

lecciones

Y ENSAYOS

SEGUNDA EPOCA

1

Temas de Derecho Penal I I

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

diciembre, 1981



EUDEBA S.E.M.

Fundada por la Universidad de Buenos Aires

Editorial Universidad de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Rivadavia 1571/73

Queda hecho el depósito que marca la Ley-Nº 11.723

Derechos reservados

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

MARTIN CASEY

Secretario Académico

Roberto Durnieu

Subsecretario Académico

Alberto Blousson

Secretarios de Redacción

Ana R. Casar

Diego César Bunge

**ORDENAMIENTO TEMATICO DE ACUERDO A PROGRAMA DE
DERECHO PENAL II. PARTE**

1.	PRELUDIO AL BIEN JURIDICO, <i>Dr. Eduardo Aguirre Oberrio.</i>	17
2.	LOS BIENES JURIDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS, <i>Antonietta Gosselo.</i>	25
3.	DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES, <i>Dr. José Ignacio Garona.</i>	40
4.	LA VERDAD Y EL HONOR, <i>Dr. José María Orsina.</i>	45
5.	EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO, <i>Dr. Jorge Rodríguez Palma.</i>	50
6.	FALSEDADES DOCUMENTALES, INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CAPITULO III DEL TITULO XII DEL CODIGO PENAL, <i>Dr. Gerardo Peña Guzmán con colaboración del Dr. Sobral.</i>	57
7.	ABORTO (concepto e historia), <i>Dr. Norma Goldstein de Rempel.</i>	60
8.	¿ES PERDIDA LA COSA PREVIAMENTE HURTADA O ROBADA?, <i>Dr. Fernando Archambel.</i>	67
9.	BANDA Y ASOCIACION ILICITA, <i>Dr. María Liliase Arcoza.</i>	72
10.	LA REPRESION PENAL DEL GIRO SIN PROVISION DE FONDOS, <i>Dr. Alejandro A. Dósta.</i>	76
11.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL HOMICIDIO, <i>Francisco P. Laplace.</i>	90
12.	EL DELITO DE ABORTO, <i>Dr. Enrique A. Alvarez Aldana.</i>	95
13.	LEY N° 20771, <i>Dr. Liliana Cattacci.</i>	101
14.	EL DELITO DE COACCIONES, <i>Dr. Eleonora A. Drivoto.</i>	109
15.	REVELACION DE SECRETOS POLITICOS Y MILITARES, <i>Dr. Juan José Riba.</i>	117
16.	EL DELITO DE ESTUPRO, <i>Dr. Juan José Yañé.</i>	125
17.	OFENSAS EN JUICIO, <i>Luis María Ricci (H).</i>	130
18.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MEDICOS, <i>Jorge A. Valerga Anaso.</i>	142
19.	UN ASPECTO DE LOS DELITOS DE VIOLACION DE SECRETO Y DE ENCUBRIMIENTO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD DE LOS MEDICOS, <i>Dr. Daniel López Redado.</i>	150
20.	LESIONES QUIRURGICAS, <i>Dr. Héctor Guillermo Palaf Aibaracúa.</i>	156
21.	LA CULPA Y EL DERECHO PENAL ARGENTINO, <i>Eduardo Raúl Giménez.</i>	161

Comienza una segunda época en la publicación de
LECCIONES Y ENSAYOS.

Fue, en su momento, un excelente instrumento de cultura y docencia universitarias, que luego —como tantos otros— fue dejado de lado. Volverle a dar vida costó significativos esfuerzos, felizmente con buen éxito y con la esperanza de la continuidad en la tarea que se reinicia.

Cada número reunirá trabajos de una misma asignatura; y está programada una publicación mensual. De tal modo será muy útil para los estudiantes, quienes tendrán a su alcance las lecciones escritas por los profesores sobre temas importantes y novedosos, y servirá asimismo para dar a conocer casos de interés pensados por docentes y por alumnos distinguidos, tanto de cursos de posgrado y del doctorado como de las carreras que se cursan entre nosotros.

Realmente es satisfactorio que hoy, en nuestra Casa de estudios, se pueda restablecer una obra como LEC-CIONES Y ENSAYOS, con el contenido altamente meritorio de la que se presenta y con la seguridad de que es el primer eslabón de una labor permanente y seria.

Buenos Aires, diciembre de 1981.

Martin J. Casey

Por haber coincidido en el transcurso del año 1981 la aparición del primer número de la Revista con uno de los actos académicos de mayor relevancia celebrado en esta Facultad, después de largos años, es oportuno recoger los discursos del señor Decano Dr. Martín J. Casey referido a la Universidad y el del señor profesor emérito Dr. Mario Justo Lopez vinculado a la Efémerides Patria.

Redacción.

Discurso del Sr. Decano Dr. Martín J. Casey

Señor Presidente y señores Jueces de la Corte Suprema de Justicia.
Señor Procurador General de la Nación.
Señor Vice Rector de la Universidad de Buenos Aires.
Señor Subsecretario de Asuntos Legislativos.
Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho.
Señores Decanos.
Señores Consejeros.
Señor Secretario Académico de la Universidad de Buenos Aires.
Señores Profesores Extraordinarios de esta Universidad.
Señores Directores de Institutos y Carreras.
Señores Profesores.
Señores graduados distinguidos y nuevos abogados.
Señores funcionarios y empleados.
Señoras y señores.

Hemos querido vincular este acto académico con la conmemoración de la Independencia nacional, pues creemos que las mayores y mejores posibilidades de nuestra independencia radican en la riqueza de nuestra vida cultural, en la calidad de nuestros hombres y mujeres, en los valores de nuestra sociedad, todo ello conjugado, y dentro del cuadro de la civilización y de las tradiciones de origen greco romano y cristiano.

Al respecto a la Universidad le corresponde un acción principal, en cuanto atienda sus fines de formación plena del hombre, de búsqueda desinteresada de la verdad, y de preservación y transmisión de la cultura.

Nos corresponde valorar la Universidad que existe y proponer lo que se debe hacer en miras a la necesaria perfección; uniendo ciencia y experiencia como presupuestos para resolver prudentemente. Y aunque reconociendo cierto escepticismo motivado por las visiones actual y retrospectiva del mundo, seguir obrando apoyados sobre una base de esperanzas en el destino de la humanidad y con sentido del deber propio de nuestro estado.

La Universidad nació, vivió y floreció para el gran bien, a la vez personal y social, del cultivo desinteresado del Saber, que consiste en la contemplación, realización y goce de la Verdad intelectual, moral y estética; y que como bien espiritual cuanto más se lo comparte más plenamente se lo posee y se lo disfruta.

Debemos tender a conservar la unidad y la armonía del saber, superando las limitaciones sufridas que redujeron la Universidad primero a escuela de filosofía y de Ciencias, más tarde a sólo escuela de investigación científica en sentido y positivo y, luego, a escuela de profesiones liberales con espíritu utilitario y técnico únicamente.

No ya imponer, sino posibilitar y estimular aun extracurricularmente la formación integral del universitario, poseído los medios que sirvan a ese objetivo; para que llegue a tener una relación creativa con la verdad, no solamente una cantidad de conocimientos adquiridos, sino una peculiar madurez espiritual que se manifieste como responsabilidad respecto a la verdad en el pensamiento y en la acción.

Pensamos la necesidad de ampliar la autonomía individual, el crecimiento de la persona, enfrentando la tendencia de la sociedad técnica urbana, de masa y de búsqueda de seguridades contra todos los riesgos, y que se vuelva cada vez más colectiva. El universitario debe tener una conciencia comprometida, cultivada, diferente, imaginativa, activa.

Para ello cuanto más se concentre la Universidad en el cultivo de los valores de la educación, la ciencia y la cultura mejor cumple la función social que como el agua de la fuente surge de sus misiones específicas.

Entonces la primera tarea de la Universidad es la educación, es el cultivo de la humanidad en el hombre, asimilación de la cultura, explotación de las potencialidades perfectivas, transformación de las virtuosidades en virtudes.

La segunda tarea también esencial es la comunicación del saber, la transmisión de la cultura y la enseñanza de las profesiones.

Y la realización de las dos tareas anteriores pide el ejercicio continuado de la investigación, en el repertorio entero de las ciencias especulativas, prácticas y técnicas.

Corresponde ensamblar la investigación y la enseñanza para ponerlas al servicio de la edificación del hombre y del desarrollo social; son tareas propias de la Universidad. La vida universitaria de profesores y alumnos está dirigida a la búsqueda del saber en tensión sostenida. Esta voluntad de saber se satisface mediante el trabajo intelectual, consistente en el estudio y en la investigación.

Por cierto que como institución histórica de docencia superior la Universidad no siempre cumplió sus fines, desde su nacimiento en el seno de la civilización cristiana, en Europa, en pleno medievo; y luego trasladada a otros mundos y desarrollada a través de los tiempos. Y tampoco entre nosotros, en concreto en la Argentina, en Buenos Aires y en nuestra Facultad, con ya más de 160 años de vida, con crisis y agonías, con crecimiento y orientaciones disímiles, ya respondiendo a su idea ejemplar ora sirviendo como instrumento de concepciones políticas.

Cuando evocamos en este puntillazo gravis sobre nosotros, de modo más o menos inmediato, con distintas resonancias.

Hoy, en nuestra Casa, apreciamos el restablecimiento y la violencia del clima de labor universitaria auténtica; con respecto recíproco entre quienes constituimos la comunidad, haciendo lo posible para la jerarquización de todos, noblemente, conforme méritos académicos.

Siempre debemos destacar el VALOR DEL HOMBRE. La universidad es interés de sus hombres, de los docentes y de los estudiantes, y de quienes con su trabajo permiten el de aquéllos, y no sólo individualmente sino como comunidad, y así como lo que sus obras valen.

En este acto en que venimos a honrar a los hombres de la Universidad cabe esa afirmación.

La importancia del PROFESOR universitario se la estima debidamente viéndola en relación a la necesidad humana a que responde, o sea frente a la vida intelectual, al cultivo de las facultades del alma.

El profesor debe ser un hombre digno; el ejemplo es la mejor enseñanza. El docente que enseña con su sola presencia va reclamando el cumplimiento de su fin; el maestro debe aparecer a los ojos de sus discípulos como el fruto de la bondad de su doctrina.

Se debe distinguir por su saber y por su vocación por la docencia superior; la inclinación pedagógica es coronomiento de su vocación por la verdad. En la docencia hay una paternidad intelectual, es la comunicación informante entre la inteligencia del maestro y la del discípulo la que hace nacer, en la mente de éste, un fruto de luz y de conocimiento, el alumno despierta a la vida de la verdad.

Es condición de la perfección del maestro el amor a sus discípulos; por esta última se reconocerá al maestro de verdad. Por contradicción con el falso docente, que nacido por su propio egoísmo y el cortejo de orgullo y vanidad, hace girar la enseñanza alrededor no de la verdad sino de su persona.

Frente a la formación del discípulo son deberes del maestro primero la corrección, el fortalecimiento del alumno en lo intelectual y en lo moral; y segundo, el deber de información o asesoramiento.

En síntesis, el amor a los discípulos, el buen ejemplo, la corrección y la doctrina constituyen los deberes del maestro. Y como toda virtud moral, no solamente se perfecciona en su línea propia, sino que provoca el crecimiento total de la persona: el maestro que cumple esta ley de la vocación se logra así al mismo tiempo que su perfil de docente, una recta conciencia humana.

Obravamente, maestro así, tiene derecho el alumno, al respeto y a la amistad, a la expectabilidad y a la tranquilidad económica.

El ESTUDIANTE es elemento constitutivo de la comunidad cuando, además del hecho de ingresar, se involucra entregándose a la tarea de descubrir la verdad y aprender a vivir con ella. Sus dos virtudes fundamentales la FIDELIDAD a la propia vocación condicionada por los talentos y los dones del intelecto, y la ESTUDIOSIDAD que, como decidida voluntad de dedicación a los estudios, es requisito para la superación de los obstáculos y de las dificultades.

El estudiante es una promesa y una esperanza; y su razón de ser es realizar su perfección estudiando: haciendo aquello que incluye de su nombre a una etapa de la vida, que todos recordamos con nostalgia. La vocación intelectual impone responsabilidad, el estudiante contrae deberes específicos en los que sus proyectos su vida y su destino. Debe formar su inteligencia en orden a la adquisición del saber, y debe educar su voluntad frente a la tarea intelectual y a los deberes morales que comporta. Estudiarlo cumple CONSIGO MISMO, al poner en acto sus potencias, cumple con la SOCIEDAD que costea sus estudios, y cumple con su FAMILIA que lo nutre de otras obligaciones para facilitarle el progreso intelectual y el acceso en las situaciones de la vida.

El estudiante debe subordinar toda su actividad a su primordial tarea, en esa etapa de su vida.

Y ENTRE MAESTROS Y DISCIPULOS hay correspondencia de derechos y deberes: primero conciencia plena en cada uno, en cada profesor y en cada alumno, de que para el progreso de la obra educativa es necesario cultivar los sentimientos y adquirir los hábitos que facilitan la colaboración intelectual. Cada universitario debe aportar su buena voluntad, su recta disposición hacia ese espíritu de progreso personal, cuya fama traerá consigo el adelanto del conjunto.

La enseñanza universitaria es comunicación de profesores y alumnos en la búsqueda dialogal de la verdad, que acontece en comunión.

El valor formativo no depende tanto de la asignatura cuanto del profesor que la enseña y del alumno que la estudia.

Al mismo tiempo que los profesores y los estudiantes, obran los FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS de esta Casa, y con su labor permiten la de aquellos; en todas las actividades diarias, desde administrativas hasta de mantenimiento y de servicio; preocupados muchos como miembros de la comunidad, queriendo el alumno como propio, como bien común que realmente lo es, y a cuyo alrededor transcurren muchos años de su vida.

En esta noche de excelencia honramos a los universitarios primero, a los que el Consejo Asesor, con el peso de su autoridad académica, ha reconocido conforme con las disposiciones vigentes como destacados docentes e investigadores, sobresalientes entre sus pares, a través de la labor cumplida en esta Casa, principalmente en el ejercicio de la Cátedra en la cual se encontraban como profesores ordinarios al llegar a la edad que la ley dispone.

Son hombres de Derecho, que por sus discípulos, su obra escrita, sus enseñanzas, merecen nuestro reconocimiento. Cada uno por lo suyo. En todos encontramos las calidades del profesor universitario que hemos apuntado precedentemente.

Solamente nombraré al doctor BOTET, en razón de su asistencia definitiva, a quien todos recordamos por su rectitud y hombría de bien en la vida pública y en especial en la Universidad.

También distinguimos a quienes en sus estudios han seguido el camino de los maestros, y han realizado su vocación arduamente; calificados por su esfuerzo y su talento; y que recibirán premios académicos y diplomas de honor. Algunos de estos serán, que con justicia les entregaremos.

Y asimismo reconocemos la colaboración de los funcionarios y empleados que han trabajado largos años entre nosotros, con el apoyo cotidiano, y aún más afín de este último en momentos difíciles.

Es grato señalar una tradición de esta Facultad, cual es la continuidad familiar, docente y no docente, y cómo padres, esposos e hijos nos vamos sucediendo felizmente.

Padres presentes que ya han sido honrados, o que lo serán en este acto, harán lo propio, en su respectivo nivel, con sus hijos, o con los hijos de sus amigos y profesores ya fallecidos. En esto los sentimientos nos revelaran a muchos.

También destacaremos otra tradición sana de nuestra sociedad abierta, y es la incorporación a nuestras instituciones de hijos de otros pueblos, venidos a vivir entre nosotros, y recibidos con la naturalidad que corresponde entre quienes somos iguales en dignidad. Hoy recibirá su diploma de abogado el primer miembro de la colectividad china que se gradúa en esta Casa.

A los nuevos abogados que hoy prestarán juramento con todo su significado y compromiso, les invitamos a continuar su vida de estudiantes: en todas actividades de postgrado desde cursos y carreras de especialización y actualización profesionales, hasta las más ambiciosas de investigación científica en el Doctorado, o en su caso respondiendo a la vocación docente a través de la Carrera específica. Señalar cuán importante es el tener la ciencia y el arte del Derecho; y como trasciende la presencia del abogado, en la cultura, en la política, en la economía, en la sociedad en general, y como es requisito primero vencer la ignorancia de uno mismo, con coraje y sin prejuicios, como espejo duro; y luego, con equilibrio moral en la vida pública y privada, con buena fe y claridad de visión, emprender la profesión humanamente, sin mercantilismo; con confianza y optimismo, con espíritu de grandeza en la obra en que se participa, y con humildad personal.

Debemos concluir aspirando al futuro que se debe construir desde ya, ahora, a un futuro de contenido cristiano, que se asiente en la libertad y en la responsabilidad, que defiende y promueve la dignidad del hombre como hijo de Dios, que alimenta el desarrollo del bien común.

Trabajando con personas reales, como las que aquí se encuentran, que pisen en el suelo pero que construyan minarete hacia arriba, y que no estén dispuestas a partir con la mediocridad o con el conformismo.

Y mirando el progreso más allá de las categorías económicas recordando que el orden que deseamos es un orden moral, y que no lo alcanzaremos si no damos precedencia a todo lo que constituye la fuerza del espíritu humano: justicia, amor y amistad.

Damos gracias a Dios por cuanto este acto presupone y significa.

No era la primera vez ni sería la última. Al comenzar el año del Señor de 1816, las cosas habían empeorado nuevamente. "¡Ah! ¿En que estado tan deplorable se hallaba la República cuando se instaló el Congreso Nacional! "... Así, exactamente así, con patética sinceridad, lo diría el propio "Congreso de Tucumán" al pueblo, en el manifiesto que le dirigiera tres años después.

Sí, la situación en aquel año de 1816 era deplorable. Lastimosa, lamentable, infeliz, miserable, casi sin remedio. La sublevación de Fortezuelas había barrido con el régimen atamblista y los gobiernos se sucedían sin reposo. Las facciones y los localismos sembraban la discordia por doquier. Languideaban la agricultura, la industria y el comercio. El erario público estaba agotado. Ya no era solamente el Paraguay y la Banda Oriental. Ahora también Corrientes, Entre Ríos, Santa Fe, y hasta Córdoba, se habían segregado. La derrota de Sipe Sipe significaba la pérdida, otra vez, del Alto Perú y el desguamecimiento de la frontera del Norte. Chile había caído nuevamente, después de Rancagua, en poder de los realistas: de los "serviles", para utilizar el lenguaje de los liberales de Cadix. Y a las accechanzas portuguesas desde el Brasil se unía, para completar el cuadro desolador y desconsolador, el éxito de la expedición del general Pablo Morillo en tierras de Venezuela y los peligros y amenazas de todo orden que provenían de la restauración de Fernando VII y de la organización de la Santa Alianza. Pero, . . . Animo --escribía San Martín desde Cuyo a uno de los congresistas--. *Animo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas.* "

Todo estaba perdido. Pero no todo estaba perdido. En los momentos decisivos, la razón vital vale más que la lógica formal. Allí estaban, en medio del desastre, unos cuantos hombres con el coraje que les daba el espíritu de Mayo.

Podrá discutirse interminablemente acerca del mayor o menor grado de raigambre hispánica o de influjos foráneos sobre las nuevas ideas y las nuevas instituciones. Podrá también discutirse incansablemente si la revolución tuvo o no, desde la primera hora, ejecutores conscientes: si hubo o no un plan estratégico general, debido al cual quedaron más de una vez disimulados los objetivos; si el pueblo fue el verdadero protagonista o meramente el coro o el sujeto pasivo de los acontecimientos. Podrá igualmente discutirse sin cesar acerca de la significación y de la importancia de las causas y de los factores raciales, sociales, religiosos, económicos, políticos. . . Pero sean cuales fueren las variantes de esas discusiones, nada ni nadie podrá disociar a Mayo de la patria argentina. Mayo es la génesis y el impulso vital del país argentino; es el crisol y el alma de su historia; es el núcleo básico de la conciencia nacional y de la unión nacional; es la bandera amplia y generosa capaz de cobijar a todos los argentinos con sus pliegues; más allá de las ideologías, más allá de los partidos y más allá de los intereses, las pasiones, los fantasmas y los dioses. Por encima de las diferencias temperamentales entre unos hombres y otros y los consiguientes conflictos personales. Mayo significa desde la primera hora, en lo fundamental, un sólo sentimiento, un sólo propósito, un sólo espíritu. Con pocas palabras, lo había expresado para siempre la Primera Junta en el decreto de cesantía de los regidores: . . . "todos los poderes ^{de unificarlos en una misma causa} de unificarlos en una misma causa." Y así fue, invariablemente, una y otra vez, cuantas veces se agudizaron los obstáculos o asociaron las fuerzas adversas. Así fue en 1816. Así había sido antes. Así será y será después, mientras quede un soplo de aquel espíritu.

La cosa en aquel mes de mayo de 1816 se ponía cada vez peor. El 25 fue un día lluvioso en Tucumán, acaso para que los congresistas pudieran identificarlo mejor con el 25 de mayo de 1810. El recuerdo sirvió para templar el coraje. Al día siguiente, según da cuenta "El Redactor del Congreso", se realizó sesión extraordinaria en testimonio de honor y gratitud "al movimiento consolador de la regeneración de esta parte de América". Así decía. La humilde casaca tucumana se impregnó del espíritu de Mayo. ¡Qué importaba ahora que las armas realistas, las de los "serviles" de Fernando VII, se hallaran triunfantes en México, Venezuela, Nueva Granada, Quito, Chile, Alto y Bajo Perú! ¡Qué importaba que la España absolutista se preparara a lanzar sus ejércitos contra las provincias del Río de la Plata, únicas que se mantenían en pie de lucha! El Congreso de Tucumán era ahora "la última esperanza de la Revolución", "la última ánfora echada en medio de la tempestad". Y bien, sería lo que debía ser. Resonaban en la mente y en el corazón de cada congresista —una treintena, de los cuales 12 eran obispos y 17 abogados— las palabras de San Martín: "Véteme, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas". Y si declarar la independencia era lanzar el suplicio y definitivo desafío, aquel que conduce, sin otra alternativa posible, a la victoria o a la muerte, había que lanzarlo. Y se lanzó. El Congreso de Tucumán declaró la independencia y una vez más, abriendo el camino que llevaba de Chacabuco a Ayacucho, el espíritu de Mayo no sólo salvó la libertad argentina, sino que, infundiendo valor e impulso a los pueblos hermanos, momentáneamente derrotados, salvó para siempre la libertad americana.

Un pueblo sin historia es un clan o una factoría; jamás un pueblo libre y digno. La historia es la madre y el alma de los pueblos libres y dignos. De ella nacen, sin ella vegetan y mueren y a ella acuden en las horas aciagas y difíciles, en busca de amparo y de inspiración. Para sanar las heridas y recobrar el ánimo. Para seguir sin pausa tras la estrella, a pesar de las cizañas.

Sinraigambre histórica no existe una nación. No existe si no la alienta, la impulsa y le da vida y sentido la fuerza del ideal fraguado en sus entrañas. No existe sin los sueños creadores de los precursors, de los fundadores, de los héroes y de los mártires. No existe si no se cumple con las cargas del legado histórico. No existe si las cosas menudas, las pequeñas cosas, ponen piedras al espíritu arquitectural e impiden trabajar con visión de futuro y con proyección de grandeza. "No se consiguen jamás grandes y gigantescos cambios —decía Alberdi en horas de hondo desconcierto, desgraciadamente tantas veces repetidas— sino por medios heroicos y, apartados de la senda vulgar. Esos acios —agregaba— son los que inmortalizan la época y el hombre que los realiza. La América del Sur concluya —se arrastra en vida oscura y miserable, porque su política vive de rapacidad y de mecoquinas medidas, que dan siempre algún resultado, pero no grandes resultados que determinen mudanzas perceptibles a los ojos del mundo y de la posteridad."

El 9 de julio de 1816 constituye uno de esos enormes faros luminosos, cuya poderosa luz marca el rumbo de nuestro destino histórico. Y lo marca, sobre todo, como actitud corajuda frente a todas las adversidades y como testimonio, con visión de futuro y con proyección de grandeza, de férrea unión nacional.

La unión nacional es el primero de los objetivos enunciatos en el Prólogo de nuestra Constitución histórica. La unión nacional es el expediente al que necesariamente recurren los países cuando grandes riesgos los amenazan o cuando grandes empresas los acucian. Es un pacto que no se hace de una vez para siempre y que, para que esté siempre en vigor, debe ser sin cesar renovado. Puesto que no es una fórmula catódica, fija e inmutable, sino una acción dinámica, viviente, confirmada cada día y adaptada a las circunstancias de cada día. Empieza y compromiso del 9 de Julio de 1816 y, antes, del 25 de mayo, y, luego, del Acuerdo de San Nicolás y del Pacto de San José de Flores y de todos y cada uno de los pasos que los argentinos hemos sabido dar hacia adelante. Acción postulática de cada argentino crítico, de todos los

argentinos enérgicos. Por encima de los grupos, de las clases, de los partidos. Superando la desorientación, el descreimiento, el particularismo, la intransigencia, la invertebración. Sin pensar en atajos, sino en grandes caminos llenos de obstáculos y de peligros. Sin pensar en comodidades y en frivolidades; con visión profética, vocación heroica, confianza en el futuro. Sacando fuerzas de flaqueza, creyéndolas si es preciso de la nada. Colocando la fe en lugar del miedo.

Ahora. Y siempre.

9 de Julio de 1816 -aquella treintena de frailes y abogados--: gracias, gracias por vuestra luz que nos alumina el camino y nos da coraje.

Acto celebrado el 7 de julio de 1981 en conmemoración de la Independencia Nacional y en homenaje a los Profesores Emérito y Consultos designados por la Universidad, a los graduados distinguidos con premios universitarios y Diplomas de Honor, al personal docente acreedor de medallas por su antigüedad, y a los nuevos abogados que prestaron juramento y recibieron sus respectivos diplomas.

NOMINA DE PROFESORES EMERITO Y CONSULTOS

Titular Emérito

Dr. Mario Justo LOPEZ

Titulares Consultos

Dr. BUSTAMANTE ALSINA Jorge Horacio

Dr. COLOMBO Carlos José

Dr. LUQUI Juan Carlos

Dr. MOLINARIO Alberto Domingo

Dr. PARODI Horacio Duncan

Dr. PEÑA GUZMAN Gerardo

Dr. RAMOS MEJIA Enrique

Profesores Asociados Consultos

Dr. LIMA QUINTANA Omar

Dr. ORLANDI Héctor Rodolfo

Profesores Adjuntos Consultos

Dr. GATTI Edmundo

Dr. MALAVER Alberto M.

PREMIOS OTORGADOS

Premio "LA LEY"

Año 1980

ZURETI, Mario Ernesto

MEDALLA DE ORO

RADOVICH, Jorge Marcelo (entregado el 7/7/81) Promoción 1980.

RISOLIA, María Matilde (entregado el 7/7/81) Promoción 1973

WEISS JURADO, Rosa Della (entregado el 7/7/81) Promoción 1979

PREMIO TEDIN URIBURU

AREAN, Beatriz Alicia (entregado 7/7/81) Promoción 1966
GÓMEZ ANDRADE, Jorge (entregado 7/7/81) Promoción 1973
GL'AGLIANONE, María Cristina (entregado el 12/1980) Promoción 1969
GUAGLIANONE, María Esther (entregado 12/1980) Promoción 1968
WEISS JURADO, Rosa Delia (entregado 7/7/81) Promoción 1979
PEREZ ORILLE, María Luisa (entregado 28/12/81) Promoción 1979

PREMIO RAYMUNDO M. SALVAT

OLKENITZKI, Olga Promoción 1974

DIPLOMAS DE HONOR

TARELLI, Blanca Beatriz, Abog. año 1967, promedio 8,56
MACCHIAYELLI, Carlos Jorge, Abog. año 1967, promedio 8,50
FRONZIZI, Román Julio Abog. año 1969, promedio 8,00
ENTELMAN, Ricardo abog. año 1970, promedio 8,00
CUESTA, Marta abog. año 1972, promedio 8,00
DOGLIOLI, Lía Noemí abog. año 1972, promedio 8,75
RAMINOFF, Mónica Judit abog. año 1974, promedio 8,67
AZPEITIA, Gustavo Alberto abog. año 1974, promedio 8,45
DUBOVA, Sergio Daniel abog. año 1974, promedio 8,42
FERNANDEZ SECO, María del Carmen Sabina Marciala de los Sagrados Corazones de Jesús y María, abog. año 1974 promedio 8,48
HENDON, Elna abog. año 1974, promedio 8,46
BILOTTA, Víctor Alfredo abog. año 1975, promedio 8,17
SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Teodoro abog. año 1975, promedio 8,89
ALDINIO, María de las Mercedes abog. año 1976, promedio 8,46
DILLON, María Teresa, abog. año 1976, promedio 8,46
ELLESPE, Douglas Ricardo abog. año 1976, promedio 8,42
NIÑO, Luis Fernando abog. año 1976, promedio 8,78
RODRIGUEZ, Horacio Eduardo abog. año 1976, promedio 8,82
ZABOTINSKY, Patricia Susana abog. año 1976, promedio 8,92
LEYES, Juan Bautista Víctor, abog año 1977, promedio 8,17
ZURETTI, Mario Ernesto abog. año 1977, promedio 8,89
RODRIGUEZ, Genoveva del Carmen abog. año 1977, promedio 8,53
BARBADO, Patricia Bibiana abog. año 1978, promedio 8,67
MARMILLON, Viviana abog. año 1978, promedio 8,75
FIGRETTI, Enrique Eduardo abog. año 1978, promedio 8,07
RODRIGUEZ USE, Guillermo Francisco abog. año 1978, promedio 8,62
LOWI KLEIN, Silvia Sabina abog. año 1978, promedio 8,28
SANTAMARIA, Viviana Inés abog. año 1978, promedio 8,14
CABALLERO Julio César, abog. año 1979, promedio 8,57

PRELUDIO AL BIEN JURIDICO

Por Eduardo Aguirre Obarrío

Para comprender qué es el bien jurídicamente protegido y cuáles son sus funciones y consecuencias, conviene explicar, aunque sea por encima, cómo se llegó a esta idea.

Un buen día los filósofos del derecho y los criminalistas se preguntaron cuál era la esencia del delito: por qué unas cosas eran delitos y otras no.

Trataron la cuestión llamándola 'objeto del delito'.

Pienso que la palabra 'objeto' fue elegida porque los juristas escribían en latín por entonces y, en ese idioma, los verbos *objicere*, *objicere*, *objicere* y sus derivados significaban exponer, poner adelante, oponer, sumergir, echar en cara. Tenían un marcado tinte de obstáculo, igual que el sustantivo *obicitum*, objeto.

Por eso, cuando los viejos maestros hablaban de 'objeto' del delito, aludían a la valla que jurídicamente se contraponía a los hechos delictuosos y a la razón de ser de ella.

En castellano hay ciertas voces de la misma familia que conservan ese tono latino. Por ejemplo, *objetar* y *objeción*. Pero el nombre 'objeto' lo perdió, salvo su acepción más antigua.

Hoy todos entendemos que objeto es una cosa o ente (v.g. objeto de arte, objeto mto, pesado, de metal); es finalidad (como cuando se dice que alguien estudia con el objeto de aprender) o es el asunto y materia propios de una ciencia o de lo que se trata (hablamos del objeto de la física, de la psicología, de un recurso judicial).

Pero al expresar 'objeto' del delito, los penalistas siguen empleando la palabra con el sentido latino.

Para evitar confusiones es corriente hablar de objeto 'jurídico' del delito, pues existe la locución 'objeto material del delito' en la que 'objeto' equivale a cosa o ente (en este último caso se trata, como sin duda han estudiado ustedes, de la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva).

Carrara prefirió referirse al tema del objeto jurídico del delito apelando a giros diversos, que probablemente den una idea más clara acerca del asunto. Por eso dijo el Maestro *esencia del delito* o *naturaleza del delito* y, también, *ontología*.

¿Cuál es esa naturaleza, esa esencia del delito?

Si disparásemos a boca de jarro estas preguntas, frecuentemente escucharíamos responder que el delito es un quebrantamiento, una infracción o una desobediencia a la ley penal.

Pero quizás con mayor frecuencia la contestación sería que el delito, en última instancia, vulnera un derecho.

Limitémosnos, por ahora, a considerar estos dos tipos de respuesta, muy arraigados en el espíritu humano.

III

Vamos qué sucede si sostenemos que la esencia del delito es un quebrantamiento de la ley penal.

En español, quebrantar, infringir o violar una ley es hacer lo que ella prohíbe o deja de hacer lo que manda.

Por supuesto que toda infracción jurídica, sea civil, comercial, administrativa o penal, tiene esta misma naturaleza, de la que deriva la nota de coacción, propia del derecho.

Así que, según este modo de ver las cosas, la esencia del delito y la de cualquier infracción serán idénticas. Únicamente se diferenciarían en que el delito viola una ley penal y las otras no.

Pero, como entonces, la ley penal es aquella cuya violación se castiga con sanciones penales, bastaría que el legislador decidiese prever éstas para que, sin más, cualquier hecho fuera delictivo.

Entonces las inclinaciones totalitarias podrían despertar, y algunos doctores que lo advirtieron —como los Padres españoles que enseñaban en Salamanca hace cuatro o cinco siglos— colocaron ciertas trabas. Si la ley es *sejaria*, decían, en conciencia no obliga (Francisco de Vitoria, Alfonso de Castro, Domingo de Soto, Francisco Suárez). Era menester, pues, que la ley fuese justa para que pudiera hablarse de delito.

IV

El enfoque que venimos comentando produce una consecuencia en la ordenación de los delitos porque, si se atribuye una misma naturaleza a todos ellos, esa naturaleza no puede servir para clasificarlos ni distinguirlos.

Cuando todo el material que consideramos es, por ejemplo, verde, no podemos clasificarlo según su color. Del mismo modo, si el *quid* de todos los delitos es infringir la ley (el derecho objetivo), tampoco podrían sistematizarse conforme a este criterio, que no admite especies o subdivisiones.

Lo mismo ocurre cuando se sostiene la tesis de Binding, según la cual el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el estado tiene para exigir acatamiento a sus disposiciones. Es un criterio que tampoco permite subdivisiones.

Veamos ahora la segunda contestación. Afirma que la esencia u objeto del delito es vulnerar un derecho, aludiendo a un derecho subjetivo que puede variar según la figura delictuosa que consideremos.

Esta respuesta presupone que el delito sea una violación de la ley penal, pero reclama que, además, ataque un derecho subjetivo.

Como ese derecho subjetivo puede variar de figura a figura (e.g. derecho a la vida, al honor, a la libertad), se producen dos consecuencias.

Es la primera que cuanto más conozcamos el derecho que una figura protege (o que el hecho delictuoso ataca), mejor la interpretaremos.

La segunda, que será posible clasificar los delitos según cuál fuere el derecho subjetivo que tomasen en cuenta.

Estas dos funciones —interpretativa y sistemática— tienen gran importancia y volveremos sobre ellas más adelante.

VI

Hubo muchos partidarios de esta tesis y, por supuesto, no todos sostuvieron exactamente lo mismo. Pero, en su mayoría intentaron restringir las facultades legislativas penales.

Por eso reclamaron que la ley, al establecer un delito, fuese justa y que, además, versara sobre un derecho subjetivo, extremo también restrictivo (ver VII).

Tales fueron las enseñanzas de Romagnosi, Filangieri y Mario Pagano. Años después lo explicó Feuerbach y, a poco, Pacheco, en España, junto con la escuela francesa del siglo pasado (Rossi, Blanche, Ortolan, Rauter, Chauveau). Es el mismo planteo de Carlos Tejedor y Manuel Obarrio, en nuestro país.

Pero el asunto se trató con más detalle y originalidad por la escuela toscana (Cremati, Carrignani, Carrara, Poggi, Puccioni), motivo por el cual me referiré a ella expresamente.

VII

La escuela toscana, principalmente por obra de Carrignani, distinguía leyes de prosperidad y leyes de seguridad.

Leyes de prosperidad son las que el gobierno de una sociedad adopta para mejorarla, para que prospere, para facilitar su desenvolvimiento, para orientarla en cualquier campo que sea. En este tipo de leyes se manifiesta muy claramente la tendencia política de los gobernantes, a veces su desorientación y su buen o mal tino.

En cambio las leyes de seguridad tienden a proteger cosas que ya están y no esperanzas o anhelos, como las de prosperidad.

Eso que precixite, según la escuela toscana, es lo que el hombre se reservó en el contrato social, aquello que no delegó al estado; en última instancia, los derechos naturales y todo lo necesario para conservar la organización social en cuanto protege esos derechos.

Ustedes podrán pensar que las teorías contractualistas no están de moda y creerán o no en la realidad de los derechos naturales, pero deberán acordar que eso que los teólogos designaron ley justa, los franceses llamaron derechos del hombre y del

ciudadano, igual que nuestras declaraciones, derechos y garantías constitucionales y lo que ahora se denomina derechos humanos, forman bloques de derechos muy similares. De modo que con la parábola del contrato social o sin ella, la base de la construcción no se altera.

Ahora bien, la escuela toscana sostuvo que sólo debía colocarse dentro de la categoría de delito, sólo debía imponer sanciones "penales", cuando estaba en juego la seguridad y no la prosperidad.

La escuela colocó esa valla que el legislador no puede franquear "sin incurrir en tiranía" (Carrara).

En síntesis, no deben admitirse delitos que versen sobre leyes de prosperidad; éstas, en el mejor de los casos, solamente pueden establecer contravenciones, pues media una diferencia de calidad entre ellas y los delitos.

VIII

Y volvamos al enfoque de los delitos como lesión a derechos subjetivos.

En los casos cotidianos parecía cumplir adecuadamente sus funciones, interpretativa y sistemática: es decir en homicidios, lesiones, injurias, violación, hurto, robo, espía. Era fácil encontrar algún derecho subjetivo, como el derecho a la vida, a la salud, al honor, etc. Y en cuanto al titular del mismo, es evidente. La vida de Ticio, el honor de Juan.

Pero cuando se revisa la ley penal, aparecen delitos en los que el asunto es menos claro (por ej. la traición a la patria, la corrupción pecuniaria de funcionarios y el espionaje). ¿Cuál es el derecho subjetivo? ¿A quién pertenece?

La dificultad puede zafar si se admite que hay derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el estado (Hoy no se discute mayormente la cuestión, pero en su momento hizo comer mucho tinta).

Sin embargo, si seguimos buscando en la ley, descubriremos nuevas dificultades con otros delitos, como la asociación para delinquir, las inundaciones, la propagación de epidemias, diversos ataques a colectividades raciales, religiosas y profesionales, etc. Éstos no cuentan con el respaldo de un derecho subjetivo y no existe un titular de él.

Ni el público, ni los arios, negros, judíos y criollos tienen personalidad jurídica como conjunto; tampoco la poseen infinidad de grupos. Ni siquiera la familia. Pero ¿quién puede cuestionar que el derecho penal incluya una serie de delitos concernientes a estos y otros núcleos sociales?

De manera que, si es justo y cierto que los delitos aludidos deben ser perseguidos, será necesario que los doctores elijan uno de estos dos caminos. O se modifica la noción de derecho subjetivo (como algunos intentaron, sin mayor éxito) o se busca otra piedra de toque para el delito. En este caso debe tratarse de algo que cumpla su función tan bien como lo hacía el derecho subjetivo con los delitos corrientes; pero que lo cumpla, además, con delitos tan incontestables como faltos de dicha facultad.

La incógnita se despejó con lo que hoy llamamos bien jurídico.

IX

En el fondo, la teoría del bien jurídico es hija de la doctrina del derecho subjetivo. El cambio se produjo así.

Según Rudolf von Ihering "El derecho es un interés jurídicamente protegido". Esta famosa definición implica que tras cada derecho subjetivo hay algo más. Algo más que no es el derecho subjetivo mismo, sino su razón de ser, en este caso un interés (material, moral, intelectual) que se quiere proteger.

Es claro –pero alguien– lo corriente es que el interés que se quiere tutelar sea su protección mediante algún derecho subjetivo. Pero ¿no sería posible protegerlo de otra manera? ¿no podríamos castigar penalmente su ataque, aún sin conferir a nadie un derecho subjetivo?

En otras palabras, si desplazamos la atención desde el derecho subjetivo hacia el interés que sustenta, habremos superado la dificultad que presentaban ciertas figuras de delito en las que no se advirtió cuál pudo ser el derecho subjetivo que protegían; pero claramente, ahora, vemos que tienen a su cargo tutelar un justo y lógico interés.

Este pasaje del derecho subjetivo al interés jurídicamente protegido es obra principal, por supuesto, de un conocedor de las doctrinas de von Hering y de las dificultades con que tropezaba la teoría del objeto del delito. Ese discípulo de Hering y gran penalista fue Franz von Liszt.

“Todo derecho es hecho para el hombre. Tiene por fin la defensa de intereses “vitales. Todos los intereses jurídicos son vitales, intereses del individuo o de la “comunidad. No es el orden jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la “protección del derecho convierte un interés vital en interés jurídico.”

Este remate de las ideas de v. Liszt, en cuanto establece la preexistencia del interés creado por la vida, nos liga con la tesis toscana porque –igual que ella– veda al legislador penal fabricar intereses. Estos deben existir desde antes; y a la ley criminal le corresponde captarlos, si lo cree del caso, y señalar ciertas formas de ataque a ellos, a las que oponerá la defensa más enérgica mediante la amenaza e imposición de pena. (Esta relación entre v. Liszt y la escuela toscana es casual. Es evidente que él nunca conoció el pensamiento de Carmignani o de Carrara sobre este punto).

X

En la terminología de von Liszt, estos intereses vitales tutelados jurídicamente se llaman “bienes del derecho” (*Rechtsgüter*), bienes jurídicos.

El matiza la palabra acuñada por Birnbaum en 1834 (*Rechtsgut*), pero le da un alcance muy distinto, de manera que ese antecedente no tiene mucha importancia.

Por influencia de von Liszt (según quien el interés, cuando está jurídicamente protegido, se convierte en bien jurídico), casi siempre se emplean, en nuestra materia, bien e interés como sinónimos.

Sin embargo es posible diferenciar ambos significados. “Bien” es, en este caso, el ente susceptible de satisfacer una necesidad (física, intelectual, moral, individual, social, etc.) aunque algunos discuten si debe tener esa característica o basta con que creamos que la posee. “Interés”, en cambio, es una tendencia a obtener la utilidad que reconocemos en un bien. Los autores discuten si se trata de un juicio de valor (sobre el “bien”), o directamente de la tendencia motivada por dicho juicio.

Y, así, existe mucha polémica de detalle en la que no nos embarcaremos, porque trata de pequeños ajustes y correcciones que hacen las delicias de los doctores, pero que podrían distraer la atención sobre el panorama general. Es preciso conocerlo antes de discutir pormenores.

XI

Vimos que, como naturaleza de un delito, los derechos subjetivos cumplían dos importantes funciones (sistemática e interpretativa). El bien jurídicamente protegido tiene las mismas. Permite clasificar las figuras de delito e inspeccionar cada uno de sus elementos conforme a la esencia que el bien irradió.

Para ello es preciso determinar claramente cuál es el bien tutelado, pero, a veces, no es sencillo hacerlo. Las mayores dificultades surgen de tres fuentes.

XII

La primera consiste en que la designación de los bienes jurídicos puede ser muy lata y comprende intereses análogos, pero no iguales. Por ejemplo, cuando uno habla de propiedad o patrimonio, puede referirse a la tenencia, la posesión, el dominio, créditos u otros derechos patrimoniales. Lo mismo sucede con la libertad y la honestidad.

En todos esos casos, una buena interpretación exige que determinemos con la mayor precisión cuál es el bien que la figura protege, para la designación global es equívoca.

XIII

La segunda dificultad proviene del carácter complejo de algunas figuras.

Cuando estas son simples, generalmente tutelan un solo bien jurídico. Cuando hay alternativas, es claro que cada una es simple, aunque podrían proteger sendos bienes.

Pero si la figura reclama un par de acciones sucesivas, o una acción y también un modo o un medio característico, o ciertas circunstancias, es probable que tome en cuenta varios bienes jurídicos.

Tal es el caso de la estafa, por ejemplo, figura que tutela por cierto el patrimonio, pero también la libertad de decisión o psíquica, vulnerada por obra del engaño, indispensable en este delito.

No basta que el patrimonio se perjudique, cuando en la libertad de la decisión no medió un error provocado; ni basta disponer engañado, si el patrimonio queda intacto. Ambos bienes jurídicos deben lesionarse para que el delito exista.

El código está plagado de estas figuras en las que los bienes jurídicos aparecen juntos o, según la expresión de Alfredo J. Molinaro, estratificados. De tal modo que el problema se repite mucho en nuestro derecho, y es preciso conocerlo y analizarlo cada vez.

XIV

La tercera dificultad deriva de la anterior. Consiste en que cuando los bienes jurídicamente protegidos por una figura son varios, hay que determinar en qué forma se tutela cada uno en cuanto a daño y peligro se refiere. Esas combinaciones son muchas y también será preciso conocerlas, caso por caso.

