⁵. Sobre el particular, la jurisprudencia tiene resuelto que "El compelero a formar parte de una huelga por medio de amenazas, no configura el delito en contra de la libertad de trabajo descrito en el art. 158, pues la palabra violencia está empleada en esa disposición en el sentido de violencia física"⁶. De manera que, si el medio empleado se reduce a un acto de intimidación, con idéntica finalidad, la figura queda desplazada hacia la coacción agravada del art. 149 ter, inc. 2º, letra b), circunstancia que no deja de resultar incongruente e injusta, pues a menor reproche (amenaza en vez de violencia física), mayor penalidad. Pareciera ser que la solución de la ley 17.567 (derogación del art. 158) ha sido acertada en este punto.

La "huelga" es un movimiento colectivo de fuerza dispuesto por un gremio obrero a raíz de un conflicto laboral, consistente

⁵ Recuerda NÚÑEZ que, al apartarse el art. 158 de sus antecedentes, que también admitían como medio a las amenazas (proyecto de 1917) y al hablar solo de violencia, se ha querido evitar que con motivos de movimientos obreros, en los cuales siempre interviene el factor vehemencia, se repriman a individuos trabajadores, útiles y honestos, como consecuencia de palabras vertidas en el calor de la lucha y de la propaganda (ob. cit., p. 142).

⁶ CCrim. Capital Federal, 24/12/46, RUBIANES, t. 2, p. 827.

en la suspensión de las tareas. El "boicot" es la abstención voluntaria de los obreros, en razón de un conflicto laboral, de trabajar para determinado o determinados empleadores, o bien de no utilizar los servicios que estos prestan, o de no adquirir ciertos productos que estos fabrican o venden.

El delito se especializa subjetivamente por cuanto el autor debe perseguir un propósito determinado: compelir a un obrero a tomar parte en una huelga o boycott. La preposición "para" indica esta dirección subjetiva de la conducta. De manera que cualquier otra finalidad o motivo que se persiga queda fuera de la previsión legal. La infracción es dolosa y el dolo comprende el conocimiento de la condición del sujeto pasivo y la existencia del conflicto laboral. El elemento subjetivo típico antes mencionado impide la comisión del delito a título de dolo eventual.

El tipo se consuma en el momento en que se ejerce la violencia sobre el sujeto pasivo, independientemente de que se logre o no el fin propuesto.

2. *Compulsión al "lock-out"*. La segunda parte del artículo 158 reprime 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*.

El *lock-out* o huelga patronal consiste en el cierre concertado de establecimientos industriales o comerciales, con la consiguiente paralización de las tareas, como medio de lucha en los conflictos laborales con los obreros (NÚÑEZ).

La materialidad del delito consiste en "ejercer coacción" sobre el sujeto pasivo con la finalidad requerida por la norma. La doctrina es uniforme en señalar que el concepto abarca tanto el ejercicio de violencia física como de intimidación. Para algunos autores, se trataría de una figura de coacción especializada, ya que comprende el uso de medios morales y materiales para doblegar la voluntad de la víctima, con la finalidad de que obre de determinada manera.

Sujetos activo y pasivo del delito pueden ser el patrón (empleado, según el art. 28 de la ley 20.744), el empresario (que es quien tiene a su cargo la dirección de la empresa o es el propietario del establecimiento) o el empleado de estos. Este último puede actuar por cuenta propia o de terceros.

Como la finalidad del autor debe ser la de obligar a otro a tomar parte en un *lock-out*, parece evidente que el sujeto pasivo debe tener facultades para cerrar un establecimiento, pues en esto consiste, precisamente, el *lock-out*, es decir, en el cierre concertado de establecimientos industriales o comerciales como medio de lucha laboral frente a los obreros⁷.

En el plano de la culpabilidad, el tipo exige un elemento subjetivo específico (“*para obligar a otro*”) que, como en la figura anterior, excluye el dolo eventual. Se consuma en el momento de ejercerse la coacción contra el sujeto pasivo. El logro del fin propuesto solo puede tener virtualidad para la medición de la pena.

3. *Concurrencia desleal*. La infracción está prevista en el art. 158, Cód. Penal y ha sido introducida al derecho positivo, con la denominación de propaganda desleal, a través del proyecto de 1906.

La conducta típica consiste en “tratar de desviar”, por los medios que la propia ley establece, la clientela de un establecimiento comercial o industrial, en provecho propio.

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que sujeto activo del delito solo pueden ser un comerciante o un industrial, ya que solo estos pueden desviar la clientela ajena en el propio provecho, esto es, hacia su propio comercio o industria (FONTÁN BALESTRA, SOLER, GÓMEZ, DI RENZI, ESTRELLA y GODOY LEMOS, etc.). Otros, en cambio, entienden que autor puede ser quien aún no tiene comercio o industria y realiza la actividad típica para instalarlo y usufructuarlo, pues la ley solo se limita a requerir de él que trate de desviar en su provecho la clientela (NÚÑEZ, CREUS, BREGLIA ARIAS, etc.). Sujeto pasivo, en cambio, debe ser necesariamente un comerciante o un industrial en actividad, puesto que solo así puede tener clientela.

Los medios de comisión que debe emplear el autor para tratar de desviar la clientela están enunciados en la norma como “maquinaciones fraudulentas”, es decir, ardides, artificios, engaños o cualquier tipo de fraude para lograr los fines propuestos, por ej., el uso de envases o envoltorios de una marca ajena o

⁷ Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 144. Siguen esta opinión, entre otros, SOLER, FONTÁN BALESTRA, CREUS, ESTRELLA, GODOY LEMOS, etcétera.

del nombre comercial ajeno. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia tiene resuelto, sin embargo, que “no pueden considerarse maquinaciones fraudulentas el hecho de haber iniciado un emprendimiento comercial de la misma índole de la desarrollada por la empresa abandonada, dado que no cabe exigir a una persona especializada en un rubro que, de un día para otro, se dedique a una actividad totalmente diferente solo por la conveniencia de su posible competidor”⁸. Las “sospechas malévolas” están constituidas por afirmaciones, sugerencias o inexactitudes, deslizadas por el autor y tendientes a desacreditar al establecimiento ajeno. La “propaganda desleal” es aquella que se realiza al margen de las reglas de la buena fe y rectitud que deben imperar en el mundo del comercio o la industria en general. Propaganda desleal no es igual a propaganda excesiva. Esta última, por más exagerada que sea, no constituye delito⁹.

El tipo subjetivo solo es compatible con el dolo directo. En este plano, la figura requiere la concurrencia de un elemento subjetivo específico: la finalidad del autor de tratar de desviar la clientela en su propio provecho. Esta dirección subjetiva de la acción descarta el dolo eventual y la culpa.

El delito se consuma con la realización de la conducta típica, sin que importe el logro del fin propuesto. Se trata de una infracción de pura actividad que no admite la tentativa (en contra: CREUS, pero el ejemplo que propone –imprimir la propaganda desleal que no se la llega a difundir porque se accidenta el rodado que la distribuía–, más bien parece un caso de delito consumado, que de tentativa). El ejercicio de la acción penal es privado (art. 73, inc. 3º, Cód. Penal).

b) *Delitos contra la libertad de asociación.* — La figura, cuyo origen se remonta al proyecto de 1917, está prevista en la segunda parte del art. 158, que reprime 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.

⁸ CNCrim. y Correc., JA, t. 1990, p. 176.

⁹ CCrim. Capital Federal, LL, t. 3, p. 151.

El precepto penal persigue la tutela de la libre asociación gremial¹⁰.

La acción material del delito, al igual que en la compulsión al *lock-out*, consiste en ejercer coacción (violencia física o moral) para lograr un fin determinado: la afiliación o desafiliación de la víctima de una sociedad obrera o patronal.

Sobre los sujetos activo y pasivo, valen las explicaciones vertidas en la primera parte del párr. 2º del artículo. CREUS hace notar, acertadamente, que la ley no ha tenido en cuenta el ejercicio de violencia de un obrero contra otro obrero con idénticas finalidades que, de darse la hipótesis, iría a parar a la figura más grave de las coacciones¹¹.

El delito es doloso, compatible solo con el dolo directo. El tipo exige, no obstante, la concurrencia de un elemento subjetivo especial: “*para obligar a otro*”, que excluye el dolo eventual. La infracción se consuma cuando se ejerce la violencia típica, con la finalidad señalada en la norma, independientemente de que se logre o no dicho objetivo.

¹⁰ Conf. DI RENZI, Luis R., “Delitos contra la libertad”, *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 303; CREUS, Carlos, ob. cit., p. 399.

¹¹ Conf. CREUS, Carlos, ob. cit., 400.

CAPÍTULO XVII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

§ 19. REFERENCIAS GENERALES SOBRE ESTOS DELITOS

El derecho de reunión no estaba expresamente enumerado en la Constitución Nacional de 1853, no obstante lo cual se lo reconocía como una manifestación del sistema republicano de gobierno y del principio de soberanía popular¹. En la actualidad, mediante la reforma de 1994, este derecho ha quedado consagrado y garantizado a través de la incorporación al art. 75, inc. 22 de los tratados internacionales y pactos complementarios de derechos y garantías, cuyas normas le otorgan reconocimiento en el marco categorial de derecho humano fundamental. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ej., prescribe en el art. 20 la proclama de que: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas"*. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece en el art. 15 el siguiente texto: *"Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo 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 públicos, o para proteger la salud o la moral públicas"*.