XV

El tema de la clasificación de figuras según el bien jurídico que protegen es, en apariencia, más sencillo. Basta "agrupar en torno a cada uno de los bienes protegidos, las figuras delictuales que se consideran dañosas o peligrosas para los mismos" (Molinaro). Pero cuando, como vimos, una figura tutela dos o más bienes, la abundancia dificulta la tarea.

Supongamos, por ejemplo, que disponemos de un cajón para cosas blancas, otro para las verdes, otro para las dulces y uno para las amargas. La miel irá a parar entre los dulces, el guardapolvo del hijo, bajo el rótulo de lo blanco. ¿Y el azúcar? ¿No es blanco y es dulce? ¿Dónde será ubicado?

El mismo problema se presenta cuando una figura protege la libertad y la honestidad (rapto), la libertad y el patrimonio (secuestro extorsivo), la salud y el peligro para la vida etc.

En estos casos, los estadidos se embarcaron en disputas temerarias, con un empuje digno de mejor causa. Porque, así como el azúcar estaría bien clasificado como blanco y, también, como dulce (pero no como cosa amarga), así sucede con los delitos.

El lugar en que se coloquen no eliminará la consideración de los demás bienes que tutelan, de la misma manera que el azúcar será dulce aunque figure como blanco, y viceversa.

Por estas razones no doy mucha importancia a los debates sobre la clasificación de una figura.

De todos modos hay muchas recetas a disposición para decidir el intrincamiento, pero ninguna de ellas conviene a todas las situaciones.

Debe prevalecer el bien dañado sobre el puesto en peligro, dicen, o el bien general sobre el individual, o el que tome en cuenta la finalidad que el delito reclama. Pero cuando vayan estudiando las diferentes figuras verán que, sin mayor daño, estos principios no siempre se aplican. Ocurra que una depurada sistematización podría llevar a la mitad de los delitos al grupo correspondiente a la libertad, o bien obligaría a repetir una disposición cuatro veces, en diferentes lugares. Son males mayores que los que se desea corregir.

XVI

El bien jurídico tuvo azarosa vida con el despertar de los regímenes totalitarios. Era una traba incómoda. No permitía que los choques contra las intenciones y pretensiones gubernamentales de orientar o acallar tendencias fuesen caracterizados como delito. Porque les faltaba ese interés social presistente.

Entonces algunos —los más drásticos— despacharon al bien jurídico como anti-gualla. Lo hizo, por ejemplo, la escuela de Kiel durante la "hora más gloriosa" del Partido Nacional Socialista del Trabajo Alemán, cuando destronó al bien jurídico y puso en su lugar el sano sentimiento del pueblo, expresado por un Führer.

En cambio otros, menos convencidos, mantuvieron el bien jurídico sector para los delitos tradicionales, pero debieron resignarse a admitir que en ciertos casos el bien faltaba y quedaba substituido por "la finalidad del legislador".

Por último, los más útiles escamotearon la doctrina del bien jurídico supléndola directamente por la citada finalidad legislativa o por la finalidad de proteger las relaciones sociales estatales socialistas o soviéticas.

En verdad, sostener que el objeto del delito es el bien jurídico protegido o que es la finalidad del legislador o de la ley, da la impresión de ser algo parecido. Y lo es, siempre y cuando la finalidad apunte a proteger bienes jurídicos.

Pero cuando el legislador no tiene esa finalidad, sino la de tutelar sus propios fines —valga la repetición— la figura queda sin bien jurídicos y retrotraemos la cuestión a los tiempos iniciales del delito como simple violación a la ley penal o como pura desobediencia a ella.

XVII

Cuando ustedes estudien los delitos, tal vez encuentren uno que otro sin bien jurídico cabal.

Pero nuestros ejemplos son raros (generalmente figuran en leyes especiales) y no conviene la legislación en totalitaria, aunque la empuñan.

Estas tachas se detallan, sea por inadvertencia, sea porque algunas reparticiones públicas preparan los proyectos de la ley que les concierne y sobervalen su función —comprensible defecto humano— con lo que el sistema penal se desequilibra o aparecen disposiciones ridículas.

De todos modos, afortunadamente, la idea de bien jurídico sigue en su bastión.

NOTAS

- I Entre *obvicio*, *objecio* y *objectum* hay pequeñas diferencias. En la 4a. edición del Diccionario de la Real Academia (1801) ya figuraba como antigua la acepción del sustantivo objeto: "objeción, ó tacha o reparo"; "tacha y excepción". A ella recurre Ortega y Gasset. "El Espectador", I. *Filosofía*. Carrara en el Programa, habla de este jurídico y objeto. Después emplea las locuciones del texto (Criterio definitivo della contravvenzioni del delitti, en "Opuscoli", III, y sobre todo en *Lección sobre la ontología*, en "Riminianorum di cattedra e foro").
- III Texto muy antiguo (v.g. Covarrubias). En el siglo pasado lo siguieron Birnbaum, Mittermaier, Haug, Fessina, Garraud.
- VI Es un error atribuir a Feuerbach la paternidad de este enfoque, corriente en Italia por entonces (Renzani en 1772, Arminati en 1795, por ejemplo).
- VII Conviene recordar la definición de delito propuesta por Carrara.
- XI La función interpretativa del bien jurídico tiene mucha importancia, además, en cuanto a la antijuricidad, concursos aparentes, delicto continuado, participaciones, tentativa, etc. A título de ejemplo, véase Jorge Alberto Sandro, Garantías constitucionales, dolo y tentativa indólcita, en el Homenaje de la Universidad de Córdoba a Sebastián Soler.
- XVI Antolini, "Problemi penali odierni", 1940; Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935; Kies, *Das Verbrechen als Rechtsgut*, 1936; Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935.
- XVII v.g. la ley de contrabando, la de vinos, ciertas infracciones fiscales, etc.

INDICACION BIBLIOGRAFICA

En castellano, para los alemanes

MOLINARIO Alfredo J. El bien jurídico protegido por los delitos contra el orden público o la paz pública, Madrid, 1941.

MARQUARDT Eduardo H. Valor y bien jurídico, en "Temas Básicos de Derecho Penal".

GRISOLIA Alberto, El objeto jurídico del delito, Santiago, 1919 (Francisco Camara, *Lección sobre*

CARRARA, Francesco, *Lección sobre la ontología*, en el "Programa", Apéndice (vol. 18), traducción de Sebastián Soler, Ricardo C. Muñoz y Ernesto E. Gavio; Buenos Aires, 1949.

FRANZ von Sierl, *Tratado de Derecho Penal II*, traducción de Luis Jiménez de Azúa, Madrid, 1921.

ZAFFARONI Eugenio, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1973.

COUSSEAU MC IVER Luis, *Derecho Penal chileno I*, Santiago, 1975.

La monografía más importante es de Arturo Recco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, 1913.

Lo más reciente: Michael Herz, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1962; Miguel Falcón Navarro, *El bien jurídico en el derecho penal*, 1974, y Georgia Gregori, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, 1978.

LOS BIENES JURIDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS

Por Antonio García*

El estudio de los bienes jurídicos penalmente protegidos presupone conocer su concepto, valor y alcance.

Resuelta la cuestión sobre este punto, diremos, a modo de síntesis, que el bien del que hablamos es el determinado previamente como tal por una comunidad, ubicada en el tiempo y en el espacio, que, por decirlo de alguna manera, elige qué entidad merece ser considerada como bien por satisfacer sus necesidades individuales y sociales.

Así aparece el bien como producto de esa elección que asigna un valor, independientemente del sujeto que lo elige.

Se crea entonces una relación entre la entidad bien y el sujeto, que recibe el nombre de interés. El interés es de carácter individual y social. La relación se la ha llamado reflejo subjetivo.

El interés es recogido por el Derecho para ser asegurado, apareciendo la norma que prohíbe y que manda; el precepto que describe la conducta atentatoria y al mismo tiempo el objeto de protección.

Se ha convertido el bien en bien jurídico y penalmente protegido.

A esta altura de lo que venimos diciendo, estamos persuadidos que es necesario el conocimiento del objeto de la protección de cada figura penal, para no caer en el defecto, a nuestro juicio, de repetir sin comprensión de lo esencial, la descripción de una conducta que aún circunstanciada, por sí sola no puede ser considerada delictiva. No resulta suficiente para informarnos acerca de la existencia de un delito. Este es algo más, es ontológicamente, la resultante de la coincidencia entre el objeto de la conducta lesiva (de un modo peligroso o efectivo) y el objeto de la protección jurídico penal.

El bien jurídico ilumina la interpretación de una disposición penal, permite comprender su "intimidad" jurídica, sirve para superar las dificultades que puedan surgir al efectuarse el encuadramiento legal de un hecho que así lo exige, si somos jueces; para encontrar argumentos en favor de la defensa o la acusación, sea como funcionarios o en el ejercicio de la profesión; para estudiar la figura penal como en nuestro caso, y para no prescindir de la noción si como legisladores recordamos un hecho de la realidad para convertirlo en delito.

El camino que elegimos para el estudio de los bienes jurídicos protegidos en los distintos títulos del Código Penal, tiene una regla, un recorrido obligado, que consiste —amén de acudir a las enseñanzas de la doctrina— en no prescindir de la lectura detenida de las figuras delictivas para determinar qué es lo protegido, qué es lo susceptible de lesión, dañoso o peligroso, tomando además en cuenta, la referencia expresada en la rubrica correspondiente.

Título I: Delitos contra las personas.

Tomar "las personas" como objeto de la protección penal, resulta, a nuestro modo de ver, inconveniente por diversas razones, entre ellas, la equivocidad del término.

"Personas" y "persona", son diferentes, no sólo en su número sino en su concepto.

* Profesor titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Francisco P. Luzzano.

La persona, es un vocablo, que tiene en su origen histórico, como sucede con otras, un primer significado que va sufriendo modificaciones con el transcurso del tiempo.

Se vincula el concepto, con los llamados derechos de la personalidad, que dieran lugar a disquisiciones en el terreno de la Filosofía y de la Política, formulándose expresiones tales como "derecho a la vida", "de la vida" o "sobre la vida", llegando a considerarse algunos que el derecho que tiene cada individuo a vivir, está amparado en la ley constitucional; el derecho de vivir, en la ley penal; reglándose la posibilidad —de un modo crítico— de la existencia de un derecho sobre la vida, por tratarse de un bien indisponible: lo que se posee es el derecho a que un tercero no la agravie.

Carrara en su propósito de establecer el "límite perpetuo de lo ilícito" y con los fundamentos de los principios filosóficos de los que parte, observa que el derecho a la vida, es un derecho anterior cuya existencia y valor no dependen del reconocimiento o consagración en la ley humana fundamental; se trata de un derecho previo que tiene sustento en la naturaleza, que se rige por la ley divina y eterna.

Como se advierte, de la persona, saltamos a los derechos de la personalidad, y de éstos se perfila como derecho individual con caracteres tales como la indisponibilidad, inviolabilidad, intransmibilidad, el de la vida, entre otros. Los derechos de la personalidad se concretan respecto de bienes, y la persona aparece como titular de éstos y receptora de las protecciones legales. No se concibe al hombre sin estos derechos fundamentales y la persona reúne los conceptos (recordar la evolución histórica desde la aparición de la Carta Magna, hasta la Revolución Francesa y la Norteamericana; los principios de las respectivas constituciones: "el liberalismo doctrinario", para ilustrarnos acerca de las ideas que subyacen en la formulación de los llamados —entre otros nombres— derechos de la personalidad.).

Como concepto, la persona admite diversos enfoques: metafísico-ético, psicológico y jurídico (Maggiore), variando consecuentemente su contenido semántico. Sea cual fuere éste, podemos afirmar que la persona supone un soporte biológico, que es dable llamarlo persona física por oposición a persona moral.

De las figuras incriminadas en el título que nos ocupa, surge que el aspecto moral no ha sido contemplado, puesto que la norma consiste en que no debe suprimirse, dañarse ni ponerse en peligro la unidad biológica en que descansa la personalidad: "el sustrato biológico de la personalidad" como dice Laplaza, que es lo primero, lo básico, lo sustancial, lo condicionante de la vida plena. No están comprendidos, pues, otros derechos de la personalidad. Lo primero es el derecho de la vida, luego la integridad física, y en tercera instancia, la seguridad personal.

Entonces "personas" son los individuos que nacen, crecen, se reproducen, aman, piensan, tienen ideales y derechos; pero para poder hacerlo, deben tener existencia y esa existencia es la que se protege, la de cada hombre en concreto. El término está utilizado en sentido biológico.

Pero si en el ámbito jurídico "persona" está reservado para designar al titular de los derechos, parece de buena práctica deslindarlo de los bienes propiamente dichos. La persona está siempre presente de un modo inmediato o mediato, en la protección legal.

El agravio a la "persona física" consiste en el ataque —sea suprimiéndola, dañándola o poniéndola en peligro— a la vida en sentido biológico, a la integridad física (cuerpo, salud) y a la seguridad personal, en el mismo sentido.

Podemos concluir, luego de las consideraciones efectuadas, que el legislador dice, sin duda alguna, personas, refiriéndose a la existencia de los hombres en concreto, y por eso utiliza el plural; que podría evitarse la rúbrica de "delitos contra las personas", ya que esta última palabra goza de un cuño determinado en el mundo del Derecho, indicándose solamente los distintos bienes jurídicos protegidos bajo ese título: la vida, la integridad física y la seguridad personal; pero lo más importante es, si se mantiene, conocer el sentido en que la expresión está utilizada.

Título II: Delitos contra el honor.

Los autores, en su generalidad, acuden a términos como dignidad, decoro, moral, valor, cuando se refieren al honor.

También hablan de sentimiento honorífico y de reputación, lo que implica la autoestima y un juicio de valor hecho por los demás, respectivamente.

Además, infaliblemente, separan dos aspectos, fícticos o sentidos del honor: la subjetiva y la objetiva. No es del todo convincente para nosotros que ésta sea la presentación adecuada del problema acerca del honor. Entendemos que honor es algo diferente de las distinciones conceptuales que podamos hacer de él.

La bondad puede producir alegría en nuestro espíritu, cuando se traduce en actos precisamente de bien; pero ¿se confunden esos actos con el concepto de bien?, nos preguntamos. No, porque los actos no son el bien y a las personas que se comportan bien se las considera buenas, pero este juicio tampoco se confunde con el bien. Lo mismo sucede con el honor. La honorabilidad tiene o puede tener la conducta humana y genera sentimientos de estimación individual como juicios de estimación social; pero ni el sentimiento ni el juicio se confunden con la honorabilidad que deriva del honor.

Cuando decimos que el honor, subjetivamente considerado, es la autostimación y objetivamente, la reputación, si bien en ambos casos existe un denominador común al que se refieren sendos conceptos, el honor no se agota en éstos, sino que más bien los colorea, los califica, los modifica.

La ley protege la autoestimación y la reputación referidas al honor.

El honor merece un signo positivo en su valoración. Se trata de la cualidad de buen artesano, para quien desempeña un oficio; de buen hijo para quien lo es; del mismo modo que el que es padre, estudiante, arriero, ciudadano, deportista; en el aspecto laboral, físico, etc. En resumen, todo lo que somos o hacemos responde a un ideal. Lo que merece una valoración positiva en cada caso, es honorable para nosotros y para los demás.

Pero el Derecho no protege sólo a los honrados, sino el sentimiento relativo al honor (real o presunto), así como la estimación social también relativa al honor, cierta o hipotética. Nadie tiene, en principio, derecho a ofender a otro. Ni tampoco a incidir desfavorablemente en la opinión de los demás, sobre el mismo tema, sobre todo lo que es susceptible de la valoración honorable.

A partir del honor, el hombre que tiene aspiraciones morales y éticas, tiende a que toda su actividad en las distintas posiciones que ocupa, merezca una valoración positiva, signada por el ideal que una comunidad posee, de carácter ético-religioso, y que el ordenamiento jurídico recoge. Entonces se genera en el hombre, individualmente considerado, un sentimiento, o dicho de otro modo, en el sentimiento del hombre existe el aprecio a lo que su intelecto educado capta como honorable, y esto explica que un sentimiento pueda afectarse independientemente de la verdad o falsedad de la afirmación que se haga para su lesión.

Lo mismo sucede con el ataque a la valoración que una persona goza, en los distintos ambientes en que se desempeña. La lesión se produce independientemente de que la valoración positiva exista; si existe, de que sea uniforme o que no lo sea. Es decir, que no se protege una reputación determinada, sino el hecho de que la valoración no se convierta en negativa como consecuencia del agravio.

El honor es el conjunto de cualidades referidas a la persona, que genera en el hombre un sentimiento dado, que por herencia cultural satisface un sentimiento legítimo y deseado; un interés que comparte la comunidad y que el Derecho protege, haciendo de su ataque un delito.

Esta cualidad, reunión de todas las que comprendo, trasciende social y económicamente, produce efectos que exceden el aprecio para traducirse en una "ventaja incidental" (Carrara).

Así expuesto el tema, no parece del todo adecuada, como se dijo antes, presentar al honor por dos vertientes que son reflejo del mismo concepto. El honor es acogido en

su sentimiento, y la actividad del ser humano trasciende en los distintos ámbitos generando una valoración efectuada a la luz del criterio del "honor".

En la búsqueda de definiciones del honor así concebido, con una existencia propia, sin que se recurra necesariamente al punto de referencia individual y social, aparece la de Antolínez como muy lograda, para quien el honor es el complejo de las condiciones de las cuales depende el valor social de una persona, la reunión de las dotes morales, intelectuales, físicas y de todas las otras cualidades que concurren a determinar el aprecio o el prestigio del individuo en el ambiente en que vive. Considera asimismo este autor, que el honor es el que es: lo que puede ser lesionado o puesto en peligro, es el sentimiento del propio valor social y la reputación, lo que es objeto de la tutela penal.

Resta un tercer aspecto a tratar en el asunto del honor: es el que corresponde al punto de vista del interés social.

Es de interés social que la personalidad moral no sufra menoscabo. Pero también es de interés social la verdad en la atribución de cualidades o deméritos a las personas, para establecer quiénes son los "buenos" y quienes son los "malos".

Lo dicho surge de lo preceptuado acerca de la excepción veritatis, prueba en la que en algunos casos priva el interés social, y surge también del concepto de calumnia, que lógicamente incide en la regla probatoria a su respecto.

Parece claro que en el delito de calumnia se protege tanto el sentimiento honorífico como la reputación, cuando la imputación es falsa. Pero cuando ésta es verdadera, la ley protege el interés de la sociedad en conocer, señalar y perseguir a los delincuentes.

Se protege el sentimiento relativo al honor y la reputación cuando el honor existe como cualidad real. Esto en el ámbito restringido de la calumnia, y en los casos en que la prueba de la verdad es admisible.

Aún podemos establecer una diferencia, y es con relación a la prueba de la verdad cuando es permitida en la injuria, a pedido de la víctima. Aquí se da solamente el interés individual en que la verdad se ventile. ¿Qué se protege?, ¿el sentimiento honorífico?, ¿la reputación? Se protege, para nosotros, la existencia verdadera del honor, por decisión individual reconocida por el Derecho. El interés en demostrar que se es honrado, que se limpie el "honor mancillado" en el sentimiento, en la reputación agraviada.

Se ha partido de la premisa, en este desarrollo teórico, que el honor no puede lesionarse porque "es el que es" y se ha efectuado un análisis dogmático del tema.

Título III: Delitos contra la honestidad.

Este grupo de delitos no responde estrictamente a una misma objetividad jurídica, lo que nos enfrenta a una doble cuestión.

Por un lado, determinar el concepto de honestidad y por el otro el de los distintos bienes jurídicos protegidos al mismo tiempo que aquella.

La ley y la doctrina han dado diversas soluciones.

Se ha debido delimitar lo que es pecado de lo que es delito. Teniéndose en cuenta el impulso sexual presente en las distintas hipótesis incriminadas, se los agrupó bajo el rótulo de delitos carnales, en que la continencia y la pureza resultaban atacadas.

Se ha definido la honestidad como el ejercicio legítimo, de las relaciones sexuales, mientras es realizado dentro del matrimonio y con finalidad procreadora.

Lo cierto es que parece indiscutible que la noción está referida a la actividad sexual, y revela en cada una de las figuras, un contenido moralizador relativo a ese ámbito, tanto desde el punto de vista individual como social, una aspiración ética.

Honestidad tiene la misma raíz que honor, palabras ambas de origen latino. Quiere decir compostura, decencia y moderación en la persona, acciones y palabras; también recato y pudor; así como urbanidad, decoro y modestia, en su tercera acepción, según el Diccionario de la Lengua. La honestidad es una cualidad que se posee, así como un sentimiento como es el caso del pudor. Como cualidad merece una valoración positiva

y no se limita a un único aspecto del ser y el hacer de la persona, pero en el sentido en que está utilizado en la ley penal, se restringe su alcance a lo sexual.

Soler la ha definido como una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales.

Se trata de delitos pluriofensivos, como se los ha denominado. Es amplia la gama de intereses individuales y sociales, simultáneos o singularmente protegidos. Es de interés para el individuo no ser compelido a presenciar actos que lesionen su sentimiento de pudor. Este interés trasciende a lo social y el sentimiento pudoroso de indeterminado número de personas es protegido. Es de interés para la familia que la unión monogámica se mantenga ineluctable, porque es importante como institución natural, así como institución socialmente considerada, pero sólo se contempla como delito la unión carnal extramatrimonial. Es de interés para el individuo, la familia y la sociedad, que los hijos no sean pervertidos en prácticas que atentan contra las virtudes o buenas costumbres enseñadas o que forman parte de la educación y que contribuyen al logro de los fines morales y éticos. Es de interés público que no se propicie o incite a otros en prácticas inmorales, ni que se sacre con éstas, o se las utilice como medio de subsistencia.

El Proyecto de Tejerod prevía delitos contra la moral y pudor públicos. Se reemplazó luego la rúbrica por la honestidad siguiendo el antecedente español.

El Derecho italiano ha legislado agrupando bajo el título de delitos contra el orden de la familia y las buenas costumbres en el Código de 1889 y separó en dos títulos esta clase de infracciones, el Código de 1930: "Delitos contra la familia" (contra el matrimonio, contra la moral familiar, contra el estado familiar y contra la asistencia familiar) y "Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres" (contra la libertad sexual y contra el pudor y el honor sexual).

Nuestro Código Penal prevé distintas figuras, no siendo claro en todos los casos cuál es el bien protegido. Se lesionan además varios bienes en más de un tipo penal, teniendo prevalencia el que indica la ubicación sistemática (ejemplo: las miras deshonestas en el rapto determinan la ubicación en el título, sin perjuicio de la ofensa a la libertad).

En el adulterio, verbigracia, se tachan de deshonestas las relaciones sexuales fuera del matrimonio, pero lo inmediatamente protegido por la ley es la unión monogámica; de lo contrario, no se consumaría el delito de un modo diferente para el hombre que para la mujer; para ésta basta una relación carnal extramatrimonial, para aquí se exige mancha, lo que presupone más de una relación aislada. Se ha interpretado por algunos autores que lo protegido es la fidelidad conyugal; pero tampoco parece acertado tenerlo en cuenta lo que acaba de decirse con relación a los diferentes momentos consumativos. Si la fidelidad fuera la protegida, no se justifican las distinciones legisladas según se trate del adulterio del hombre o del de la mujer. También se ha dicho que se pretende evitar la descendencia ilegítima; pero si bien estas relaciones adúlteras pueden traer hijos extramatrimoniales como consecuencia de ellas, existe una lesión que es previa e independiente, que afecta la organización de la familia que se asienta sobre el matrimonio, base de nuestro Derecho Civil y nuestras costumbres (Ramos).

Con respecto al delito de violación se ha dicho que lo protegido es la libertad sexual, inclusive en el delito de proxenetismo se vería comprometida la libertad sexual. Pero, a nuestro parecer, es más apropiado hablar del derecho a decir que no, a no ser compelido a lo que no se está obligado. El ordenamiento jurídico consagra la libertad entendida del modo en que se establece en el artículo 19 de la Constitución Nacional, como principio de reserva, por lo que no parece adecuado afirmar que se protege la libertad de hacer lo que se quiere en el ámbito de lo sexual, sino consecuentemente con el principio constitucional: existe un límite que trasciende de lo individual, que está dado por la moral, las buenas costumbres, el interés del tesoro. El derecho verdaderamente amparado por la garantía es a decir que no. "Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe."

Pero este derecho no es sólo derivación constitucional, sino que se desprende de la protección jurídica penal, que se traduce en la norma que nadie puede ser obligado a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, que en algunos casos, si bien existe, se presume sin valor por la ley, y en otros ésta recoge hipótesis en que la víctima no puede resistirse, no puede negarse, no puede ejercer su derecho a decir que no. Como se advierte el ordenamiento jurídico no admite la formulación de un derecho de libertad sexual como objetividad jurídica de este delito.

En el caso del estupro, el rapto, el abuso deshonesto, se hace una referencia directa a la honestidad, al exigir la honestidad en la mujer, las crímenes deshonestos en el sujeto activo, y el nomen juris del delito respectivamente.

Como lo hemos expuesto, de un modo genérico y con la mención de algunos delitos, además de la peculiaridad de cada figura, lo cual debe respetarse, la honestidad está presente siempre, de un modo inmediato o mediato.

Título IV: Delitos contra el estado civil.

Este bien jurídico responde a un concepto establecido por el Derecho Civil. Es la condición de cada persona en relación con los derechos y obligaciones civiles, reza el Diccionario, acogiendo la expresión jurídica.

La situación jurídica, es la relativa a los vínculos de familia, en la sociedad; el status jurídico derivado de hechos o actos jurídicos tales como el nacimiento, la muerte, el matrimonio.

Se es hijo —matrimonial o extramatrimonial—, hermano, primo, sobrino, tío, esposo, padre; se es soltero, casado, todo como consecuencia de hechos y actos que el Derecho quiere formalizar y registrar.

Esos hechos y actos relevados jurídicamente, producen efectos, generan derechos y obligaciones.

El estado, por ejemplo, no sólo es creado o reconocido, por la ley, por acto de declaración, de figuras que no atentan contra la prueba legal de un vínculo jurídico, no se corresponde con el bien jurídicamente protegido.

Las consecuencias legales del estado civil son tan importantes, que, además de ser creado por la ley, ésta se ocupa de la formalidad de su registro, ligándose el hecho o acto, con su prueba o registro, de modo tal, que la protección penal se impone sin la necesidad de mayores explicaciones. Cuando se atenta contra la documentación que formaliza el hecho, se atenta contra el estado civil.

En algunos ordenamientos jurídicos, estos delitos se agrupan bajo la rúbrica de delitos contra el orden familiar, determinando este bien la ubicación sistemática (legislación italiana, Código italiano de 1889, Delitos contra el orden de la familia y las buenas costumbres y el de 1930, en delitos contra la familia; también el Código uruguayo).

Puede discutirse si estrictamente se atenta contra el estado civil en el caso de estas infracciones, y decirse que en realidad la afectada sería la administración pública, por ejemplo por el desempeño de sus funcionarios, como en el caso del matrimonio legal que cuenta con la intervención dolosa del funcionario público.

En nuestros antecedentes legislativos recibieron este orden de infracciones variado tratamiento. En el caso del Proyecto de Tejedor se preveían dos títulos "Matrimonios ilegales" y "Delitos contra el estado civil". El Proyecto de Villegas—Ugarriza y García, dos capítulos del Título "Delitos contra el orden de las familias y la moral pública". El Código de 1887, Proyecto de 1891, el de 1906 y el Código de 1912, unificaron ambas clases en Delitos contra el estado civil.

Título V: Delitos contra la libertad.

La libertad pertenece a la clase derechos fundamentales denominados de la personalidad, o inherente a la personalidad, como el derecho a la conservación de la propia existencia, y a la integridad moral y física.

Para Carrara la libertad individual consiste en la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, tanto morales como físicas, en servicio de sus propias necesidades y con el fin de alcanzar su destino en la vida terrestre.

Seguindo el mismo autor se dice que en un sentido más amplio y especulativo, la libertad equivale a derecho, porque una persona no puede ser considerada libre si no puede ejercer sus derechos.

Se hace referencia a una libertad en potencia que queda suprimida al eliminarse la vida. Pero la libertad protegida no es potencial sino concreta, la que puede verse limitada o impedida, nunca suprimida mientras se conserve la existencia e intactas las facultades mentales, por lo que resulta más apropiado hablar de restricción de la libertad más que privación de la libertad.

Se trata de un delito de los llamados naturales (para Carrara), porque la libertad está en la naturaleza del hombre y consecuentemente preexiste al ordenamiento jurídico que la reconoce, la garantiza, amén que no podría negarla válidamente.

La libertad como bien jurídico independientemente protegido, requiere precisamente que se excluyan los casos en que se persigue la lesión a otros bienes jurídicos mediante el agravio a aquélla.

Esta formulación negativa da carácter propio a esas infracciones.

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

La regla normativa es la libertad, la excepción es la limitación que exige la armonía en la convivencia, y el logro de los fines individuales y sociales. El artículo 19 de la Constitución Nacional en el llamado principio de reserva, contempla la libertad individual. Nadie puede ser obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Además, enumera el ordenamiento jurídico fundamental otras garantías constitucionales referidas a la libertad: la libertad de movimiento, de traslación, en los actos externos de locomoción, el amparo de la inviolabilidad del domicilio y del secreto, la libertad de trabajo, industria, navegación, comercio, petición, tránsito, prensa, culto y enseñanza, la proscripción de la esclavitud, la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, a ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados, la supresión de los azotes, así como de toda medida de mortificación innecesaria a los presos, sin perjuicio de los demás derechos y garantías no enumerados (arts. 14, 19, 21, 23, 38, 29 y 32 de la Constitución Nacional).

En consecuencia, podemos afirmar que el Código Penal incluye como delitos, bajo el título que tratamos, hechos que atentan contra "Derechos subjetivos" amparados judicialmente: es delito reducir a esclavitud a una persona, lo mismo que restringirle su libertad de movimiento, salvo los casos autorizados por la ley, vejat o ejercer apremios ilegales sobre una persona, violarle el domicilio, sus secretos invadiendo su esfera de intimidad, etc.

La libertad individual puede ser interna o externa. En el primer caso se sufre una coacción psíquica que impide determinar y actuar conforme a lo que nuestra voluntad nos hubiera llevado a decidir o hacer si aquélla no hubiera existido. La voluntad aparece entonces quebrantada.

La externa presupone una presión física.

Los delitos que atentan contra la libre determinación fueron incluidos por la ley 17.567 y reimplantados por la ley 21.338. Los proyectos de 1891 y 1906 hablan previsto además, delitos contra las libertades políticas. El Código de 1921 los excluye, pero omitió las amenazas y coacciones, es decir, los atentados contra la libertad psíquica.

Título VI: Delitos contra la propiedad.

La acción que sirve de rúbrica al título, plantea una primera cuestión.

Seguramente resulta familiar, puesto que es inevitable asociarla con un concepto perteneciente al Derecho Civil. Como tal, su sentido es restringido, ya que se refiere al dominio, el derecho real más completo que vincula a una persona con una cosa, mueble o inmueble.

Al estudiarse en la Parte General de nuestra materia el tema de la interpretación de la ley penal, se conoció un modo de hacerlo que consistía en acudir a otras ramas del Derecho para definir términos que tenían un tratamiento específico en otro ámbito de protección legal. Podemos decir que esto se aplica con relación a los llamados elementos normativos del tipo y la interpretación recibe el nombre de integrativa.

Siguiendo esta línea de pensamiento deberíamos llegar a la conclusión de que propiedad, su voz que tiene un culto en la legislación civil, significa precisamente lo que ésta establece.

¿Pero qué sucede cuando nos encontramos con disposiciones como la del inciso quinto del artículo 173 del Código Penal, o con lo preceptuado en el artículo 181 del mismo cuerpo legal?. En un caso, resulta ser el sujeto activo del delito nada menos que el dueño, y en el otro se protege, además del dominio, la posesión y la simple tenencia. Hay más ejemplos, los que se irán descubriendo con el estudio de las distintas figuras contempladas.

De lo dicho podemos extraer una primera conclusión, convalidada por la experiencia efectuada anteriormente, y es que los derechos protegidos en el título son otros, además de la propiedad stricto sensu, de carácter también real así como obligatorio, es decir derechos personales.

Entonces ¿qué término podría reemplazar a "propiedad", que sea comprensivo de todos los casos? Parecería que patrimonio es más adecuado, dejando de lado las disquisiciones acerca de su definición.

Esto fue señalado por algunos autores, pero no todos se pusieron de acuerdo en la modificación.

La expresión patrimonio podría, a su vez, ser observada, poniéndose de manifiesto que está también integrado por deudas (obligaciones), lo que no es objeto de protección penal. Pero en realidad el patrimonio es una universalidad jurídica, un conjunto de derechos que pueden disminuirse o afectarse; al aumentarse el pasivo de una patrimonio social o individual, se está atacando el haber patrimonial.

Podemos rebatir un argumento con otro, lo que no acaba la cuestión. Todavía podemos resistirnos al cambio y preguntarnos si es necesario que el Código Penal, cuando utiliza vocablos que están definidos en otras ramas del Derecho, los debe conservar estrictamente en su contenido de significación, entroncándose éste con una polémica doctrinal cuyos términos se plantean entre el carácter *constitutivo*, o el momento sancionador, por el otro, del Derecho Penal.

Creemos que la antinomia no existe o por lo menos, se resuelve sin dificultad. El Derecho Penal ofrece u otorga una especial protección a bienes que el Derecho ha recogido como intereses humanos individuales y sociales. De ahí que la antijuricidad esté referida a todo el Derecho; por lo tanto, la protección por el Derecho en general, puede ser común a varias ramas. Sin embargo, la penal es peculiar respecto de las demás y lo es precisamente por su modo de sancionar y sus reglas son específicas; de tal manera, cuando existe un precepto en este sentido, la protección es original e independiente.

Entonces habrá que analizar cuidadosamente si la palabra que denota el concepto ha conservado el significado por decisión del Derecho Penal o ha sido modificado, aún cuando se mantenga el término, como en el caso de "propiedad".

Lo importante es saber que la propiedad protegida penalmente alcanza a otros derechos, lo que no quiere decir que esta modificación afecta la definición de la legislación civil.

Podemos decir aún más. Todavía podemos preguntarnos si acaso no existe en la Ley Fundamental, la Constitución Nacional, la voz propiedad utilizada en amplio sentido, amparando derechos de diversa naturaleza. Efectivamente, se puede sostener, como se lo ha hecho, que el Derecho Penal que jerárquicamente tiene por encima el orden constitucional, cumple con sus mandatos, protegiendo los derechos que integran el concepto de la propiedad por aquél garantizada.

La propiedad, en este sentido, comprende "todo lo que es susceptible de valor económico o apreciable en dinero, sea objeto corporal, sea incorporeal, como un crédito o un inversión, ya se adquiera en manera originaria, ya derivada, es decir por contrato, ley, sentencia", "o una decisión administrativa".

La propiedad, así concebida es personal, y la real deriva de aquella.

Para el constitucionalismo francés existe una propiedad personal respecto de sí mismo, que se proyecta en el trabajo y las acciones a los objetos. Pero la concepción, a pesar de esta formulación, se basa en la libertad personal.

De todos modos, no es cometido de esta clase de delitos tratar el fundamento ético-filosófico del derecho de propiedad, en el sentido del Derecho Constitucional. Como sugerencia se podría agregar a lo expuesto, como lectura complementaria, el *Programme de Cámara* en la parte pertinente a este bien jurídico.

Título VIII: Delitos contra la seguridad común.

La objetividad jurídica de los delitos comprendidos bajo este título del Código Penal reside, desde el punto de vista de la conducta incriminada, en la creación de un peligro para la conservación de los bienes materialmente considerados y las personas (vida y salud más apropiadamente) de un modo indeterminado. Es decir, que los bienes de que se trata, los de cualquiera, los de todos y de cada uno, son expuestos a resultar dañados o destruidos, y suprimida o lesionada la integridad biológica de las personas, como consecuencia de aquella.

Es característica además, la posibilidad de propagación del daño a un número indeterminado —como se dijo— de víctimas.

¿Pero qué es lo que estrictamente se protege? ¿los bienes sobre los que en última instancia recae el efecto de la conducta, avanzando en la causalidad puesta en marcha? Parecería que no, que el objeto de protección, si lo que se crea es un peligro, es como contrapartida de éste, la seguridad que debe reinar en una comunidad regida por el Derecho, que precisamente tiene como finalidad crear las condiciones para "asegurarla", valga la redundancia. Es decir, que una comunidad jurídicamente organizada, brinda protección a los bienes materiales que las personas poseen y, sobre todo, a bienes fundamentales de la existencia, como la vida y la salud, entre otros. Los preserva de la actividad de quienes crean la situación de peligro, tanto en abstracto como en concreto.

La lesión inmediata se produce, precisamente, en lo que podría considerarse una abstracción: en la noción de integridad o intangibilidad, en la incolumidad (estado o calidad de incólume; incólume: sano, sin lesión ni menoscabo), que al Derecho le interesa preservar, reconociendo los intereses individuales y sociales en pro de la comunidad, así como los de cada individuo en particular, cualquiera que fuera.

Si el interés social e individual coinciden en la preservación de sus bienes, lo que se pretende es que estén asegurados o seguros, y dejan de estarlo en el momento en que el peligro los acecha. La seguridad deja de existir con el peligro. No pasa lo mismo con los bienes, que aparecen inmediatamente protegidos.

Concluimos entonces: que la seguridad es el objeto de la protección y que la posibilidad de su lesión se produce por la creación de un peligro: este último es el objeto de la conducta delictiva, de ahí que han dado en llamarse delitos de peligro común (terminología alemana).

El adjetivo común que acompaña tanto a la seguridad como al peligro, correlativamente, alude a la indeterminación de los bienes expuestos en su incolumidad o que

efectivamente resulten lesionados. Como reemplaza a público (Ley 17.567-21.338) para evitar la equivocación de este último término.

El peligro puede presumirse legalmente por el riesgo propio de la actividad realizada, como puede apreciárselo en concreto y en ocasiones deriva de acciones dañosas como, por ejemplo, en la figura prevista en el artículo 148 del Código Penal. Pero siempre el delito consiste en crear peligro, agravándose cuando los bienes mediatamente protegidos resultan lesionados.

La Exposición de motivos del Proyecto de 1891 destaca, precisamente, al peligro como el elemento común tenido en cuenta para agrupar estos delitos.

Título VIII: Delitos contra la tranquilidad pública.

Es necesario aquí, como en los demás casos, profundizar el estudio de los delitos abarcados en el título para poder precisar el bien jurídico protegido.

La categoría que agrupa los delitos bajo la rúbrica *orden público* es de creación relativamente reciente y remonta al Código italiano de 1889. En nuestra legislación, el Proyecto de 1891 incorpora el título.

La innovación fue polémicamente acogida por los autores, recibiendo diversas críticas, a favor y en contra.

Se objetó, por un lado, la autonomía del bien jurídico, considerándose que todas las infracciones penales, directa o indirectamente, afectan el llamado orden público; y por el otro, la dificultad en precisar este concepto, utilizando en otras ramas del Derecho, público y privado, con la misma dificultad para su definición.

Se le asignó un contenido de carácter objetivo a la expresión, haciéndose la referencia a la idea de "orden"... buen orden... el regular desenvolvimiento de la vida civil... (Zanardelli). En la exposición de motivos del Proyecto de 1891 y en la de 1906 se hace mención del orden social o garantías de orden —tesis objetiva— para justificar su inclusión.

A la tesis objetiva, se le suman otras que vislumbran una resonancia en el sentimiento social, que resulta afectado como consecuencia de hechos tales como la instigación pública a cometer delitos, la asociación ilícita, la apología del crimen, la intimidación pública: que si bien no logran la lesión de un bien apreciable materialmente (vida, integridad corporal, propiedad) logran conmover a sus titulares, en forma indeterminada, a la comunidad toda.

El hombre necesita vivir en armonía para la consecución de sus fines. El Derecho establece las reglas de convivencia y las asegura para el logro del bien común e individual.

También se produce en la doctrina la reacción que niega realidad al concepto, haciendo de éste una pura abstracción, una mera creación intelectual, en el plano de lo jurídico.

Señalamos en síntesis, los distintos puntos de vista de un modo simplificado:

a) Se vincula el concepto, como dijimos, al del "buen orden".

b) Al orden, se corresponde el sentimiento, que genera, produce, crea, establece, tanto el aspecto objetivo como el subjetivo).

c) En realidad, es el sentimiento al que se vulnera.

d) No existe el orden público, realmente.

e) Más que el sentimiento, está el derecho a que el sentimiento de seguridad se mantenga incluído: derecho a que no se produzca el sentimiento de temor (variante subjetiva). "El derecho de vivir libre de injustos temores", al decir de Molinario.

El enfoque objetivo destaca la idea de orden y paz; el subjetivo, la tranquilidad: ambos acompañados siempre del adjetivo público o pública.

Quiénes toman en cuenta ambos criterios, como González Roure entre nosotros, mencionan el orden y la tranquilidad como inmediatamente alterados, dando lugar a la zozobra y turbación en los ánimos por el peligro que los acecha, repitiendo las palabras del autor mentado.

La negación considera que el concepto es producto de especulación intelectual, una abstracción. Zerboglio, partidario de esta tesis, critica el "orden público" por su vaguedad e imprecisión y porque las figuras contempladas no se ajustan a su lesión, salvo en el caso de la instigación pública que afecta el orden impuesto por el legislador. Toda de académico, más que positivo, agrupa con ese criterio una categoría.

Es interesante la cita que Zerboglio hace en su libro "Delitti contro l'ordine pubblico" recogiendo la opinión doctrinal de los autores respecto de esta clase de delitos. Mori, Puccioni, Passina, Wautrain-Cavagnari, Impallomeni, De Rubels, Ranelli, son los mencionados, que en un caso critican la expresión y sostienen la tesis objetiva, en otro se inclinan por la subjetiva, y también están los que consideran ambos aspectos en la búsqueda de dar un contenido a la rúbrica.

Debemos tener en cuenta que la Ley 17.567 cambia orden público por tranquilidad pública (el Código Toscano trae delitos contra la tranquilidad pública), volviéndose con la 20.509 al régimen anterior, y nuevamente es modificado por la Ley 21.338 que retoma el camino de la citada Ley 17.567.

El título actual, entonces, "tranquilidad pública" se enrolaría en la tesis subjetiva, lo que parece adecuado analizando los preceptos que se contemplan. El orden establecido no resulta lesionado, sí, en cambio, el sentimiento de cada uno y de todos los integrantes de la comunidad, que se conmociona al ver expuesta la incolumidad de sus bienes (ánima social), como consecuencia inmediata de las conductas que describen las figuras de la asociación ilícita, la instigación pública a cometer delitos, la intimidación pública, la apología del crimen.

Título IX: Delitos contra la seguridad de la Nación.

Este título tiene como figura principal el delito de traición.

La objetividad jurídica contemplada presupone una comunidad jurídica y políticamente organizada: el Estado. El Estado tiene como elementos: el territorio, la población y el poder. Genera relaciones con sus súbditos regidas por el imperium, y con otros Estados, por la soberanía.

Se han utilizado las expresiones nación y patria, pero en un sentido restringido referido a una comunidad organizada jurídica y políticamente.

Las conductas previstas como delito atentan contra la seguridad de la nación, es decir, que crean un peligro para la conservación de la existencia del estado como ente soberano e independiente de los otros poderes constituidos en el contexto internacional.

En este mismo sentido se legisla bajo el mismo título, en su segundo capítulo, sobre delitos que atentan contra la paz y la dignidad de la nación.

El Estado obedece a una noción moderna, pero las figuras incriminadas no lo son.

Históricamente, si bien se diferenció entre peduello y majesta, en la evolución de esta clase de infracciones no se tardó en confundirlas. El atentado contra una comunidad organizada así como contra el órgano que decantaba el poder: el príncipe o el rey, fue considerado traición. Es decir que fueron considerados traición los actos dirigidos contra la autoridad, en su relación con sus súbditos.

Con el correr del tiempo se fueron ampliando las conductas incriminadas, que eran consideradas como las de mayor gravedad y castigadas severamente, a punto tal, que llegado el S. XVIII, con la reacción al despotismo y la filosofía del iluminismo, se produjo una concepción que miró con benignidad al delincuente político viéndolo como un derecho a la resistencia a la opresión.

Pero no es materia de esta clase desarrollar la teoría de los delitos políticos, lo que requiere un análisis más detenido.

Sin embargo, no podemos dejar de recordar que Carrara dedica una clase a explicar porque no trató de los delitos políticos, en el último capítulo de su magnífica obra. Su concepción, que parte de principios absolutos, se enfrenta a la variabilidad de criterios.

cuando el fundamento es la política; y concluye, que la política y la justicia, no han nacido hermanas.

Florian dice, entre otros, que una teoría de los delitos políticos no debe hacerse desde el punto de vista del despotismo o, mejor dicho, tomando en cuenta el despotismo, sino que debe desarrollarse desde dentro de un sistema jurídico determinado: del Estado democrático.

La cuestión fundamental en nuestro Derecho versa en torno a si el delito de traición debe ser considerado político, teniéndose en cuenta especialmente lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional que excluye la aplicación de la pena de muerte por causa política.