¹ Conf. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 148; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, "Parte especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 401.

o los derechos o libertades de los demás". En el marco comparativo, las más modernas constituciones del mundo reconocen la jerarquía constitucional de este derecho, pudiendo citarse a título de ejemplo las constituciones de España (art. 21), Paraguay (art. 32), Uruguay (art. 38), Puerto Rico (art. II, sección 4º), Brasil (art. 5º, parágrafo XVI), etcétera.

El Código Penal, a través del art. 160, protege este derecho a reunirse, en forma pacífica y con fines lícitos. Los actos de culto, en cuanto representan una manifestación de este derecho, quedan abarcados por la tutela penal². Precisamente, los delitos previstos en el capítulo tienen su origen en el proyecto de 1917, del que se suprimieron las disposiciones referidas a la libertad de cultos por entenderse que estos atentados se encontraban comprendidos dentro del ámbito de los delitos contra la libertad de reunión.

§ 20. LOS TIPOS DELICTIVOS

El artículo 160, Código Penal, establece: "Será reprimido con prisión de 15 días a 3 meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto".

El tipo legal describe dos formas de conductas: "impedir materialmente" o "turbar" una reunión lícita, mediante insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

La doctrina es unánime en sostener que impedir materialmente quiere decir imposibilitar físicamente que la reunión se lleve a cabo o, si ya hubiese comenzado, disolverla. La ley no hace ningún tipo de distinción sobre el particular; en consecuencia, tanto vale a los fines típicos impedir una reunión que está por comenzar como una que ya se ha iniciado. Lo que en verdad importa es que se trate de una reunión lícita, es decir, que guarde conformidad con la Constitución, la ley o los reglamentos en vigencia.

² Conf. LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 211; FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 401.

"Turbar" una reunión significa alterar el curso normal de su desarrollo. Por tanto, la conducta exige una reunión ya comenzada. En rigor de verdad, gramaticalmente turbar una reunión no es más que una manera más de impedir su desarrollo.

Estas conductas son punibles en la medida en que se realicen por medio de insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora de acto. Cualquier otro medio de que se valga el autor para concretar sus fines, excluye la tipicidad, por ej., una silbatina, gritos, manifestaciones generales al público, etcétera. Si bien es verdad que estos medios pueden tener virtualidad para turbar una reunión, no son los medios típicos, razón por la cual no pueden ser penados a este título.

Cuando los insultos (ofensas al honor personal) o las amenazas (anuncio de un mal futuro) no van dirigidos al orador del acto o a la institución, sino a terceros ajenos a ellos, el hecho podría configurar algún otro delito, por ej., injuria o amenaza, pero no el que estamos analizando. Insistimos en que las conductas solo son típicas en la medida en que los agravios o amenazas vayan dirigidos a la persona que está profiriendo el discurso o a la institución que ha organizado el acto en cuestión.

Las dos modalidades típicas del art. 160 son dolosas³, de resultado material y se consuman cuando efectivamente se ha impedido o turbado el acto.

³ CREUS admite el dolo eventual solo en la hipótesis de turbación de la reunión (*Derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 406).



CAPÍTULO XVIII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

§ 21. ANÁLISIS DEL TIPO DELICTIVO

El artículo 161, Código Penal, establece: “*Sufrirá prisión de 1 a 6 meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico*”.

El artículo proviene del proyecto de 1906, que hacía expresa referencia a libros o periódicos “que no contengan escritos ilícitos”. El proyecto de 1917, entendiendo que esta última exigencia significaba la imposición de una censura previa, la suprimió, quedando el precepto con el texto que actualmente rige.

Si bien la disposición guarda una estrecha relación con el art. 14 de la Constitución Nacional, cuyo texto –recordamos– garantiza el derecho de todos a publicar la ideas por la prensa sin censura previa, no es este derecho el que la norma penal tutela, sino solo un aspecto de él: la libre circulación de la prensa.

El delito consiste en “impedir” (hacer imposible la circulación o distribución) o “estorbar” (dificultar, hacer difícil, poner obstáculos), la libre circulación de un libro o periódico. Puede tratarse de uno o varios ejemplares o de toda una edición.

La circulación abarca la etapa que va desde que el libro o el periódico están listos o preparados para la distribución, hasta su recepción por el destinatario. A partir de este momento, el libro ha dejado de estar en circulación; por tanto, ya no puede cometerse este delito. De la misma manera, los actos tendientes a impedir la impresión no son punibles a este título.

Un libro es una publicación impresa, de varias páginas. El periódico es también una obra impresa, de varias páginas, pero que se publica regularmente, en períodos de tiempo predeterminados (diariamente, semanalmente, quincenalmente, etc.).

Es un delito de resultado material, doloso, que se consuma cuando se ha afectado realmente (sea impidiendo o estorbando) la circulación del libro o del periódico.

Esta edición se terminó de imprimir
en VERLAP S.A., Comandante Spurr 653,
Avellaneda, Prov. de Buenos Aires,
República Argentina,
en el mes de junio de 2000.