Sobre este punto no existe coincidencia de opiniones en la doctrina.

En un caso se considera que la traición no es delito político. En consecuencia no es alcanzada por la limitación constitucional del artículo 18. La otra postura considera que sí lo es, y por ende no puede penarse con la muerte.

Tejedor, en su proyecto, se ocupa de diferenciar a los crímenes contra la "cosa pública" de los crímenes políticos. Así como, de analizar la "naturaleza e inmoralidad" de los crímenes políticos, afirmando que las diferencias que existen en esos aspectos con los crímenes comunes "no restringe el derecho que tiene la sociedad a castigarlos, aunque debe admitirse algunas distinciones sobre la clase y el modo de castigarlos." En virtud de estos principios la C.N. establece la limitación del artículo 18 en cuanto a la aplicación de la pena de muerte y "en los crímenes de fuero nacional que no revisten el carácter de traición, la ley de septiembre de 1863, no aplica sino la pena de extrañamiento con otras secundarias (Arts. 14 y siguientes)".

Esta cita parecería dar fundamento a la postura de que éstos atentan contra el orden político.

Rodrigo Moreno, no quita el carácter de político al delito de traición, sin embargo, reconoce que ese carácter es de una clase especial. La diferencia la hace, de los casos en que se mira con benignidad a los delincuentes políticos, diciendo Moreno, que existen distintas clases de delincuentes políticos, "lo que conviene acentuar, sobre todo después de sostenerse que los sesos del delito de traición están comprendidos entre aquéllos."

Gómez se inclina por la tesis que quita el carácter de político al delito de traición.

Kelar, luego de presentar el problema, se inclina, en cambio, a considerar también delito político a la traición, por razones históricas, universales y particulares, así como de nuestra legislación. Lo cita a Rivarola e invoca al Tratado de Montevideo, que excluye de la extradición a "Los delitos políticos y todos aquéllos que atañen a la seguridad interna o externa de un Estado".

Es accesorio apuntar otra característica del delito de traición y es que su concepto presupone la guerra.

La Constitución Nacional define a la traición y establece su concepto a modo de garantía. Y de este concepto deriva lo anteriormente afirmado en cuanto a la guerra. Efectivamente, en el artículo 103 se dispone: "La traición contra la nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ellas, o en unirse a sus enemigos prestandoles

ayuda y socorro. . .". La Ley 17.567 adecua el texto legal previsto en el Código Penal al texto constitucional, ya que el anterior no lo hacía exactamente como surge del estudio de la figura en cuestión. (La ley 21.388 vuelve al régimen de la 17.567).

En los delitos contra la paz y la dignidad de la nación se protege la seguridad de la nación también en sus relaciones externas. Los hechos que atentan contra la paz en las relaciones con otros Estados y contra el cumplimiento de los compromisos contraídos frente a aquéllos, pueden acentar la guerra, y ésta afecta la seguridad exterior, atenta contra la conservación del estado; contra su soberanía.

Título X: Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.

El carácter político de esta categoría de infracciones no es discutido. Repetimos aquí lo dicho anteriormente respecto a los delitos políticos y el desarrollo de la teoría a su respecto.

Nos limitaremos a decir que desde el punto de vista de la objetividad jurídica lo protegido es: la comunidad jurídica y políticamente organizada en su orden interno.

La comunidad política al organizarse jurídicamente establece un conjunto de normas que regulan la actividad interna de un Estado; prevé el modo en que debe ser ejercido el poder en cumplimiento de sus fines, garantizando al mismo tiempo los derechos fijados en favor de los ciudadanos, así como el cumplimiento de las obligaciones impuestas para asegurar ese orden.

Se puede atentar contra el orden constitucional atacándose las instituciones o buscando sustituirse en los órganos de poder por la fuerza, fuera del marco jurídico constitucionalmente previsto.

En síntesis, lo protegido es: "la estabilidad y el libre y regular funcionamiento de los poderes públicos, y el mantenimiento y la observancia del orden constitucional, por medio de adecuadas medidas represivas" (González Rouss).

Título XI: Delitos contra la Administración Pública.

La administración pública no es estrictamente un bien jurídico.

Su concepto gira en torno a intereses sociales e individuales, respecto del desenvolvimiento de la función pública.

La actividad de gobierno y la puesta en marcha de una comunidad jurídica y políticamente organizada requieren hombres e instituciones para su funcionamiento, o dicho de otro modo, se basa en la actividad de hombres en instituciones, que en función del Derecho o bajo la regulación del Derecho, se crean y desarrollan para el cumplimiento de los fines estatales. Estos fines preocupan tanto el interés de la sociedad como el de los individuos —ya que en sociedad aspira el individuo el logro de sus fines individuales— en que la función pública se cumpla con honestidad y eficacia, conforme las regulaciones del Derecho, sea desde el punto de vista de la moral como el de la práctica.

Los distintos autores definen este bien haciendo referencia al normal, ordenado, legal y decoroso desenvolvimiento de la función administrativa, esta última en sentido lato. Se protege el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos, de probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad, fidelidad, que se traducen en el desempeño de su labor. Labor que se pretende ordenada, decorosa y eficaz; protegiéndose asimismo la seguridad y libertad que el ejercicio de la actividad pública administrativa requiere, mediante el respeto recíproco en las relaciones recíprocas que se generan entre la Administración y los particulares.

Debemos decir además, que la administración pública como bien jurídico penal, tiene un sentido más amplio que la noción estricta que le atribuye el Derecho Administrativo, comprendiendo la función legislativa y la jurisdiccional, además de la ejecutiva o puramente administrativa. Algunas legislaciones separan la categoría de delitos contra la administración de justicia, de este grupo de infracciones, en un título independiente.

Título XII: Delitos contra la fe pública.

El bien jurídico que en último término aparece legislado en nuestro Código Penal es difícil de precisar.

Es necesario clarificar la noción de fe pública para descubrir el contenido esencial que encierra este concepto.

De la lectura de los distintos tipos delictivos previstos se desprende un elemento común. Ese elemento es la falsedad.

La falsedad como la violencia son elementos que integran el concepto legal de varios delitos agrupados en diferentes títulos del Código Penal. Así, aparece en los fraudes, en el falso testimonio, en la alteración del estado civil, etc. Y falsedad significa cesar las condiciones para que la realidad aparezca modificada de modo tal que se genere sobre la base de la modificación, un juicio erróneo; se produzca un engaño. Y del engaño puedan derivarse consecuencias perjudiciales. Cuando esto sucede, cuando mediante la falsedad peligran otros intereses, al Derecho le interesa su incriminación como modo de proteger aquéllos.

La falsedad puede adoptar dos formas, según se oponga al concepto de autenticidad o al de veracidad.

La autenticidad depende de ciertos signos exteriores o la intervención de ciertos funcionarios públicos con el cumplimiento de las formalidades legalmente establecida (moneda, escrituras públicas). La veracidad depende de la verdad de las declaraciones, por lo que veracidad se opone a mendacidad.

La falsedad puede inducir a engaño a una persona determinada como a un indeterminado número de personas. En este último caso se afecta la confianza pública, el crédito de los demás.

El engaño en un número indeterminado de personas puede producirse, cuando existe una entidad que despierta el crédito o la confianza en la comunidad. Y ésto es producto de las relaciones jurídicas entre los hombres, que se suscitan en la vida en sociedad. Estas relaciones exigen que se atribuya valor probatorio a determinados signos u objetos o a declaraciones escritas producto de manifestaciones de voluntad. Haciendo que esos signos u objetos y declaraciones no se correspondan con la realidad se puede propegar un engaño.

En consecuencia, la conducta delictiva debe recaer sobre aquello que da autenticidad y veracidad: objetos y declaraciones que suscitan el crédito de los demás fundándose en signos exteriores o en la práctica de la vida de relación en comunidad.

En definitiva, la entidad que genera el crédito en los demás son los medios de prueba. Por lo tanto la conducta que se considera delictiva, debe atender contra la autenticidad y la veracidad de los medios probatorios. Pero no se trata de medios probatorios destinados a hacerlos valer en el proceso sino, que puedan servir de prueba.

La creación de esta categoría de delitos se atribuye a Filangieri, y desde ese momento en más, el criterio fue evolucionando, produciéndose variantes en la opinión de los autores.

Carrara y Pesina hacen de la fe pública una consecuencia derivada del acto de autoridad ("la fe sancionada por el Estado" dice Pesina).

Pero List y Binding principalmente, limitaron el concepto al ámbito de los medios de prueba y los signos de autenticación. Carnelutti, también lo hace en este sentido.

La limitación apuntada parece razonable, porque si bien es cierto que la sociedad o el Estado con la finalidad protectora de diversos intereses sociales e individuales, dota a ciertos objetos de signos que garantizan su autenticidad, lo mismo respecto de ciertas declaraciones; también es cierto que la fe pública surge de una necesidad de la vida de relación entre los hombres que viven en comunidad, que exige la buena fe, la falta de mendacidad.

Pero la fe pública no se protege únicamente por sí misma; no es la pura falsedad el objeto de protección. Entender lo contrario ha llevado a algunos autores a la negación del concepto.

La autenticidad y la veracidad no tienen vida propia sino que van acompañadas del peligro de lesión a otros bienes, para que merezcan la protección del Derecho.

Si no existe la posibilidad de lesión a otros bienes simultáneamente, la objetividad jurídica carecería de sustento lógico y ontológico. Sería una infracción meramente

formal. Se convertiría el delito en la lesión a un concepto. Falsificar una escritura pública es delito, como el propio artículo 293 del Código Penal lo establece, cuando la "mentira" recae sobre algún elemento de conocimiento que el documento está destinado a probar, y la potencialidad del perjuicio que la figura requiere demuestra que es un requisito esencial para que una falsedad sea delito. En el caso de la falsificación de moneda se protege además el interés del Estado en la regularidad de la circulación monetaria, etc.

En todos los casos sucede lo mismo, se descubre otro interés en la protección jurídica penal. En consecuencia, la pura falsedad no es objeto de protección, la fe pública: la confianza que en las relaciones humanas resulta protegida, se lesiona cuando la ofensa coincide con el peligro a los otros intereses inmediatamente protegidos al mismo tiempo que aquella.

Esto nos lleva a afirmar que la fe pública se justifica como bien independientemente considerado, en la medida que la vida de relación en una comunidad requiere se asegure el valor de ciertos objetos y declaraciones que se vinculan directamente con otros intereses, individuales y sociales, que mediante la incriminación de la falsedad o la falsificación de aquéllos, en definitiva se busca proteger.

Se trata de delitos plurioferivos.

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

Por José Ignacio Garza

1) CONCEPTO Y NATURALEZA

1. Desde el punto de vista del idioma común "acción" es el efecto de hacer, de obrar, traduciendo la existencia de un estado de movimiento físico. Este "hacer" humano puede fácilmente conectarse con el concepto jurídico de "acción" si pensamos que, antes del desarrollo de la ciencia jurídica, era el único medio práctico de realización del derecho para el hombre mediante su movimiento físico, su obrar, gencia por sí los actos necesarios para lograr una justicia individual que comprendía tanto el derecho a la reparación —derecho subjetivo— como el de hacer lo necesario para obtener aquella —derecho formal—. Con el avance de la organización social este derecho de hacer se trasladó paulatinamente a la comunidad que, como contraprestación, reconoce al individuo no ya la facultad de hacerse justicia por propia mano sino la de pedirlo ante los órganos que la misma sociedad constituye para la aplicación de una más justa administración del derecho. Es decir, todo hecho de consecuencias jurídicas que afecte a un tercero hace nacer dos acciones: por un lado el derecho a ser reparado, por el otro, el derecho a usar las vías materiales necesarias para obtener esa reparación.

De allí nace la diferencia con que el derecho procesal distingue la acción del derecho subjetivo privado, dirigida contra el obligado quien debe satisfacerla con su acción u omisión, de la acción propiamente dicha que está dirigida contra el Estado para que ponga la tutela jurídica mediante una sentencia favorable a los intereses del peticionario u del accionante, convirtiendo a esta en una institución de naturaleza pública a partir de las teorías de Piero Calamandrei. Es sobre esta acción, ubicada dentro del campo del derecho procesal que el Código Penal, por razones prácticas, establece la regulación de los arts. 71 a 76, dejando para la otra las prescripciones de los arts. 59 a 63 y 67.

En la esfera del derecho civil todavía está en discusión la naturaleza de la acción discutiéndose aún en el derecho procesal civil si es un derecho de promover la actuación jurisdiccional, o el derecho-medio encaminado a resolver el conflicto entre las partes, o una relación contradictoria entre estas y el órgano jurisdiccional. En el campo penal el problema se manifiesta más agudo ante la existencia de la acción pública que reconoce al Estado la facultad de accionar en nombre de la comunidad y el interés social con lo que, salvo las excepciones que la misma ley contempla, desaparece el actor particular único titular en el derecho civil, para poner a disposición del juez la potestad de investigar y perseguir, confundándose en un solo sujeto los conceptos de acción y de jurisdicción (E.J. Ornela, "Acción Penal", I, 240).

2. De los estudios sobre el tema han surgido las definiciones que dan cuenta de la evolución que el concepto tuvo desde el origen de las investigaciones acerca de su naturaleza. Chiovenda, aceptando la polémica desatada en Alemania en el siglo pasado, define la acción como el poder jurídico concreto de dar vida a la condición para que se cumpla la actuación de la voluntad de la ley. Calamandrei avanza sobre el anterior al

Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguilar Chaves.

destacar que se ejerce respecto del Estado y no del adversario. Modernamente, por obra de los autores italianos, no se limita el ejercicio de la acción a aquellos a los que asiste un derecho subjetivo privado sino que se lo extiende a considerarlo como un derecho cívico, llegándose a Couture para el que la acción integra la estructura misma del derecho y tiene su raíz en el derecho constitucional de peticionar. En nuestro país, Albizu la define como un derecho subjetivo público que el ciudadano tiene contra el Estado para obtener de este la tutela de un derecho que se le solicita (Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, I, 186) y Podetti como el elemento activo del derecho material que corresponde a su titular (Teoría y técnica del proceso civil, Pág. 136); finalmente, Carlos la resume como el derecho a la jurisdicción (Enc. Jur. Omeba I, 210).

3. La estructuración en tipos del Derecho Penal hizo necesario adecuar aquellos conceptos al campo estrictamente punitivo con lo que la acción aparece entonces relacionada con las posibilidades de punición a un sujeto determinado. Así Alcalá Zamora y Castillo sostienen que es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la posibilidad de hechos que el titular reputa constitutivos de delitos (Derecho Procesal Penal, 1945); Beling la describe como el derecho contra el Estado para que este ejerza su actividad conforme con los presupuestos procesales pero haciendo la diferencia entre el derecho de acción y las condiciones de punibilidad (Derecho Procesal Penal, Córdoba 1943, 20/21); Óderigo, luego de atribuir al Estado el derecho de someter al delincuente al cumplimiento de la pena advierte sobre la de una pretensión punitiva que recién será concretada con la sentencia condenatoria en un derecho subjetivo del Estado (Derecho Procesal Penal, 1973 Pág. 4) de donde se concluye que la acción "no es sino el derecho a reclamar del órgano jurisdiccional su actividad específica para que se declare el derecho del Estado a someter al sujeto que ha violado una norma concreta, a la pena que, dentro de los límites previstos por esa norma, se le imponga" (Argibay Molina y otros, Derecho Penal, II, 397). En forma similar, es decir, poniendo la titularidad de la acción en cabeza del Estado y definiéndola como el derecho de este a sancionar al delincuente se expresan Nuñez (Derecho Penal Argentino, II, 127 y sics.) y Soler (Derecho Penal Argentino, II, 497) con la única diferencia que este último estima, con fundamento en el principio de la tipicidad, que hay tantas acciones como figuras penales integran un orden jurídico conformando una serie cerrada de potestades punitivas, pues, de otro modo, se estaría confundiendo el concepto de acción que es jurídico con el concepto político de imperio.

Sin embargo, esta naturaleza procesal de la acción que tratamos no aparece aún suficientemente delimitada pues según algunos autores todo lo referido a la acción penal como condición de punibilidad integra el derecho de fondo, por lo que, pese a su apariencia procesal, en nuestro derecho positivo es al Código Penal que pertenece el campo de su regulación mientras quedan dentro de la esfera del derecho de forma aquellas materias que si bien le son ajenas no integran su concepción material, como ser la estructuración de los organismos encargados de su promoción y la regulación de las formas procesales para que la acción pueda ser hecha valer concretamente. Así lo piensan entre otros Nuñez (op. cit. pag. 498) y Fontán Balceira (Tratado de Derecho Penal, III, 441), mientras que otra parte de la doctrina, invocando argumentos históricos y científicos, sostiene el carácter exclusivamente procesal de la acción pese a su inclusión en el Código Penal por razones de oportunidad y conveniencia (Argibay Molina, op. cit. Pág. 401).

III) ESTRUCTURA DE LA ACCION EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO

Se ha puesto antes en evidencia el carácter público de la acción y, con la excepción de Soler, su particularidad de "única". Ahora bien, cualquiera sea su naturaleza no debe confundirse esta con el ejercicio representado de la acción pues

una cosa es su esencia y otra son las condiciones materiales de su ejercicio, impuestas como autolimitación del mismo Estado-titular de acuerdo al distinto interés que tenga en ejercitar el "derecho de castigar".

Desde ese prisma, la ley divide la acción en "pública" y "privada", cuando el titular de su ejercicio sea el Estado a través de sus órganos competentes o el particular ofendido. A su vez, la primera puede subdividirse en "oficiosa" y "dependiente de instancia privada", lo que no la convierte en privada según de quien sea el impulso inicial de su ejercicio.

III) ACCION PUBLICA

1. El art. 71 del Código Penal establece la oficiosidad como regla, conteniendo los arts. 72 y 73 las excepciones taxativas referidas a la acción cuyo ejercicio depende del impulso del ofendido y a la que está totalmente sujeta durante todo su ejercicio a la voluntad del particular, respectivamente.

Acompañado el ejercicio de la acción pública se ubican los principios inherentes a ella llamados de legalidad y de indivisibilidad. Por el primero se entiende la obligatoriedad del Estado a satisfacer siempre su pretensión punitiva importando la prohibición de fijar conveniencias u oportunidades para ello. Por el segundo, se impone esta obligatoriedad a todas las personas o sujetos del delito y a todas las conductas vinculadas con el ilícito que motivara la actuación jurisdiccional, para evitar una violación al principio "non bis in idem".

2. Como se adelantara, el único titular de la acción es el Estado, no pudiéndolo ser los particulares —para quienes la ley deja, en algunos casos y cuando tuvieran algo que ocultar, la opción de impulsar la actividad estatal mediante la acción pública pero dependiente de instancia privada—, por medio del Ministerio Público y aún del propio Juez quienes ante la presencia del delito o de su autor o autores no pueden dejar de actuar según lo prescribe el verbo imperativo del art. 71.— Sin embargo, en algunos casos, es necesario un pronunciamiento previo de raíz constitucional para que la pretensión punitiva pueda ejercitarse como es el caso del desafuero, el juicio político o el "jury" de enjuiciamiento para magistrados, cuya esencia y naturaleza se encuentran fuera del concepto de acción apuntando, más bien, a la procedibilidad de su ejercicio basada en un principio constitucional protector de la función, que funciona de igual forma que la sentencia civil de divorcio en el caso de la acción privada de adulterio.

3. Párrafo aparte merece un comentario la llamada "acción popular" que ha dejado de pertenecer a nuestro sistema penal positivo, cuyo ejercicio le estaba reconocido a todos los ciudadanos, aunque no hayan sido perjudicados u ofendidos por el delito. Proveniente de la ley de enjuiciamiento española de 1882, motivó un amplio debate doctrinario sobre su conveniencia pero las cada vez más amplias y fuertes corrientes penales y procesales modernas que tienden a limitar las facultades de los particulares en el ejercicio de la acción como a imposibilitar su actuación en el proceso penal como parte, y la posibilidad de que su ejercicio se deforme con el uso o por los intereses particulares en juego, han hecho que este tipo de acción vaya desapareciendo aún de las legislaciones positivas que, como la española, la habían tenido en cuenta como medio de controlar los eventuales abusos o negligencias de los órganos jurisdiccionales.

IV) ACCIÓN PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA

1. Hemos dicho antes que en algunos casos el Estado deja en manos de los particulares la opción para iniciar la acción, casos en que sobre la voluntad de la pretensión punitiva se alcañena el derecho de guardar dentro de la esfera de intimidad

ciertos hechos que podría ocasionar vergüenza o que, por su naturaleza, no son de interés perseguir por razones de política criminal mientras no se exprese concretamente la voluntad del ofendido o de quien lo represente mediante el acto de la denuncia impulsora de la acción. Aquí entonces aparece el principio de oportunidad –contrario al de legalidad visto en la acción pública propiamente dicha– pues deja en manos de la parte la deliberación y elección de iniciarla pero, ejercida la opción, renace su ejercicio como acción pública con todas sus características excepto en lo que concierne a la indivisibilidad real, pues deberá perseguir solamente aquellos hechos por los que el ofendido hubiera optado.

2. Tradicionalmente este tipo de ejercicio de la acción estaba reservado para ciertos delitos contra la honestidad (violación, estupro, rapto y abuso deshonesto) los que, por su naturaleza, motivaban el choque entre el interés de investigar y castigar infracciones graves como las mencionadas y el interés por proteger el derecho a la intimidad de la víctima. –La reforma de la ley 17.567 y posteriormente la de la ley 21.338 la extendieron a otras infracciones con lo que se amplió el concepto tradicional para abarcar casos de practicidad ya sea por el distinto grado de interés en la falta por parte de la sociedad –que antes estaba reservado a las acciones privadas– como por razones estrictamente funcionales. Así y dentro del primer supuesto, aparecieron la violación de domicilio (art. 72 inc. 3º) y la involencia fraudulenta (art. 72 inc. 4º), como antes las amenazas del art. 149 bis, mientras que fundado en la gran cantidad de casos y la necesidad de desahogar de una pesada tarea a los tribunales, las lesiones leves dolosas o culposas (arts. 89 y 94).

3. En todos estos casos el titular de la opción es el agraviado o su tutor, guardador o representante legal que deberá hacerlo por alguna de las vías que establece para ello la ley procesal y sin orden de prelación establecida. Sin embargo en algunos la regla sufre la consabida excepción cuando la incapacidad del agraviado no se encuentra cubierta por la existencia de un representante, en los casos de abandono y cuando sea el mismo representante, en los casos de abandono y cuando sea el mismo representante quien haya ofendido a la víctima, pues allí el Estado resume el ejercicio de la acción que le compete ante la imposibilidad del incapaz de optar válidamente. Por ello no puede instar el menor aunque sea adulto, pero sí el emancipado quien no necesita de autorización para estar en juicio criminal (Nuñez, op. cit. II, 133) y aún el inhabilitado mayor de edad al ser la instancia un derecho inherente a la persona del ofendido. También, y para el caso de las lesiones, regía la regla de la oficiación cuando median razones de seguridad o interés público, que no significa otra cosa que exceptuar aquellos casos en que haya habido riesgo o daño a la generalidad de la comunidad.

La instancia no tiene un término fijado por lo que podrá ser ejercida en tanto y en cuanto la acción, como derecho subjetivo del ofendido, no se haya prescrito en los términos del art. 62 del Código Penal.

Se ha planteado el problema de los procesos por delitos de instancia privada en los que no haya sido ejercida. Las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales no son pacíficas pues desde Nuñez (op. cit. II, 144) que sostiene que su ausencia produce el efecto procesal de impedir la formación de la causa criminal siguiendo el criterio de los tribunales superiores de Córdoba y Tucumán se llega al criterio amplio de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el sentido de que estando puesta la limitación en beneficio de la víctima no puede prevalecer de ella el imputado para invocar una realidad, postura mantenida por todos los tribunales inferiores de ese estado.

En cuanto al concurso entre delitos de acción pública y delitos de instancia privada, no obstante la relación concursal que tengan, corren independientemente sin que el primero excluya la necesidad de instar la acción del segundo y correrá la suerte de este cuando se encuentren tan íntimamente ligados que su persecución involucre la publicidad del hecho sometido al resguardo de la instancia, al decir de Nuñez.

V) ACCIÓN PRIVADA

1. El Código prevé también los delitos de acción privada donde la titularidad de la acción compete exclusivamente al ofendido pues atiende al interés que tenga en la represión del caso concreto ya que, objetivamente, la acción no deja de ser delito si bien, como se ve, sometido al mero interés de la parte. Esta interpretación, contraria a la tesis de Soler para quien pareciera que mientras no hay acción privada no hay lesión, surge del mismo texto legal (art. 73) al prescribir: "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos...".

2. El particular, ya sea por sí o por medio de su guardador o representante legal si aquel es incapaz (art. 76), es quien tiene que iniciarla y seguirla hasta la total concreción de los objetivos que persegue mediante el proceso, es decir, hasta la sentencia, pues su inercia demostrará la voluntad de extinguirla, dentro de lo que se inscriben las facultades previstas en el segundo párrafo del art. 74. Por ello dejan de tener vigencia en esta acción los principios antes vistos de legalidad y de indivisibilidad que se mantiene parcialmente en el caso de adulterio (art. 74 C.P.) pero en razón de la naturaleza que, con relación a la co-autoría, tiene la figura del art. 118.

Pertencen a esta categoría las acciones que surgen del adulterio, las calumnias e injurias, la violación de secretos excepto en los casos de los arts. 154 y 157, la concurrencia deudal y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuese el cónyuge.

3. La competencia exclusiva del ofendido en la promoción y prosecución de la acción tiene su excepción referida a la nacida por el delito de calumnias e injurias en la reforma de la ley 18.953, reimplantada por la ley 21.338, que se fundamenta según la Exposición de Motivos en la necesidad de evitar la inercia de los funcionarios para eludir investigaciones acerca de su conducta.

Finalmente, creo necesario destacar que por ser la acción privada un derecho personal no es transmisible a los herederos salvo el caso del primer párrafo del art. 73 que es aplicable en tanto y en cuanto la ofensa no haya sido hecha a una persona ya muerta (C. Crim. y Conc. Cap. Fed., en pleno, 17/12/72 "Romay Alejandro").

LA VERDAD Y EL HONOR

Por José María Ogeiza *

"La verdad a nadie puede ofender". "Estoy tranquilo porque digo la verdad". "Si digo la verdad tengo derecho a hablar".

Afirmaciones de este tipo están en boca de muchas personas. Se encuentra muy generalizada la idea de que sólo es incorrecto mentir. Pero no es así: la verdad muchas veces ofende; decir la verdad no siempre está justificado; y bien se puede cometer delito contra el honor sin perder apego a la realidad.

La regla es que el honor está por encima de la verdad y únicamente por excepción ésta se antepone al honor ⁽¹⁾. Sólo en contados casos la verdad prima sobre el sobre el honor.

Enrrea Soler (t. III, p. 218) que deshonrar (una de las dos formas de injuriar del art. 110 del C. Penal) es delito lesivo de la autovaloración del honor, con independencia de que se trate o no de la imputación de algo verdadero. Añade más adelante (pag. 225) que la ley no quiere acordar patentes de censores de la vida ajena.

Fontán Balestra (t. IV, p. 457) dice también que carece de significado a los efectos de la configuración del delito que la calidad o conducta atribuida sea verdadera o falsa. También al abordar específicamente la acción de deshonrar afirma (p. 429) que es injuria la atribución de un hecho cierto.

Quizá lo único que se podría objetar de la opinión de ambos tratadistas es el haber limitado la cuestión a la lesión del honor subjetivo, cuando es posible también, a mi juicio, afectar indebidamente la reputación con hechos ciertos. O sea, que se puede desacreditar diciendo la verdad y, salvo casos de excepción que luego analizaremos, el autor de la versión difamatoria incurrió en una injuria punible sin posibilidad de probar que su imputación se basaba en un hecho cierto.

Juan P. Ramos ("Los delitos contra el honor", edición actualizada por Eduardo Agustín Oberrio) sostiene precisamente que está reprimida la imputación a una persona de la comisión de hechos inmorales aunque sean verdaderos (p. 20), así como la divulgación de ciertos hechos, cualidades o estados que no impliquen una ofensa directa al sentimiento del honor (p. 21), porque afectan la reputación (p. 22).

(1) Con relación al art. 109 del C. Penal traté esta regla en "La prueba de la verdad de la imputación y el delito de calumnias" en *Jurisprudencia Argentina, Serie Contemporánea*, Buenos Aires, 1978, p. 884.

Como explica Ramos (p. 127) a veces se ha resuelto el punto aludiendo innecesariamente a la existencia de "animus injuriandi" para condenar al que difunde sin razón validera un hecho que deshonra o desacredita.⁽¹²⁾

Sobre la defensa a ultranza de la verdad, se han pronunciado tratadistas de fuera. Florian ("La teoria psicologica della diffamazione". 2a. edic., Turin, 1927, p. 110) sostuvo que la ley no debe tutelar el honor como un bien jurídico, sino cuando corresponde al valor moral de la persona. Y Bernardino Alimena ("Enciclopedia del Diritto penale italiano", t. 9, p. 762) propuso no considerar delictiva la propalación útil de la verdad, cualquiera sea el fin que el agente se proponga.

Ramos, que reproduce estas opiniones, piensa con razón que resultaría peligroso considerar no punible la injuria o la difamación sobre la base de su utilidad social, en razón de la incertidumbre de su valoración (p. 111); el difamador se engaña, agrega, en juez la ponderación moral y social de los actos ajenos (p. 132). Al tratar concretamente la teoría de Alimena, la tilda de inconsistente y antisocial, a pesar de su apariencia tuitiva de lo social, considerando que se presta para desacreditar comercialmente a un competidor por un hecho inmoral concerniente a su vida privada.

En definitiva, no sólo no ha prosperado la admisión de las imputaciones injuriosas basadas en hechos reales sino que incluso cuando se permite probar la verdad de la imputación en los casos del art. 111 del C. Penal no se acuerda la exención de pena a quien actuó por deseo de ofender o con espíritu de maledicencia.

Entonces el honor está por encima de la verdad y, cuando se permite probar, ésta sólo beneficia al autor de la especie que deshonra o desacredita si no estuvo movido por un interés mezquino, si está ausente el "animus injuriandi".

¿En qué casos se puede probar la verdad de la imputación?

1) El querrelado por el delito de calumnia puede probar la verdad de la imputación siempre que el delito que fundamentó su imputación sea de acción pública o, tratándose de un delito de instancia privada o de acción privada, que la acción correspondiente hubiera sido promovido por su titular. (Arts. 109 y 111 C. Penal).

La forma más clara de explicar el sistema es poniendo ejemplos:

a) Juan imputa a Pedro la comisión de un hurto, un robo, un atentado a la autoridad o cualquier otro delito de acción pública. Si Pedro promueve querrela criminal contra Juan por considerarlo autor de calumnia, Juan está habilitado para acreditar que su imputación es veraz y no falsa, aportando pruebas sobre la participación delictiva de Pedro en el hurto, el robo o el delito que concretamente le había atribuido.

b) Juan imputa a Pedro una violación o cualquier otro delito doloso de los enumerados en el art. 73 del C. Penal. Aunque Pedro lo querrela criminalmente por calumnia, Juan no puede aportar prueba de la violación, esétera, si la víctima o sus representantes legales no promovieron la acción dependiente de instancia privada.

(12) Aunque excede el tema de este trabajo, preciso es tener presente que hoy día en doctrina hay consenso en el sentido de que el delito de injuria no requiere "animus injuriandi"; que no es preciso deshonrar o desacreditar con el específico propósito de ofender; basta el dolo y se admite incluso que alcance el dolo eventual. Sin embargo, no deja de mencionarse en los fallos judiciales el "animus injuriandi", ora para aludir a un plus que torna incuestionable la condena, ora, inversamente, para fundamentar la absolución de quien debería ser condenado por haber tenido conciencia del carácter ofensivo de su imputación o para arrojar a una exoneración de responsabilidad penal que debía haberse explicado de otra modo (por ejemplo, existencia de una causa de justificación como el ejercicio de un derecho, etc.).

c) Juan imputa a Pedro adulterio o cualquier otro delito especificado en el art. 73 del C. Penal. Si Pedro lo querrela por calumnia, Juan no puede probar el adulterio, la concurrencia deusal, etcétera, si el ofendido por el delito de acción privada no promovió la acción penal.

La limitación es lógica. Porque si se deja en manos del ofendido la decisión de impulsar la investigación del delito cometido en su perjuicio, no es posible que para probar la verdad de la imputación se permita al querrelado por calumnia demostrar la existencia de aquel delito. De lo contrario, una mujer violada que prefirió callar para evitar el llamado estrépido del foro se vería obligada a soportar un proceso penal con el exclusivo fin de que el supuesto calumniador demuestre que efectivamente la violación se había cometido. Y el cónyuge ofendido por el delito de adulterio, vería ventilarse la infidelidad conyugal que optó por silenciar o perdonar.

La veda probatoria para el acusado de calumnia por haber atribuido a otra persona delitos de instancia privada o acción privada, resalta un interrogante: ¿Puede ser condenado alguien como autor de calumnia sin haberle permitido probar que la imputación de delito doloso no era falsa? Sostuve⁽²⁾, y lo sigo pensando, que ningún juez puede considerar falsa una imputación si está prohibido probar su veracidad. Claro está que siendo la calumnia una forma agravada de injuria, el destinatario de la imputación tiene la facultad de promover subsidiariamente la acción penal por infracción al art. 110 del C. Penal.

2) El querrelado por el delito de injuria tiene derecho a probar la verdad de la imputación cuando la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público y actual (art. 111, inciso 1, del C. Penal).

El derecho es orden. La defensa a ultranza del honor cede para que cualquiera pueda dar a conocer hechos o circunstancias cuyo conocimiento resulte positivo, conveniente, aunque eventualmente puedan deshonrar o desacreditar a alguien. Prevalence el interés del Estado (Soler, III, p. 228), de todo el pueblo, de una comunidad regional determinada (Núñez, IV, p. 101).

Pero además de público el interés tiene que ser actual, no histórico (Cámara del Crimen de la Capital, Sala VI, causa "Bald, J." del 28-8-930, publicado en La Ley, t. 141, ejemplar del 31-3-71, y El Derecho, t. 35, folio 17.069).

3) El querrelado del delito de injuria puede probar también la verdad de la imputación cuando dicha prueba la pide el propio ofendido, es decir el querrelante.

Quien ha sido objeto de una imputación lesiva para su honor puede promover juicio penal por el delito de injuria limitándose a probar la autoría del querrelado. Este, salvo que acredite una causa de justificación (tema que abordaremos seguidamente) o ausencia de dolo, será condenado sin que se le permita demostrar que decía la verdad.

Explicamos desde un principio que la verdad no está por encima del honor. Por el contrario, éste se protege sin admitir como excusa la verdad de la imputación. Sin embargo, puede suceder que el ofendido por la injuria, sabedor de que se le ha atribuido falsamente una acción o comportamiento, no se conforme con la promoción de un juicio en el que se soslaya la realidad de lo sucedido. Es que cuando no se discute la veracidad de la versión difamatoria, siempre queda la duda sobre la posición en que se encuentra en el plano ético el sedicente damnificado.

Entonces, si el querrelante lo pide, el querrelado como autor de injuria podrá probar que decía la verdad.

(2) Ver trabajo citado en nota 1.

En estos dos casos, sea que se trate de una imputación vertida para garantizar un interés público y actual, sea que el querrelante pida la prueba correspondiente, si el querrelado por injuria demuestra que era veraz, quedará exento de pena, salvo que haya obrado "por deseo de ofender o por espíritu de maledicencia". Quiere decir que la verdad de la imputación exonera de responsabilidad sólo a aquéllos que no hicieron la imputación movidos por el deseo de ofender, de desacreditar, con el llamado "animus injuriandi".

Los casos de justificación, independientemente de los supuestos de calumnia y de las excepciones previstas en el art. 111 del C. Penal, hay otros casos en que las imputaciones de hechos reales resultan relevantes. Se trata de las hipótesis en que el autor de las expresiones injuriosas actúa justificadamente, a saber:

1) *Ejercicio de un derecho*. Al efectuar reclamaciones, judiciales o extrajudiciales, es preciso hacer imputaciones; el patrón que despidió a un empleado con causa tiene que especificar la misma (ausentismo, injuria del dependiente, etc.). También las hace el que denuncia ante las autoridades una irregularidad. La casuística es inagotable.

Dada la limitación que impone el art. 111 del C. Penal, si quien se considera injuriado no ofrece la prueba de la verdad, el acusado de injuria sólo podrá acreditar la situación determinante de su manifestación (que el querrelante al que despidió era su empleado; que hizo la petición o reclamación en determinada calidad; etc.) pero no la verdad de su imputación.

Pero habilitada la prueba de la verdad, si se establece la mendacidad de quien alega el ejercicio del derecho, podrá ser condenado por injuria, salvo que la mentira la haya vertido durante el transcurso del juicio, situación especial prevista en el art. 115 del Código Penal que sólo da lugar a corrección disciplinaria. O sea, que, a mi modo de ver, quien alegando el ejercicio de un derecho afirma extrajudicialmente hechos falsos puede incurrir en injuria.

2) *Consecuencias del deber*. Todos aquellos que desempeñan funciones de supervisión, control, inspección, están obligados a informar sobre los comportamientos desviados, antirreglamentarios, de los empleados o aún de simples particulares. Igual sucede con los testigos, que, salvo secreto profesional u otras limitadas causales, está constituido a responder según el interrogatorio que le formule el Tribunal. Vuelvo a replantearme aquí la posibilidad de que se informe o atestigüe falsamente, extremo en el que el difamador podrá ser condenado por injuria. En el caso de falso testimonio, la injuria concurrirá idealmente (Conf. Nuñez IV, p. 85).

3) *Legítima defensa*. A veces puede resultar imprescindible dar a conocer hechos ciertos de terceros para refutar agravios de éstos, para explicar el comportamiento obscuro. La Cámara del Crimen de la Capital, consideró defensivas ciertas palabras y conceptos objetivamente injuriosos vertidos en una asociación durante una asamblea extraordinaria convocada para tratar el comportamiento de algunos socios (Causa "Chevalier, Juan C.", del 27-7-965, publicado en L.L. t. 120, folio 54.634).

4) *Estado de necesidad*. Los casos de injuria que tradicionalmente se consideraron exentos de responsabilidad penal por mediar "animus consulendi", en realidad parecen estar justificados casi siempre por el propósito de evitar un mal mayor. Ampara la difamación, por estado de necesidad, al que dice la verdad para salvar la reputación de quien ha sido indebidamente involucrado (Conf. Nuñez, IV, p. 83).

He dejado para el final el tema de la actividad informativa de la prensa y de los demás medios de difusión de noticias. Se trata de una labor que muchos consideran amparada o justificada como legítimo ejercicio de un derecho. Desarrollar debidamente la cuestión demandaría varias páginas y excedería el propósito de este trabajo. Señalaré al menos que el ejercicio lícito de la actividad informativa tiene sus límites. En principio son inadmisibles las imputaciones sobre cuestiones meramente privadas. El periodista debe verificar la fuente de la información para no caer culpablemente en la imputación apresurada de versiones difamatorias. Además, la labor informativa debe estar desprovista de un lenguaje peyorativo, como de toda adjectivación reveladora de "animus injuriandi".

En rigor de verdad, no hay causa de justificación valedera cuando quien la invoca expone con notorio propósito de ofender.

EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO (Art. 150 del Código Penal)

Por Bernardo Jorge Rodríguez Palma *

1) BIEN JURIDICO TUTELADO

Antes de entrar en el análisis de la figura tipificada por el art. 150 del Código Penal, es necesario determinar con toda exactitud cual es el bien jurídico tutelado en la citada norma, entendiendo por tal un interés protegido por la ley penal, por haber sido considerado especialmente valioso por el legislador. Tal determinación se hace absolutamente necesaria dada la importante función que cumple el bien jurídico, ya que no es posible interpretar, ni por ello conocer la ley penal, sin acudir a aquél⁽¹⁾.

Dentro de nuestro Código Penal y de acuerdo a la ubicación sistemática que la norma en estudio tiene, es decir en el Título Vº del libro IIº, es un delito contra la libertad. llevándolo el capítulo respectivo —el segundo de dicho Título— la rubrica: violación de domicilio.

La interpretación que predomina en la doctrina nacional es que este delito ataca a la libertad relacionando este bien jurídico —entendido en una forma amplísima— con el ámbito material de intimidad personal⁽²⁾. Ello sería así porque quien penetra en un domicilio contra la voluntad del morador e invade así el lugar donde el hombre puede dar la más libre expansión y desarrollo a sus pensamientos y sentimientos por medio de la palabra escrita y hablada, pensar, gozar de la íntima soledad o de la compañía de los suyos, vulnera indudablemente la libertad del mismo.

Debe señalarse que alguna vez se ha sostenido que el bien jurídico atacado por el delito de violación de domicilio es la propiedad. Para tesis, en nuestro país, ante la ubicación sistemática de la figura del art. 150 entre los delitos contra la libertad no puede encontrar sustento alguno. Pero tampoco se lo puede sostener de "lege ferenda" ya que, como sostenía Carrara, "con este delito no se ofende una cosa material, sino que se lesiona un derecho inherente a la persona humana, que irradija en el ambiente destinado a su refugio. . ."⁽³⁾. De hecho quien ingresa a un domicilio ajeno puede tener en mira innumerables designios, incluso cometer un delito contra la propiedad. Pero, en todo caso, debe tenerse presente que se vulnera gravemente la libertad en el sentido señalado por el Maestro Inquis y que trata para clasificar a un delito como vulnerante de ese bien jurídico, ya que se lo ofende positivamente y porque —como aspecto negativo— no se usa a tal violación de la libertad un derecho ulterior⁽⁴⁾.

(1) Mannich, R. *Derecho Penal*, t. I, pág. 268.

(2) Nader, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*, t. V, pág. 67, f. d. 1947.

(3) Carrara, *El curso del Programa de Derecho Criminal* párrafo 1046.

(4) Carrara, *l. op. cit.* párrafo 1046.

Asimismo, este delito ofende la libertad no solo en cuanto perturba la reserva e intimidad de la propia existencia, sino que también ataca la voluntad del sujeto de decidir la admisión o exclusión de otro en aquel ámbito. En otras palabras se tutela también la posibilidad de disponer quien ingresa o quien no en su casa cuyo menoscabo atenta a su plena libertad. Quien ingresa —por ejemplo— a una casa de negocio abierta contra la voluntad del titular, menoscaba el derecho del mismo —libertad— de elegir quien entra y quien no, sin que interese si además, se ha violado en poco o mucho la intimidad lo que, en el ejemplo dado no parece suceder.

Por ello, siendo tan amplia la fórmula de nuestro Código parecería que no puede restringirse el bien jurídico tutelado únicamente a la intimidad, salvo que esta se entienda de forma tan amplia que incluya el poder de decisión sobre el ingreso.

II) ANTECEDENTES

El Código de 1887 encuadraba el delito de violación de domicilio en el Capítulo cuarto del Título VI —delitos contra las garantías individuales (art. 165), cometiendo el error de clasificarlo no por la esencia del bien jurídico atacado, sino por la categoría jurídica a la que pertenecería.⁽⁵⁾

El texto citado penaba al que "... entre en morada ajena contra la voluntad del morador" y además, al que "... entra subrepticamente en casa ajena ocultándose en ella..." agravando la pena si el hecho se ejecuta con violencia. El art. 166 expresaba que la disposición anterior no se aplicaba cuando se entraba en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hacía para cumplir con un deber de humanidad o prestar un auxilio a la justicia y el art. 167 aclaraba que la primera parte del art. 165 no se aplicaba cuando se trataba de "cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas".

El texto actual proviene del proyecto de 1891, que sufre variantes en el Proyecto de 1906 cuyo texto expresa: "Será reprimido... sino resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, o el que encontrándose allí no se retirare, después de recibir éste la intimación de salir". Ese último párrafo desaparece —sin explicación— en el Proyecto de 1917 y así pasa a ser el texto ahora vigente. La única modificación que posteriormente se efectúa, según los textos de las leyes 17,567 y 21,338 se refiere a la forma de ejercicio de la acción penal, ya que, según lo dispone el art. 73 del C. P. reformado la acción si bien seguirá siendo pública es de instancia privada.

III) LUGARES PROTEGIDOS POR LA LEY

El capítulo que engloba al art. 150 conjuntamente con los dos siguientes lleva el título "violación de domicilio". Sin embargo, en el artículo en estudio no se menciona específicamente la palabra domicilio aunque sí se lo hace en el art. 151 que contempla el allanamiento legal de morada.

El artículo que nos ocupa menciona: morada, casa de negocios, sus dependencias, para finalizar con una mención ampliativa: recinto habitado por otro.

(5) La cual puede integrarse con muy distintos delitos de índole diversa.

Es fácil de observar entonces que la noción de domicilio que surge del nombre de capítulo y del "motus iuris" del delito excede en amplitud al concepto civilista, para el cual domicilio solo es el lugar donde tienen las personas establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios (art. 89 C.C.). Ya Carrara expresaba que para la ley penal domicilio es "... cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada..." (64) y "... sin distinción si lo ha escogido para morada continua, o solamente para algunas horas de la noche o para alguna destinación transitoria especial..." En otras palabras como dijera Chantau (65), "la casa del hombre es su castillo ¿Por qué? ¿Porque se halla rodeada por un foso, o defendida por una muralla? Puede bien ser una cabaña de paja, puede el viento alzar alrededor de ella, la lluvia entrar pero el rey no".

Desde este amplio punto de vista la ley comprende tanto los lugares de permanencia meramente accidental, donde el hombre constituye el ámbito físico de sus actividades —lo que no constituye domicilio a los efectos de la ley civil— como los negocios abiertos al público y —obviamente— los lugares donde se establece la residencia habitual.

Como se ha dicho, el C.P. enumera varios supuestos que analizaremos a continuación.

a) *Morada*: Es la casa o habitación de una persona donde reside con la permanencia necesaria para determinar que efectivamente la "habita". Es el sitio donde habitualmente permanece, aunque no lo haga en forma continua. Cualquier lugar o recinto puede ser morada, bastando que esta esté erigida en forma tal que de manera real y efectiva o simbólicamente se demuestre la intención de vedar el paso a los demás, excluyéndose así a los extraños por precaria que sea la construcción. De tal manera será morada la casa, el departamento, la casa rodante, la cabaña del moedilero, una cueva, etc. —Puede formar parte de una construcción mayor, como la habitación de un portero o sereno de un establecimiento industrial o colegio.

En todo caso es necesario que se pueda decir que el lugar se encuentra habitado, circunstancia que puede concurrir aún en el caso en que, en el momento del ingreso, no haya nadie, ya que por habitada debe entenderse que alguien tenga ese lugar como residencia más o menos temporaria. En este sentido debe entenderse como morada la casa de fin de semana o de verano, aunque de hecho permanezcan cierto tiempo sin ocupación.

No es necesario que la morada sea única, toda vez que se puede tener varias, ya sea en forma alternativa o sucesivamente.

b) *Casa de negocio*: Es el lugar donde se ejercita cualquier actividad, trabajo u ocupación, sea o no con fin de lucro, pudiendo tener una finalidad artística, científica, profesional, cultural o comercial, como podría ser una escuela de baile, una confitería, un cine, una galería de cuadros, el bufete de un abogado, el estudio de un arquitecto, el consultorio de un médico etc.

Como he dicho, el Código de 1887 excluía expresamente en su articulado la casa de negocio. El Proyecto de 1906 la incluye y en la exposición de motivos decía: "El capítulo segundo de este Título se ocupa de la violación de domicilio, y en él nos pronunciamos expresamente sobre la cuestión que discute la doctrina, respecto de la que se contiene el domicilio... con relación a la primera, consideramos que el delito existe cuando se entra en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o en el recinto habitado por otro..." (66)

(64) Carrara, F. op. cit. párrafo 1456.

(65) Laloué, Les Criminelles de la Grand Bretagne T. I. pág. 103.

(66) Código Penal, 3ª edición Oficial pág. 382.

Tanto Rodolfo Moreno como Díaz pensaban que la inclusión del concepto de casa de negocio en el art. 150 del C.P. no importa modificación sustancial a lo legislado en el Código anterior, entendiendo que la prohibición de la norma precitada se aplica cuando dichas casas se encuentran cerradas y en las mismas quedan sus dueños, encargados o familia (Moreno) o que se limita a la parte del local excluida al público (Díaz), cosa que ya se consideraba delito por la jurisprudencia durante la vigencia del Código de 1887⁽⁹¹⁾.

La doctrina más reciente entiende que la mención de casa de negocios comprende tanto la que está abierta al público como la que se encuentra cerrada, pero que dicho agregado tiene sustancial importancia en el tema referente a la persuasión de admisión o exclusión, como lo veremos luego.

c) *Dependencia*: Son aquellos lugares que, sin formar parte principal de la morada, se complementan con aquella formando un todo, habiéndose considerado tal los patios, los lavaderos, garages, sótanos, etc. De todas maneras, debe considerarse como violación de domicilio la acción en la que se puede decir que el sujeto pasivo ingresa —entra— en un lugar⁽⁹²⁾, para lo cual deben presentar algunos signos que permitan exteriorizar la voluntad del morador de excluir a un tercero. Así, un jardín que no se encuentre acotado aunque solo sea por un cerco simbólico, no es dependencia a los efectos de esta norma.

Respecto de los techos debe tenerse en cuenta si los mismos son o no accesibles siendo en el primer caso indudablemente dependencias (terrazas) encontrándose discutido este carácter en el segundo caso, ya que se ha dicho que siendo inaccesibles no constituyen sino un mero cerramiento al igual que los muros.

Se ha planteado también una cuestión respecto del ingreso sin autorización en los pasillos y entradas de las casas de departamentos. Sin embargo no cabe ninguna duda que aquellas constituyen dependencias debiendo considerarse este problema desde el punto de vista del derecho de admisión o exclusión. Allí remitimos.

d) *Recinto habitado por otro*: Todos los autores están de acuerdo en que esta expresión complementa las anteriores hasta hacer comprender todo lo no previsto. Esta generalización tiene también el sentido de atrapar dentro del concepto a todos aquellos recintos que forman parte de un grupo habitacional mayor (cuarto de hotel, camarote de tren o barco, etc.).

IV) LA ACCION TIPICA

La conducta descrita por el verbo típico es "entrar". Ello significa pasar de afuera a adentro, quedando consumada la acción cuando se pasa la totalidad del cuerpo.

De ello se sigue que no es suficiente pasar un brazo o aún la cabeza o utilizar un aparato mecánico (caña de pescar etc.) sin perjuicio de lo que diremos acerca de la tentativa.

Estar no es lo mismo que quedarse o permanecer contra la voluntad del titular del derecho de exclusión. Por ello no comete este delito quien ingresa con autorización y luego se niega a retirarse cuando es expulsado. Si bien esta conducta es delictiva y —de "lege ferenda"— merece ser castigada, tal como se encuentra redactada la ley y surge de los antecedentes la misma es atípica.

(91) Moreno, R. El Código Penal y sus antecedentes, T. V, pág. 12; Díaz, F.; El Código Penal de la República, pág. 171.

(92) Soler, S. Derecho Penal Argentino, T. IV, pág. 81. *Idem*, Edición.

Recordemos que el Código de 1887 y los Proyectos de 1891 y 1906 incriminaban expresamente la conducta de quien se negaba a retirarse cuando le era exigido por el titular de la morada. La exposición de motivos del Proyecto citado en último término señalaba que "... comete el mismo delito, el que encontrándose en domicilio ajeno, no se retira después de recibir la intimación de salir. Esto constituye un complemento forzoso de la inviolabilidad de domicilio" (11).

Como sabemos, este agregado desaparece sin explicación en el Proyecto de 1917, pasando así a la ley actual. Por ello y ya que la ley anterior prevía expresamente el caso y el mismo no se pena en la actualidad y que el verbo empleado —núcleo del tipo— es "entrar", pienso que no puede pensarse a quien, habiendo ingresado legítimamente, se niega a retirarse al ser expulsado. Claro está que quien usa de un engaño para lograr el ingreso a un lugar, a sabiendas que si el dueño conociera los verdaderos motivos del ingreso lo prohibiría, comete delito si descubiertos estos es expulsado y se niega a retirarse.

Asimismo, comete este delito quien autorizado a entrar a una parte de la casa, ingresa sin autorización a las habitaciones interiores de la finca.

La norma solo menciona la acción típica y no establece ningún medio comisivo típico, como podría ser la clandestinidad, la violencia o intimidación.

V) LA VOLUNTAD DE EXCLUSIÓN

El código establece que se comete delito cuando se ingresa "contra la voluntad expresa o presunta de quien tenía derecho a excluir".

Para establecer la existencia de la voluntad de exclusión debe tenerse principalmente en cuenta la situación de hecho, la relación entre las partes y el carácter del lugar donde se ingresa.

En este último sentido debe distinguirse si se trata de un domicilio privado o casa de negocios.

En este primer supuesto, la voluntad de exclusión normalmente se presume cuando el autor es un extraño, o no siéndolo media enemistad o un fin ilícito o inmoral.

Ahora, volviendo al tema de las casas de departamentos, pienso que en las horas en que la puerta principal permanecen cerradas al público o con acceso restringido, debe presumirse la exclusión y cometerá delito quien ingrese sin autorización expresa de algún morador o del portero del edificio.

La voluntad debe ser expresa o presunta, no siendo necesario en el primer caso que sea vertida en forma oral. Bastando signos o una señal, cartel o cualquier otra forma inequívoca. Tampoco se requiere que tenga destinatario expreso, bastando una advertencia generalizada.

En lo que atañe a las casas de negocios, al estar incluidas las abiertas al público y las que no lo están, debe distinguirse que efecto tendrá ello respecto de la presunción de exclusión.

En las casas de negocios habitualmente abiertas al público (bares, confiterías, cines, etc.) la voluntad de admisión se presume. Pero esa presunción cede lógicamente en honorias en que dichas casas están cerradas o —estando abiertas— en los lugares no habitualmente destinados a que ingrese público, tal como la trastienda, la cabina de proyección del cine etc.

(11) Código Penal Edición Oficial, pag. 282.

Por otro lado, se debe presumir la exclusión, aún en el caso de negocios abiertos y atos permitidos, cuando se ingresa con un fin inmoral o ilícito.

En las casas de negocios no habitualmente abiertas a un número indeterminado de personas, como el bufete de abogado o consultorio médico, la voluntad de exclusión debe presumirse.

En todo caso, el que duda si será o no admitido y no obstante ingresa, lo hace a su riesgo, y por ende podrá cometer delito.

VI) SUJETO ACTIVO

Puede ser cualquiera, aún el dueño o copropietario del lugar respecto a los moradores, ya que como hemos dicho no se protege aquí el derecho de propiedad sino la libertad de decisión acerca del ingreso al inmueble por quien tiene derecho a excluir.

Respecto a los cónyuges, el divorciado comete violación de domicilio respecto de su ex-cónyuge ya que también no hay obligación de vivienda o nace cesar de hogar conyugal (art. 72 L.M.C.).

En cuanto al separado, si se trata de la mujer que repara al hogar conyugal, entiendo que no hay delito pues esa es su obligación (art. 53 L.M.C.). Habrá sin embargo delito cuando media una exclusión de hogar dispuesta judicialmente. El marido cometerá violación de domicilio si ingresa en la casa de la mujer si se encuentra separado sin voluntad de unirse de larga data.

VII) SUJETO PASIVO

Es el titular del derecho de exclusión que será el morador a cualquier título que ocupe el lugar, ya sea dueño, inquilino, usufructuario, servidor de la posesión, etc.

Cuando varias personas moran en lugar se suele distinguir entre convivencia jerarquizada y el caso en que todos los ocupantes gozan de similar derecho. En el primer supuesto, podemos decir que el titular ejerce exclusivamente tal derecho, así —por ejemplo— el padre de familia, sin perjuicio que los demás ocupantes ejerzan en su ausencia y en su representación el derecho de admisión o exclusión. En caso de dimes y diretes primará la voluntad del titular y por ello quien entra autorizado por el hijo o la hija contra la voluntad expresa o presunta del padre comete violación de domicilio.

En los casos en que se trate de varias personas con similares derechos de exclusión se ha reconocido que en caso de divergencia primará el derecho de exclusión⁽¹¹²⁾ sin que esta opinión resulte pacífica ya que se ha dicho también⁽¹¹³⁾ que cuando los titulares son dos o más y varios permiten la entrada y uno se opone no habrá delito para quien ingresa y en cambio sí se cometerá delito si una sola se opone y las demás callan. —Consideramos más atinada la primera solución ya que ante derechos iguales, se vulnera más el bien jurídico tutelado admitiendo a quien uno de los titulares se opone, que excluyendo a quien se quiere hacer ingresar contra una voluntad expresa.

En las casas de negocios tendrá el derecho de admisión el propietario, el factor, gerente y dependientes por orden de jerarquía.

(112) Soler S. op. cit. T. IV, pág. 85.

(113) Breglia Arias, El Delito de Violación de Domicilio, Depalma, 1968, pág. 48.

VIII) LA SUBSIDIARIEDAD

El Código establece que la pena por este delito se aplicará "... si resultare otro delito más averadamente penado".

Al respecto existen dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas.

Unos entienden que, cuando se comete violación de domicilio y además este delito ha sido medio para la comisión de otro con pena mayor, ya sea un robo, una violación o un abuso deshonesto, se autoexcluye la figura normada en el art. 150 del C.P.

Otros autores opinan que la autoexclusión aludida sólo funciona cuando -y a estar a las palabras de la ley- el delito más grave resulte de la misma violación de domicilio como por ejemplo en el hurto calificado por escalamiento hecho en el que se esta presuponiendo un ingreso a un lugar.

Esta última tesis se funda en que, de no interpretarse así la ley se daría el contraentido que, cuando el delito que se comete tiene pena igual o menor y no es un presupuesto necesario de la violación de domicilio quedaría excluida la aplicación de la pena de este último delito dando lugar a situaciones injustas ya que tendría igual resultado ingresar a un domicilio para injuriar (art. 150 mas 110 es decir dos años mas un año; tres años de prisión) que hacerlo para calumniar (sóla aplicación del art. 100 por autoexclusión del art. 150 del C.P.). Para esta última posición, dado que no resulta de la violación de domicilio ni la injuria ni la calumnia, deberán concurrir siempre¹⁴⁴ y en el supuesto de la calumnia la pena se elevará a cuatro años de prisión.

IX) CULPABILIDAD

Se trata de un delito doloso, no exigiéndose ningún propósito especial o intención determinada, es decir que bastará saber que se entra en morada ajena contra la voluntad del titular de quien tiene derecho a excluirla. El error sobre este aspecto excluye la aplicación de la figura que exige que se conozca la voluntad en contra del dueño. Ya hemos dicho que, en caso de duda se cometerá delito.

X) TENTATIVA

Es perfectamente concebible la tentativa de este delito, la que puede darse cuando el sujeto es sorprendido en momentos en que intenta ingresar al lugar sin haberse introducido totalmente.

XI) ACCIÓN

La ley 21.338, al igual que la 17.567 establece que el delito de violación de domicilio es de instancia privada (art. 72 C.P.) es decir que será de acción pública pero sujeta a la condición de procedibilidad de la denuncia del titular de la morada. En este caso, sólo tiene derecho a instar la acción el titular de la morada, no pudiendo hacerlo los otros moradores situados en rango jerárquico inferior. En caso de ser varios los moradores con iguales derechos, cualquiera de ellos puede instar la acción.

¹⁴⁴ Mañes, Ricardo C. op. cit. T. V pag. 44; Sater, S. op. cit. T. IV pag. 90.

FALSEDADES DOCUMENTALES. INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CAPITULO III, DEL TITULO XB DEL CODIGO PENAL.

*Por Gerardo Peña Guzmán *
con la colaboración de Sobral*

La amplitud y, en ocasiones, la aridez del tratamiento que tiene en nuestros autores el tema que nos ocupa, obliga al profesor a una sintética exposición, prescindiendo, en lo posible, de todo ribete académico. Como he sostenido siempre, es preferible enseñar aquello que de modo general puede considerarse como fundamental, e insistir permanentemente en los métodos de interpretación para que el estudiante pueda aplicar por sí mismo el derecho que se le enseña, asumiendo en consecuencia un rol más activo en su propia formación. Para los casos de "laboratorio" o para la formulación de teorías sobre asuntos controvertidos, ya habrá tiempo en el ejercicio de la profesión o en la realización de estudios superiores.

Hecha esta aclaración, que va dirigida a los alumnos que leerán estas breves líneas en las que se pretende condensar la clase dictada sobre falsedad de documentos, pasemos sin más a su desarrollo.

I) DOCUMENTO

Un documento es "toda atestación escrita con sentido". A través de otras figuras se reprime la falsificación de otros símbolos que tienen significado, tales como sellos, marcas, contraseñas, etc.: por ello, en este capítulo del Código se tutela la palabra escrita, pero no cualquier escrito. Hay que tener siempre presente que el Derecho Penal se ha construido en cada tiempo y en cada sociedad, para velar por aquellos valores más importantes y a cuya violación impone las más severas sanciones; es lógico entonces, que la ley penal reduzca su ámbito de protección sólo a los documentos con aptitud de "causar perjuicio". Ahora bien, cabe preguntarnos en primer término como es posible que un escrito falsificado "pueda ocasionar un perjuicio", para saber que condiciones debe reunir (sobre el perjuicio como requisito de la figura del art. 292 tratamos más adelante), porque si alguien escribe, por ejemplo, cinco palabras que no forman una frase coherente e imita la firma de otro, no se entiende que agravio puede causar. De ellos se deduce que el documento, o si prefiere, su contenido, debe tener "sentido": esto es, de palabras que representen con sentido lógico una idea, un concepto, que por medio de la lectura pueda ser comprendido por los demás.

Si bien nos servimos de la expresión "perjuicio" para interpretar el concepto de documento, vamos a ver ahora cual es el alcance de ella en la ley.

El artículo 292 dice expresamente: "... de modo que pueda resultar perjuicio...". Con toda claridad se deriva de ello que para encuadrar en la hipótesis del artículo citado, el documento falso (con todas las características vistas más arriba)

Profesor titular de Derecho Penal III, Cátedra del Dr. Eduardo Aguilar Obando.

"pueda" lesionar un derecho o un legítimo interés. Esa capacidad potencial de causar perjuicio satisface la exigencia legal, de modo que ante un caso dado el intérprete se verá obligado a formular una suerte de pronóstico de las posibles consecuencias dañosas, que por la infinita variedad de formas que puede asumir, torna imposible una generalización que, aún con fines didácticos, sirva como regla común de interpretación.

No obstante lo dicho precedentemente, y con el fin de lograr una mejor comprensión de cuanto se ha afirmado, tratemos de ilustrarlos con el siguiente ejemplo:

Un individuo escribe una carta a un amigo y se la da a un mensajero para que la entregue. Este último, mirando la letra del remitente, agrega una postdata en la que le anuncia una próxima visita y luego, en esas condiciones, llega a manos del destinatario.

Pues bien, el mensajero del ejemplo, ¿ha cometido el delito que analizamos? Evidentemente no. Claro está que aquella carta es un documento privado en los términos en que aquí lo hemos definido, y tampoco tenemos duda que se ha cometido una falsificación, pero ¿puede causar perjuicio? Ciertamente no; ningún legítimo interés fue puesto en peligro a través de ese hecho y por ende resulta atípica semejante conducta.

II) DOCUMENTOS E INSTRUMENTO. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

¿Cuál es la diferencia entre "documento" e "instrumento"? Me apresuro a responder que ninguna.

Ciertamente ha habido distintos criterios sobre el particular; algunos han encontrado entre ambos una relación de género a especie, otros, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Procesal, un criterio distintivo fundado en su diferente naturaleza probatoria. De todos modos, considero que, con el respeto que me merecen, no vale la pena detenernos a analizar las razones de cada postura, porque con dos sencillas herramientas (cuyo uso no me causa de pezonizar) podemos fijar nuestra opinión. Me refiero, en primer lugar, al diccionario de la lengua; de él surge que ambos términos son sinónimos. Y, finalmente, a la lectura y consecuente análisis de las disposiciones que agrupa el Capítulo del Código que estamos estudiando, que nos permite advertir que no se establecen efectos o penas diferentes según se trate de uno u otro.

Aclarado, pues, que documento e instrumento son conceptos equivalentes, veamos la única clasificación que se hace en la ley: documentos (o instrumentos) públicos y privados.

Los primeros son todos aquellos que expiden los "funcionarios públicos" o los particulares a quienes la ley faculta expresamente a "dar fe" de los actos que pasan ante ellos (ej.: escribano público). Cuando decimos "ley", debe entenderse en un sentido amplio, comprensivo de toda disposición jurídica que reglamente las formas de los actos que por su imperio "hacen fe".

Ese es, en síntesis, el concepto que rige actualmente en nuestra jurisprudencia y doctrina, que como verán, amplía notablemente los estrechos límites que fija el art. 979 del Código Civil, que por largo tiempo fue la única fuente de interpretación en este tópico.

El concepto de documento privado lo extraemos por oposición al de público, y así, podemos definirlo como: "todo documento que no es documento público".

No he de repetir lo expuesto en ocasión de tratar lo relativo al bien jurídico protegido, pero me permito subrayar la importancia de la caución, por las distintas escalas penales que prevé el art. 392, según se trate de una u otra clase de documentos. Al menos sumariamente, recordemos que la inclusión de los documentos privados en este título de "la fe pública", tiene como fin proteger todos aquellos papeles cuyo uso es prácticamente insustituible en nuestros días, al punto que, en el caso de los papeles de comercio, no es posible imaginar que una sociedad moderna pueda funcionar prescindiendo de ellos (no obstante el sensible descrédito que en la actualidad es dable verificar en muchos de ellos).

Si esa buena fe, que tiene como características la circulación de documentos privados, ha merecido la tutela penal, resulta lógico que con mayor intensidad se proteja aquellos otros en cuya confección ha intervenido un oficial o un funcionario público (en ejercicio de esa función), porque extrínsecamente representan una mayor garantía de autenticidad que los anteriores, lo cual genera una confianza mayor y resta en consecuencia, defensa a quien por la circunstancia que fuere le son presentados.

III) FORMAS DE FALSEDAD

Nuestro Código prevé tres formas, a saber:

a) *Falsedad Material*: como la misma palabra lo sugiere, consiste en hacer una escritura falsa, ya sea en un todo o partes del documento. Esta alteración puede realizarse en el cuerpo de un documento auténtico o bien adaltecando la firma en un escrito totalmente compuesto por el falsificador. No interesa que sea cierto o mendaz lo escrito por quien falsifica, sino la falsa atribución de una persona de la declaración que contiene el documento.

Como regla nemotécnica para el estudiante, suelo decir en clase que es la que se comete "con las manos", por oposición a la que seguidamente veremos, que se lleva a cabo por medio de "la palabra".

b) *Falsedad Ideológica*: en este caso se comete a través de "la palabra", porque el "falsificador", por así decir, lo que hace es una mentira declaración que el oficial o funcionario público asienta en el documento. Quiere decir que el cuerpo o las formas extrínsecas del instrumento se adecuan a las formas que debe tener, lo falso es su contenido intelectual; no lo que es, sino lo que dice. En suma, se trata de una distorsión de una realidad que el instrumento debe reflejar.

c) *Falsedad Impropia*: se refiere a los casos de destrucción y supesión, que no requieren de mayores explicaciones. Cabe sólo recordar en este punto, que es mi opinión (contraria a la que predomina) que constituyen casos de supesión y no de hurto el ilícito apoderamiento de cheques. Ello así, porque el hurto (art. 162) exige para su configuración que se trate de una "cosa", y cosa es todo objeto material susceptible de tener valor. Un cheque es un trozo de papel que carece de valor en sí mismo; por el contrario, tiene un valor puramente intelectual, de acuerdo con lo que "diga el cheque". Si ponemos tres cheques librados por sumas distintas de modo que no puedan verse los montos, quien quiera llevarse el más valioso no podrá haberlo sin haberlos previamente; quiere decir que el autor del hecho, que tiene el evidente propósito de sacar un provecho, no se lleva un cheque por la sola calidad de la cosa, que repito no la tiene, sino que la selección que hará es por lo que representa.

ABORTO (Concepto e Historia)

*Por Alvaro Gutiérrez de Rempel **

La problemática fundamental y las innumerables facetas que el tema del aborto entraña desde lo teológico a lo médico legal, pasando por lo jurídico, sentimental y literario hace que quizá ningún otro tema del derecho penal lo aventaje en riqueza bibliográfica ni en apasionamiento polémico y diversidad de tratamiento legislativo.

La voz "aborto" deriva de la raíz latina "ab-ortus" cuyo significado "privación de nacimiento" ⁽¹⁾ o "parto sin nacimiento" ⁽²⁾ acentúa la idea de la vida iniciada y aniquilada prematuramente, aunque sin expresar con completa exactitud la acción y el efecto de la interrupción del proceso reproductivo del embarazo, es decir, la gestación, antes del término normal de la misma y con las consiguientes consecuencias eliminatórias.

Sin embargo resulta más explicativo que en otras lenguas, la alemana por ejemplo donde los términos "aborten" y "aborte" se expresan con las voces "abtreiben" y "abtreibung" las que denotan meramente la acción de "extraer" u "extracción", por lo que en el Código de Alemania, al igual que en los de Checoslovaquia y México resulta inabordable la mención expresa del acto de matar, con el fin de evitar la confusión del aborto en sentido penal con la expulsión de fetos muertos o con partos provocados prematuramente pero con vida subsiguiente.

Esto nos permite inferir que el término aborto tiene una significación diferente en sentido obstétrico que en sentido jurídico.

El aborto obstétrico puede ser definido, conforme Neriu Rojas ⁽³⁾ como "la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para el feto que se expela", ya que lo que adquiere relevancia es la mera expulsión prematura del ser en gestación, sin que resulten trascendentes los acontecimientos posteriores, en el caso, la muerte del feto expelido. Reproduce estos conceptos la definición formulada por Tardieu (*Etude médico-legale sur l'avortement*) ⁽⁴⁾ quien lo considera como la "expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de las circunstancias de edad, viabilidad y aún de formación regular".

(1) Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (Madrid, 1943, pág. 479).

(2) Constanze Bernaldo de Quirós, *Derecho Penal (Parte Especial)* (México, 1957, pag. 83).

(3) Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de Amar y Derecho a Morir* (Buenos Aires, 1946, pag. 329, item 40 y nota 529).

(4) Eugenio Cuervo Calvo, *Castigos penales relativos al aborto* (Barcelona, 1933, pag. 67).

* Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguero Obando.

En sentido jurídico penal en cambio, la noción de aborto como acto de matar y no meramente de expeler productos de la gestación se compatibiliza con cualquier definición en la que se afirme que el resultado querido es la muerte del feto.

Jiménez de Asúa ⁽⁵⁾ lo define como "el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al término de la preñez ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la madre".

Para Benavilde de Quirós ⁽⁶⁾ el aborto delictuoso se presenta, con intervención de la acción humana, "cuando, sin propósitos eugénicos o terapéuticos, determinados por verdaderos estados de necesidad, se provoca dolosa o culpablemente en el organismo femenino la suspensión de la gestación con consecuencias eliminatorias".

Cuello Calón ⁽⁷⁾ entiende por aborto "la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la preñez", aclarando más adelante que se refiere tanto a la expulsión prematura del feto como a su muerte en el vientre de la madre.

Franz Von Liszt ⁽⁸⁾ en cambio, considera que la acción del aborto consiste en dos aspectos: en un sentido restringido la provocación ilícita de un nacimiento prematuro, aún cuando la intención del autor no haya sido la muerte del feto y asimismo si este resultado no se produjo; y el segundo aspecto contempla la muerte del feto dentro del cuerpo de la madre, cuando esta no se produce por causas naturales. Sin embargo reconoce que su postura es muy discutida y que no es seguida en general ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. ⁽⁹⁾

Carrara ⁽¹⁰⁾ lo llamó feticidio y lo definió como "la muerte dolosa del feto en el útero: o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto".

Resulta evidente entonces que la esencia del aborto punible reside en el aniquilamiento del ser concebido, si este resultado destructivo no se produce y el feto expulsado por violencia vivió habrá tentativa de aborto, pero no es un delito perfecto.

La mayoría de los autores no dudan en ubicar este ilícito dentro de los delitos contra la vida humana incluyéndolos algunos dentro de un subgrupo denominado "contra la vida en formación" por contraposición a los delitos "contra la vida ya formada" ⁽¹¹⁾

El Código fascista italiano es el que por primera vez saca el delito del aborto de entre los delitos comunes que van contra la vida de las personas y lo ubica dentro de los delitos cometidos contra los altos intereses sociales en un título dedicado a los delitos "contra la integridad y la salud de la especie" ⁽¹²⁾. Esta es la postura sostenida

(5) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit. pag. 319.

(6) Constanza Benavilde de Quirós, ob. cit. pág. 83.

(7) Eugenio Cuello Calón, ob. cit. pág. 88.

(8) Franz Von Liszt, *Traité de Droit Penal Allemand* (Paris 1913, tomo II, pág. 57).

(9) Franz Von Liszt, ob. cit., *Opus* (I) pag. 533.

(10) Profesor Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pag. 323).

(11) Benavilde de Quirós, ob. cit. pag. 83.

(12) Benavilde de Quirós, ob. cit. pag. 88.

entre otros por Eduardo Ritter Von Liszt quien niega que el feto sea persona, por lo que su vida es un solo un interés de la comunidad. Para fundamentar su postura recoge la bibliografía acorde con sus conceptos, encontrando entre los precursores de su idea a Clerón, Von Ihering, Keller, Mehl, etc. Igual punto de partida toma Gustavo Radbruch quien afirma que la vida del embrión humano constituye "un bien jurídico de la comunidad en el que la vida del feto no representa ciertamente un interés ético y familiar sino un interés demográfico".

A este respecto es ilustrativa la crítica que efectúa Carrara ⁽¹³⁾ a Ambrosoli quien sostiene que debe colocarse el aborto entre los delitos contra "el orden de la familia".

Afirma Carrara para demostrar la equivocación de esta ubicación que fisiológicamente podría cuestionarse si la vida del feto es una vida distinta a la de la madre, pero lo que no puede cuestionarse es que se trata de una vida, fíjesele vegetativa o animal y por lo tanto merecedora de ser respetada en sí misma sin tomar en consideración la familia.

La fórmula utilizada por los códigos penales es variada utilizan "procurar el aborto" los códigos de Francia e Inglaterra; "hacer abortar" Bélgica y Portugal; "causar un aborto" Argentina, España y Chile; "ocasionar un aborto" Italia; en tanto que los códigos de Alemania, Austria y Suecia utilizan el doble concepto de "abortar" o "matar el feto en el vientre materno"; el código de Méjico, por su parte, contiene una definición del aborto.

La actitud frente al aborto ha sufrido en el curso de los siglos fluctuaciones que oscilan entre la tolerancia más absoluta y la represión más impiadosa.

Una de las primeras referencias del aborto como delito se encuentra en el Código de Hammurabi, (arts. 209 y 212) donde se castigó las matricidas abortivas teniendo por presupuesto la lesión a la persona de la mujer y más frecuentemente aún a los intereses del marido a quien se defraudaba en su descendencia. Las penas variaban según se tratase de mujer libre o esclava y según el marido tuviese otros hijos o no. Si no los tuviera, la pena para el agresor era de muerte. También se sancionaba a la mujer que se hiciera abortar intencionalmente con pena de empalamiento ⁽¹⁴⁾

Las leyes sumeras anteriores a Hammurabi distinguían el aborto intencional del provocado, sobre la base de la composición en tanto en las asirias, más severas, se castigaba el aborto realizado sin el consentimiento del marido con pena de empalamiento ⁽¹⁵⁾

En la ley mosaica la única disposición existente relativa al aborto se refiere al caso del que golpear a una mujer encinta, es decir que solo está contemplado el aborto ajeno, si de ello resultare tan solo un aborto la pena consiste en el pago de una multa "de lo que el marido quiera", si en cambio el resultado fuere algún accidente sobre la mujer (lesión o muerte) se aplica la pena del talión. Resulta sorprendente esta disposición ya que no recoge en toda su magnitud el mandato divino "creced y multiplicaos", ya conocido en esa época.

Tanto en el Código de Hammurabi como en el Exodo no se trata del castigo de un crimen sino simplemente de una compensación por el perjuicio causado, de allí que se condena a muerte en algunos casos, a la hija del agresor y no al culpable mismo. Se

(13) Francesco Carrara, *ob. cit.* nota 1, pág. 123.

(14) Anas Desmoulin, *L'avortement et le contrôle des naissances*, Louvain, 1934, pág. 14.

(15) Quintano Hijaedo, *ob. cit.* nota 16, par. 479.

trataría casi de un derecho de venganza que existe tan solo en la antigüedad donde el marido privado de un hijo se venga privando a su vez de un hijo al agresor. Más adelante el derecho de venganza desaparece dando lugar a la aparición de la pena proporcionada al delito.

La legislación judía posterior al código mosaico no castiga el aborto como delito en sí mismo, considera al feto una parte de la madre y su destrucción en el seno materno es tan solo posible de una multa. Un pasaje del tratado de Oholoth permite pensar que el aborto terapéutico se hallaba admitido siempre y cuando se hallara aún el feto totalmente dentro del seno materno, ya que si estuviera fuera una porción mayor que aquella que se encuentra dentro del vientre de la madre, estaba totalmente prohibido matarlo, pues se lo consideraba ya nacido y estaba prohibido matar un individuo para salvar a otros.

En los textos egipcios antiguos no se conocen normas concernientes al aborto.

En la India el más antiguo texto conocido, el Veda, contiene un solo pasaje referido al aborto, donde se hace una invocación a Aní a fin que mate y este de la mujer embarazada los espíritus malignos y de este modo impida que nazca el fruto de la concepción⁽¹¹⁶⁾

Las leyes de Manú, posteriores al Veda, condenan el aborto pero sobre la base de un tabú religioso, calificando de impuros a aquellos que contribuyan a causarlo.

La antigua Persia, en el Zerú Avesta, sanciona por igual a la mujer oncista, al intrigador y al que practica el aborto haciendo referencia a las drogas abortivas (de donde se infiere que conocían sustancias que producían dicho resultado) y a los "especialistas en abortos" es decir a los abortadores habituales. Como sucede en casi todas las religiones el acto del aborto no era calificado de moral o de inmoral sino que era considerado un tabú, es decir que su comisión constituía un crimen frente a Dios.

En Grecia donde tan severamente se sancionó toda lesión a la vida humana, no se conocieron disposiciones que claramente incriminaron el aborto. Por el contrario el aborto era un hecho frecuente y si que se realizaba antes que el feto se animara no era considerado un crimen.

Las divergencias existían en cuanto a la determinación del momento en que se producía esa Animación. Hipócrates afirmaba con convicción que ésta se producía el séptimo día después de la concepción.

Tanto Aristóteles como Platón sostenían la importancia de arbitrar los medios a fin de limitar la población y regular la demografía. Entre esas medidas, Aristóteles, proponía el aborto, pero éste debía realizarse antes que el embrión hubiese recibido "el sentimiento y la vida" (la animación), para asegurar a continuación que "el crimen o la inocencia de ese hecho (el aborto) depende absolutamente de esta condición"⁽¹¹⁷⁾

Platón por su parte sostenía la importancia de mantener en equilibrio las cifras de la población y entre otras medidas consideraba un deber provocar el aborto de toda mujer mayor de cuarenta años. En relación a este tema, Aristóteles permitía la concepción hasta los cincuenta años y explicaba que las personas muy jóvenes "engendraban seres incompletos de cuerpo y espíritu" en tanto que los hijos de las ancianas poseían una "debilidad ir remediable"⁽¹¹⁸⁾

(116) Anne Dumas, *ib. cit.*, pág. 15.

(117) Anne Dumas, *ib. cit.*, pág. 18.

(118) Anne Dumas, *ib. cit.*, pág. 19.

Hipócrates por su parte era contrario al aborto y en su famoso juramento dice que no se impondrá a ninguna mujer el pesar del aborto.

No es de extrañar el silencio de las leyes helénicas en lo relativo al aborto dada la idea tan arraigada en su filosofía de ser el feto una mera porción del cuerpo de la madre.

La evolución del tratamiento del aborto en Roma es más compleja e interesante, ya que si bien mantiene el concepto heredado del pensamiento griego que sostiene que el feto es visceras maternas introduce matices difinidos al atribuirle derechos al "nacituras", siempre que estos le resultaran favorables. Por ejemplo se prohibió el estupro de la mujer embarazada antes de extraer el feto, como así también se ordenó la suspensión de las ejecuciones capitales de la mujer en ese estado⁽¹¹⁹⁾, lo que demuestra un reconocimiento del derecho a la vida del ser aún no nacido.

Con todo, la incriminación del aborto tuvo lugar en este derecho bajo el postulado de un atentado a la vida, integridad y derechos de la madre pero sobre todo al valor de la patria potestad del padre. De esto surge que en el aborto provocado por un extraño contra la voluntad de la mujer o ignorándolo ésta, los antiguos romanos encontraban tan sólo una ofensa contra la mujer, en tanto que en aborto que la mujer se hubiese procurado por sí misma veían un acto de disposición del propio cuerpo y por lo tanto no sancionable políticamente⁽¹²⁰⁾. Solamente castigaban a la mujer casada cuando dolosamente hubiese provocado su propio aborto contra la voluntad del marido (ya que de consentir éste no habría sanción) y en base a "la indigna conducta que pudiera constituir el fraude de hijo al marido". Esta norma relativa a la punibilidad del aborto realizado en fraude a la patria potestad del marido aparece con los emperadores Sptimio Severo y Antonino quienes lo castigaban con la pena de destierro y sobre la base que esta patria potestad toman al marido dueño absoluto de todas las personas ubicadas bajo su autoridad de padre de familia, otorgándole el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y lógicamente también sobre esos hijos antes de su nacimiento, es decir del feto.

Se puede afirmar que la incriminación plena del aborto, sobre todo en sus formas consensuales es obra de la ideología del Cristianismo, ya que al negarle al padre el tradicional señorío sobre la vida de los hijos nacidos o por nacer desaparece su licitud respecto del consentimiento.

Asimismo el Cristianismo desde sus orígenes considera el feto concebido como un ser inmortal y si bien no le atribuye derechos como a un ser en sentido propio reconoce la necesidad que la sociedad le acuerde protección. Este concepto no tenía su origen en una razón de humanidad sino simplemente en la idea que el feto formaba ya parte del pecado como ser viviente y si moría sin estar bautizado se hallaba impedido de alcanzar el estado de gracia de donde surge que la finalidad de su incriminación es salvaguardar los intereses espirituales de la persona por nacer.

Santo Tomás al igual que Aristóteles sostenía que el embrión comenzaba por una vida vegetativa, pasaba luego a la vida sensitiva y de ella a la intelectual y era recién en este último estadio en que se le dotaba de un alma, es decir que se consideraba que para que el alma habite un cuerpo era preciso que este hubiere alcanzado un cierto perfeccionamiento y organización material.

El problema giraba en torno a la determinación de la animación del feto.

(119) A. Quintana Ripollés, *ob. cit.*, pág. 481.

(120) Francisco Carrara, *ob. cit.*, pág. 313.

San Basilio rechazaba formalmente la distinción entre feto animado e inanimado, prescribiendo la misma pena en ambos casos.

San Agustín requería una determinada formación biológica susceptible de manifestarse al exterior por movimientos del feto que solo entonces dejaría de ser víscera para transmutarse en hombre.

Se establece una curiosa distinción para determinar cuanto tiempo después de la concepción es preciso para que el sermín llegado al útero se forme como cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose en feto animado y se cree entonces que esto tiene lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y ochenta para las hembras.⁽¹²¹⁾

El Concilio de Constantinopla equipara el aborto al homicidio y lo sanciona con pena de muerte.

En la época de Carlomagno era aún la Iglesia la que reprimía el aborto de acuerdo a los preceptos del derecho canónico siendo sus penas severas y llegando a veces hasta la pena de muerte.

Las leyes Bárbaras registran una gran variedad en cuanto a la punibilidad del aborto. Algunas consideran impune el consentido y atribuyen al no consentido el carácter de "medio homicidio" (leyes longobardas) adoptando un término medio entre la tesis del paganismo que acuerda al concebido el carácter de víscera y la de los teólogos que lo consideran un hombre real y equiparan su muerte al homicidio.

Otras leyes bárbaras, como la de la antigua Francia sancionan este delito, en todos los casos, con pena de muerte, aún sin atender a la tradicional distinción vigente en esa época entre fetos animados e inanimados aunque se podría suponer que el fundamento de este rigor obedecer más a razones de política demográfica que a una base moral.

Durante la Edad Media lo común fue atenerse a la distinción agustiniana entre feto animado e inanimado; en el primer caso se sancionaba su muerte con la pena capital en tanto que el segundo supuesto se castigaba con pena atenuada. Se sostenía que la animación llegaba a los cuarenta o cuarenta y un días para los fetos varones y a los ochenta y un días para los fetos mujeres. Sin embargo como la determinación del sexo no resultaba muy fácil, se fijó más adelante la animación del feto, cualquiera fuese su sexo, a los cuarenta días de la fecundación.

En su artículo 133 la Constitución Carolina asimila el aborto del feto viviente al delito de esterilización del hombre o la mujer ⁽¹²²⁾ y sanciona solo el aborto fetal. El fundamento de esta medida es posible que radique en la preocupación demográfica.

La Constitución Carolina (Carlos V, año 1532) incorpora una novedad en este tema de la animación del feto, ya que la sitúa en la mitad del embarazo, cualquiera fuese el sexo del concebido. Sin embargo esta "mitad" también les resulta de difícil determinación por lo que deciden que el feto está animado cuando la madre percibe sus movimientos. Esta teoría prevalece durante bastante tiempo e influencia el derecho común hasta el siglo XVIII.

El movimiento reformista de la Ilustración que tuvo una gran influencia en la revisión de los conceptos morales y jurídicos del infanticidio no atendió con la misma intensidad el tema del aborto quizá porque en este último no juega un rol tan

(121) E. Cuello Calón, *ob. cit.*, pág. 18.

(122) Franz Von Lütz, *ob. cit.*, pág. 33.

importante la motivación ético-psicológica de la honra. Sin embargo al atenuarse el infanticidio en los códigos ochocentistas resulta indispensable adecuar al mismo el aborto, por lo que también este último delito se atenúa quedando sin efecto la pena capital para su sanción.

Los más avanzados doctrinarios del siglo XVIII limitaron sus esfuerzos a discriminar el aborto del infanticidio y ambos del homicidio, solucionando así un confusio-nismo que existió en la mayor parte de los países hasta la codificación.

Fue recién a finales del siglo pasado cuando como consecuencia del auge de las filosofías materialistas e individualistas comienzan a manifestarse en determinados círculos críticas cada vez más acerbadas contra la punibilidad del aborto consentido, considerando su incriminación atentatoria al principio de libertad individual y disposición del propio cuerpo.

El origen moderno de esta ideología y de sus consecuencias se atribuye general-mente al magistrado francés Spinal y al médico Klotz-Forest quienes fueron seguidos en Alemania por Eduardo Von Lenz y Radbruch principalmente.

En la actualidad es muy variado el panorama en las legislaciones en materia de aborto, lo que es lógico si tenemos en cuenta que sobre este tema influyen factores políticos, religiosos, morales y sentimentales ajenos a la técnica jurídica.

Esta diversidad no alcanza sin embargo hoy en día las proporciones de los años de entreguerras, cuando la licitud del aborto consentido fue consagrada en los códigos penales de Rusia (1922 y 1926) y de Uruguay (1934).

Actualmente y después de una larga evolución que va desde la consideración del feto como viscera de la madre y por lo tanto no sancionable jurídicamente su destrucción, hasta la equiparación total de este delito al del homicidio, pasando por toda la gama de sanciones que entre estos dos extremos es posible encontrar, parece casi unánime la tónica de la incriminación de este hecho aunque con previsiones de excusas en atención a supuestos legales específicos basados en presupuestos ideológicos, éticos y religiosos que exceden los límites de lo estrictamente jurídico.

¿ES PERDIDA LA COSA PREVIAMENTE HURTADA O ROBADA?

Por Fernando Archibugi *

- I) INTRODUCCION
- II) CRITERIO SUBJETIVO
- III) CRITERIOS OBJETIVOS
- IV) CONCLUSION

I) INTRODUCCION

La figura aculada por el artículo 175 inciso 1° del Código Penal, ha originado en su aplicación práctica encontradas soluciones que han conducido a situaciones de verdadera sorpresa apenas se advierte que conductas similares han recibido ajuste a esa norma o a la prevista en el artículo 162 del mismo texto legal; acarreado consecuencias diversas a sus autores, según el criterio a la luz del cual se haya resuelto y analizado la acción reprochada.

Resulta así, que a quien se le atribuye el apoderamiento de una cosa previamente sustraída puede ser declarado autor de una apropiación menor —sancionada únicamente con pena de multa— o del delito de hurto —reprimido con pena privativa de libertad. La suposición referida no resulta, por cierto, mera especulación teórica, ya que a lo menos en el ámbito de la Capital Federal, la posición adoptada por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones se encuentra dividida, inclinándose por la primera solución las Salas Va. (Cfr. Mc Kay A., Rta. 30.12.76; y Gaona, C.D., Rta. 12.8.80; entre otras), Sala VI, (in re Palacio J.C., Rta. 4.11.80) y Sala Ia. (in re Montecagudo, Rta. 27.8.76); al tiempo que la Sala IIIa. (in re Carné de Medina, I. L., Rta. 9.10.79), y la Sala IVa. (Cfr. causas Leguizamón, C.O., Rta. 16.11.79; González, A. Rta. 11.11.80; Gil, O.A., Rta. 13.381; Rondeau, M., Rta. 10.4.81; y Miño, H.M. Rta. 22.4.81) seleccionaron la interpretación más gravosa para el autor del suceso.

Tal estado de cosas impone detenerse a examinar las razones que asisten a quienes escogen una u otra postura, que deberán zanjarse através de un Tribunal Pleno que determine cual debe ser la interpretación que en definitiva ha de prevalecer.

En la búsqueda de los argumentos que los representantes de ambas posiciones esgrimen en apoyo de sus decisiones, habremos de advertir la existencia de dos grandes bloques que pueden individualizarse como criterio subjetivo y objetivo respectivamente.

*Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguirre Oberro.

II) CRITERIO SUBJETIVO

Quienes adhieren a la posición a que se refiere el epígrafe, toman como inicio de su razón lo sostenido por F. Carrara - Cfr. Programa, par. 2399 y 2400 -, quien con la claridad que le es propia señala: "Tengo como principio que cuando se trata de imputabilidad todos los asuntos deben mirarse subjetivamente, es decir, deben estudiarse según la intención del reo. ¿Tuvo o no tuvo el acusado alguna razón justa para cometer pérdida la cosa que se apropió? ... Sea descuido o caso fortuito lo que le ha ofrecido al reo el objeto de que se apropió, y exista o no la circunstancia accidental de que el dueño recuere el lugar donde lo perdió, lo cierto es que aquel se apropia de una cosa que le presenta la fortuna, y es menos culpable y menos peligroso que el ladrón verdadero"...

A la misma postura adhieren Sebastián Soler, quien señala: "Lo importante, por lo tanto, es que el autor o bien sepa que es una cosa que el propietario ha perdido, ... o bien crea, por la situación de la cosa, que efectivamente era perdida. (Derecho Penal Argentino, To. IV, pág. 373, Edición 1963) "... a quien sigue, entre nosotros J. Laje Anaya (Aprobación Indebida, en Cuadernos de los Institutos, N° 97, Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Pág. 34, y, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, To. II, Pág. 162).

Quienes critican esta postura, señalan que la misma implica introducir inadecuadamente, por vía de interpretación, un ingrediente subjetivo en la estructura del tipo penal (aunque disimulado como "razonabilidad", en cuando a que la cosa sea perdida), lo que siendo así, conduce a la confusión del tipo delictivo con la culpabilidad del autor.

III) DIVERSOS CRITERIOS OBJETIVOS

a) Tomando partido en el sentido de que el apoderamiento de la cosa sustraída y dejada por el ladrón configura apropiación de cosa perdida, encontramos a B.C.: Nuñez (Tratado de Derecho Penal, To. V, Pág. 412), para quien no resulta relevante la posición anímica del sujeto activo en lo que hace a la determinación de la calidad de la cosa, ya que entiendo que perdida es aquella cosa que puede definirse como "un objeto mueble, cualquiera que sea su especie, dotado de valor económico, que sin haber sido abandonado, ha salido de la tenencia en la que se encontraba y no ha sido tomado por otro", reforzando lo dicho al afirmar que en lo referido al inciso 1° del artículo 175 carce de valor la diferencia civil entre cosa perdida y cosa olvidada fuera del ámbito de la propia tenencia, según que el tenedor lo haya extraviado o recuerde donde la dejó, porque lo determinante, a su juicio, para establecer el carácter de pérdida de una cosa no es, lo que el que la tenía sabe, sino la situación material del objeto, por lo que tanto debe considerarse perdida la cosa dejada por necesidad, como la dejada sin ella, pero sin intención de abandonarla.

b) En la postura contraria, pero con fundamentos también objetivos, están quienes señalan, con apoyo en lo dispuesto en los artículos 2343 (a contrario sensu), 2375, 2382, 2445, 2510, 2525, 2526, 2527, 2604 y s.s. y 2765 y c.c. del Código Civil, que las cosas sustraídas no son ni perdidas ni abandonadas por su dueño, ya sea por un hecho insuperable de la naturaleza o un acto involuntario en el primer caso, y voluntario en el segundo. Añadiendo que no hay ni puede haber calificación de cosa perdida o abandonada por su dueño que no se corresponda con el concepto civilista, puesto que la ley penal no define, sino que simplemente sanciona el apoderamiento de aquella, sin cumplimentar las disposiciones de los artículos 2531 y s.s. del Código Civil en el primer caso, excluyendo el segundo del catálogo de delitos, porque está prevista la posibilidad de apropiación en los artículos 2526 y 2527 in fine del Código Civil.

Quienes se inclinan por la posición expuesta, ponen de resalto que el Código Civil no tiene una definición de cosa perdida, por lo que buscan la mira a través de quienes en ese área han abordado el tema. Así, estiman perdidas las cosas "extraviadas por una negligencia culpable del que las tiene o las perdidas por un acontecimiento cualquiera, como una inundación o un incendio" (Machado, Exposición y Comentarios al C.C. Argentino, 6, Pág. 318), añadiendo, de conformidad con lo dicho por Díaz de Gujardo ("El hallazgo de cosas perdidas: sus elementos característicos" en J.A. To. 1963, Pág. 14, Sección Doctrina), que una de las condiciones para su existencia es que la cosa "no haya sido robada", lo que implica, para los defensores de esta postura "que el abandono que haga el delincuente o el extraño que sufra tanto en las hipótesis de este artículo —se refiere al 2539 del C.C.— como en los casos generales de robo y hurto, no cambia la condición jurídica de la cosa: robada y no perdida" (Cfr. C.C.C. Sala IVa, in re Mito, H.M., Rta. 22.4.81).

Para aquellos que abonan lo expuesto, resulta argumentado de peso el principio de que las cosas se deterioran aumenta o se pierden para su dueño (Artículos 578 y 2.5 del C.C.), lo que les permite concluir que quien no es dueño no puede sufrir la pérdida y solo lo perderá para el dueño si de éste lo ha recibido. También el artículo 2412 les brinda otro argumento para efectuar la distinción que propugnan ya que éste, al referirse al derecho de reivindicación del dueño, menciona, cual si fuesen dos hipótesis diversas al que "ha perdido o a quien se ha robado una cosa mueble" lo que unido al texto del artículo 2604 de la misma ley, les permite decir que "lo que el ladrón dejó, siempre será del dueño porque la propiedad de que es titular no se ha extinguido" (vid. Sala IVa., Mito H.M.).

IV CONCLUSION

Debo anticipar que no comparto esta última teoría que, aún cuando posee muy serios fundamentos parece, a mi juicio apartarse de situaciones que no reciben respuesta en el caso de adoptarse esa solución.

En primer lugar no puede sostenerse sin más, que el ladrón no pueda perder para su dueño la cosa que le sustrajera, y sostener ello, no importa decir que el derecho penal se aparte de aquello que el derecho civil regula. Adviértase, en primer lugar, que el referido derecho reconoce recompensa sólo a quien devuelva la cosa perdida por el hallado, lo que tomaría equivocado lo resuelto por la Sala B, de la C.N.Civ. (El Derecho, T. 26, Fallo 13203, Pág. 235) que adjudicó recompensa con fundamento en el artículo 2531 del C.C. a quien halló el producto de una sustracción, sino fuese que ambos conceptos (perdida igual robada) pudieran asimilarse respecto de los terceros que no intervinieron en la sustracción y posteriormente se hicieron de la cosa.

También creo que entender que la conducta del segundo individuo que se queda con la cosa, constituye un hurto es tanto como legítima la tenencia del primer ladrón o suponer que puede ser hurtada una cosa que ya se encuentra fuera del ámbito en que su tenedor ejercía sobre ella los poderes propios de su calidad.

En punto a la primera posibilidad, es obvio que los actos ilícitos no pueden generar respecto de quien los protagoniza ningún tipo de derecho, por lo que mal puede ser sujeto pasivo de un delito contra la propiedad con acento en aquello que ha obtenido en forma ilícita. En cuanto a la segunda afirmación resultaría ilógico admitir que el tenedor de un objeto que le ha sido sustraído puede seguir siendo afectado por aquellas conductas que pueden repetirse, no sólo sin que lo advierta, sino cuando ya haya desistido de la posibilidad de reencontrarse con aquello que le pertenecía y de que fue desposeído tiempo atrás.

De todo lo expuesto surge una incertidumbre que no es propia del derecho penal. Pues aún cuando compartamos lo dicho por la teoría subjetiva, habremos de caer en la cuenta que ello en realidad no es solución para el caso concreto, pues lo que excluye el dolo propio del hurto —esa falsa creencia del estado en que se encontraba la cosa—, no resulta de una teoría particular aplicable al artículo 175 inciso 1°, sino a las reglas generales que regulan el dolo, cayéndose, en definitiva, en un problema probatorio encaminado a precisar aquello que pudo o debió pensar el autor del hecho. En consecuencia no habrá de sancionarse lo que el autor hizo, sino lo que creyó hacer, razonamiento que puede conducirnos a convertir en delitos, acciones positivas.

En cuanto a las teorías objetivas, en las mismas encuentro un enfoque adecuado, y que es, partir de la premisa de que la cosa ha adquirido un determinado estado —perdida o no, según la teoría aceptada— que es anterior a la intervención del segundo autor.

En este caso, se ocupa una circunstancia que, a mi juicio, resulta imperioso reconocer y que reside, justamente, en el hecho lógico de que el elemento objetivo del tipo se encuentre presente antes que la actividad humana intervenga sustrayendo aquella cosa que ya haya sido categorizada como perdida o no. Es obvio que resulta necesario saber si la cosa sustraída es o no perdida, aún antes de conocer la creencia del autor.

En consecuencia, dejo expuesta desde ya mi adhesión a las teorías objetivas por las razones apuntadas, y, dentro de ellas, a la que representa R.C. Muñoz, que, a mi juicio, solución a un aspecto en el que, aún aquellos que estudian el derecho civil, no se han puesto de acuerdo, cual es la verdadera definición de la cosa perdida.

Me inclina por la interpretación indicada —que la cosa hurtada o robada es perdida para su dueño— el hecho de que, en caso de no sostenerse así, los sucesivos apoderamientos del mismo objeto configurarían una serie de hurtos, aún cuando los cometidos cuando la cosa salió de la esfera de su dueño o poseedor, no le perjudiquen ni puedan ser advertidos por él.

Es de lógica vulgar, admitir que si un individuo es sustraído un objeto de su propiedad o tenencia, y este a su vez, es desapoderado al ladrón, a la víctima no se le ocurrirá señalar que le hurtaron dos veces, afirmación que no se compecece con el hecho de que no ha sido por dos veces que ha visto afectada la tenencia que ejercía sobre la cosa.

Es cierto que podrá señalarse que el segundo desapoderamiento puede afectar su patrimonio en la medida en que esa nueva acción puede volver más difícil el encontrarse con la cosa, pero esa circunstancia encuentra adecuada sanción en la figura del artículo 175 inciso 1° del Código Penal, ya que, justamente, lo castigado por ella es la conducta del terrozo que obstaculiza el posible encuentro del objeto con su dueño.

En resumen, siendo que el hurto lesiona la posesión o la tenencia, cuando éstas ya no existen es imposible cometer hurto o robo en perjuicio de quien alguna vez representó las calidades de poseedor o tenedor, y, resultando imposible atribuir ese carácter al primer ladrón —que como consecuencia de un hecho ilícito no puede adquirir ningún derecho— la única solución admisible es entender que el segundo suceso es apropiación de cosa perdida, figura que mantiene el orden lógico que permite hablar de un mismo damnificado —el primero—.

Por último, y sólo para responder a los que sostienen la teoría subjetiva que ya he criticado, señalo que en caso de que el autor del segundo hecho crea que la cosa es perdida, ello repercutirá en el elemento doloso —aún cuando la cosa no sea efectivamente perdida— sin que dicha creencia pueda alterar la condición ya establecida del estado del bien.

Asimismo, cabe añadir que, habida cuenta de que el ladrón no puede ser víctima del hurto o robo de la cosa que obtuvo ilícitamente, sólo será víctima de las circunstancias que rodean el suceso, en virtud del cual otro sujeto se alza con el objeto malhabido —lesiones, amenazas etcétera.

BANDA Y ASOCIACION ILICITA

Por María Liliann Aconza*

- I) BANDA Y ASOCIACION ILICITA
- II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL
- III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION ILICITA

La Banda y la Asociación Ilícita, son conceptos que han suscitado desde antiguo las más encontradas opiniones en lo que hace a la diferencia que existe entre ellas. Tanto es así, que la Excelentísima Cámara ha resuelto en sucesivos Plenarios, exactamente en sentido inverso, la misma cuestión (Cfr. C.C.C. Fallos, T.V., Pág. 604, y Fallos Plenarios, T. I, Pág. 102).

Sábido es que al sancionarse el Código Penal, el senador A. Rojas observó que la definición de banda estaba contenida en el artículo 210, razón que le impulsó a eliminar la misma —que se encontraba precisada en el artículo 78—, con lo que entendía, se evitaban repeticiones, y se obviaba la pequeña discordancia existente entre el número de miembros a que una y otra disposición hacían mención. Aceptada esta postura, quedó el Código sin definición alguna atinente a precisar el concepto del que estamos hablando.

Esta circunstancia histórica, llamémosla así, originó diversas posiciones que concluyeron reforzando las posturas que asimilaban ambos conceptos (Banda igual Asociación Ilícita) y que no sólo se apoyaban en la explícita voluntad legislativa, sino en el hecho de que el mismo artículo 210 del Código Penal emplease tal como si se tratase de sinónimos los términos "asociación" y "banda".

No puede escapar al análisis, el conflicto que, por un defecto metodológico, se suscita al enfrentarnos con el cruce de dos corrientes de pensamiento que se reflejan en el hecho de sancionar y reprimir las bandas con independencia de los delitos que concretamente cometieran —Código Zanardelli y holandés— (más modernos por cierto)—, con un resabio del sistema político criminal de orientación típicamente española que elige combatir las bandas a través de sus manifestaciones o exteriorizaciones, es decir, de los concretos delitos que ellas cometen.

Ante quienes interpretaban de ese modo ambos conceptos, pronto se alzó la voz de aquellos que no compartían la semejanza atribuida a esos términos, negando, por otra parte, que el artículo 210 del Código Penal llevase en sí la definición de "la banda". En abono de su postura, dijeron quienes rechazaban la tesis expuesta en párrafos anteriores que el referido precepto legal —artículo 210— define sólo la "asociación ilícita", que es en realidad: "una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos" afirmación ésta, que no excluye por cierto la posible existencia de una asociación o banda destinada a cometer un solo delito.

Profesor titular de Derecho Penal II, Cámara del Dr. Eduardo Aguirre Oberio.

Lo que resulta cierto para quienes representan esta segunda postura es que aquello que la ley utiliza como síndromas no es "asociación ilícita" y "banda", sino "asociación" y "banda", afirmación que no puede reputarse errónea, ya que se advierte fácilmente que esos dos vocablos constituyen el género, del que una de sus especies es la de aquellas asociaciones o bandas destinadas a cometer no un solo delito, sino varios, especie esta que llevará el nombre de asociación ilícita, según esta la rúbrica del Capítulo respectivo.

Por fin, en la actualidad tras la reforma introducida por la ley 21.338, optan por retornar a la primitiva interpretación, aspecto al que habré de referirme en el siguiente punto, donde habré de analizar la vigencia del Plenario Coronel.

II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL

Puede sostenerse que después de la sanción de la ley 21.338 —que reproduce defectuosamente en esto las disposiciones del Decreto-Ley 4778/63, ratificado por la ley 16.478 y de la ley 17.567—, el Plenario Coronel ha perdido su vigencia, ya que la reforma introducida altera sensiblemente el marco de referencia de su doctrina legal. Para quienes así lo sostienen, los argumentos en su favor fluyen de las siguientes circunstancias: Tanto el Decreto-Ley 4778/63 y la ley 17.567, ambas posteriores al Pleno que se comenta, suprimieron toda referencia a la banda, con lo que dieron corte definitivo a las discusiones doctrinarias a que me he referido, con excepción a la figura del artículo 166 inciso 2° que aún conservaba un resabio de la terminología anterior.

Sin embargo, la sanción de la ley 21.338 nuevamente trae al tapete el problema, al alterar el cuadro de situación, toda vez que "la banda" del artículo 166 no puede ser distinta de la del artículo 167 inciso 2°, siendo que en ese precepto, el mantenimiento de esta calificante junto a la intervención de tres o más personas, motiva un verdadero engorro en la interpretación de la figura.

En efecto, además del notorio defecto que cabe señalar con relación a las normas indicadas, debe pensarse inevitablemente que nos enfrentamos a dos calificantes distintas, una de ellas que exige la mera intervención de tres sujetos, y la otra, que demanda otros recaudos.

Así las cosas, quienes desean ver el problema desde este ángulo, optan por sostener que cuando el Código se refiere a banda lo hace con el alcance que a ese vocablo asigna el artículo 210, mientras el inciso 4° del artículo 167 del Código Penal se referiría a la simple intervención de tres o más personas.

No obstante adherir a los juicios que reprochan una defectuosa redacción al artículo 167, que en dos de sus incisos introduce lo que podría llamarse agravantes numéricas, no creo poder unirme a los demás juicios efectuados, ya que con ser semejantes, no necesariamente deben ser entendidas como iguales la definición de banda que proporciona el Plenario Coronel, y la calificante del inciso 4°.

En primer lugar, el Plenario sienta como doctrina que: "A los fines de la aplicación de las agravantes previstas en los artículos 166 inciso 2°, 167 inciso 2°, 184 inciso 5° del Código Penal, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la "ejecución del hecho" —empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código— sin necesidad que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado texto legal" (Cfr. Fallos Plenarios, T. 1, Pág. 102).

Véase que de dicha enunciación obligatoria, no sólo se extrae como conclusión que la banda y la asociación ilícita no son la misma cosa, sino que la banda es integrada por "tres o más personas" que hayan "tomado parte en la ejecución del hecho —empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código—" lo

que impone referirse, para que haya banda, a que aquellos que intervienen lo hayan hecho cumpliendo el papel de autores, coautores o partícipes primarios cuando menos.

De ser ello así, la inclusión efectuada en el inciso 4º del artículo 167 —en función del inciso 9º del artículo 163 del Código Penal—, debe ser entendido como una forma de poder agravar la conducta de quienes han intervenido en el hecho, computándose el número mínimo de tres personas, aún con la actividad de los cómplices secundarios a los que se refiere el artículo 46 de ese Código.

Conjíguese lo dicho con la no descabellada posibilidad de que aún exista otra diferencia temporal en la forma en que desarrollan su actividad la banda y ese grupo de tres personas al que se refiere el inciso 4º del citado artículo. Si bien la banda no posee la perdurabilidad que caracteriza a la asociación ilícita, no es posible descartar que la misma posea una cierta duración en el tiempo, propia del concierto previo existente para llevar adelante los hechos, mientras la comisión efectuada por tres individuos no exige, ni tan siquiera, la débil estabilidad requerida por la agravante prevista en el artículo 167 inciso 2º del Código Penal.

Es decir que asociación es el conjunto de asociados para un mismo fin —cometer ilícitos indeterminados— mientras que banda es "la porción de gente armada" (Cfr. Diccionario de la Real Academia) que comete un delito y que, de acuerdo al Plenario está integrada por tres o más individuos que intervienen en el hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal, siendo de aplicación la agravante del inciso 4º del artículo 167 del Código Penal, para todos los demás casos en que el número de sujetos activos asciende a tres personas.

Esta solución a mi juicio, se compeade completamente con las causas que justifican agravar las penalidades por la mayor indiferencia en que se encuentra la víctima al ser despojada de sus pertenencias, generando asimismo, un armónico juego de los preceptos legales vigentes.

III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION

Si banda y asociación ilícita quisieran decir lo mismo, significaría que los delitos en que se incluya el primero de los vocablos debe ser tenido por complejo, es decir contruidos sobre la base de una reunión, en una sola, de dos o más figuras delictivas autónomas. Ahora bien, como es sabido, en esta clase de delitos, las figuras que los integran son absorbidas por el tipo complejo, de modo tal que en ningún caso puede considerarse que cualquiera de esas figuras concurre materialmente con el delito complejo.

En efecto, resultará impropio que una misma conducta sea castigada dos veces, por una parte, como circunstancia calificante del delito mediante la creación de un tipo complejo, y luego como hecho independiente que concurre materialmente con el referido delito complejo (Robo agravado por ser cometido en asociación ilícita en concurso real con asociación ilícita —para hacer más evidente lo dicho, y partiendo del presupuesto de que ambos términos son sinónimos, los he reemplazado para que pueda advertirse la incongruencia a la que podría arriarse de sostenerse la posibilidad de que exista un concurso real—).

El razonamiento expuesto puede ser advertido nítidamente, por ejemplo, en el caso del robo con fuerza en las cosas, al que a nadie se le ocurriría adicionar el delito de daño producido por el uso de esa fuerza.

En consecuencia, si adherimos a la idea de que banda y asociación ilícita son la misma cosa, podremos hablar, en la solución práctica, de un concurso aparente de leyes. —"Cada vez que una disposición excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, existe un concurso aparente de leyes" L. Jimenez de Asúa, Tratado, To. II,

Fig. 463— pudiendo añadir que cuando una disposición contempla el acto A y otra también, pero agregando la particularidad B, si el delincuente realiza A-B, su conducta cae en las dos normas, pero ha de aplicarse la segunda porque contiene la variante específica del hecho.

Para el caso de no admitir dicha semejanza de términos, postura a la que en el capítulo II he adherido, la solución no ofrece ninguna dificultad, pues tratándose de delitos independientes el único concurso posible es el previsto en el artículo 53 del Código Penal, afirmación que se comprueba con lo resuelto en el Plenario Coronal, vigente, a mi juicio, aún después de la reforma 21.338.

La forma concursal de unión de los ilícitos no habrá de ser otra que la expuesta, ya que vinculando conceptos diversos no es posible suponer la existencia de un concurso formal, toda vez que las conductas protagonizadas no importan la existencia de una unidad de resolución, puesto que una cosa es asociarse —formar una banda para delinquir— y otra bien distinta, los robos que esa cometa.

Por otra parte, no pudiendo arribarse a la idea del delito complejo, es imposible aceptar la existencia de un concurso aparente, posición que inevitablemente nos conduce al punto de partida cuando señalamos la forma material como único modo de vincular los ilícitos a los que he estado haciendo referencia.

LA REPRISION PENAL DEL GIRO SIN PROVISION DE FONDOS

*Por Alejandro A. Devila **

PARTE GENERAL

I) RAZON DE SER DE LA FIGURA EN ANALISIS

La instrumentación de la figura destinada a reprimir el delito del cheque sin provisión de fondos a través de las distintas legislaciones encuentra su fundamento básico en el desarrollo que en el ámbito comercial llegó a alcanzar el mismo, partiendo de la premisa de su fuerza cancelatoria como instrumento de pago.

Así se observa la necesidad, ante manifiesto y creciente desenvolvimiento, de asegurar su eficacia echando mano a ciertas fórmulas represivas tendientes a sancionar determinados hechos que conspiraban contra el normal funcionamiento de aquél.

En este sentido, y como en la mayoría de las instituciones del derecho que tratan de imponerse, se abrieron de inmediato dos corrientes de opinión totalmente divididas.

Por un lado es dable observar cierta corriente doctrinaria que tomando en consideración las ventajas de su uso comercial como medio de pago, pretendió dotar de una enérgica protección a la circulación del cheque, y a la buena fe de quien lo admitiere en lugar de moneda, mediante la implantación de normas de carácter penal. (1)

Por otra parte, sostiene otra posición, se parte de una base falsa, pues no es exacto que su rápida circulación autorice a elevar su protección a la categoría delictiva. Además, el problema seguirá presentándose igual, ya que el corazón de la gente sólo aceptará tal instrumento de aquella persona que realmente le merezca confianza, no estando para nada interesada la sociedad en la represión de una confianza pública supuestamente burlada. (2)

Opiniones al margen, lo cierto es que todas las legislaciones, sea en mayor o menor medida, tratan de proteger la normal circulación de este instrumento que en el ámbito comercial hiciera una irrupción masiva.

(1) Pina Vera, A.: El cheque. Teoría y práctica. México 1960, pág. 191.

(2) Orreondo Altamirano: Títulos y Operaciones de crédito, México 1964, pág. 141.

* Profesor titular de Derecho Penal II, Cátedra del Dr. Eduardo Aguilar Obando.

II) FUENTES

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que la fuente inmediata del art. 302 de nuestro Código Penal (basado en un Proyecto ad-hoc de Ricardo C. Muñoz), es el art. 19 del decreto-ley 4778/63, y por su intermedio, el Proyecto de 1960 (3). Cabe consignar además, que el mencionado decreto-ley encuentra su correlato en el que lleva por N° 4776/63 referente a la normativa específica del instrumento en estudio en lo que se refiere a su uso comercial.

En cuanto a la fuente mediata, la podemos encontrar en la ley 9077 del año 1912, basada en un Proyecto del diputado Delfor del Valle, la cual agregaba un inciso —el 15°— al art. 303 vigente en su momento. Dicho texto pasó, prácticamente sin variantes, a constituir el art. 302 del Código de 1921, y de allí al inciso 1° del art. 19 del decreto-ley 4778/63, y art. 10 de la ley 16.648.

III) EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Sobre este punto tan vital, puesto que guarda directa relación con la incriminación o desincriminación de la figura, no se han puesto de acuerdo hasta la fecha los distintos autores. Son bien visibles dos corrientes marcadamente opositoras en la presentación de este tema. Con menos vigor, últimamente podemos encontrar una tercera postulación dentro de este campo.

La primera de ellas —por seguir un orden— sostiene que la infracción que reprime el art. 302 debe considerarse atentatoria directa y excluyentemente contra el patrimonio de la persona, al igual que otra serie de delitos involucrados bajo este bien jurídico en particular (v. gr. hurto, robo, estafa, etc.). Enrolados en esta tesis se encontraban, bajo la vigencia del antiguo art. 302, nada menos que dos precursores del Derecho Penal argentino: los Dres. Juan P. Ramos (4) y Eusebio Gómez (5). Modernamente esta posición se ha visto sustentada por Millán (6) para quien carece de sentido incluir a este delito en un régimen atentatorio contra la fe pública, ya que el cheque no estaría revestido por las características intrínsecas que lo podrían igualar a la moneda, ni reuniría los atributos psíquicos suficientes como para determinar genéricamente que la comunidad se viera afectada.

En la corriente opositora podemos ubicar, nada menos que al codificador de 1921, Rodolfo Moreno (7), y al mencionado diputado del Valle, inspirador del Proyecto de 1912, para quienes por el contrario la razón de ser de su ubicación entre los delitos atentatorios contra la fe pública se justificaba ampliamente, al ser el cheque un elemento preciso en las transacciones comerciales al representar eficazmente a la moneda. De no ser así, el orden de pago implícito en el cheque se desprestigiaría completamente, favoreciéndose así el descrédito de tal instrumento.

(3) Art. 240 del Anteproyecto.

(4) Curso de Derecho Penal, Bs. As., 1944.

(5) Tratado de Derecho Penal, Bs. As., 1944.

(6) El cheque en la legislación penal, Bs. As., 1958 y Nuevo régimen penal del cheque, Bs. As., 1966.

(7) El Código Penal y sus antecedentes, Bs. As., 1923.

En la actualidad, se había erigido en ferviente defensor de esta postura el desaparecido Profesor Sebastián Soler, para quien "... el bien tutelado por la norma del art. 302 es la confianza en instrumentos de valor pecuario, a los cuales debe ir unida la más estrecha garantía de inmediata realización. La protección legal, se tiende aquí sobre la confianza pública y está más inspirada por el fin de evitar, más que perjuicios patrimoniales directos, los trastornos consiguientes a la entrada en circulación de elementos espúeos (8).

Cabe acotar, que además esta postura cuenta con el apoyo de numerosos pronunciamientos judiciales entre los que merecen destacarse la interpretación de la Corte Suprema (9) y de distintas Cámaras (10).

Finalmente se ha abierto camino una posición intermedia sustentada por Aftabón(11) y Borinsky(12), quienes afirman que estaríamos en este caso en presencia de un supuesto delictivo que vulnera más de un mismo bien jurídico a la vez, como es dable encontrar en otras figuras delictivas, y no se ve objeción alguna para suponer que al lado de una lesión de naturaleza inmaterial representada por el delito contra la fe pública, no pueda coexistir otra de idéntica envergadura, representada por el perjuicio patrimonial concreto que se le inflige al destinatario del cheque, mensurable económicamente:

IV) SUJETOS

En lo que se refiere al sujeto activo de este delito, a diferencia del decreto-ley 4778/63 que mencionaba como sujeto "al que librase..." se utiliza actualmente la fórmula -en lo que se refiere a los dos primeros incisos- que ya usaba el Código de 1921: "El que de en pago o entregue..."

Debe comprenderse en esta enunciación de la ley sólomente al librador, no abarcándose a los endosantes ni a los ulteriores tenedores legitimados (13). Y esto es así porque la actividad descrita por la ley sólo se puede imputar al titular de la cuenta corriente, dado que el endosante o tenedor legítimo es ajeno a la obligación de tener provisión en fondos en la respectiva cuenta, ya que para nada interviene en el contrato de cuenta corriente.

Sostiene por otro lado Millán que al decir la ley "sin tener provisión de fondos" únicamente puede haber querido referirse al librador; caso contrario hubiera expresado, por ejemplo, la siguiente fórmula: "sin que exista provisión de fondos".

Refuerza estas argumentaciones el hecho que la ley en los incisos 3º y 4º se refiere al librador expresamente.

(8) Derecho Penal Argentino (Parte Especial), Bs. As., 1979, T.V., pág. 383.

(9) L.L. 12-830.

(10) Cám. Nac. Crim. y Comec., Sala V, en I.A., 1969-III-204; Sup. Trib. de Entre Ríos, en Rep. L.L. XXXI-A/1, pág. 581; Cám. Penal Ia. de Tucumán, en L.L. 142-423.

(11) El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico, en L.L. 121-793.

(12) Derecho Penal del cheque, Bs. As., 1979, pag. 42.

(13) Soler, op. cit., T.V., pág. 403; MILLÁN, Nuevo régimen... , pág. 137; Uno-Orga, La Nueva reforma penal, pág. 62.

Esto, empero, no excluye la posibilidad de que otros sujetos queden abarcados por la culpabilidad de la infracción a la norma examinada, pero no así ya a título de autoría sino que habrá que recurrir a los principios generales para la participación en materia criminal, y así encontraremos que el endosante podrá responder a título de cómplice si conocía la circunstancia de la inexistencia de fondos. O el supuesto tan frecuente del mando que maneja la cuenta cuyo titular es su esposa, quien ha firmado en blanco la chequera. También entendemos que es viable la posibilidad de ser alcanzado como instigador responsable. No así la de coautoría, que estaría excluida por el mismo texto de la ley, ya que es "conditio sine qua non" el ser titular de cuenta corriente. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia (14).

En lo que respecta al sujeto pasivo de la presente infracción, puede ser cualquier persona física o jurídica que haya recibido el cheque en las circunstancias descriptas por el art. 302. Dicho sujeto es el "tercero" al que alude la ley.

V) OBJETO

Si bien el Código de 1921 incluía en el concepto a los giros, la redacción actual de la figura lo limita con exclusividad a los cheques. Y es el mismo decret-ley 4776/63 que regula la materia comercial, quien se encarga de definirlo en su art. 1° como "... orden de pago pura y simple, librada contra un banco, en el cual el librador tiene depositado fondos a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto". Y en el art. 3° la misma disposición enuncia los requisitos que los cheques deben contener, so pena de no valer como tales, a saber: a) Número de orden, impreso en el cheque; b) Fecha de emisión; c) Nombre del banco girado; d) Orden pura y simple de pago; e) Firma del librador; f) Debe ser escrito; g) Debe contener la palabra "cheque" (15).

Se plantean en este punto, una serie de interesantes cuestiones no totalmente resueltas, las que han llevado a distintas interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

La primera de ellas consiste en saber si los cheques entregados con la fecha en blanco son en realidad tales. Nótese la importancia de este interrogante, que de no serlo no estaríamos en presencia del delito previsto por el art. 302 del Código Penal.

La jurisprudencia al respecto se ha dividido en dos posiciones radicales: a) Según la Cámara del Crimen de la Capital Federal, el documento emitido en las presentes condiciones es cheque si al momento de su presentación al cobro tiene la fecha colocada (16); b) Por su parte la Cámara Nacional en lo Penal Económico sostuvo que "la falta de fecha en el cheque entregado obsta a la configuración del delito del art. 302 del Código Penal" (17). Esta última solución surge del juego de los arts. 2° y 3° del decreto-ley 4776/63 analizados *ut-supra*, al quitarse este último validez como cheque.

(14) Cám. Nac. Penal Económica, en "El Derecho", 26/VII/66, folios 47 y 48.

(15) Fontanarrosa, Rodolfo O., El nuevo régimen jurídico del cheque, pág. 41.

(16) Fallo Plenario "GARRIGOL", 13/VIII/1964, en J.A. 1967-VI, pág. 721.

(17) Fallo Plenario "CRIVELLI, Juan M.", en J.A. 1967-VI-22.

Por otra parte, el libramiento de un cheque que a la postre no tiene provisión de fondos, girado contra una institución que no es un banco, conforme lo dispuesto por los decretos-leyes 13.126/57 y 13.127/57, ratificados ambos por ley 14.467 no puede dar lugar a la aplicación de nuestra ley penal. Lo mismo ocurriría si se tratase de una institución bancaria con asiento fuera del territorio nacional. En este es de estricta aplicación el principio estatuido en el art. 1º, inc. 1º del Código Penal, dado que un libramiento en esas condiciones no afecta ni el tráfico comercial ni la fe pública de nuestro país.

VI) PENALIDAD

En cuanto a la penalidad, la misma es de seis meses a cuatro años de prisión, además de la de inhabilitación especial de uno a cinco años. Dicha pena es similar a la fijada por el decreto-ley 4778/63, pero notablemente superior a la establecida por el Código de 1921 (uno a seis meses de prisión).

En lo que se refiere a inhabilitación, la misma consistirá en la pérdida del derecho a ser titular de cuentas corrientes en los Bancos de la República, haciéndose notar que, conforme al art. 20 del Código Penal, transcurrida la mitad del lapso de la inhabilitación, el condenado podrá ser rehabilitado.

Respecto de la multa prevista en el art. 22 bis del mismo plexo legal, la misma no puede darse ya que el delito en estudio es de peligro y no de daño, careciendo por tanto de la presencia del ánimo de lucro que exige la mencionada norma.

VII) INTERPELACION

En forma genérica podemos decir que, a diferencia de lo estatuido por el decreto-ley 4778/63, la redacción actual de la ley nos hace pensar que no se exige, como condición de incriminación de la figura, la previa notificación. Esto tomando en consideración el artículo en general, ya que si es requisito ineludible para el inciso 1º. Así lo informaba el Poder Ejecutivo al proponer la sanción de la ley 16.648 en su mensaje a la Cámara de Diputados: "Los restantes incisos (2º, 3º, 4º), entre los que se incorpora el caso de frustración maliciosa del pago del cheque que antes no estaba previsto, constituyen conductas que, por su específica criminalidad quedan excluidas de la opción que se otorga por el inciso 1º". (18)

VIII) CORRELACION CON EL DELITO DE ESTAFA

Existe entre la norma en estudio y el delito de estafa una típica relación de subsidiariedad, toda vez que será de aplicación esta última figura, según el texto del art. 302: "... siempre que no concurren las circunstancias del art. 173. ...".

No sucedía lo mismo bajo la vigencia del decreto-ley 4778/63, pues hacía referencia a todo delito más grave.

(18) ADLA T XXIV C 1944, pág. 1094.

Lo que se quiere establecer aquí es una separación entre aquellos supuestos en que concurren todos los elementos de la estafa, frente a otros en los que simplemente estamos ante una figura de peligro, formal, independiente del daño causado, y como protección al mero acto de librar un cheque sin provisión de fondos (199).

Ahora bien, esta cuestión que aparentemente se presenta como sencilla no lo es tal. Y es así pues nuestros tribunales entienden que de concurrir arditi o engaño se excluye la aplicación de la figura del art. 302, supuesto del que por medio de un cheque no provisto obtenga como contraprestación mercadería, dinero, o un servicio de pago inmediato, siempre y cuando el desapoderamiento patrimonial haya sido la consecuencia inmediata de la entrega del cheque, y que no haya mediado crédito.

Nos permitimos discrepar en este punto con tan predominante doctrina y jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a la condición negativa de que haya mediado crédito. Esto de ningún modo se compatice con la modalidad de la estafa que no hace distinciones al respecto, y que sólo exige que se de la cadena causal que comienza con el arditi o engaño y concluye con el desapoderamiento patrimonial perjudicial.

Partiendo de la base que el cheque es un medio de pago, y comprobado que éste provocó la disposición patrimonial perjudicial, nada obsta para sostener que en la confianza depositada en dicho documento fundamentó la víctima la entrega al sujeto activo, careciendo de relevancia el hecho de haber mediado o no crédito (caso típico de los cheques postdatados), ya que además el cheque presentado para su cobro no pudo ser efectivizado. Este es el criterio de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de San Isidro (200) en un reciente fallo que merece la pena ser tenido en cuenta, pues al menos deja abierta la puerta de la esperanza en que algún día pueda ser modificado un criterio que tan poco favor le hace a la "justicia".

IX) COMPETENCIA

En cuanto a la competencia en razón de la materia, la misma se encuentra establecida por el artículo 199, inciso 1.º, de la Constitución Nacional y la Ley de los Tribunales en lo Penal Económico en el ámbito de la Capital Federal. En tanto que en las provincias son competentes los jueces en lo Criminal.

Respecto de la competencia en razón del lugar, se han suscitado algunas controversias, dado que para determinar la misma debemos acudir al momento de consumación del delito.

Son dos las posturas tradicionales que han salido al cruce de esta cuestión para tratar de zanjarla. La primera de ellas alude a que es competente el juez del lugar donde se encuentra el banco girado, ya que el delito se reputa cometido allí por entenderse consumado con el rechazo del instrumento.

La otra, parte del supuesto que el momento consumativo del delito se da con la entrega del cheque, por lo que le otorga competencia al juez del lugar en que ha sido entregado el mismo (201).

(199) De la Rúa, El nuevo régimen penal de cheques, pág. 108; Soler S., op. cit., T.V., pág. 428.

(200) Caso N.º 18.993, Sala I, "Crispino, Francisco J. s/estafa" del 21/IV/83.

(201) Fallo Finario N.º 32 del 27/IV/83, in re "GEBLERO, Carlos Juan" (Cámara Nacional en lo Penal Económico).

A nuestro entender, la primera de las tesis enunciadas se ajusta más a la realidad de los hechos, en lo que se refiere a los incisos 3°, 3° y 4°. Pero, parecería que no sucede lo mismo en el supuesto del inciso 1° ya que tratándose en esta hipótesis, según lo ha entendido la doctrina, de un delito complejo, compuesto por una acción y una omisión, y considerando esta última en la falta de pago dentro de las 24 horas de haber sido el sujeto interpelado, encontramos más acertado sostener que el lugar de pago determinará el momento consumativo de la figura, y por ende el juez del lugar, su competencia.

PARTE ESPECIAL

1) INCISO 1°

a) *El tipo legal*: Su texto es el siguiente: "El que da en pago o entrega por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las 24 horas de habérsela comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interposición".

Se trata de un delito complejo y plurisubsistente, que encierra una doble actividad consistente por un lado en una acción y por el otro en una omisión, debiendo darse imprescindiblemente las dos para configurarse el mismo (12).

Se ha sostenido también que se trata de un delito de omisión pura (13). Tal proceder quedaría configurado por no pagar dentro de las 24 horas de la notificación. El fundamento de esta tesis se basa en que no es ilícito el mero acto de librar el cheque, sino que tal conducta se verá incriminada recién cuando se omite el pago requerido.

No inclinamos por el primer criterio, dado que se adecúa mejor al texto de la ley, ya que ambas conductas (positiva y negativa) deben integrarse. Operaría la *fas negativa* en este caso, como una especie de "condición suspensiva" hasta tanto no se cumpla el pago.

b) *Acción*: Consiste en "dar en pago o entregar un cheque". La misma ley establece que la entrega podrá hacerse "por cualquier concepto", quedando incluidos de tal manera los cheques entregados en garantía, respecto de los cuales no es de aplicación lo estatuido por el art. 175 inc. 4° del Código Penal (14).

(12) *Conf. Sales*, 3.ª ed. cit. T.V., pág. 427. En contra *Silvera*, *Tratado* que se cometen por medio del cheque, pág. 12.

(13) *Bacigalupo*, *Enrique*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 2-1968.

(14) *Cámara Nacional Econ.*, causa *Dionisiano*, L.L. 141- 24-297 del 7/II/1968 y *Yago*, R.D. del 10/5/1968.

Otra exigencia establecida por la ley es que no se tenga "provisión de fondos al momento de la presentación al cobro del cheque", sea que se trate de una falta total o parcial, y aunque se haya efectuado un pago parcial o cuenta (135) (como lo autoriza el art. 31 del decreto-ley 4778/63).

Además, se agrega que "no se tenga autorización expresa para girar en descubierto". A nuestro juicio, incurre en este punto la ley en una tautología, ya que al haber autorización para el giro en descubierto, obviamente, no existirá falta de fondos.

c) *Omisión*: Consiste en no abonar el importe del cheque en moneda nacional, dentro de las 24 horas de haberse comunicado el rechazo del mismo.

Es bueno destacar a este respecto que la opinión predominante en doctrina, le otorga a dicha omisión el carácter de elemento sancionante del delito, para cuya construcción no bastaría el mero libramiento o entrega del documento. (136)

d) *Comunicación: plazo y forma*. Se plantean en torno de la comunicación una serie de cuestiones que seguidamente analizaremos.

En primer lugar, tenemos que referirnos a ¿cómo debe practicarse la misma? El Código menciona distintos modos para efectuarla. El primero de ellos es el aviso bancario, refiriéndose de tal manera al que según los arts. 28 y 34 de la Circular B-382 del Banco Central deben remitir los bancos a los cuentacorrentistas para el supuesto de rechazo, por medio de una cubierta postal certificada.

En segundo término, menciona el Código a la "comunidad del tenedor", optándose generalmente por el telegrama colacionado. Modernamente puede ser perfectamente aceptada la carta-documento, sistema implementado no hace mucho por EN-COTEL que permite tener la certeza de si se ha recibido o no la notificación.

Finalmente, la ley emplea un enunciado genérico, al decir: "o cualquier otra forma documentada de interpelación". En este sentido el término interpelación según su empleo en el texto, parecería indicar que quedan excluidas las formas verbales de notificación probada por testigos (137) pero no sucede lo mismo con las actas notariales (138).

El segundo interrogante se presenta respecto de ¿quién debe hacer la notificación? Si partimos de la base que lo que la ley quiere es que razonablemente el librador tome conocimiento del rechazo, parecería lógico que cualquiera estuviese legitimado a efectuar dicha notificación. Así al menos lo ha entendido la Cámara Nacional en lo Penal Económico (139).

(135) Castilla Calón considera que si no se ha previsto el caso en la ley habría interpretación analógica, y por tanto, prohibida.

(136) Millán. Op. cit., pág. 164.

(137) Conf. Uro-Deguisa. Op. cit. pág. 58.

(138) En contra de la Rúa. Op. cit., pág. 162.

(139) Causa "Vega" S.D. 18/IV/1968.

La tercera cuestión que se plantea está referida al lugar donde debe hacerse la notificación. Nuevamente, debe primar aquí la premisa enunciada precedentemente. En virtud de ello, resultará válida la efectuada en el domicilio fijado por el librador ante el Banco. Esto surge claramente del decreto-ley 4778/63 que en su art. 1º, tercer párrafo expresa: "El domicilio que el titular de la cuenta tenga registrado en el Banco podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados de la emisión del cheque". Por lo tanto, tal domicilio tendría validez aún en los supuestos en el que el librador no se encontrara allí. (30).

Por otra parte, tal solución resulta de los motivos que inspiraron la elevación del Proyecto al Poder Ejecutivo de lo que en definitiva sería la ley 16.648, manifestando que: "... sólo se requiere la existencia de una noticia comprobable remitida al librador, que lo ponga razonablemente en condiciones de enterarse, pero sin necesidad de que sea personalmente informado, lo que en caso de fuga u ocultación resulta imposible (31).

Distinto es el caso de las interpelaciones enviadas a un domicilio distinto del que figura en el cheque, ya que sólo serán eficaces las notificaciones allí remitidas en la medida en que las mismas lleguen a manos de titular de la cuenta.

Finalmente, debemos plantearnos ¿a quién debe remitirse la interpelación? Obviamente al librador. Pero, la respuesta que aparentemente resulta clara, no lo es tal. Porque, se plantea el problema en el caso de las personas jurídicas, más concretamente las sociedades, como cualquier otro acto de disposición que atañe a su objeto social.

Ahora bien, se ha discutido con relación a este tema si la interpelación debe ser dirigida al titular de la cuenta, es decir a la sociedad, o en forma personal a la persona que figura librando el cheque.

Por este último criterio se inclinó la Sala III de la Cámara Penal Económico en distintos fallos sueltos, donde sostuvo entre otras cosas que "... no debe sino cumplirse en forma directa —salvo en circunstancias excepcionales— con la persona existente viable que cumple efectivamente la acción de librar el documento mercantil llamado cheque..." y agregó "... que no podemos sino concluir que, si penalmente responsable es el ser viable que cumple las funciones de representante legal, con él deben entenderse las diligencias de aquel último apartado (se refiere aquí al decreto-ley 4778/63)" (32).

Por a tan claros argumentos preferimos inclinarnos por la primera de las tesis enunciadas, fundando esto en razones de tipo práctico y jurídico. Lo primero referido a la imposibilidad común de notificar personalmente al librador, o que al menos éste tenga la "razonable posibilidad" de enterarse. Lo segundo hablando estrictamente desde el punto de vista del derecho comercial, para el cual resulta básico que la sociedad sólo

(30) Conf. De la Rúa, Op. cit., pág. 82 y 11; C.N.F.A., Causa "Poggio Girard", I.P.B.A. N.º 13, pág. 104. Fallo 1467; Causa "Casariego" y "Winkler" del 30/VIII/1966 en J.P.B.A. N.º 13, pág. 105; Sala I, in re "Ortiz, Juan y otros" en R.D. del 26/VI/1968 e igualmente Sala II del 18/VIII/1968. En contra, Cám. Es. de Apelaciones de Mar del Plata-Abril 10/1967 in re "Alcalde, José" — R.D. 9-667.

(31) A.D.L.A. T.º XXIV-C 1964, pág. 1004.

(32) Causa "Bisotefano" — L.L. 7/II/1968 — Fallo 58.593 y Causa N.º 7156 "Luis, Luis y otra" del 5/6/1967.

se expresa y manifiesta a través de sus integrantes, sin los cuales no cobra vida y agota su existencia, a tal punto que desapareciendo éstos, muere jurídicamente aquella (33).

Plazo: Encontradas opiniones se han sostenido en torno a un tema tan debatido como el que significa precisar el término dentro del cual, válidamente pueda efectuarse la comunicación al librador de la falta de pago a que alude el inciso 1º del art. 302 en análisis.

Y lo más lamentado y lamentable al decir de Rubianes (34) es que la propia ley no fije término expreso alguno. De allí la única coincidencia entre tantas discrepancias sobre este punto: la necesidad imperiosa de fijar un plazo, con independencia de su extensión.

El problema se ha visto agravado, sobre todo, desde la actual redacción del art. 302 de nuestro Código Penal, ya que dejó de ser requisito constitutivo de dicha figura la interpelación mediante protesto notarial, puesto que explícitamente quedaba estipulado para este medio el término que fijaban los arts. 813 y 815 del Código de Comercio para que tuviese validez, lo que implícitamente se trasladaba al término para realizar la interpelación exigida en ese momento.

No requiriéndose en la actualidad protesto alguno —y no exigiéndolo tampoco la ley comercial— ha desaparecido el fundamento que informaba el Plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal sobre plazo.

De allí que debamos hablar en la actualidad de las siguientes soluciones:

1) **Plazo de dos días:** Son sus sustentadores Fontán Balestra (35) y Millán (36). Tal postura encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 39 del decreto-ley 4776/63, toda vez que éste exige la intimación a los sucesivos endosantes por parte del tenedor legitimado hasta concluir en el librador, a los fines de evitar la acción de regreso. Pero nada tiene que hacer esta intimación con la específicamente normada en el inciso 1º en estudio. Aquella, si siquiera produce la caducidad de las acciones emergentes del rechazo del cheque, y sólo puede dar lugar a una limitada acción de resarcimiento de daños. Por otro lado, la comunicación de que da cuenta el mencionado art. 39 no exige forma alguna, en tanto que la interpelación exigida por el Código Penal debe ser documentada, según el propio texto de la ley. Finalmente razones de política criminal excluirían por completo la aplicación de esta tesis dada la exigüidad de su término.

2) **Plazo de treinta y sesenta días:** Tiene su fundamento en lo dispuesto por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63, referente a la validez de los cheques a los efectos de su presentación al cobro, pudiendo el banco acordar la máxima de las dos extensiones siempre que tan instrumento no hubiese sido revocado.

(33) C.H.F.E.C., Sala II in re "Taselli, Molins y otro" del 16/IV/1968, ideas "Unión de Padres de Familia Santa Catalina" y "Uman y Cia."

(34) El libramiento de cheques sin provisión de fondos en la última reforma. En J.A. 1964-61.

(35) Reformas al Código Penal, pág. 137.

(36) Nuevo... pág. 176.

Basagalupo al respecto se muestra firme en su posición de sostener como único válido el plazo de treinta días, ya que —argumenta tal autor— el banco sólo tiene facultad para extenderlo, lo cual no implica un imperativo, que constriera además con la exclusión de los días de gracia que el mismo art. 25 prescribe.

Esta doctrina ha sido acogida finalmente por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en virtud del Fallo Plenario in re "WALLAS, Valentín" del 27/XI/1968, en que se resolvió: "Para que se produzcan los efectos establecidos en el art. 302, última parte del inciso 1º del Código Penal, el tenedor de un cheque debe formular la interpelación documentada dentro de los plazos previstos en el art. 25 del decreto-ley 4776/63".

El problema se planteaba con aquellos cheques que tenían fecha postdatada. A ese fin, también salió al paso la Cámara Nacional en lo Penal Económico, considerando la fecha puesta en el cheque la real, y extendiendo por consiguiente dicho lapso (37).

Tampoco tiene nada que ver el plazo establecido por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63 con el previsto por el inc. 1º del art. 302. Aquellos se refieren a la vida útil del cheque, éste a la intención de salvaguardar los intereses del deudor, a los fines de ponerlo sobre aviso de la falta de provisión, para que así subsane dicha omisión con el pago dentro de las 24 horas.

3) Una combinación de las dos tesis anteriormente expuestas la constituye la propugnada por Rabianes a fin de paliar el inconveniente del plazo excesivamente exiguo de dos días, que comenzaría a contarse a partir del último día de vida útil del cheque, otorgado por el juzgo de los mencionados arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63.

4) Otra de las corrientes postuladas propugna el plazo de validez de la interpelación en el que prescribe la acción penal. Esta postura adolece a nuestro juicio de dos fallas fundamentales: 1. Si partimos, como lo hacemos, de que estamos frente a un delito plurisubjetivo que se consume con la omisión del no pago dentro de las 24 horas, no podemos concluir válidamente que este plazo sea correcto dado que su extensión sería ilimitada. 2. Por otro lado, encontramos que habría una contradicción irreparable entre este plazo que se postula y plazo de prescripción de la acción cambiaria.

5) Finalmente, encontramos en la doctrina una posición que día a día se abre camino —a la cual adherimos— que sostiene como válido a los fines de la interpelación el término de prescripción de la acción cambiaria, es decir 1 año, tal como lo estatuye el art. 34 del decreto-ley 4776/63. El argumento más poderoso que a nuestro entender sostiene a esta postura radica en la mejor tutela que se logra con un plazo más extenso, y que al mismo tiempo se compatibiliza con la normal agilidad del comercio. Esto, evidentemente, permite un mejor logro en la protección de los bienes jurídicos que se vulneran.

(37) Causa "Hidalgo del Castillo, Félix" del 20/XII/1968.

Forma: En cuanto a las formalidades que debe reunir la comunicación, la jurisprudencia del fuero en lo Penal Económico ha sostenido reiteradamente que la misma debe contener los datos suficientes como para que se individualice el cheque por el cual se la hace, debiendo además indicar el domicilio de pago, requisito que podrá omitirse siempre y cuando el interpelante sea el primer tomador del cheque.

Este recaudo encuentra su fundamento en la necesidad de que el librador tome conocimiento y compruebe la veracidad de los hechos, pero supliéndolas dichas circunstancias por cualquier otro medio que permita suponer que ese conocimiento ya fue adquirido tal exigencia se tornaría sobreesbndante.

e) **Pago:** Deberá efectuarse dentro de las 24 horas de recibida la notificación en tiempo y forma legal. El mismo debe realizarse en efectivo, en moneda de curso legal, o sea pesos argentinos, y en la persona del interpelante, tenedor legitimado del cheque. El pago efectuado a terceros —caso de los representantes o mandatarios— carece de relevancia y no tiene fuerza exculpatoria.

Se ha planteado al discusión en tomo a la imposibilidad concreta y real de realizar el pago por parte del sujeto intimado. Frente a estos supuestos debemos concluir que estaríamos en presencia de un caso de inexistencia de delito, comprobado que élla se diese, dado que propugnar otra solución sería revivir de algún modo la tan mentada prisión por deudas.

II) INCISO 2°

La reforma penal de 1964 por vía de la ley -16.648 ya mencionada amplió el ámbito del art. 303 del Código Penal, extendiéndolo a tres nuevas figuras que crea y que quedan redactadas en tres incisos.

El primero de ellos expresa: "El que da en pago o entrega, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado".

Introdúcese de esta manera con la expresión "a sabiendas" un elemento subjetivo específico que excluye la posibilidad del dolo eventual, debiendo estar presente en el ánimo del sujeto activo del delito exclusivamente el dolo directo. Esto entraña fundamentalmente un problema probatorio, ya que según se ha entendido debe exigirse una especial referencia psíquica: el conocimiento de la imposibilidad de pago (128).

Es el caso típico de los cheques rechazados con la mención "cuenta cerrada", dado que el librador debiera conocer indirectamente tal circunstancia.

Al respecto resulta muy ilustrativo el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (129), por el que se ha entendido que incurre en este inciso el librador que girase sobre una cuenta que sabe cerrada, no considerándose indispensable para acreditar este conocimiento la comunicación expresa del rechazo.

(128) Barinsky. Op. ... cit., pág. 121.

(129) Causa "Sizem" del 4/9/11/1968, en I.P.R.A., X/191-120.

Sotgiens Millán ⁽⁴⁰⁾ que el presente inciso debe su inclusión a raíz de numerosos casos que se observaron, en los cuales el librador pedía su propia quiebra, concurso civil o convocatoria de acreedores para ponerse a cubierto de eventuales rechazos, y así burlar el derecho de sus acreedores.

Finalmente, debemos considerar el supuesto tan común de los cheques postdatados, en los cuales el librador promete cierto pago futuro que luego se vería burlado por el rechazo.

Pese a que la solución puede parecer injusta, estimamos que a tenor de lo dispuesto por los arts. 25 y 29 del decreto-ley 4776/63 el tomador del cheque deberá cargar con las consecuencias de su improvisación al no haber hecho uso del resorte legal que le otorga dicho decreto-ley, y no presentar a su cobro el cheque dentro de su vigencia establecida por los mencionados artículos. Es decir, no se le puede exigir válidamente al librador provisión de fondos fuera de los límites de vida del cheque establecidos por la propia ley comercial.

III) INCISO 3°

Es el segundo de los nuevos supuestos, diciendo el texto legal: "El que librase un cheque y diere contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago".

Contémlase en este inciso dos hipótesis:

El bloqueo de fondos y la frustración maliciosa del pago. En ninguna de las dos se exige la previa interposición, quedando consumada la infracción en el primer caso con la orden de no pagar y en el segundo cuando se produce el rechazo.

La primera de ellas remite a los supuestos en que la ley autoriza a dar la contraorden para no pagar. Dichos supuestos están contemplados en el art. 5° del decreto-ley 4776/63 siendo: a) El robo o extravío de cuadernos; b) La adulteración de cheques por terceros.

Fuera de estos supuestos de obligatoriedad para el titular de la cuenta de comitizar al Banco tales circunstancias, a efectos de evitar pagos indebidos, cualquier otro que importe orden de no pagar hace penalmente responsable al librador, quedando a su cargo la prueba de la legitimidad de la contraorden impartida ⁽⁴¹⁾; no bastando la mera atención de pérdida del cheque.

Idéntica solución ha adoptado nuestra jurisprudencia respecto de excusas exculpatorias por parte del librador que se pretendieron fundar en incumplimiento de relaciones contractuales ⁽⁴²⁾.

(40) Op. cit., págs. 178/189.

(41) Cám. Nac. Penal Económica, en F.D., del 29/VII/1968, págs. 182 y 184.

(42) Cám. Nac. Penal Econ., en public. cit., págs. 18/200 y J.P.B.A., XX-1678.

IV) INCISO 4°

Dice el inciso 4° del art. 302: "El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización".

Esta última hipótesis que ha dado lugar a numerosos comentarios, ha sido duramente criticada por entenderse que legalmente no existiría posibilidad, atento lo dispuesto por el art. 4° del decreto-ley 4776/63 y la circular B-382 del Banco Central, que el titular de la cuenta corriente, y en consecuencia tenedor legítimo de un cuaderno de cheques autorice su empleo a terceras personas. Efectivamente, si así lo hiciera el cheque no sería pagado a su presentación.

Tampoco podría tratarse de los llamados "cheques de mostrador", dado que éstos son entregados por el banco a sus clientes, sólo en casos excepcionales.

No es el caso, igualmente, de un exceso de mandato, ya que eventualmente quien obrara de tal manera quedaría abarcado por la previsión de la defraudación por apropiación indebida (art. 173, inc. 2°).

Por último, sólo cabe pensar que lo que el legislador quiso prever son aquellos supuestos en que el propio infractor suscriba con su propia firma cheques extraídos de un cuaderno ajeno, por supuesto sin autorización del titular de la cuenta. Quedando excluidos así los casos de adulteración o falsificación que posiblemente podrían presentarse como hipótesis más frecuentes. Este es el parecerío de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (44). En idéntico sentido lo ha resuelto, hace ya algunos años, la Cámara del Crimen de la Capital Federal.

(43) Molán, Op. cit., págs. 188/190.

(44) En J.F.B.A., XVIII-2232.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL HOMICIDIO

Por Francisco P. Laplana

El estudio de los elementos constitutivos del homicidio exige el previo esclarecimiento de algunas cuestiones.

Por de pronto, el homicidio es un delito contra la vida humana, lo que obliga a saber qué es la vida como bien jurídico tutelado por el derecho penal; si se trata de un bien disponible para su titular —cuestión de la que emana una serie de equívocos y malentendidos, sobre todo en materia de trasplantes de órganos—; con qué criterios se diferencia el tipo del homicidio de otros tipos de delitos contra la vida, etc.

Dilucidados estos temas fundamentales, vayamos directamente al asunto que nos ocupa ahora.

Ante todo, es imprescindible distinguir entre elementos constitutivos (*esenciales delicti*) y elementos circunstanciales (*accidentales*) o simplemente, circunstancias del delito.

Los primeros son aquellos que hacen a la esencia misma del tipo y que, por lo tanto, como denota la expresión, lo *constituyen*. Dicho en otros términos: son los elementos que hacen que un tipo sea tal, y no otro diferente o un hecho simplemente lícito.

En cambio, los elementos circunstanciales —del latín *circum-stante*— son los que pueden rodear el delito, estar en su alrededor. Vendrían a ser como el adjetivo, que se agrega al sustantivo para calificarlo o determinarlo. En nuestra lengua se mantiene dicho significado, por ejemplo, en los vocablos *circunvolución*, *circunnavegación*, *circuncisión*, . . .

En términos generales, puede decirse que una *figura básica* está dada, precisamente, por los elementos constitutivos del tipo. Las circunstancias o elementos circunstanciales se agregan a la figura básica y producen el efecto de agravar o atenuar las penas. De ahí que se distinga entre circunstancias *aggravantes* y *atenuantes*. Otros prefieren referirse a circunstancias *calificativas* y *privilegiadas*, traduciendo así del alemán; pero es obvio que hay mengua de claridad si no se concreta que es lo que califica *agrava* o *atenúa*, del mismo modo que identificar lo atenuado con lo privilegiado parecería un exceso semántico. Lo que sí conviene recordar es que *calificar* o *calificantes* son voces impropias.

Podríamos hacer el esquema siguiente:

FB (figura básica) = EC (elementos constitutivos)

CAg (circunstancias agravantes) = FB + CAg

CAt (circunstancias atenuantes) = FB + CAt

En consecuencia, en las hipótesis agravadas y atenuadas se contienen siempre todos los elementos constitutivos de la figura básica más el agregado de las circunstancias específicas de agravación o de atenuación, según el caso.

No cabe duda alguna de que el art. 79 C.P. es la figura básica del homicidio simple, a partir de la cual es necesario precisar los elementos del tipo y luego las circunstancias que lo agravan o atenúan.

Sin embargo, sea por el laconismo de algún tratado o por otras distorsiones conceptuales, es conveniente profundizar algo más.

En primer lugar, es inadmisibles reputar como tipos de homicidio el *cuipo* (art. 84 C.P.) y el *preintencional* (art. 82 C.P.) porque sus elementos constitutivos son distintos de los que integran el homicidio simple.

En segundo lugar, es inaceptable introducir tipos como el de *parricidio* y el de *asesinato*, por analogía con códigos penales extranjeros y, por ende, extraños a la raíz dogmática de nuestra ley penal.

En tercer lugar, el *infanticidio* (art. 81, 2° C.P.) es un homicidio atenuado y no un tipo penal autónomo.

En cuarto lugar, el delito de *instigación o ayuda al suicidio* es un tipo *per se*, pues la acción punible no es la de matar a otro, sino la de matarse, o sea, darse muerte a sí mismo.

En quinto lugar, el aborto es también un delito contra la vida de otro, que no es ya la de persona nacida o en trance de nacer (homicidio), sino la del producto de la concepción hasta el nacimiento (tutela penal de la vida intrauterina, distinta de la vida de la madre).

Acercas del *parricidio* habría mucho que decir. Baste, por ahora, con advertir que el código penal argentino carece de una disposición semejante a la del código penal español de 1870: "El que matase a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, será castigado como parricida con la pena de cadena perpetua a muerte". Los sujetos pasivos calificados que menciona nuestro código (art. 80, 1° C.P.) no modifican la acción de matar —primer elemento constitutivo del tipo—, ni autorizan a dar el *nomen iuris* de parricidio sin apoyo dogmático alguno y sin esclarecer los problemas que sigue suscitando el veintísimo crimen castel. Para nosotros, pues, se trata lisa y llanamente de un homicidio agravado.

Por lo que concierne al *asesinato*, sabido es que en otros países existen sistemas diversos del nuestro.

Así en España, el homicidio simple (art. 413) se configura de este modo: "Es no simple de homicidio, el que, sin estar comprendido en el art. 411 (parricidio), matare a otro no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 412" (asesinato).

En Alemania existen el *Mord* (asesinato) y el *Totschlag*. En Inglaterra, el *murder* y el *manslaughter*. En Francia, el *assassinat* y el *meurtre*, sin perjuicio del *parricide*, del *empoisonnement* y del *meurtre* conexo con otro delito.

Casi todas estas distinciones y algunas otras, derivan de la práctica penal.

Para Julio Claro, por ejemplo, el *homicidium simplex* comprendía: a) *ex necessitate*; b) *ex casu*; c) *ex dolo*. Pero, además, existía el *homicidium qualifitatum* vel *deliberatum*, que incluía: a) *ex proposito*, único supuesto de homicidio deliberado, que luego fue a dar en la *premeditación*; b) *ex insidia*; c) *proditorum*; d) *per assassinationem*, que abarcaba el homicidio por precio o por mandato.

Mientras prevalece la práctica, tal es el criterio de la opinión común; pero a medida que se dictan leyes de carácter regional o nacional y, sobre todo, cuando aparecen los códigos en el siglo XIX, las líneas generales se mantienen hasta cierto punto o se diversifican hasta cambiar.

En estos sistemas que derivan de la práctica penal, cabe advertir una simple enumeración de figuras, relativamente desvinculadas entre sí, que pueden ser tratadas desde los tiempos más antiguos. Algunas de ellas remontan a la *lex Cornelia de sicariis et de veneficiis*. El parricidio proviene, cuando menos, de la *lex Pompeia de parricidio* (81 antes de C.), aunque también se cita una ley de Numa Pompilio: *Si quis hominem liberum dolo sciens morti dicit, parricidus esto*. Sobre este último texto, habría hoy coincidencia en que debe entenderse parricidio, o sea, que se refiere a la muerte de un par, al homicidio de un hombre libre. En Alemania, el origen del *Mord* se sitúa en épocas anteriores a la ley Cornelia, verbigracia, en el *Mordwid* de la ley Ripuaria, relativo al homicidio con ocultamiento de la acción o del cadáver (*homicidium occultum*); lo que después llevó a la distinción entre el "homicidio secreto" (*heimlich*) y el abierto o franco, en lucha (*offenen*), en relación conceptual con el homicidio a traición o alevé.

El curso precedente se limita a tomar como punto de partida a un práctico, como Julio Claro, y una época en que ya está en marcha la formación del derecho penal común europeo —con sus tres elementos: el romano, el canónico y el germánico—, así como la propia formación particularista de los estados europeos.

Tales bases sirven tan sólo como referencia para esforzarnos por reconstruir el sistema de nuestro derecho penal vigente, señalando, como desviación, lo que no converge a dicho sistema.

Por eso se debe observar:

1°) Una cosa es la historia de las instituciones de derecho penal, que ha de concretarse a una época y a un sistema jurídico determinado, y otra, muy distinta, por cierto, valerse de denominaciones que no tienen sustento en la ley argentina y, a mayor abundamiento, despiertan resonancias diversas y contradictorias.

2°) Una cosa es el derecho penal comparado —que puede incluso proponerse cuestiones de *habe corpus*— y otra muy diferente el estudio dogmático de la ley penal positiva.

3°) En ningún caso, la ley penal argentina vigente acoge tipos o figuras delictivas como el parricidio y el asesinato.

4°) Nuestra ley penal responde al siguiente sistema con respecto al tipo del homicidio: una figura básica (art. 79 C.P.) formada por los elementos esenciales de dicho tipo, y, además, figuras circunstanciales de agravación (arts. 80 y 80 bis C.P.) y de atenuación (arts. 81, 1° y 2° CP).

Ahora bien, los elementos esenciales o constitutivos del homicidio simple y, por ende, de todo homicidio agravado o atenuado, son cuatro, a saber:

1°) La acción de matar, que consiste en destruir la vida de una persona física nacida o naciente.

2°) El dolo, o elemento subjetivo, que establece la diferencia con el homicidio por culpa o imprudencia y con el llamado homicidio preterintencional.

3°) El resultado punible (*eventus, effectus, exitus*) que es la muerte de otro.

4°) La relación de causalidad material entre la acción y el resultado.

Cuando nuestro código penal expresa que comete homicidio "el que mata a otro", es obvio, que como regla, no considera a sujetos activos o pasivos especialmente calificados. En consecuencia, carece de sentido dogmático sostener que los "sujetos", sean elementos constitutivos del tipo. Repárese en que "sujeto activo" es, por fuerza de la expresión y de la lógica, el que realiza, ejecuta o cumple la acción. Esto significa, pues, que el elemento esencial en la acción, y tratándose del homicidio, la acción de matar.

Por excepción, hay sujetos activos y pasivos calificados en varios delitos de nuestro código penal.

En lo que atañe al homicidio, por ejemplo, hay sujetos activos y pasivos calificados en el art. 80, 1º C.P., en el 80 bis y en el 81, 1º y 2º C.P.

No faltan quienes plantean la cuestión —o sueldo cuestión— del sujeto pasivo del homicidio, por más que se refiera, en puridad, al comienzo de la existencia de las personas.

El art. 29 del código civil español no considera persona al feto, pues la existencia de aquella comienza desde el nacimiento. Una sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de mayo de 1902, dijo que: "No es homicidio la muerte del ser que no llegó a tener vida extrauterina". Por eso afirma un autor tan reputado como Cuello Calón: "Sujeto pasivo del homicidio es el hombre vivo. La muerte del feto no es homicidio; porque el feto no es un hombre, sino una esperanza de hombre". Y agrega el mismo autor, al hablar del parricidio: "Es menester la muerte de un hombre; la muerte del feto no constituye este delito", a la vez que expresa en nota: "La muerte del feto a consecuencia de la causada a la madre no constituye parricidio por faltar en el embrión la personalidad que, según el art. 29 del código civil, se adquiere por el nacimiento, 7 de mayo 1902".

Entre nosotros, casi por analogía, llega a sostenerse que según el art. 74 del C. Civil argentino "la existencia de las personas comienza con la separación completa del seno materno".

Sin embargo, nuestro artículo 74 reza: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido". Mientras que el art. 70 dice muy claramente: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno naciesen con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

De lo expuesto, resulta paladinamente que el precedente hispano, alejado en el tiempo y en el espacio, no concierne a los elementos constitutivos del homicidio, sino al comienzo de la existencia de las personas. Además, que contrariamente a lo que sostienen algunos reputados penalistas, la existencia de las personas físicas comienza desde la concepción en el seno materno, por coincidir lo que dispone el código civil con el sistema dogmático —no meramente sancionatorio— del código penal. En efecto, por una parte, la condición de que el feto nazca con vida, se refiere exclusivamente a la adquisición de algunos derechos, pero no al derecho a la vida que existe, desde el punto de vista de la tutela penal, tanto para la persona nacida como para la persona que aun no ha nacido y no es una simple esperanza de vida; por otra parte, si fuera cierto que el embrión o el feto debe nacer con vida, no sólo no habría homicidio, sino tampoco aborto, ya que no existiría el objeto del delito por haber muerto el producto de la concepción antes de estar completamente separado del seno materno.

Paralelamente al erróneo criterio de que la existencia de las personas comienza desde la completa separación del claustro materno —debida a resonancias hispanas— se aduce también que puede cometerse homicidio o infanticidio desde que comienzan los

obitos del parto hasta la separación completa del feto. Este último criterio proviene de Alemania. En tiempos de Frank, Schönke, Schröder, Olshausen y otros se decía que, de semejante modo, extendiase la posibilidad de cometer homicidio, en detrimento del aborto y, por añadidura, se respetaba el "rigor biológico de la noción de vida" (Quintano Ripollés).

En rigor de verdad, no se trata de antinomias o de variaciones conceptuales entre *hombre* y *feto*, o entre *hombre* y *embrión*, así como tampoco entre *vida* y *per se esse* o *existencia de vida*.

Para el código penal argentino, es innegable que el aborto es un delito contra la vida del feto concebido (embrión o feto), que es también persona en sentido jurídico y biológico. Si no fuera así, si el embrión o el feto carecieran de personalidad biológica y jurídica, desaparecería el delito de aborto, a semejanza de lo que sucedía, durante cierto lapso, con la anacrónica doctrina de la *embriación*.

En fin, el infanticidio, que es un homicidio atenuado, puede cometerse durante el nacimiento (art. 81, 2º C.P.) De manera, pues, que éste es el dato dogmático necesario para sostener, como elemento constitutivo del homicidio, el resultado muerte de la persona física nacida o en trance de nacer (*nasciturus, nascente*). Correlativamente, el aborto también es, por obra del sistema de código penal argentino, delito contra la vida de la persona no nacida, que vive en el seno materno y tiene derecho a una tutela penal autónoma de la de la madre y coincidente con los bien entendidos intereses de la comunidad.

La expresión *durante el nacimiento* significa que este último ocurre cuando el feto se desplaza o sale desde la cavidad uterina hacia afuera, sea por los movimientos propios del trabajo de parto, sea por la ayuda médica (forceps) e incluso por operación cesárea.

EL DELITO DE ABORTO

*Por Dr. Enrique A. Alvarez Aldare**

CONCEPTO

Ya decía Carrara: "La tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen que a veces la mujer sienta odio a lo que debía excitarla a suma alegría, es decir, a ser madre, y en cambio, desear lo que debería temer como un gran infortunio, esto es el aborto".

a) Podrían distinguirse varios conceptos del aborto:

Desde el punto de vista terminológico, el *Diccionario de la Real Academia Española* dice que aborto es la acción de abortar, y que este verbo significa "parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir".

Desde el punto de vista médico, el aborto es la expulsión del producto de la concepción, hasta el sexto mes de embarazo, ya que se considera que entre el séptimo y el noveno mes, sería un parto prematuro, y lo llaman así.

Desde el punto de vista del derecho penal, se hablaba de "feticidio" (Carrara) —literalmente: muerte del feto— o de interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación, con la muerte dada al producto de la gestación, al producto concebido (embrión o feto).

En nuestro Código Penal, es un delito contra las personas e integra el capítulo de los delitos contra la vida. De esta manera, se tutela penalmente la vida intrauterina, como distinta de la vida de la madre.

b) Este delito exige cuatro elementos o presupuestos: 1º) estado de gravidez o preñez; 2º) ejecución de maniobras abortivas; 3º) relación de causalidad entre estas maniobras y la muerte del producto de la concepción; y por último 4º) el dolo; al referirnos al dolo, es el dolo genérico, común a todos los delitos intencionales. Hay autores que con respecto a la muerte del feto, dicen que basta el dolo eventual, el directo sólo es exigido con respecto a la expulsión.

Profesor Titular de Derecho Penal II. Clínica del Dr. Francisco P. Laplaza

Es necesario, para la mejor comprensión de este delito, tener una noción de su desenvolvimiento a través del tiempo. Vemos así que en Grecia no estaba castigado, e incluso filosóficamente se le defendía: Aristóteles ya hacía la distinción entre feto animado e inanimado; la animación recién ocurría a los 40 días de embarazo para el hombre y 80 para la mujer; pero contrariamente, es de hacer notar que en el juramento de Hipócrates, se prohibía la operación abortiva. En Roma, siguiendo, en un principio, el concepto de que el feto es una parte de la madre ("partio mulieris"), solo se impedía el aborto provocado por un extraño, sin el consentimiento de la madre, pues se defendía el derecho de ésta sobre su cuerpo. Posteriormente, en la época de Spintio Severo, se defiende el derecho del marido a tener descendencia; por ello, se debía, en caso de mujer casada, contar con el consentimiento del marido. Al llegar a la época de Justiniano, se le castigaba con la pena de exilio. Moisés, en su "Historia de Roma", dice que el aborto, no se consideraba delito, sino una inmoralidad. En la Edad

En la Edad Media, la Escolástica, siguiendo a Aristóteles, distingue entre fetos animados e inanimados; lo mismo que los Prácticos, pensando con grandes sanciones, incluso la muerte, cuando era animado (Fuero Juzgo, Las Partidas la Constantino Orzivaldo Carolina de 1532).

Según algunos autores, en las civilizaciones precolombinas, se perseguía este delito, en defensa de los intereses de la comunidad (criterio seguido, como ya estudiaremos al tratar el Derecho comparado, por algunos países socialistas modernos). Los aztecas, por ejemplo, imponían la pena de muerte, porque decían que afectaba los intereses de la comunidad, y los Incas lo incriminaban para defender la necesidad de aumentar la población.

EL ABORTO EN EL DERECHO ARGENTINO

El Código Penal ubica el aborto en el Título I "Delitos contra las personas" Capítulo I "Delitos contra la vida". El art. 85 dice "el que causare aborto...", de manera que no se describe la acción típica. En cambio el Código Mexicano es uno de los pocos cuerpos legales que lo define como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". El consentimiento de la madre o su defecto, distingue diversas hipótesis delictivas. No se trata del consentimiento en su acepción del Derecho Civil, porque sería irrelevante, ya que no hay consentimiento legal válido para cometer un delito, sino que se refiere a un consentimiento real, pues con la falta de este último, se agrava la figura, toda vez que el bien jurídico protegido, además de comprender la vida del feto, abarcaría la libertad y el derecho a la maternidad de la mujer.

En una forma esquemática, nuestro Código, lo tipifica, como: 1º) aborto no consentido; 2º) aborto no consentido seguido de muerte de la madre; 3º) aborto consentido; 4º) aborto consentido seguido de la muerte de la madre; 5º) aborto con participación de profesionales; 6º) aborto preterintencional (para algunos autores, sería culposo); y 7º) aborto propio o consentimiento al aborto. Aparte trata diversas formas de impunidad: a) aborto necesario o terapéutico; b) aborto proveniente del embarazo de una mujer violada; c) tentativa ingune de la mujer. Es de hacer notar que nuestra ley no trata otras formas privilegiadas —si así pueden llamarse— del aborto, que serían el llamado aborto "honoris causa" o "para ocultar al deshonor" (motivación que se toma en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, en el delito de infanticidio, art. 81 inciso 2º del Código Penal); aborto por "razones económico-sociales", que en Cuba llaman "aborto por causa de miseria" y en el Código Alemán (proyecto de 1975) "aborto por especiales apuros".

Nuestra ley, no se refiere, al tipificar este delito, a los medios empleados para provocarlo (solo en el art. 87, con respecto al preterintencional, habla de "violencia"). Cabe, distinguir, entre medios morales (infundir pavor), físicos (drogas) y mecánicos (golpes, raspajes).

Con respecto a la agravación consistente en la muerte de la madre, ésta sería de carácter objetivo, ya que habría preterintencionalidad; pero nuestra ley, al hablar del homicidio preterintencional (art. 82 del Código Penal), dice que el medio empleado "no debía razonablemente ocasionarla. . .", y en el caso del aborto, ésta se presumiría, ya que los medios abortivos fueron concretamente idóneos para causar la muerte. Si la mujer muere, y no muere el feto, existe la opinión de que no habría aborto calificado, pero sí homicidio culposo y tentativa de aborto.

En cuanto, al sujeto activo de este delito, tiene como connotación especial, que en el art. 86, en caso de participación profesional, se establece la misma específicamente, creando una excepción a las reglas de los arts. 45 y 46 del Código Penal, que tratan de la participación criminal, ya que se equipara al médico autor con el médico cómplice, utilizando en la figura el término genérico de "abuso".

La mayoría de los autores, al estudiar el art. 87 del Código Penal, dicen que trata el aborto preterintencional. Sobre este tema debemos abordar la acción de dolo. ¿Cuál es el exigido por este delito? Como ya se dijo, es el directo, o de propósito, que sería la intención directa de matar el feto; entonces el elemento subjetivo es este "propósito de causado". Vemos a contrario sensu, que el art. 87 dice "no haber tenido el propósito de causarlo. . .". Por ello, si bien hay un dolo de comienzo —la violencia ejercida—, el resultado es no querido, o sea, lo que es característico de la preterintencionalidad. Ya aparecía en el Proyecto de Tejedor, referido a "maltratos, bebidas u otros medios, pero sin tener por objeto directo, el aborto". Para Ramos, Peco, Díaz y Odiergo, el art. 87 se refiere al aborto culposo, ya que consideran que existe falta de intención con respecto a la consecuencia, y esto es característico de la culpa. "acción 'intencional' y consecuencia 'imprevisas e 'involuntaria'. . .". Como "pugna" con "trao extremo, dice que es aborto con dolo indirecto, ya que el empleo de violencia no podría encuadrarse en ninguno de los supuestos de la culpa; el hecho sería doloso, pero con dolo indirecto. Soler, Fontan Baleata, y la Suprema Corte de la Provincia de Tucumán, a mi criterio en el buen camino, siguiendo la idea que ya había elaborado Rivarola, quien habla de aborto preterintencional, cuando exige estado de embarazo, constancia para el autor de este estado, ejercer violencia sobre la mujer, y ausencia del propósito de causarlo, sostiene la tesis de la imputación del aborto a título preterintencional.

En las formas de impunidad tratadas en el art. 86 del Código Penal, se exige el consentimiento de la mujer, y que el aborto sea practicado por un médico diplomado. Al tratar la norma citada, lo que técnicamente, se llama aborto terapéutico, en el que algunos autores, criticaron su inclusión, dado que ya estaría previsto por el "estado de necesidad" del art. 34 inciso 3° del Código Penal; pero este estado de necesidad exige que el mal sea inminente, y el art. 86, no, pues se limita al peligro para la salud o la vida de la madre. También se distingue porque en esta última, el que lo efectúa debe ser un médico diplomado, y en el estado de necesidad, podría ser una partera, incluso cualquiera y aún sin solicitar el consentimiento de la madre.

Con respecto al aborto sentimental y el eugenésico, la ley exige que se haya iniciado la acción penal por el delito de violación, y si la víctima fuera menor o incapaz, el consentimiento de su representante legal.

Es interesante considerar los motivos de la impunidad de la tentativa de la mujer, en su propio aborto. Ya fueron tomados en cuenta en el Proyecto de 1891, que menciona "evitar el escándalo y turbación de la familia, al investigar el hecho que ya no tendría utilidad aparente para la sociedad que no se sentiría muy alarmada por lo ineficaz de la tentativa".

Al tratar sobre las normas legislativas de nuestro país sobre este delito, es importante ver el último anteproyecto presentado en 1979 por una Comisión integrada por los Dres. Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrío, Luis Cabral y como secretario el Dr. Luis M. Razzi. En la misma, como bien se dice en su exposición de motivos, se sigue en líneas generales la forma de legislar el delito de aborto que tiene el Código vigente, con algunas modificaciones que consisten en: que por primera vez en nuestra legislación, se define el aborto, en el art. 123: "el que causare la muerte del feto en el seno materno o mediante su expulsión prematura..."; también distingue entre aborto con y sin consentimiento, pero considera que el consentimiento de la menor de 16 años no es válido, ya que agrava la figura en el caso de menos de esa edad, con o sin consentimiento. Se agrega como agravante, la habitualidad. Crea una figura atenuada, a la que llama "aborto para ocultar la deshonra" o por causa de deshonra. Mantiene la impunidad del aborto en los casos del art. 86 del Código vigente y el aborto pterintencional, al que siguiendo la tesis de Soler, llama con ese nombre.

DERECHO COMPARADO

Como necesario extenderme un poco en el tema del aborto en el Derecho Comparado, dada la importancia del estudio de la incriminación o desincriminación de este delito, en las diferentes legislaciones y con relación a la política criminal seguida.

La Iglesia Católica, mantiene una posición firme de considerarlo un crimen y en el canon 2380 prescribe: "Los que procuran el aborto, incluso la madre, incurren, si el aborto se verifica, en excomunión *latae sententiae* reservada al ordinario; y si son clérigos deben además ser depuestos..."

Desde este punto de vista comparativo, se pueden considerar cuatro posiciones o grupos de naciones: las de bloque socialista, el grupo escandinavo, Inglaterra y su zona de influencia y las naciones latinas. En el bloque socialista, la Unión Soviética con sus leyes postrevolucionarias, que es el primer cuerpo de leyes penales moderno que no incluye en su tipología el delito de aborto. Un decreto del 18 de diciembre de 1920, permite el aborto, y su explicación era ayudar a emancipar a la mujer e incorporada al proceso industrial que comenzaba. Este decreto pasa a los Códigos de 1922 y 1926, en los mismos términos. Alrededor del año 1930 y con el mismo fin de desarrollo industrial, pero enfocándolo ahora desde otro punto de vista: el fortalecimiento de la familia (había carencia de mano de obra por la baja tasa de nacimientos), se promulga el Decreto del 27 de junio de 1936, prohibiendo el aborto, salvo en el caso de peligro para la vida o integridad física de la mujer. Esta situación se prolonga hasta 1960, donde en el art. 116 del nuevo Código Penal Soviético, se vuelve a permitirlo, con ciertos requisitos: que debe ser practicado por médico y dentro de los tres primeros meses del embarazo. En caso de muerte de la mujer, el médico puede responder por homicidio culposo. Con respecto al autoaborto es impune, ya que el bien jurídico protegido es la vida y salud de la embarazada y ésta puede disponer libremente del mismo. En los distintos países socialistas, se sigue esta orientación: Bulgaria, por Ley del 5 de abril de 1956 permite el aborto hasta los tres meses, pero luego por razones demográficas, se restringe dictando una ley en 1973, que autoriza solo a las mujeres de más de 45 años, o con más de tres hijos y no se puede abortar más de dos veces por año. Esta evolución la sigue el Código Checoslovaco, también a partir de 1973. Polonia pasa de una legislación restrictiva, donde se protege como bien jurídico la vida del feto, a una permisiva, dictando el Decreto de diciembre de 1959, que declara impune el aborto, siempre que lo realice un médico, con consentimiento de la mujer, y

si es menor de 18 años, su padre. El autoaborto es imputable. Rumania por ley de 1957 permite el aborto solo exigiendo que se haga en hospitales estatales; pero al llegar a comprobar estadísticamente que había 13 abortos por nacimiento, en el año 1966 se vuelve a restringir, en forma similar a la ley búlgara. En Yugoslavia, la ley del 26 de abril es similar a la ley vigente en Checoslovaquia.

Con respecto al bloque escandinavo: la ley sueca de enero de 1975, permite el aborto libre y gratuito en los tres primeros meses del embarazo. Noruega, el aborto puede realizarse con indicación de dos médicos, en un hospital adecuado y dentro de los tres primeros meses de embarazo; a su vez el art. 245 del Código Penal Noruego, sanciona el autoembarazo, y el que se efectúe sin cumplimentar las exigencias legales, con penas de hasta 3 años, con consentimiento de la mujer y hasta 15 años sin su consentimiento. Dinamarca por ley del 23 de mayo de 1973 permite el aborto libre en el curso de las doce primeras semanas de embarazo.

En Inglaterra, Gales y Escocia, rige la "Abortion Act" del 27 de diciembre de 1967, permitiendo el aborto efectuado por un médico, si otros dos médicos aconsejan por peligro de la vida o salud de la madre; grave riesgo en el futuro de anomalías para el niño. En caso de no cumplimentarse con estas exigencias, se considera delito, incluso su tentativa.

En cuanto a los países latinos, Francia lo ha legalizado por Ley del 18 de enero de 1975; prescribe que se autoriza el aborto realizado por un médico, en un hospital, dentro de la décima semana de embarazo, en caso de "situación de desesperación y angustia" y exigiendo que se ponga a la madre en conocimiento de los riesgos médicos, se somete la misma a dos consultas médicas, que deba consultar asimismo al Centro Social de Información y Consejo Familiar, y confirmar su deseo de abortar por escrito, si es mayor, y con consentimiento de sus padres, si es menor. En los restantes países latinos, se restringe el aborto salvo en casos de estado de necesidad. Esta posición, es revisada actualmente, dado que en Italia, por el proyecto de 1975 se permitió el aborto antes del tercer mes de embarazo, en caso de violación, incesto, peligro de muerte, consecuencias a la salud física o psíquica, y por razones económico-sociales. En España, es delito, pero también las posiciones de los grupos políticos de izquierda, hacen que la legislación este revisándose.

Con respecto a un país que no integra los bloques o grupos estudiados antes, Alemania Federal, en su reforma al art. 218 del Código Penal, por ley del 18 de mayo de 1978, el aborto esta castigado, salvo: a) peligro para la vida o la integridad de la embarazada, no evitable de otra forma; b) indicios fuertes de mala conformación congénita del niño; c) delitos contra la libertad sexual y embarazo proveniente de ellos; d) situación de necesidad tan grave que la embarazada no pueda soportar con el embarazo y no pueda evitarse de otra forma. En el caso de b) el embarazo no puede pasar de 22 semanas y en c) y d) de 12 semanas. Debe ser efectuado por médico y con conocimiento de la madre. El autoaborto es posible con menos pena.

JURISPRUDENCIA EN DERECHO COMPARADO

En el rápido análisis que hicimos sobre este delito, y las cuestiones sobre su incriminación, es necesario, a mi criterio, ver dos diferentes fallos de tribunales superiores extranjeros.

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, con fecha 28 de enero de 1973, prohibió en todo el territorio de esta Nación, la legislación antiaborto, por considerarla inconstitucional, ya que atentaría contra la enmienda 14 de la Constitución Norteamericana, que proclama el derecho de todo ciudadano a su vida privada. El fundamento es que el feto no es persona, y por ello según la Constitución no tiene derecho legal a la vida.

En otra línea fundamentalmente opuesta, el Tribunal supremo Federal de Alemania, declara nula la ley del 18 de junio de 1974 que permitía el aborto, y en su fallo del 25 de febrero de 1975, dice que la "vida que se está desarrollando en el vientre de la madre es un bien jurídico *per se* sujeto bajo la protección de la Constitución, siendo deber del Estado, tomar en sus manos la protección de esta vida en desarrollo, incluso en contra del deseo de la madre".

TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES

Daré una breve reseña de los aspectos más destacados que se relacionan con la tenencia de estupefacientes.

Lejos de agotar el tema, sólo pretendo explicar los conceptos más elementales a fin de que se tenga una idea aproximada de las connotaciones de su incriminación.

Para ello, comenzaré por efectuar un sencillo recordatorio de las leyes sucesivamente vigentes, a fin de poder ofrecerles la comparación de los distintos modos en que se fueron sometiendo a sanción penal ciertas conductas vinculadas con las drogas.

ANTECEDENTES

A pesar que desde principios de siglo era evidente la preocupación internacional por la difusión del uso de los estupefacientes, nuestro código de fondo de 1921 no contenía disposiciones referentes a la tenencia de ellos.

En su artículo 204 sólo prevenía lo que se ha dado en llamar "suministro infiel de medicamentos", castigando al que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrase en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas, o diferentes de las declaradas o convenidas. Tenía pena de multa y se agravaba con la de prisión en el caso de que resultare la enfermedad o muerte de alguna persona.

En 1924 se sanciona la ley 11.309 que reprime a los que estando autorizados para la venta, vendiesen, entregasen o suministrasen alcaloides o narcóticos sin receta médica, sometiendo a esa misma pena de prisión de seis meses a dos años al médico que recetara y al farmacéutico o empleado que los despachasen en dosis mayores a las señaladas por la farmacoepa. En caso de que la venta o entrega o suministro fuera hecho por persona no autorizada, la pena era de tres meses a un año de prisión.

A su vez, también amplió el tipo contenido en el artículo 205 del Código Penal, abarcando a los que introdujeran clandestinamente en el país alcaloides o narcóticos, con prisión de seis meses a dos años, disponiendo asimismo el decomiso de los productos introducidos en esas condiciones.

La tenencia no justificada de drogas por parte de quienes no estaban autorizados para la venta, tiene prevista delictiva con la ley 11.331 de 1926.

Durante la vigencia de esa legislación, dos plenarios de la Cámara del Crimen la interpretaron. El primero del 17 de octubre de 1930, "González, Antonio", con el voto del Dr. Ramona Mejía, sentó por mayoría, la doctrina de que debía pensarse a quien "no estando autorizado para la venta, tenga en su poder la droga y no justifique la razón legítima de su tenencia". Completa su pensamiento diciendo que: "No puede haber otra tenencia legítima fuera de la de aquellas personas autorizadas para la venta, que la que tenga un propósito medicinal debidamente comprobado por la receta médica o alguna aplicación industrial. . ."

La doctrina del otro plenario "Tránsito de Ibarra, Asunción", del 12 de julio de 1966, reza así: "Importa infracción la tenencia de alcaloides por personas no autorizadas para su venta o que no justifiquen la razón legítima de su posesión; no debe admitirse la excusa de uso personal de aquéllos por quien los posee".

Lo relevante de ese fallo es lo expresado en torno a la legitimidad de la tenencia de alcaloides. En ese sentido, el Dr. Prats Cardona explicó que las razones que excusan esa tenencia pueden derivarse de la imperiosa necesidad de su uso, originada por un tratamiento anterior o por cualquier otra causal terapéutica debidamente acreditada. Deja explícitamente sentada la diferencia existente entre ese supuesto y el de que los posee por "uso propio" o interés morboso. En términos análogos fue acompañado en su tesis por los Dres. Millán, Pena, Fernández Alonso, Quiroga y Black.

Sin embargo todas esas posiciones tendientes a delimitar el "uso personal" circunscribiéndolo a un fin terapéutico o científico, quedaron desvirtuadas con la sanción de la ley 17567 del año 1968 que desincriminó el "uso personal".

Esta norma de carácter más técnico y con un criterio de orden, necesario en toda reforma, incorporó los artículos 204 bis, 204 ter y 204 quater previendo las medidas punitivas a aplicar en las hipótesis de introducción, fabricación y comercialización de "sustancias estupefacientes".

En torno al tema ahora en estudio, sólo me atrevo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 204 ter donde se sanciona con prisión de uno a seis años...". El que sin estar autorizado, tuviere en su poder; en cantidades que excedan a un uso personal, sustancias estupefacientes o materia prima destinadas a su preparación".

Cambia de este modo toda la orientación anterior puesto que se resta ilicitud a la mera tenencia.

Indudable es que tuvo como propósito castigar al traficante, excluyendo a los que tuvieran una dosis destinada a un consumo personal.

La apreciación de la cantidad que debía imputarse a esa dosis trajo serios problemas, resultando ineludable el dictamen de los peritos médicos. La interpretación correcta es la referente a dosis adecuada al consumo inmediato o mediano, que según las circunstancias no constituyera una excesiva provisión por su cantidad, calidad o necesidad.

Sin embargo esta regla no solucionaba los problemas, porque sabido es que las necesidades individuales varían no sólo según los tiempos, sino también por las culturas. Así por ejemplo masticar hojas de coca resulta habitual en el altiplano y es, a la vez, delato.

Teniendo en cuenta que la ley hacía referencia a la cantidad y no al fin que se daba a la droga, resultaba imputable la tenencia de esa sustancia por parte de cualquiera aunque no fuese consumidor sino traficante.

Va de suyo la distancia existente entre esa consecuencia y el verdadero motivo de su desincriminación, que no puede haber sido otro que el de excluir al toxicómano, a fin de que en el período más desesperante, cual es el de la abstinencia, pudiera tener esa dosis necesaria, aún para desintoxicarse, evitando así la comisión de todo tipo de actos antisociales o delictivos que en esa etapa peligrosa podía llegar a ejecutar.

La ley 17567 quedó derogada en 1973 con la sanción de la ley 20.509 volviéndose al régimen anterior, o sea al de 1926.

Finalmente el 3 de octubre de 1974 se promulgó la ley vigente, N° 20.771 cuyo artículo 6º pasaremos a estudiar.

Según la reforma introducida por la ley 22.461 (B.O. 30/4/81) el texto legal indicado dice: "Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cuarenta mil (\$40.000) a dos millones (\$2.000.000) de pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal".

BIEN JURÍDICO

Los consecutivos desequilibrios funcionales, su inevitable repercusión en el sistema nervioso al que paulatinamente desintegra, deja bien en claro que con la ley de estupefacientes se persiguió indudablemente proteger la salud. Si bien riguarda de manera inmediata a la individual, por las especiales características que presenta la modalidad del consumo de las drogas, ninguna duda cabe que se ampara la salud pública.

En efecto el toxicómano procura que su vicio se propague. Se ve en ello su claro propósito de asegurarse el abastecimiento, puesto que cuanto más sujetos la necesitan, con más medios contará él para obtenerla.

Teniendo la ley en mira la represión del tráfico de estupefacientes, no puede dejar de incidir al tenedor puesto que él es un eslabón necesario en la cadena. Al respecto cabe recordar lo expresado por Nerio Rojas (transcripto en el fallo plenario "Terán de Ibarra", (C.C.C., Fallos, t. 1, pág. 63), al señalar que: "La toxicomanía... implica un binomio cuyos términos son el toxicómano y el traficante. Toda legislación debe ir contra ambos, pues se complementan y viven en la simbiosis lamentable del hábito vicioso y el negocio clandestino".

Lo expuesto explica por qué se considera afectada la salud pública. Como corroboración recuérdese que en la Convención Unica de 1954 se definió la salud pública como: "la salud de la población en su aspecto físico y moral en razón de que el consumo no medicamentoso constituye un mal grave para el individuo, no sólo en el orden puramente material, sino por las consecuencias que acarrea en el plano psicológico, y por constituir un factor degradante de la propia personalidad en cuanto está referida a la relación del sujeto con el mundo de los valores".

Al castigar la tenencia, aún para uso personal, se apunta al peligro potencial representado por el mismo tenedor, que evidentemente trasciende del campo individual comprometiendo el de la sociedad, razón por la cual se caracteriza ese delito por ser de peligro común.

Ilustrativo es lo resuelto en la causa: "Colasini, Ariel O", del 28 de marzo de 1978, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Procurador General de la Nación en su dictamen dijo: "... el uso de estupefacientes excede las características de un mero vicio individual para convertirse, sobre todo por la posibilidad de propagación, en un peligro para el bienestar y la seguridad general y en un factor que perturba la ética colectiva". Agregó el Alto Tribunal que la "influencia de la toxicomanía en la desintegración de los individuos, su gravitación negativa en la moral y en la economía de los pueblos, su incidencia en la delincuencia común y subvenciva y en la destrucción de la familia, hace que los gobiernos civilizados deben implementar medios idóneos para combatirla... debe tomarse también en cuenta el efecto de las drogas sobre la mentalidad individual que, a menudo, se traduce en acciones antisociales, lo que convierte en peligroso al consumo y en ilícita toda actividad enderezada a evitar ese riesgo".

La indudable repercusión que los estupefacientes tienen precisamente en la población joven, a la que van mirando no sólo en su aspecto físico sino en el psíquico y espiritual trastocando sus escalas de valores y formación cultural, no puede negarse que por su trascendencia afecta de modo mediano la seguridad nacional, bien jurídico a mi juicio, también protegido por la ley 20.771.

CONSTITUCIONALIDAD

En el ya citado fallo "Colvini, Ariel", del 28 de marzo de 1978, la Corte Suprema manifestó: "... Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que azolaron a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pestíferos la diezaban. Ni será sobraabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

"Que ante un cuadro tal y su consiguiente proyección, resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los Estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos conducentes a erradicar de manera drástica ese mal, o por lo menos, si ello no fuera posible, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas".

"Que es precisamente por eso que se han celebrado convenciones internacionales y se han creado organismos de la misma naturaleza, con el fin de coordinar la represión del referido azote. Con tal objeto en muchas naciones se han sancionado, asimismo, leyes que lindan con lo draconiano".

En otro pronunciamiento, el Alto Tribunal sostuvo que la letra y el espíritu del artículo 6° de la ley 20.771 trascienden los límites del derecho a la intimidad, resultando en consecuencia lícita toda la actividad del estado dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas. ("Roldán, Graciela A.", del 8/8/79).

Pronunciamientos similares recayeron en diversas Salas de la Cámara del Crimen. Así por ejemplo, en la Sala IV *in re* "Ale magna, Juan A" se dejó sentado que no caben interpretaciones basadas en normas constitucionales que nunca pudieran inspirarse en el propósito de defender una libertad que del modo pretendida, resultaría monstruosa por atentar contra el bien común. La libertad constitucional no es sagrada ni irracional, sino sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio (24/7/79).

En la causa "Sería Santos" y otras, del 19 de octubre de 1979, la Sala V estableció que la disposición que incrimina la tenencia no autorizada ni legítima de sustancias estupefacientes no resulta repugnante a la Constitución Nacional en tanto el legislador ha actuado conforme facultades que le son propias y no excedió los límites que el ordenamiento fundamental ha establecido en salvaguarda de los derechos individuales". Asimismo, agregó que resulta legítimo para el Estado regular una conducta que considere dañosa para el bien común, pues no se trata de interferir caprichosamente en el ámbito privado del individuo, sino de actuar con todos los medios razonables para evitar la difusión de conductas que la comunidad considera no valiosas y que en consecuencia, rechaza. Continúa diciendo que es legítimo el ejercicio del poder de policía en materia atinente a salubridad, moralidad, y convivencia comunes que importan facultades propias de soberanía y de gobierno, que pueden ejercerse legítimamente en la medida en que restringen razonablemente los derechos de los particulares.

ESTUPEFACIENTES

A pesar de que la inclusión de este término en la ley vigente, interpretado de manera auténtica, hace perder validez a las discusiones en torno a su correcta denominación, conviene recordar el significado de los vocablos usados en las normas antes mencionadas.

Así vemos que el primer párrafo del artículo 204 del Código Penal según texto de la ley 11.309 se refería a "alcaloides o narcóticos". El tercer apartado de ese artículo introducido por la ley 11.331 hacía mención a "drogas". Y el precepto que ahora rige, incluido como último párrafo del artículo 77 del código sustantivo habla de "estupefacientes".

La expresión "alcaloides" proviene de la química y designa a todo compuesto orgánico nitrogenado de reacción alcalina, que se unen a los ácidos formando las sales. Se pueden encontrar naturalmente en plantas formando el principio activo de los cuales dependen sus propiedades o en el reino animal. Artificialmente se producen en los laboratorios.

Por droga podemos entender conforme la definición de la Comisión de Expertos en Farmacodependencia de la Organización Mundial de la Salud "cualquier sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones". En este concepto quedan aprehendidos, aunque no posean propiedades curativas.

Los narcóticos son los que producen sueño o sopor (narcoxia) obrando sobre el sistema nervioso central.

Estupefaciente denota por sus raíces el estupeor consiguiente a ellos, según enseña el Dr. Francisco P. Laplaza en ("Revista de Derecho Penal y Criminología" N° 4, 1972, págs. 521 y sgts.

Nuestro código de fondo presenta una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por estupefaciente al establecer, en el último párrafo del artículo 77 que: "El término estupefacientes" comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente".

Aunque la extensión del concepto a toda sustancia apta para producir adicción o hábito le resta importancia a la definición de psicotrópicos, cabe recordar que según dijo Laje Anaya ("Delitos contra la salud pública", I.A., 26-11-1975) desde el punto de vista formal puede decirse que se está en presencia de un estupefaciente cuando la sustancia, droga o preparado ha sido establecido como tal por la ley, o cuando ha sido así calificado por la autoridad sanitaria, quedando sujeto a fiscalización y control en lo que hace a su elaboración, fraccionamiento, circulación, importación o exportación (conf. ley 17.818); y psicotrópico es toda droga, preparado y especialidad farmacéutica establecida por la ley o aquél que la autoridad administrativa resuelva calificar como tal y sujeto a fiscalización y control en lo que hace a su fabricación, fraccionamiento, circulación, importación, expendio y uso (ley 19.303). Y que a pesar de sus semejanzas, la diferencia está dada porque sólo algunos psicotrópicos resultan malos *per se*, ya que, en general, poseen propiedades curativas, determinándose indispensable su uso para fines médicos, mientras que los estupefacientes no tienen esas propiedades médicas y sólo sirven para menguar el dolor en algunos casos.

Ultimamente se emplea el término sustancias toxicomaníacas o sustancias capaces de originar toxicomanías. Para Bonnet, se clasifican en dos grupos: a) dependientes del tóxico (sensación de euforia, que cada vez dura menos y exige, por consiguiente, dosis progresivamente crecientes para sostenerla, lo que lleva indefectiblemente al individuo a un estado de dependencia física o psíquica respecto del tóxico o estado

de necesidad; y b) vinculados a la personalidad, (abulia, apatía, indiferencia, agresividad, impulsividad, asociabilidad) (Bonnet, Emilio F.P. "Medicina Legal", Bs. As. López 1967, pag. 397/8).

De la letra del artículo 77 se desprende que la nota común e inculcable que deben conocer las sustancias para ser consideradas estupefacientes es, como ya se dijo, la capacidad para producir dependencia física o psíquica, vale decir, un estado resultante de la interacción entre el organismo y ellas, signado por un impulso irresistible a ingerir la droga, de forma que su falta produzca trastornos conocidos como síndromes de abstinencia con particularidades según la especie.

Además de esa aptitud intrínseca, para ser considerados estupefacientes, deben estar incluidos en las pertinentes listas.

Se creó de esa forma una ley penal en blanco; ya que su contenido se encuentra previsto en otra disposición extraña, ya sea ley en sentido material o en sentido formal.

Esta suerte de delegación ha traído problemas de tipificación, dado que al momento del hallazgo de la sustancia considerada estupefaciente se torna necesario que se encuentre contemplada en esas listas dictadas por la autoridad sanitaria nacional. Si no lo estuvieran, a mi juicio, la conducta resulta atípica, puesto que no puede integrarse el tipo con un elemento que al momento de la comisión del evento no se encuentra incluido en esas disposiciones que lo completan. Lo contrario afecta, según mi criterio, las garantías de legalidad y de reserva.

Sin entrar a profundizar este tema, solo quiero dejar sentado que si la ley hubiera querido prever sin solución de continuidad, que lo que hasta ese momento era considerado droga, estupefaciente o psicotrópico quedaba intrínsecamente previsto, hubiese redactado el artículo 10 de la ley 20.771 de otra forma.

Regresando a las listas, corresponde dejar aclarado que lo que debe considerarse incluido o no, no es el producto medicinal, sino los componentes. Obvio es el argumento que soporta esa afirmación, porque cualquiera sea la composición de la especialidad medicinal, si contiene alguno de esos estupefacientes, resulta evidente que acarreará las consecuencias perniciosas que con la norma en examen se pretende evitar.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió (in re "Troncoso, José Luis y otros, del 6 de mayo de 1980) que lo fundamental para saber si una sustancia es estupefaciente o no, es que si está incluida en la lista, sin que tenga ninguna relevancia el nombre que pueda dárseles.

ANÁLISIS DE LA FIGURA PREVISTA EN EL ARTICULO 6º DE LA LEY 20.771

El texto normativo es: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de cuarenta mil a dos millones de pesos el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso personal".

Se examinará primero la materialidad de la conducta, y después se la relacionará con el elemento subjetivo.

Objetivamente se requiere un efectivo poder de hecho sobre el estupefaciente, o sea una relación entre el hombre y la cosa de modo tal que tenga su plena disposición.

Pero esa detentación de las sustancias de referencia, no abarca la ingestación. Vale decir, que si un sujeto consumió el estupefaciente, no podrá imputársele este delito puesto que ya carece de poder sobre él. Evidentemente existe una incongruencia de previsión delictual, pues quien la consumió, la tuvo antes. Sin embargo el uso propio en esas condiciones no adquiere relevancia penal.

Si bien no puede dudarse que quien consume en su sangre estupefacientes, lo posee, lo cierto es que ese accionar no está deprimido como delito, razón por la cual resulta impune.

Teniendo en cuenta que no se hace referencia a cantidad alguna, cualquiera sea la proporción en que se tenga, se torna delictual.

Pero es claro que no puede castigarse esa detentación, alzada del elemento subjetivo doloso que la caracteriza. En efecto, no puede sostenerse la tesis de que se está frente a una responsabilidad objetiva donde la mera tenencia de un estupefaciente configura el delito. Para poder imputárselo a un individuo determinado debe acreditarse que el sujeto activo tenía "el conocimiento de las circunstancias objetivas que integran la descripción legal y la voluntad de comportarse del modo así definido". Es esta la concepción sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 1980, de re: "Rosi, Juan C. y otros".

Ilustrativo es en este sentido el fallo de la Sala II de la Cámara del Crimen de la Capital ("Camargo, Anastasio" del 28 de febrero de 1980), donde se expresó: "El solo dato objetivo de la existencia de la droga en el domicilio del procesado no es suficiente para achacarle la conducta prevista en el art. 6º de la ley 20.771, cuando las constancias de la causa no demuestran que aquello obedeciera a una decisión suya consciente y voluntaria; y puesto que esa droga bien pudo pertenecer a otras personas que moraban en el sitio o que lo frecuentaban, corresponde resolver la situación absorbiendo al acusado por aplicación del art. 13 del código ritual".

Por consiguiente, si no puede determinarse que el agente tenía conocimiento de la calidad del material considerado estupefaciente, no podrá responsabilizársele, ya que es una figura netamente dolosa.

Relacionada con la culpabilidad, se presenta el caso de los toxicómanos que poseen la droga para satisfacer su inmediata necesidad, o del que no lo es y la posee para aliviar un mal.

En este el caso muy común del que aconsejado por un familiar amigo o anunciado por una dolencia, lleva consigo el medicamento que para alivio de ese mal le proporcionaron. No se duda de que el sujeto detenta un estupefaciente, pero más allá de la fría objetividad de la norma, debe examinarse si ese caso se adecua al fin por ella protegido. Y de una superficial recorrida por su letra surge que el propósito no es castigar al enfermo, sino al vicioso, por el peligro de que lo transmita excediendo su conducta del mero marco de las acciones personales de los hombres (artículo 19 de la Constitución Nacional), ya que hace peligrar la salud de sus semejantes con lo cual crea la posibilidad de perjuicio a la salud pública y compromete la seguridad nacional.

Consecuentemente, en ese supuesto no podrá darse por acreditada la figura.

Dentro del supuesto del toxicómano se pueden advertir dos variantes: a) el caso del que en procura de salir de ese estado lleva consigo el estupefaciente que se le ha recetado a tal fin; y b) el que por su misma condición tiene necesidad de la droga.

En la primera hipótesis, esa tenencia está justificada en los términos del artículo 34 del código de fondo, puesto que está imbuida de un fin terapéutico. Sería la única posibilidad de desincriminar un "uso personal"; pero en el segundo ejemplo, no ocurre lo mismo. En efecto esa "necesidad de droga" es la llamada "necesidad del tóxico" por Bonnet (J.P.B.A. Nº 22, pag. 332) y de carácter relativo, derivada de la personalidad insegura, inmadura, inestable carente de voluntad firme del individuo de liberarse del tóxico por propia decisión", que evidentemente no es otra cosa que un deseo de satisfacer el hábito, para nada confundible con un estado de necesidad, tomada como causal de antijuridicidad.

IMPUTABILIDAD

Sin embargo y siguiendo con el razonamiento que se viene exponiendo, puede darse el caso de que el adicto a las drogas actúe sin capacidad para dirigirse o sin comprender la criminalidad de su conducta.

Cuando verdaderamente exista una pérdida de conciencia que impida catalogar como voluntario su accionar, resulta evidente que se está frente a un causal de imputabilidad prevista en el artículo 34 inciso 1° del código sustantivo.

ERROR DE DERECHO

Como es sabido, no encuentra cabida en nuestra legislación penal, siendo en consecuencia irrelevante que el individuo desconociera el tratamiento legislativo dado a la sustancia calificada como estupefaciente.

GUARDA DE SEMILLAS

Antes de dar por concluido el examen abreviado de la tenencia de estupefacientes, resulta conveniente destacar que cuando lo que se tiene o guarda son semillas, la conducta encuentra previsión legal en el artículo 2 inciso a) de la ley 20.771 que reprime con reclusión o prisión de tres a doce años y multa de cuatrocientos mil a ochenta millones de pesos al que sin autorización o con destino ilegítimo: a) ... guarde semillas utilizables para producir estupefacientes. ...

Hácese notar que la ley citada fue modificada en los montos, por la 22.461.

Este tipo está calificado porque se vincula con el tráfico ilícito de ello, o mejor dicho con la fase de su producción.

Si bien en principio la jurisprudencia exigía que la detención de esas semillas tuviera como fin su siembra o cultivo, el fallo "Dianetti Elipe y otros" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26 de febrero de 1980, sentó la doctrina de que a los fines de su encuadramiento penal, debe considerarse suficiente que las plantas o semillas puedan eventualmente ser empleadas para obtener estupefacientes, aunque esa utilización no sea la finalidad de la siembra o del cultivo.

DIFERENCIA CON EL ALMACENAMIENTO

Este está previsto en el artículo 3, ya citado, inciso c).

De la idea de un montaje destinado al comercio de los estupefacientes, del cual el almacenamiento puede ser una etapa. Entre el almacenamiento y la tenencia existe sin duda una diferencia cuantitativa. Algunos opinan que cuando la cantidad excede la de uso personal se estaría en presencia de esta figura. De todos modos no hay un criterio legal, derivándose al planteo de los hechos, el límite de ambas figuras. Sin duda que resulta ineludable meritarse toda la conducta del sujeto tenedor de una apreciable cantidad, a los efectos de determinar cuál era su verdadero destino. A mi juicio, éste sería el elemento indicativo que permitiría delimitar el campo de aplicación de ambas delitos.

EL DELITO DE COACCIONES

Por *Eleanora A. Devoto* *

La palabra y el concepto de "coacción" son familiares al derecho penal.

En primer lugar, la coacción juega como causa que excluye la culpabilidad (véase comentario: artículo 34, inc. 2º del código penal). Debe considerarse exclusivamente como coacción la referencia de la ley a las "amenazas de sufrir un mal grave e inminente". Es decir, que la coacción se diferencia, básicamente, del estado de necesidad en la "procedencia humana" de la amenaza. Debe también distinguirse de la violencia física (véase *absoluta*), en la que el violentado es utilizado como instrumento, por lo que, por su parte, no hay acción.

En segundo lugar, la coacción, cualquiera sea el término que la ley utilice para referirse a la modalidad coactiva, ("intimidación", "amenazas"), aparece en el Código Penal como forma de comisión de algunos delitos, que casi siempre se vincula alternativamente a otras como la violencia, el abuso de autoridad, el engaño. Ejemplos de lo expuesto los encontramos en los artículos 119 y 164 del Código Penal que describen, respectivamente, las figuras de la violación y el robo. No habrá delito de violación si el acceso carnal no se realiza con coacción —intimidación—, o violencia, así como no habrá robo si el apoderamiento legítimo de cosa mueble total o parcialmente ajena no se produce utilizando alguno de los medios comisivos citados, entre los que se encuentra la intimidación como forma de la coacción.

En otros casos, la coacción funciona, en el Código Penal, como circunstancia de calificación de las figuras agravadas. Así, la privación de la libertad se agrava por su comisión con violencia o amenazas; la exacción ilegal, si se emplea intimidación, invocación de autoridad superior, u otros medios. Podríamos aún citar el caso del proxenetismo, promoción o facilitación de la prostitución ajena, en el que la coacción (en la letra de la ley amenazar), y alternativamente con otros medios de coacción, constituye el proxenetismo de mayores y es circunstancia agravante cuando la misma conducta afecta a los menores.

Hasta aquí las dos primeras funciones de la coacción en el derecho y en el código penal argentino. Existe una tercera: la coacción como delito autónomo, prevista en el artículo 149 bis del Código Penal, en su segundo párrafo. Cabe aclarar, desde ya, que cuando la coacción constituye otro delito, o alguna figura agravada, no es de aplicación el artículo 149 bis, segundo párrafo del Código Penal.

Profesor titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Francisco P. Laplaza

Interesan especialmente los antecedentes legislativos de esta figura, que recién aparece en el Código Penal actual por obra de la ley de reformas N° 17567. De ello resulta que solamente dejan de ser impunes los atentados contra la libertad moral en 1967, aunque ya en el siglo pasado la ley había dado parcial amparo a la libertad de resolución en el Código anterior. Carlos Tejedor, en su Proyecto de Código Penal, que rigió con modificaciones en varias provincias del país, introdujo la figura de las amenazas y coacciones. El Código de 1886, primer Código Nacional que entró en vigencia un año después, reprimía al que impidiera a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe, o lo compeliere a ejecutar lo que no quiere, ratificación de la garantía de reserva de la Constitución Nacional. En 1891, el proyecto de reformas introduce una fórmula parecida a la actual, y describe el delito de coacción como el uso de violencia o amenaza para compeler a una persona a hacer, no hacer o tolerar algo. Este proyecto tuvo importancia, ya que adopta por primera vez la denominación "Delitos contra la Libertad", incluyendo la figura de las coacciones en el capítulo de los Delitos contra la Libertad Individual, es decir, una ubicación sistemática idéntica a la actual.

Pero la coacción desaparece del Código entonces vigente por obra de la ley de reformas N° 4189, de 1903, por considerar sus redactores que las coacciones, al igual que las amenazas, eran actos comprendidos en el nuevo delito de extorsión, delito contra la propiedad, sin advertir que el Proyecto de 1891 mantenía ambas figuras, situación que se justificaba atendiendo a la distinta objetividad jurídica específica de la coacción que ataca la libertad, frente a la que vulnera la propiedad. El Proyecto de 1891, en su edición oficial caracterizaba a la coacción como "un ataque a la libertad de obrar o de abstenerse dentro de ciertos límites". El Proyecto 1917, convertido luego en el Código que con modificaciones nos rige, mantuvo la desincriminación introducida por la reforma de 1903, sin dar razones para ello. Esto significa que se opera una confusión de figuras, llegándose a una desprotección de la libertad moral, libertad de resolución, libertad sobre los propios actos, que sólo parcialmente puede ser salvada por otros tipos delictivos. Parecería que en la base de esta confusión se encuentra la posición tradicional de considerar a la voluntad (y a una de las conductas contrarias a su ejercicio: la coacción), como *subalternas* de otras figuras delictivas en las que se da prevalencia a otros bienes jurídicos, como por ejemplo, la propiedad o la honestidad. De modo que en un Código Penal de garantías, como el sancionado en 1921, se ignoraron previsiones que regían en gran parte del mundo, situación que se agravaba porque se suprimían del derecho vigente disposiciones que, en su momento, constituyeron una avanzada.

Todos los proyectos de reforma del Código Penal prevén la figura de las coacciones, introducida luego por la ley 17567. Así los proyectos de Coll y Gomez de 1937, Peco de 1941, Proyecto del Poder Ejecutivo de 1951 y Proyecto de 1960, incluyen la figura de la coacción, con algunas modificaciones en cuanto al verbo que describe la acción típica y a los medios comisivos, pero sin alterar su esencia.

Los alemanes reclaman para sí la iniciativa en cuanto a la incriminación de la coacción como delito autónomo (la denominación "coacciones" les pertenecería), y habría aparecido legislado por primera vez en el *Landrecht* prusiano. No se sanciona en el Código Napoleón de 1810, a pesar de ser Francia la cuna del espíritu que afirmó la libertad individual. Carrara, en su "Programa de Derecho Criminal", enseñaba que la violencia privada podía constituir delito cuando la coacción, dirigida hacia la voluntad ajena, no se desplegara con el fin de lesionar otro derecho cuya ofensa se encontrara incriminada. El prestigio de Carrara influyó para que el delito de coacción se sancionara en el Código Toscano de 1853, y de allí pasó a los códigos italianos. Tejedor cita como fuentes de su Proyecto en la materia, al Código Español y al Código Peruano.

La ley 17567 es derogada en el punto por la ley 20509, pero escaso tiempo después, la 20642 incluye nuevamente la figura, con las importantes modificaciones de introducir el verbo típico obligar, por completo y suprimir el uso de las violencias como medio comisivo. Por último, la ley 21.338, vigente, reproduce la fórmula de la ley 20642, aumentando la escala penal.

¿En qué consiste el delito de coacciones? Como delito autónomo consiste en obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Se ubica sistemáticamente en el Título V, Delitos contra la Libertad, Capítulo I, Delitos contra la Libertad Individual.

El bien jurídico especialmente protegido es la libertad de determinación y la tranquilidad interior o psíquica, que se nos presentan como aspectos muy importantes de la libertad individual. Podríamos decir que lo que se resguarda a través de esta figura es la autonomía propia para determinarse libremente en los actos lícitos de la vida. En la consideración del bien jurídico debe pensarse en la esfera de libertad de la persona para ejercer facultades y derechos y para entablar diferentes relaciones jurídicas. En la coacción, la capacidad volitiva resulta obligada por el medio coactivo. A través del delito de coacciones se protege exclusivamente la libertad de obrar, es decir la libertad de comportamiento externo y no la libertad de pensamiento. Pero aunque el bien jurídico tutelado es la voluntad, se la puede alterar en cualquiera de sus momentos: la formación, la decisión o la actuación.

Para que pueda hablarse de coacción como delito autónomo se requiere:

- 1) Que se ejerzan amenazas sobre la voluntad del sujeto pasivo;
- 2) Que el fin de esa intimidación sea el de obligar a otro a hacer, omitir o tolerar alguna cosa que de otro modo no habría tolerado, omitido ni hecho, y en esto radica la lesión a la libertad personal;
- 3) Que ese algo que otro, obligado a ello, haga, tolere u omita, no produzca, a través de esos actos de acción, omisión o tolerancia la lesión de otro derecho especial, porque en tal caso se incluiría el delito en el Título que le hubiere asignado ese derecho ulterior que se quiere lesionar, y la coacción no sería entonces más que una circunstancia agravante por la utilización de un medio considerado más ofensivo.

La coacción es inherente a la violación, al robo, pero el Derecho Penal encuentra el criterio constitutivo de esos delitos en la lesión de otros derechos (en los casos citados, la honestidad y la propiedad), y ello es suficiente para definir y medir el delito, sin buscar su ubicación de acuerdo con los medios empleados, aunque éstos representen por sí mismos una lesión a la libertad personal. Pero cuando el fin es inocente, aisladamente considerado, la acción resulta delictiva únicamente por haberse unido ese fin a un medio de coacción. El ir o no ir a determinado lugar casi nunca será delito, pero si A obliga a B, mediante amenazas, a ir o a no ir a ese sitio, el delito consiste en haber unido el hacer algo (ir a ese lugar), a un medio coactivo.

Es necesario dejar en claro que la coacción es, en la terminología carriana, un delito siempre absorbido y nunca absorbente. Por eso cada vez que la coacción es empleada como medio para la comisión de otro delito, desaparece como delito autónomo.

La acción consiste en obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. ¿Qué es obligar?: es mover o impulsar o hacer cumplir una cosa. Quien realiza la acción típica pretende doblegar la autodeterminación de la voluntad ajena y su ejecución respecto de un algo concreto que es el objetivo del autor. La utilización de amenazas para obligar cierra las posibilidades de una decisión voluntaria.

¿En qué reside la antijuridicidad de las coacciones? Es éste uno de los problemas más complejos a resolver en la materia. La ilegitimidad cesa cuando el agente obra jurídicamente, es decir, en virtud de un motivo justificante. Pero, además, ¿podemos decir que el acto de compeler sólo será antijurídico cuando el sujeto que padecer las amenazas es obligado a hacer, no hacer o tolerar algo que no está jurídicamente obligado a soportar? ¿O podrá igualmente configurarse el delito de coacción cuando un sujeto pretende dar cumplimiento a su derecho obligando a otro mediante amenazas? Esto último, que se denuncia como ejercicio arbitrario de los propios derechos, las propias razones, o como autojusticia, ¿debe encuadrarse en el delito de coacciones? El Proyecto Tejedor preveía como figura delictiva diferenciada, el ejercicio arbitrario de las propias razones, texto reproducido en el Código de 1886 y que también desaparece de la ley vigente en 1903. La ley 17567 establecía en su texto que la coacción consistía en el uso de medios coactivos para compeler a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado. La ley actual abandona la previsión "algo a lo que no está obligado"; ¿autorizaría esta supresión a admitir la incriminación, a título de coacciones, del ejercicio arbitrario de los propios derechos? Un reciente fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió que constituye delito de coacciones el reclamar, en una misiva, sumas de dinero bajo amenazas de efectuar denuncias ante diversos organismos, no obstante esas sumas de dinero eran efectivamente debidas. Es decir, que la Cámara resolvió, que al no poder aplicarse el delito de extorsión por falta de uno de sus requisitos constitutivos (la ilegitimidad de lo exigido), corresponde encuadrar la conducta en el delito de coacciones, cuyo objetivo puede ser lícito o ilícito porque la licitud reside en el hecho de exigir en sí mismo. Otros fallos han resuelto en el mismo sentido. Es así que una posición doctrinal y jurisprudencial sostiene que es indiferente, a los efectos de la aplicación de la figura de coacciones, que el acto que se obliga a hacer, no hacer o tolerar sea justo o injusto, porque lo delictivo es obligarlo compulsivamente, apelando a un ataque contra la libertad psíquica. En igual sentido puede decirse que el derecho a la defensa privada es comúnmente referado en orden a la paz social, y sólo surge cuando la defensa pública sería, dentro de las circunstancias del caso, imponente para proteger el derecho amenazado. Las excepciones a la prohibición de la defensa privada surgirían en nuestro derecho solamente del artículo 2470 del Código Civil y del estado de necesidad.

A ésto podemos confrontar, sin embargo, otra opinión: la conducta de obligar mediante amenazas, para ser delito, debe ser ilegítima. La ilegitimidad cesa cuando el sujeto obra jurídicamente, o sea, en virtud de un motivo justificante. El hecho se justificará no solamente cuando se halla presente una causa de justificación (cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad), sino también cuando el agente tiene el derecho de imponer alguna cosa determinada (que se traduzca en un hacer, no hacer o tolerar), y que es tanto como decir que el sujeto pasivo de la imposición tiene el deber jurídico de soportarlo. A manera de ejemplo puede citarse que la legislación alemana obliga al juez a comprobar fehacientemente la antijuridicidad del comportamiento, verificando si la acción es reprochable a la vista del fin perseguido, para imponer el delito de coacción. Nuestra fórmula legal nada dice expresamente sobre el punto, por lo que cabría la posibilidad de interpretar cuál es el contenido de la antijuridicidad en esta figura delictiva.

Pero seguramente no será legítimo impedir la comisión de un delito, porque cometer delitos es conducta prohibida por la ley. La libertad de delinquir no merece defensa. Doctrinalmente se ha discutido el derecho de quien impide con violencia o amenazas la comisión de un hecho inmoral aunque no delictivo, situación que se conoce como el ejercicio coactivo de la moral. Carrara, seguido por varios autores, sostiene que impedir lo inmoral no es delito porque lo contrario conduciría a negar el insuprimible contenido ético del derecho. Pero a la vista de nuestro ordenamiento, no

parece haber más que una respuesta: si la ley no prohíbe el acto, su impedimento coactivo constituye delito, a menos que exista un obstar justificado. Lo contrario sería algo así como una participación comunitaria en el ejercicio de la autoridad, lo cual se presta a grandes abusos.

Consideración aparte merece resolver el punto del impedimento coactivo del suicidio, a punto tal que la ley alemana resuelve expresamente la situación, a favor de la no incriminación. En nuestro Código debe estudiarse la materia en relación con la existencia de la figura que reprime la instigación o ayuda al suicidio. Si bien el suicidio no es delito, de la incriminación de la participación en él surge claramente la antijuridicidad del hecho principal. Si el suicidio es antijurídico y delictivo la participación en el suicidio ajeno, pamos contradictorio castigar el impedimento, aún coactivo, del suicidio ajeno. Algunos autores solucionan el conflicto apelando al estado de necesidad. Aún podría decirse que, estando reprimida como delito la omisión de auxilio, el impedimento aún coactivo del suicidio, sería precisamente la conducta esperada por la ley al hallarse el suicida ante un peligro inminente, que no sólo justifica sino que obliga a su impedimento. Porque aunque existiera el consentimiento del suicida que excluiría la situación de peligro, sabemos que ese consentimiento es irrelevante por la indisponibilidad del bien jurídico vida.

En relación a los sujetos del delito, distingamos el activo del pasivo. La ley utiliza la expresión "el que", sin mención que califique desde el punto de vista personal ni funcional. Cabría resolver, sin embargo, si subsistiría la figura de las coacciones si el sujeto activo fuera un funcionario público que obligara a alguien a hacer, no hacer o tolerar algo en el ejercicio de su cargo. En este caso el encuadramiento se modificaría, para ubicarse en los delitos contra la Administración Pública.

En cuanto al sujeto pasivo será necesario que tenga, en términos generales, la capacidad de ser compelido que requiere, como presupuesto, la facultad de determinación y decisión de los propios actos. No serían susceptibles de ser coaccionados los niños, los privados de razón o sentido, algunos enfermos mentales. ¿Cómo se encuadraría la conducta de quien emplea intimidación para obligar a un funcionario público a ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones? En este caso podría dudarse entre la aplicación del artículo 237 del código penal (atentado contra la autoridad), y la agravante de la coacción que aumenta la pena cuando las amenazas tuvieran como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos. La ley 20642, que introduce, la agravante, habría provocado una superposición de figuras, salvo que se haga recaer la diferencia en una distinta consideración de la actuación del sujeto pasivo. Si se tratase de un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones, pero a título propio, se aplicaría la figura del atentado a la autoridad; si él o los amenazados actuaban como representantes de un cuerpo colegiado, se aplicaría la figura de la coacción agravada, que se refiere a los poderes públicos. De todos modos, parece que el bien jurídico protegido en ambos casos es la correcta administración pública.

Interesante es resolver si se aplica la figura de la coacción cuando aquello que se impone es la comisión de un delito. La respuesta exige una distinción, relacionada con el contenido de la amenaza y la inminencia o no del mal que se anuncia. Es necesario apelar a la previsión del artículo 34, inciso 2º del Código Penal. Si el mal contenido en la amenaza constituye "un mal grave e inminente", el sujeto activo, el que obliga a cometer el delito, a hacer algo, será autor mediato del hecho al que impulsa por el uso de amenazas. Si A obliga a B a crear un peligro común mediante incendio, y lo hace valiéndose de armas de fuego (amenazas de sufrir un mal grave e inminente). A será autor del delito de incendio y dato es porque A ejecuta la acción por medio de B, que no es culpable. Pero si B no comete el delito, ni comienza su ejecución, la conducta de A constituirá el delito de coacciones. Pero la ley no exige que el contenido de la amenaza consista en el anuncio de un mal grave e inminente. ¿Qué ocurriría si un

padre obligara a su hijo a cometer un delito de hurto bajo amenaza de no autorizar su matrimonio? En este caso también debemos distinguir en base del cumplimiento o no, por parte del sujeto pasivo, de aquello a que ha sido obligado. Si el uso de amenazas no tiene efectos, habría solamente delito de coacción. Si, por el contrario, el delito es consumado o tentado por el hijo, su padre respondería, además, por el delito de hurto de acuerdo a las reglas de la participación (imputación).

Las amenazas son el medio comisivo típico del delito de coacciones. La ley 20642, seguida por la 21338, en contra de todos los antecedentes nacionales y del derecho comparado, elimina las violencias como medio alternativo para el delito de coacciones. Las amenazas no son calificadas, también a diferencia de la ley 17567, que exigía su gravedad; pero ha de entenderse que deben ser posibles —dependen de la voluntad del autor—, además de idóneas porque ello resulta implícito del concepto jurídico de la amenaza. El mal que se anuncia debe estar determinado y afectar al sujeto pasivo o a una persona especialmente relacionada con él; aún podría admitirse que el anuncio del mal recayera sobre la persona del que amenaza. Puede ser un ejemplo el del hijo que amenaza a su padre con suicidarse si no realiza determinada conducta; en este caso, el sujeto pasivo sería el padre y el sujeto activo y persona sobre la que recae el mal de la amenaza, el hijo.

El artículo 149 ter, al agravar la conducta cuando “se emplearen armas...” haría entrar a la violencia física dentro del ámbito de las coacciones, porque amenazar con armas a una persona no es una simple intimidación sino que constituye el empleo de una energía física que si bien no se aplica sobre el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella para vencer su resistencia. De modo que la ley, indirectamente y para una parte importante de casos, conduce a resultados que se acercan a las fórmulas legales de nuestros antecedentes y del derecho comparado, que incluyen unánimemente a la violencia como medio comisivo típico de las coacciones. Interesante es citar que para el derecho español, el vencimiento de la voluntad mediante amenaza constituye un delito especial: las amenazas condicionales, requiriendo para la configuración de coacciones el uso de violencia. También se agrava la conducta si las amenazas fueran anónimas, siguiendo la ley en este punto un criterio tradicional.

El delito de coacciones es doloso; no cabría imaginar formas culposas. Requiere la voluntad de imponer a otro una conducta determinada y la conciencia de la ilegitimidad del acto.

¿Cuándo se consume el delito de coacciones? En primer lugar, debemos atender a la redacción legal, que establece que el delito consiste en hacer uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Cabe comparar esta disposición con la introducida por la reforma de la ley 17567 que castigaba al que, mediante amenazas graves o violencias, compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo. Con esta segunda versión podría discutirse si se trataba de un tipo de resultado material, es decir, que para que se consumara era menester que el sujeto compelido, hiciera, no hiciera o tolerara algo; así lo pensaban varios de nuestros autores. Sin embargo, parece claro que de acuerdo con la redacción actual es suficiente, para la consumación, que el sujeto activo haga uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a que haga, no haga o tolere determinada cosa. Esto sería como decir que el uso del medio comisivo típico, unido a ese propósito determinado, es suficiente para configurar el delito de coacciones. El delito no consiste en obtener el hecho deseado, sino en coaccionar la voluntad de otra persona. Esta posición no podría sostenerse en el Código italiano actual, para el que las violencias o amenazas deben tener el efecto de obligar a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa. Pero Cámara decía que la criminalidad de este delito reside en el medio, por cuanto, agotado, el delito se consuma. En nuestro derecho, la conducta, para ser típica, no requiere el efectivo cumplimiento de la preterición del autor. Aún debemos atender al bien

jurídico especialmente protegido por este delito, que es la formación y actuación de la voluntad. Si el criterio de afectación del bien jurídico nos guía para determinar el momento de consumación del delito, no es necesario que el sujeto pasivo haya cumplido con las conductas u omisiones determinadas por las amenazas del sujeto activo, sino que es suficiente que se haya visto privado de obrar libremente y sin ingerencias que afecten su voluntad. Es fundamental, entonces, el móvil del sujeto activo: gobernar la conducta del sujeto pasivo; para lograrlo, el autor pone un medio que causará un resultado (no material). El medio son las amenazas y el resultado la lesión a la libertad psíquica. El cumplimiento por parte del sujeto pasivo de la voluntad del autor corresponde al agotamiento del delito y no a su consumación, aunque esto no es aceptado pacíficamente.

El artículo 149 bis, en su primer párrafo, imprime como delito las amenazas. Esto significa que el empleo de amenazas con el fin de amedrentar constituye delito. Es de menor gravedad respecto de la coacción, porque en este caso no se pretende determinar la conducta doblegando la voluntad, sino únicamente alarmar. Podría decirse que en este segundo caso la amenaza es un fin en sí misma, no persigue más que su propio designio. Algunos autores llaman a la coacción: amenaza condicionada.

La introducción de las coacciones como delito autónomo en el Código Penal Argentino ha sido una conquista de la ley 17567, anunciada por todos sus precedentes legislativos y requerida por la doctrina racional. La especial calidad de esta figura y la del bien jurídico que se protege a través de ella, hacen su aplicación subsidiaria y sujeta, como se dijo antes, a un requisito negativo: la falta de lesión de otro bien jurídico. Antes de la sanción de la ley 17567 se planteaba la cuestión de establecer si a la coacción del Código de 1886 podía considerársela incluida en la previsión del artículo 141 del Código Penal, que incrimina la privación legal de la libertad. La jurisprudencia había entendido que la privación de la libertad es un delito referido a la libertad física o material del sujeto, mientras que la violencia privada o coacción se dirige, fundamentalmente, contra la libertad psíquica de determinación, resolución y acción. La privación de la libertad tiene un contenido puramente corporal. Obligar a alguien, mediante amenaza, a escribir una carta amorosa, salir a la calle con determinada vestimenta, o no salir; compeler a alguien a reconocer hechos o crear situaciones que produzcan efectos jurídicos (no patrimoniales porque esto nos hubiera llevado al ámbito de la extorsión), eran conductas impunes antes de la sanción de la ley 17567, por falta de previsión legal.

A manera de síntesis, fijemos los puntos más destacables del delito de coacciones:

1) El bien jurídico especialmente protegido a través de esta figura delictiva es la autonomía privada de la voluntad. En su base se encuentra la facultad del hombre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, así como de rechazar aquello a lo que no está obligado, principio consagrado como garantía en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

2) La coacción actúa como delito autónomo cuando ella no constituye un medio para la comisión de otro delito o de una hipótesis agravada.

3) Es necesario profundizar el estudio de la antijuridicidad en el delito de coacciones: establecer dónde reside y cuál es su contenido.

4) El ejercicio arbitrario de las propias razones, figura autónoma en el derecho comparado, ¿constituye delito en nuestro derecho? y si lo es ¿configura el delito de coacciones? La Jurisprudencia más reciente así lo ha entendido. Nosotros creemos que el hecho no sería antijurídico si el sujeto pasivo debe soportar las pretensiones del sujeto activo.

5) El ejercicio coactivo de la moral no está legitimado en nuestro derecho, por lo que impedir con amenazas un hecho inmoral constituye delito de coacciones.

6) Cuando los autores o sujetos pasivos de la conducta de obligar son funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, la figura de las coacciones no se aplicará, debiendo encuadrarse los hechos en los delitos contra la Administración Pública. Debe distinguirse el caso que se presenta cuando el objetivo del autor es la obtención de una concesión o medida por parte de un miembro de los poderes públicos, por especial disposición de la figura agravada del artículo 149 ter.

7) El medio comisivo típico de las coacciones son las amenazas. El empleo de armas agrava la conducta.

8) El delito de coacciones no requiere resultado material. Se consuma con el empleo de las amenazas, unido al propósito determinado del autor: obligar a otro a que haga, no haga o tolere algo contra su voluntad.

REVELACION DE SECRETOS POLITICOS Y MILITARES
Generalidades. Antecedentes Históricos.
Legislativos Argentinos
ARTICULO 222 CODIGO PENAL

*Por Juan José Rilo**

I

El Título IX del Código Penal Argentino considera los delitos contra la seguridad de la Nación, tal es su epígrafe y se integra con dos capítulos: el primero se refiere al delito de traición; el segundo, a todos los hechos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.

El título comprende desde el artículo 214 al 225^{quater}.

El bien jurídico que se tutela es la seguridad de la Nación en el aspecto exterior, es decir, como parte integrante de la comunidad internacional que componen los Estados.

Los delitos legislados en esta parte del Código defienden y protegen a la Nación, como base fundamental del Estado.

Hasta el año 1853 no se puede hablar de Estado Argentino, ni de Nación porque existía ya en ese momento histórico un pueblo con un idioma común, con una cultura que laboriosamente había comenzado desde antes de 1810, un sentimiento de patria y una voluntad de vivir al amparo de una bandera como símbolo de soberanía. En aquella fecha se logró la organización jurídica de la Nación, mediante la Constitución Nacional.

El título X, se relaciona directamente con el anterior, pues tutela la seguridad del Estado en su aspecto interior, es decir, a la Nación jurídicamente organizada.

Ambos títulos se vinculan porque el bien jurídico protegido es siempre la personalidad de la Nación. Sin embargo forzoso es distinguir conceptualmente los hechos reprimidos en uno y otro, porque si es una figura delictiva que resguarda la seguridad exterior, no está beneficiada con la benevolencia que se tiene para los delitos que atentan contra la seguridad interior. Además, establecer la distinción es conveniente porque un mismo hecho, visto objetivamente, puede ser rebelión o traición. Pasarle al enemigo puede constituir uno u otro de estos delitos. Si se pasa a una potencia extranjera en guerra con nuestro país, es el delito del artículo 214; unirse a una rebelión o sedición una persona que debe permanecer leal a los poderes constitucionales, no será traición.

Los hechos incluidos en el título IX, tienden a destruir la existencia del Estado como entidad independiente y reflejan el mayor deshonra.

Profesor Titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Francisco P. Laplaza

La revelación de secretos militares fue considerada, desde el origen de su aparición, como delito gravísimo. En un principio constituían traición o delito de lesa majestad. Porque ponen en peligro la defensa de la patria y pueden provocar grandes males, toda vez que se da a conocer al enemigo planes o cosas secretas. Tisot ha señalado que: "¿Eran acaso demasiados severos los Egipcios, cuando cortaban la lengua al que se había hecho culpable de una revelación tan grave en contra de Egipto?" En las Partidas se encuentra el primer antecedente legislado en forma especial para reprimir la revelación de secretos cuya naturaleza sea de índole militar. En el Fuero Juzgo, cuerpo legal anterior al que ha inmortalizado el nombre de Alfonso X el Sabio, no se halla ninguna disposición referida a la revelación de secretos.

En el Código de las Siete Partidas, se puede leer: "... o si descubriese a los enemigos los secretos del Rey, en daño del". Esta conducta era una manera de traición al soberano. Hecho delictivo de gran malicia y gravedad. Las Partidas no ahoraban calificativos, condenaban el hecho con estas palabras: "traición es la más vil cosa, e la Código francés, aunque este autor combate semejantes penas. Los artículos originales del Código francés de 1810 han sido modificados varias veces.

El código francés, en la historia de la legislación penal moderna, es el primero en legislar sobre los crímenes y delitos contra la seguridad exterior del estado en una sección, y en otra sobre los crímenes contra la seguridad interior del Estado. En un artículo, el 80, castiga la revelación de secretos de índole militar o político que atentan contra la seguridad exterior. Las penas son de muerte y confiscación de bienes. Penas gravísimas que se explican porque estos hechos eran "los máximos delitos por ser los más dañosos, son los que se llaman de lesa majestad" como dice Beccaria antes del autor combate a semejantes penas. Los artículos originales del Código francés de 1810 han sido modificados varias veces.

El derecho penal español, continuó con la tradición, heredada de sus antiguos cuerpos de leyes, de entender que la revelación de la clase de secretos que se vienen estudiando es una forma de traición.

Aquí el código de 1822 declaraba infame al que descubriese secretos a una potencia extranjera, aunque sea aliada. El de 1848 incluyó esta conducta en el capítulo dedicado a la traición que formaba parte del título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado; ubicación que se repetirá en los distintos códigos Penales que siguieron en España, incluyendo el actual. Este establece la pena de reclusión mayor a muerte, si compromete gravemente la seguridad del Estado, para el sujeto activo que comete el delito de traición: "Revelando secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y procurándose dichos secretos u obteniendo su revelación" (art. 122, 6°).

En el derecho penal argentino, la revelación de secretos políticos o militares no puede ser el delito de traición, porque ésta, de acuerdo con la constitución nacional, solamente se puede configurar cuando se ejecutan las acciones que establece el art. 103.

Uno de los primeros antecedentes argentinos es el proyecto de 1891, redactado por Piñero, Risarola y Martiengo, fuente del código vigente. La ley número 49, que es anterior al proyecto, legislaba sobre los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales. Esta fue la primera ley que se ocupó de los delitos que caen bajo la jurisdicción federal. Su título inicial, dividido en dos capítulos, el de "Traición" y de los "Delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación", son los precedentes primigenios de los que integrarán el título IX del código de 1921.

En la ley 49, que es del 14 de septiembre de 1863, no se lee ninguna disposición referida a la revelación de secretos militares o políticos. El proyecto de Tejedor, o más bien Código Tejedor, que no llegó a ser ley nacional; sin embargo, casi todas las provincias hicieron uso de la facultad que les otorga la Constitución Nacional, de que pueden dictar códigos de fondo, mientras el Congreso de la Nación no los haya dictado. Tejedor no incluyó norma que reprimiera la conducta dolosa o culpable de descubrir secretos políticos o militares. El proyecto contiene un artículo referido a la revelación de secretos, en la parte que titula "De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos". Pero no es norma aplicable a la revelación de estos secretos; está redactada de la siguiente forma: "El empleado que en asuntos del servicio público revele secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado con suspensión del empleo de tres meses a un año. Si de la revelación resultare grave daño a la causa pública, la pena será la pérdida del empleo y prisión de un año".

No se refiere a la revelación de secretos militares porque, por otro lado, regía la ley nombrada, aplicable a los delitos federales, lo cual impidió que Tejedor incluyera esta clase de delitos; sin embargo, puede legítimamente elaborarse la hipótesis de que este autor pensó que la revelación de secretos militares tenía vinculación con la norma transcrita; en la nota respectiva señala que para el código brasileño en caso de interesarse la independencia e integridad de la nación, la pena es mucho más grave.

El mismo criterio siguió el proyecto de Villegas, Ugarriza y García del año 1881 y el código del año 1887-88, que con ligeras variantes mantuvieron la redacción de Tejedor.

Solamente, como ya se ha mencionado, aparece una norma referida especialmente a la conducta delictuosa cuya materialidad sea la revelación de Secretos militares, en el proyecto de 1891, con el texto siguiente, en el artículo 265: "Será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años el que revele secretos políticos o militares concernientes a la seguridad o las relaciones exteriores de la Nación, sea comunicando o publicando documentos, diálogos, planos, hechos u otros datos relativos a los materiales de guerra, fortificaciones u operaciones militares, sea facilitando de cualquier modo su conocimiento. En la misma pena incurrirá el que obviare la revelación del secreto".

El proyecto de 1906, modificó el artículo 265 del proyecto citado; el texto reformado es sancionado por el Congreso sin cambio alguno.

Presentado a la Cámara de Diputados, por Moreno su proyecto en el año 1917, se aprobó en esta Cámara el título de los "Delitos contra la seguridad de la Nación", tal cual como había sido redactado en el proyecto de 1906, modificándose únicamente las penas. La exposición de motivos de la Comisión Penal y Carcelaria de la Cámara baja, dice que: "La comisión conserva los artículos del proyecto de 1906, modificán-

ellos únicamente en cuanto a la penalidad para adaptarla a los términos generales de su proyecto". La Cámara de Senadores aprobó sin introducir variantes.

El artículo 222, quedó originariamente redactado de la siguiente forma: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación. En la misma pena incurrirá el que obviare la revelación del secreto". La forma culposa se legislaba en el artículo siguiente que establecía: "Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallaren en posesión en virtud de su empleo u oficio". Esta norma hoy es la parte segunda del artículo 222.

Sin modificación, el texto se mantiene hasta el año 1963, en el cual por Decreto 788/63, se deroga y se introducen grandes modificaciones a las figuras del código penal.

En el lapso que va del año 1945 a 1963, se dictaron decretos y leyes, que ampliaron la figura de revelación de secretos militares, sin derogar las normas del código.

El decreto-ley 526 del año 1945, legisla con amplitud el delito que se estudia. No deroga las disposiciones del código penal ni las menciona. Rigiendo en aquel tiempo los delitos incriminados en el decreto y a su vez, las figuras delictivas previstas en el código, que eran similares. La ley 13985 del año 1959, legisla en forma paralela los hechos punibles previstos en 1921, con figuras más amplias. A igual que el decreto 526, no menciona y no deroga las normas del código penal. Esta ley que tuvo una existencia legal azarosa, hoy se halla derogada por la ley 21.338. El decreto 788/63, modificó sustancialmente el código, agregando capítulos y modificando el texto de varios artículos de la ley de fondo. Suprimió los preceptos 186 al 225, con excepción del 193; 195 y 199 y 202 a 213 del código. Se observa que el 222 se derogó y se estableció otro con un texto diferente, así redactado: "Se impondrá prisión de 2 a 15 años al que: 1° Realice cualquier acto dirigido a obtener o revelar, o facilitar la obtención o revelación de informaciones, documentos u objetos que deben permanecer secretos en interés de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación "(art. 10 del decreto) Se componía de siete incisos que conjuntamente con el transcripto, definían las distintas formas de espionaje.

No tuvo mucha suerte este decreto. La ley 16648 del 30 de Octubre de 1964, lo deroga, e hizo recobrar vigencia a las normas originales, a la que lleva el número 222 y le agregó, como segunda parte, el siguiente párrafo: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina". "Es obvio que el agregado no fue acertado, porque la objetividad material y jurídica es distinta a la de revelación de secretos militares. La parte primera reprime la revelación y la segunda los ultrajes, cosas bastante diferentes.

La ley 17367, introdujo reformas importantes. Deroga la segunda parte del artículo y legisla un texto idéntico al que rige actualmente. Esta ley no la sancionó el Congreso, emanó de un decreto.

El 27 de Mayo de 1973 se sanciona la ley 20508, la cual hizo perder eficacia jurídica a las disposiciones penales no dictadas por el Congreso Nacional; en consecuencia la 17367 queda abolida y comienza a regir nuevamente la redacción original con el agregado de la ley 16648 al artículo 222.

La última reforma la hace la ley 21338, que volvió a reproducir para el precepto mencionado el texto de la ley 17367.

El artículo 223 del código Penal define y agrupa en dos párrafos la forma dolosa y culposa de la revelación de secretos políticos o militares.

La forma dolosa, contenida en la parte primera, tiene como antecedente nacional el proyecto de 1891 que reprodujo el artículo 107 del código italiano de 1889.

Como está redactado el precepto penal, para que se consuma el delito se requiere necesariamente que la Nación se encuentre en estado de paz; si, por el contrario, se halla en guerra, el mismo hecho constituye el delito de traición. Puede pensarse legítimamente que al exigir la Constitución Nacional aparentemente la concurrencia de dos conductas —ayuda y socorro— para el delito del Artículo 214, aún estando la nación en un período de conflicto bélico no se cometería el delito del artículo 103 de la ley fundamental.

Para González Roura, Moreno, Jofé, Gómez y otros, la ayuda implica socorro pues ambos conceptos son semejantes. El segundo de los autores nombrados enseña que existe "Similitud de conceptos en las palabras ayuda o socorro: siempre que hay ayuda existe socorro y recíprocamente". De acuerdo con esta enseñanza, no hay dudas de que el delito de revelación de secretos si es perpetrado en tiempo de guerra se desplaza al de traición.

La revelación de secretos políticos o militares, no es propiamente el delito de espionaje, aunque sí está vinculado por sus antecedentes históricos. Carrara señala que la primera forma de revelación de secretos es aquella que perjudica a la patria y "asume los caracteres de traición o de delito de lesa patria". El espionaje era una manera de cometer estos hechos.

No siempre la revelación es espionaje, porque es espía la persona que, generalmente en forma clandestina, ocultando su personalidad y sus intenciones, recoge o trata de obtener informaciones, documentos o cosas que deben permanecer secretos. El artículo 223 es una forma de espionaje.

El bien jurídico tutelado es el mismo que protege el espionaje. Es la seguridad de la Nación en su personalidad internacional, vale decir, es la seguridad exterior.

Sujeto activo puede ser aquella persona que en razón de la labor que realiza, conoce el secreto y está obligado a guardarlo. La ley nada dice, pero es correcto pensar de esta manera, pues si lo revela aquella que no está en posesión del secreto en razón de su oficio, empleo o servicio con respecto a la Nación, no puede estar obligado a guardar secreto, porque éste ya ha sido revelado, el secreto ha llegado a su conocimiento cuando ya había dejado de serlo, es obvio siempre que lo haya conocido sin obrar con dolo. Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Moreno, Díaz en contra Gómez sostienen que cualquiera que puede ser sujeto activo; su opinión tiene por base que la norma no distingue: "La ley no hace distinciones acerca de la persona que verifique la revelación. Puede ser hecha por cualquiera" (Moreno). Esta enunciativa también, *v.g. Mazzini, s. Muzajje*, para quienes sujeto activo es cualquier individuo y no es necesaria relación de oficio o servicio público con el secreto.

La acción consiste en revelar y el objeto material consiste en secretos políticos o militares.

Entre el concepto gramatical y el legal del vocablo revelación existen algunas diferencias, aunque el segundo es una extensión del primero.

La revelación, etimológicamente, no es más que remoción del velo, es decir, remover todo aquello que sirve para ocultar lo que por respeto o veneración no debe verse; en otras palabras, es dar a ver lo que está oculto por venerado o sagrado. Tiene un origen religioso y es referido a cuando la divinidad se anuncia y se hace ver al hombre. De aquí el concepto de que es manifestar lo oculto superior. Así en el lenguaje común, en sentido propio, revelar es descubrir lo que debe estar secreto, que no es estrictamente sinónimo de manifestar, declarar, publicar.

El concepto legal se verifica cuando la persona que está obligada a guardar el secreto, lo descubre, se lo comunica dolosamente a otra.

La revelación no requiere divulgación, publicación, es decir, poner el secreto al alcance de muchas personas; es suficiente que se le haya comunicado a una sola para cometer la acción de revelar.

La acción es castigada cuando poner en peligro la seguridad exterior de la Nación; en caso de no llegar a afectarla, la conducta no es la típica que exige la figura.

Revelar secretos concernientes a los medios de defensa o a las relaciones exteriores, generalmente afecta a la seguridad; pero si no es así, aún cuando se hayan revelado secretos de aquella naturaleza, el delito no se comete, porque el objeto de la tutela penal es la seguridad exterior de la Nación, esto es, su personalidad internacional.

La forma o los medios no tienen relevancia; basta que por su intermedio se produzca la revelación. Cualquier medio o forma es idónea, siempre que por ella se descubra el secreto. La revelación puede hacerse de persona a persona oralmente, por escrito, por señas, por entrega de planos u otros objetos. "Puede facilitarse el conocimiento haciendo que los secretos caigan en manos de los interesados en conocerlos sin serles directamente revelados" (Moreno). La seguridad de la Nación comprometida por este delito, obliga a tratar de definir o explicar qué es. Se puede intentar diciendo que es "un estado, condición o situación jurídica y de hecho, en la cual los intereses fundamentales de la Nación, en su aspecto internacional, están resguardados de todo posible ataque o lesión". Se vincula a este concepto el de *Defensa Nacional*, que son todos los actos, hechos y medidas jurídicas que se toman para la inocuidad de la Nación.

Secreto, según el diccionario, es todo aquello que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, concepto que en cierta forma responde al legal. Se transcriben varias definiciones aculadas por distintos autores, con la finalidad de dar una idea más o menos correcta del concepto legal. Para Moreno "es un hecho, una noticia, un acontecimiento, una obra, una receta, una invención, un procedimiento, un plan, un aparato, una máquina, etc. que se mantiene en reserva por entenderse que ello es necesario a los intereses nacionales". Como se ve, es una explicación externa que describe las cosas que deben quedar en secreto. Gómez, con más precisión jurídica, cree que "Ha de entenderse por secreto aquello que no debe ser conocido por nadie que no sea el que, por razones especiales, tiene conocimiento de lo que forma su objeto".

Manzini, recordando a Partinaccio, en la definición que aparece en su tratado, da como nota importante que el secreto es una relación con un límite impuesto por autoridad competente, de conocer un hecho, un acto o una cosa. Para este autor, opinión compartida por otros que tratan la materia, quien impone el secreto es el Estado. Para mayor claridad se reproducen sus palabras: "El secreto en sentido jurídico, es un concepto de relación material o personal e indica el límite puesto por una voluntad jurídicamente competente a la cognoscibilidad de un hecho, de un acto o de una cosa, de modo que éstos queden actualmente destinados a permanecer ocultos para toda persona distinta de los que legítimamente los conocen, o para aquellos a quienes no se les manifieste el que tiene el poder jurídico de extender o suprimir dicho

límite o por fuerzas voluntarias o involuntarias independientes de la voluntad de quien tiene la disponibilidad jurídica del secreto".

El decreto 9390/63 define el concepto de secreto militar, a los fines de lo dispuesto en los artículos 222 y 223. Artículo 1° "Secreto militar es toda noticia, informe, material, proyecto, obra, hecho, asunto que deba, en interés de la seguridad nacional y de sus medios de defensa, ser conocidos solamente por personas autorizadas y mantenidos fuera del conocimiento de cualquier otra".

No todo secreto cuya divulgación está prohibida puede ser objeto material del delito. Para que lo sea debe referirse a un interés político, militar, a los medios de defensa o a las relaciones internacionales de la Nación, que de alguna forma comprometan la seguridad exterior de la Nación. Los secretos meramente administrativos si no tienen reflejos políticos o militares que puedan alterar o afectar la seguridad, no constituyen la materialidad del delito. Un plan de acción a desarrollarse por las Fuerzas Armadas, con el solo propósito de promover ideas y sentimientos patrióticos frente al marxismo o cualquier otra idea disolvente no sería materialidad suficiente para la perpetración de este delito, siempre que ese plan no tenga por objetivo la realización de acciones materiales y de lucha contra la subversión.

El secreto de actos gubernamentales que no afecten a la seguridad no tienen entidad suficiente para la consumación de este delito de revelación de secretos. Aquí es conveniente recordar que la forma de gobierno de la Argentina es representativa, republicana y federal, lo que hace que lleve implícita y necesariamente el derecho del pueblo a conocer todos los actos de gobierno y administrativos mediante la publicidad a que están obligados los funcionarios públicos, por imperativo de dicho sistema de gobierno. Obvio es que están exceptuados de la publicidad todos los actos que de una manera u otra puedan comprometer o vulnerar la integridad exterior de la Nación.

El delito es doloso; no requiere una particular intención; basta la voluntad y la comprensión de que realizando la acción se revela un secreto político o militar que afecta a la seguridad de la Nación, en su aspecto exterior. Con respecto a su naturaleza, es un delito de pura actividad; basta la mera revelación para poner en peligro a la Nación, sin que se requiera daño efectivo alguno. Por consiguiente, es formal porque se consuma con la mera ejecución del hecho. Es de peligro, porque sin producir lesión material al bien jurídico de la seguridad de la Nación, representa la posibilidad (peligro) que sea afectada la personalidad exterior de la Nación.

La hipótesis culposa se encuentra en la segunda parte del artículo 222. Esta figura, a igual que la forma dolosa, tiene su antecedente inmediato en el proyecto de 1906 que, a su vez, se inspiró en el de 1891. La ley del 14 de setiembre de 1863, nada decía al respecto.

El sujeto activo, en consecuencia, pueden ser, *inter alia*, nombra la ley, es decir, aquellos que en razón de su empleo u oficio o de un contrato oficial, están obligados a guardar un secreto de la índole que enuncia la norma y que conocen en virtud de esa calidad que revisten.

La persona que no se halla obligada a guardar secreto y no está en conocimiento de éste en razón de la calidad que expresa la norma, es decir, por la función que desempeña, no puede ser sujeto activo.

Tampoco puede ser sujeto activo, quien hace una revelación imprudente, si no está obligado a guardar secreto en razón de su oficio, empleo o de un contrato oficial.

El elemento subjetivo está constituido por la culpa en sus dos formas, imprudencia o negligencia. Ejemplos elementales, pero claros, de las formas culposas, son los siguientes: Un funcionario público, en posesión de documentos cuyo contenido debe permanecer secreto, deja olvidadas las llaves del mueble donde se guardan y alguien se apodera de ellas y se entera del contenido de los documentos. En un caso de negligencia.

Otro ejemplo, el funcionario, aún observando que están abiertas las ventanas de su oficina, deja sobre el escritorio documentos secretos; un golpe de viento se los lleva, dando lugar a que otras personas conozcan el secreto. Es una forma de imprudencia.

Para terminar, es conveniente hacer referencia al Código de Justicia Militar, que en su artículo 634 legisla el delito de revelación de secretos en estos términos: "Será reprimido con prisión, el que sin el propósito de servir a una potencia extranjera, revelare datos relacionados con la fuerza, preparación o defensa militar de la Nación, que deben permanecer secretos o permitiere que otras personas entren en conocimientos de ellos." Este cuerpo legal, no establece la forma culpable.

Debe tenerse en cuenta que este código es de aplicación restringida en razón de la jurisdicción y competencia de los tribunales militares.

EL DELITO DE ESTUPRO

*Por Juan Manuel Yaj **

El significado que el derecho ha dado al término ESTUPRO ha ido decreciendo con el correr de los tiempos.

Así ha servido para expresar cualquier concubito venéreo, incluyendo al adulterio (Cámara, Programa 1.481), quedando circunscripto luego a las relaciones entre personas libres, entendiéndose por tales aquellas no unidas entre sí o a otras por vínculo conyugal.

Enmarcado de este modo, el estupro fue calificado como: a) voluntario o simple y b) calificado.

a) El estupro simple pasó por tres etapas en la moral social, abandonando un excesivo rigor que lo caracterizó a principios de la era Cristiana: en una primera etapa eran punibles ambos participantes; en una segunda, solo se castigaba al hombre, ya que se presuponea que la mujer, a la que se excluía de la acción penal, necesariamente había sido víctima de las tramas amorosas masculinas; finalmente, el estupro voluntario no resulta punible.

b) El estupro calificado fue objeto de dos grandes divisiones: 1) estupro calificado por violencia, entendiéndose como tal la fuerza en las personas; y 2) estupro que no es ni violento ni voluntario, el que abarca una gama de figuras que no eran aborridas por la simple violencia.

Finalmente, se arriba a la división del estupro calificado en 1) Calificado por violencia, donde la violencia se iguala a ausencia de voluntad; y 2) Calificado por la seducción, circunscribiéndose en esta última fórmula al estupro propiamente dicho, tal como se lo entiende en nuestro ordenamiento legal.

Estupro es entonces, al decir de Cámara (Programa, 1.482) "Conocimiento carnal de mujer libre y honesta precedido de seducción, real o presunta y no acompañado de violencia".

La seducción que caracteriza al estupro propiamente dicho podrá ser real o presunta:

La seducción real o verdadera tiene por sustrato indispensable al engaño (Cámara, Programa 1.503).

La seducción presunta, lo será por las condiciones del sujeto pasivo, por las condiciones del sujeto activo y por las relaciones de este con aquél (Cámara, Programa, 1.503).

Profesor Titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Francisco P. Laplaza

Nuestro ordenamiento legal adopta el sistema de la seducción presunta por las condiciones del sujeto pasivo. En efecto, si el sujeto pasivo de un acceso carnal es mujer honesta, mayor de doce años y menos de quince, no habiendo mediado violencia o intimidación, y habiendo estado en condiciones de resistirse, nos encontramos frente al tipo legal del estupro.

CONCEPTO

Coincidente entonces con lo antes expresado, en nuestro ordenamiento legal, estupro es: "el acceso carnal de un varón, logrado sin fuerza ni intimidación, con mujer honesta, mayor de doce años y menos de quince, que no estuviera privada de razón o de sentido y que hubiere podido resistirse al acto". (Nuñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, T^o IV, pág. 288).

ACCESO CARNAL

Nuñez (*Der. Penal Argentino*, T^o IV, p. 288), Urz. Ernesto (*Los delitos de violación y estupro*, p. 69), Soler, Sebastián (*Derecho Penal Argentino*, T^o III, p. 301), admiten que el acceso carnal del estupro es el mismo que en el delito de violación, -vale decir la penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural femenina (vagina, ano y boca) o la penetración del órgano sexual masculino en la vagina o el ano (excluyéndose la boca por carecer de glándulas erógenas), según sea la posición a la que se adhiera-, oponiéndose a esta tesis Fontan Balestra, Carlos (*Delitos Sexuales*, p. 113) quien argumenta que la relación no natural, o sea vía no vaginal por parte de la mujer sujeto pasivo implica en la misma deshonestidad. Postura ésta refutada por Urz al decir que bien puede ser la misma honestidad, traducida en inexperiencia sexual, la que le puede llevar a aceptar como naturales cosas que no lo son.

Nada nos autoriza a encontrar en el tipo del art. 120 del Código Penal un acceso carnal distinto del expresado en el art. 119 del mismo cuerpo legal, máxime si se tiene en cuenta que ambos artículos conforman un único desarrollo reuniéndose en el art. 120 el legislador a la expresión "acceso carnal" utilizada únicamente en el 119.

No obstante, es de advertir que una penetración por una vía que no sea la vagina, (aninatural), dada la temprana edad de la víctima (prematura), muy probablemente llegara a configurar el tipo penal de la corrupción, art. 125 inc. 2^o del Código Penal, al que por la regla del art. 54 del cuerpo legal citado habrá de estarse.

SUJETO ACTIVO

El texto legal del art. 120 del Código Penal determina que víctima del delito de estupro sólo podrá serlo una mujer, luego, y recordando lo visto más arriba en cuanto a que para que haya acceso carnal se necesita la penetración del órgano sexual masculino, forzosamente, el sujeto activo solo podrá serlo un varón.

SUJETO PASIVO

Habrà de ser una mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince, tal como lo requiere expresamente el tipo del art. 120 del Código Penal; asimismo, esta mujer no debe estar privada de razón o de sentido y debe haber podido resistirse al

acto y no haber mediado sobre ella fuerza o intimidación, porque en tales supuestos nos encontraríamos en presencia de los tipos determinados en los incisos 2º y 3º del art. 119 del Código Penal.

BIEN PROTEGIDO

El consentimiento para el acto sexual prestado por el menor de doce años carece de valor alguno para la ley penal, y de allí que el acceso carnal con el mismo configure el delito de violación; ahora bien, no reflejaría la realidad el legislador, si ergase protección a una menor que ha entrado en la pubertad frente a su consentimiento dado para ser accedida carnalmente. Cuando en su cuerpo y en su mente recién se están produciendo las modificaciones que caracterizan el paso de la niñez a la edad adulta, no puede presuponerse que la joven tenga cabal idea de lo que el sexo significa y por consiguiente disponer libremente de su cuerpo.

Por consiguiente el tipo del estupro tutela la reserva sexual por presunto viciado el consentimiento para ser accedida sexualmente dado por una mujer, inocente al trato carnal y que por su corta edad carece de otros elementos de valoración que le permitan disponer a plena conciencia y voluntad de su cuerpo.

En similar sentido, Rodolfo Moreno (*El Código penal y sus antecedentes*, Tº IV, p. 246) afirma que "el tipo legal tiende a proteger a la inocencia contra la seducción; Ricardo Nuñez, (*Der. Penal Argentino*, Tº IV, p. 287), "en el marco de la honestidad, lesiona específicamente la reserva sexual", Mario H. Posa: "el bien protegido por el tipo penal del estupro es la impolitez".

LA HONESTIDAD

Este elemento configura la piedra angular del tipo, no obstante, resulta como poco difícil de precisar. De los diversos aspectos de la conducta humana en los que se emplea el término honestidad, a los fines del estupro, lógico es que habremos de centrar nuestro objetivo en el pudor sexual.

Encontramos las siguientes pautas de aproximación al tema:

La honestidad al decir de Nuñez (*Der. Penal Argentino*, Tº IV, p. 292) es "un estado moral de inexperiencia o de incontaminación sexual, determinable por su conducta. La honestidad se define como recato, pudor, castidad, pureza, y virginidad moral".

Para Soler, (*Der. Penal Arg.*, Tº III, p. 304) "la honestidad es un estado moral y un modo de conducta que corresponde a ese estado".

Para Von List es el propósito dirigido a la conservación de la pureza sexual y la conducta que a ese propósito corresponde.

Según Fontan Balestra, (*Der. Sexual* p. 105) la honestidad debe ser estimada, en cada caso, sin someterse a cánones rígidos y apreciando la conducta de la mujer en todas las manifestaciones en cuanto de ella pueda resultar la condición requerida.

A su vez, Cuneo, Libarona, (*Ensayos de honestidad de la virgine, Reglas prácticas para su investigación y estudio*) sostiene la conveniencia de que las investigaciones judiciales, en determinados casos, se apoyen en informaciones idóneas de las visitadoras sociales especialmente capacitadas para apreciar las condiciones del mundo circundante en que actúa la menor, e incluso, propone un examen psiquiátrico de la

personalidad de la víctima. Afirmando también, que resulta aconsejable a los juzgadores, se exijan a sí mismos, un máximo de cautela, prudencia y objetividad pues tanto los puritanismos, cuanto las liberalidades excesivas en la apreciación de los hechos, circunstancias y condiciones, pueden conducir a irremediables errores.

No obstante, frente al delito consumado, a un imputado y una víctima en carne y hueso, transportados del mundo de la doctrina al mundo de los hechos, concluimos que las definiciones que señalamos, son ambiguas, ¿con qué se condenará o absolverá? . ¿con los comentarios? . ¿con la impresión personal del juzgador? Nadie se aventuraría a considerar honesta a los fines del estupro, a una viuda de hábitos serios y de 14 años de edad, o a una lesbiana que conserve íntegro su himen, o a una menor que hubiese mantenido acceso carnal vía oral o anal, pero nunca por la vagina; como así tampoco, podrá considerarse que no es honesta una joven, que a temprana edad fue víctima de una violación, o que inocente al trato carnal se exprese en forma impúdica, o regrese en horas de la noche a su hogar. Debemos entonces recurrir a lo ya dicho respecto del bien protegido y tratar de lograr una fórmula que, sin hesitar, nos determine en un caso concreto, si nos encontramos ante una mujer honesta a los fines del delito de estupro.

Si la menor que se pretende proteger ha adquirido conciencia de lo que el sexo significa, y consiguientemente, dispone libremente de su cuerpo, sabiendo en forma cabal qué es el acceso carnal que consiente, su voluntad no adolecerá de ningún vicio, luego su consentimiento resulta válido y no existe razón alguna para proteger a la joven en su reserva sexual, y este conocimiento, tal como se sostuvo en Primera Instancia en los Autos "Nelly Rivas s/estupro", solo se logra al mantener una experiencia sexual compartida.

La mujer que se entrega a una experiencia sexual brindándose en plenitud y tomando en igual forma a su compañero, aunque esta relación sea homosexual, o no haya penetración vaginal, adquiere la conciencia incontestable de lo que el sexo significa y consiguientemente, sin perjuicio de la reputación que pudiere merecer, no puede considerarse ya honesta, a los fines del delito de estupro.

SEDUCCION

Se denomina así la actividad que despliega el sujeto activo para vencer la reserva sexual de la menor.

El código de 1886 y el Proyecto Tejedor requerían la necesidad de que el acceso a la mujer virgen se lograra mediante seducción real, vale decir que mediante ardides o engaños se obtuviese que la mujer virgen admitiera su defloración, circunstancia ésta de muy difícil acreditación, cuando estas maquinaciones no han transcendido a las personas de víctimas y victimario; siendo mucho menor la posibilidad de hallar casos de fácil probanza como aquellos en que el hombre se compromete solemnemente a la boda como ardido tendiente a obtener el consentimiento a ser acogida de su pareja.

Nuestro sistema actual se basa en la seducción presunta de la víctima, cuando ésta tiene la edad comprendida entre los doce años y los quince años, se presume, *fieri et de jure*, que si es honesta, el hombre solo pudo acceder a ella por su inexperiencia y desconocimiento de lo que significa el trato sexual.

En ambos sistemas señalados, las dificultades prácticas recaen, en el primero en acreditar la existencia de seducción; y en el segundo en acreditar que no existe honestidad, lo que en principio se debe presumir.

EL DOLO

Se requiere dolo específico y el mismo consiste en que con conocimiento, (o la posibilidad representada) que la mujer es menor de quince años y honesta, se consuma con ella el acceso carnal.

No siendo el estupro atribuible a título de culpa, el error razonable sobre la edad y/o sobre la honestidad de la víctima, hacen excusable al sujeto activo. (Nuñez, *Der. Penal Arg. T° IV*, p. 295; Ure, *Los delitos de violación y estupro*, p. 77).

TENTATIVA

Cuando un hombre ha comenzado a ejecutar sobre una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince años, sin mediar fuerza o intimidación, que no estuviere privada de razón o de sentido y pueda resistirse, actos corporales de índole sexual, que indudablemente son tendientes a lograr el acceso carnal, el que no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, nos encontramos ante un estupro en grado de tentativa.

El estupro se consuma con el acceso carnal, y es entonces que son los actos que inequívocamente conllevan al mismo en su forma material, que siendo frustrados nos pondrán ante una tentativa de estupro. No pueden computarse como inicio de la perpetración del ilícito actos de seducción, que aunque permitan advertir claramente las intenciones carnales de los mismos, no son, en modo alguno, la materialidad del hecho que ha comenzado a ocurrir.

Camara, (*Programma*, 1510) se pregunta si cabe la posibilidad de tentativa de estupro cuando éste es por seducción real, ya que "cualquier amorio podría por un Juez gárrulo ser convertido en tentativa de estupro". No obstante, no descarta la posibilidad, aunque remota que se configure el delito en grado de tentativa, esta dificultad obedece a que en las legislaciones en las que, para configurar el tipo legal del estupro, era necesaria la fórmula: Seducción + cópula carnal, es en la práctica sumamente difícil distinguir un amorio de un acto preparatorio o de un principio de ejecución.

En nuestro medio, admiten la tentativa, Nuñez, (*Der. Penal Argentivo, T° IV*, p. 296/7). "El autor puede comenzar a llevar a efecto su finalidad de acceder carnalmente a la mujer mediante actos inequívocamente dirigidos a lograrlo de inmediato". Soler, (*Der Penal Argentino, T° III*, p. 305), "voluntate los actos inmediatos al hecho podrán ser considerados como tentativa".

OFENSAS EN JUICIO
(El artículo 115 del Código Penal)

*Por Luis María Rizzo (h) **

1) INTRODUCCION

Sucede en ocasiones que el Derecho, ante un conflicto producido entre bienes o intereses jurídicos que se contraponen, resuelve sacrificar uno de ellos para salvaguardar el otro. Esto ocurre cuando, en un caso determinado, concreto, y una vez realizada la comparación necesaria acerca de la importancia de esos bienes, así lo reclama el justo acatamiento al orden natural de las cosas sobre la base del lugar que ocupen aquellos en una determinada escala de valores.

Un ejemplo muy claro, en este sentido, lo proporciona el Código Penal al disponer que no es punible el que causare un mal para evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraído (art. 34, inciso 3°). Se trata de la causa de justificación conocida como estado de necesidad que, complementada con la del inciso 6° del mismo artículo (legítima defensa) y por hallarse consagrada en el Libro Primero (Parte General), tiene capacidad para comprender —y por ésto, para ser eventualmente aplicada— a todas las situaciones singulares que puedan presentarse, justamente, como resultado de dicha oposición entre distintos intereses jurídicamente protegidos.

No obstante la existencia de esa disposición general y omnicompreensiva, otras veces ha parecido conveniente dictar reglas especiales para cubrir hipótesis del mismo carácter. Son semejantes, en el fondo, a las que reciben el amparo de aquélla, pero presentan ciertas peculiaridades que podrían impedir su empleo por ausencia de alguno de los elementos que dogmáticamente la conforman y que, como tales, no es posible soslayar en ningún caso.

El llamado aborto necesario (Código Penal, art. 86, inciso 1°), así como la violación de domicilio imputae (idem, art. 152), constituyen algunos de esos supuestos particulares.

Otro tanto acontece con las ofensas en juicio, así regladas en el art. 115 del código citado: "Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los litigantes, apoderados o defensores ante los tribunales y concernientes al objeto del juicio, que no sean dadas a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes".

Aquí también se establece una hipótesis de impunidad penal, o de inmunidad judicial, para valores de la terminología de Florian, (porque las sanciones disciplinarias no son respuesta "penal" a un delito), para solucionar un conflicto de intereses jurídicos.

En efecto, por un lado, mediante la existencia cierta de una "ofensa", que en sentido restringido debe entenderse como atentado al bien jurídico "honor", especialmente protegido en el Libro II, Título II, del Código Penal. Y por el otro, la facultad reconocida, a quien está en juicio, de ejercer en la forma más amplia su defensa, derecho expresamente acordado por el art. 18 de la Constitución Nacional que lo califica de inviolable y que —en razón del subido valor de los intereses comprometidos— no debe ser coartado, coaccionado o limitado por el temor a que algo de lo dicho en el curso del proceso judicial pueda acarrear responsabilidad criminal a mérito, precisamente, de las amenazas penales vigentes para las conductas previstas en alguno de los delitos repetidos en aquel título.

Este conflicto, según se desprende del propio texto legal y de sus consecuencias, lo resuelve la ley, adecuadamente, a favor del derecho de mayor jerarquía, porque tiene raíz constitucional: el de defensa en juicio.

La institución encuentra su fundamento, pues, en la libertad de defensa, ejercida mediante el derecho de discutir, responder y acusar (Peco, Gómez, Soler, Nuñez, Fontán Balestra, Antolín). Y no lo tiene, como sostienen otros autores (González Roum, Malagariga, Crivellari), en el "animus defendendi", o en la simple ausencia de dolo (Florán).

Reiteramos que la primera de las tesis enunciadas nos parece la correcta. Creemos decisivo, en primer lugar, que si el autor obra con "animus defendendi" (que es, en definitiva, un supuesto de legítima defensa), su acción no será antijurídica. Y también, que si su comportamiento no es doloso, sencillamente será inculpaible. En uno y otro caso la consecuencia será idéntica: inexistencia de delito por ausencia de alguno de los elementos constitutivos. Siendo así, no tendría razón de ser la prerrogativa de la cual nos venimos ocupando, ni sentido la disposición que la legisla. La impunidad llegaría por otras vías. Además, debe considerarse en apoyo de lo dicho, que pudiese darse en efecto situaciones en las cuales no medianía imputaciones concretas, dirigidas contra quien luego ofenderá, de las cuales éste tuviera que defenderse; ¿qué "animus defendendi" podría entonces invocarse?; igualmente, que pudiese también presentarse otras en que la potencia ofensiva del denunciante, su forma, y las demás circunstancias de personas, lugar, tiempo y ocasión, exteriorizarán el real y ostensible propósito de ofender a otro: ¿quién así obrare, ¿podría alegar que lo hizo sin dolo? Sin embargo, y a pesar entonces de que ninguna de esas excusas serían aceptables, no es dudoso que la inmundad judicial cubriría al agente, y su agravio sería imparable.

Pero el derecho de defensa al cual hemos aludido, como acontece con todos ellos, no es absoluto ni ilimitado. Por eso, el artículo 115 del Código Penal está muy lejos de acordar un verdadero "toll de indemnidad". El ejercicio de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos no es un pabellón que pueda amparar los más torpes excesos, sin limitación alguna. Por el contrario, el beneficio que otorga está condicionado, debidamente, a toda una serie de elementos que, sin excepción, deberán concurrir para que la "ofensa" pueda escapar a la sanción penal.

Esos elementos, en su mayoría, están expresamente enunciados mediante referencias a la acción; al sujeto activo; a las formas; al lugar; al objeto y a la publicidad. Algún otro, como el vinculado al sujeto pasivo, aunque no sea objeto de mención especial no por eso resulta menos exigible porque lo perfila, precisamente, el mismo derecho de defensa que inspira al instituto y que, dicho sea de paso, constituye el medio más indicado y seguro para resolver algunas situaciones dudosas que pueden presentarse respecto de todos ellos.

Antes de examinarlos nos detendremos en los antecedentes históricos respectivos.

II) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La impunidad penal consagrada en el artículo 115 del Código Penal tiene antecedentes remotos. Una larga tradición jurídica, desde antiguo, trató con benevolencia la libertad de defensa y discusión.

En efecto, aunque un rescripto de Valentiniano, recordado por el Profesor Pico, disponía que esa libertad debía conciliarse con el respeto a la personalidad moral, los romanos admitieron ya que se presumían dictadas por el "ánimus defendendi" las ofensas proferidas en el calor de la discusión.

Pero es en el tiempo de los prácticos que, en rigor, cristaliza la evolución del instituto a través de la "libertas o facultas conviciandi" (libertad de injuriar de palabra), en virtud de la cual los patrocinantes de las causas, es decir, los abogados, no debían ser responsabilizados por injuria sobre la base de lo dicho contra el adversario, los litigios o el mismo juez, al encarar la defensa de sus clientes, siempre y cuando —como lo recorda Carrara con cita de la ley 6 de postulando— ello fuera de utilidad a la causa y no hubiera exento en el modo.

La falta de castigo así admitida para quienes en el curso del pleito lleguen al agravio llevados por la posición de la defensa, alcanza también al Código Francés de 1810 (art. 373), que reemplazó la solución legal por el arbitrio judicial. Algunos años después, en 1819, se produce en Francia una importante reforma, puesto que una ley entonces dictada amplía el ámbito de aplicación del beneficio por un lado (alude a la inmunidad de la defensa por las ofensas proferidas), aunque por otro lo cibe con la feliz exigencia de que éstas sean "inherentes a la controversia". Agregado que resulta sobremedera ilustrativo acerca del por qué de la prerrogativa, que el maestro pisano sintetizara con el mayor acierto en la siguiente frase: "no es un privilegio de la toga, sino exteriorización del sagrado derecho de defensa".

Sobre la base de estos antecedentes, el Código Sardo de 1839 (art. 580), y el Código Italiano de 1889 (art. 398), excluyen la acción penal en los casos de injurias (u ofensas, según sea el último de ellos) contenidas en los discursos o escritos presentados en juicio por las partes o sus patrocinadores cuando sean "concernientes a la controversia". De este modo, en opinión de Zanardelli, se satisficieron tres principios: el que consagra la libertad de defensa; el que enseña que el "ánimus defendendi" excluye generalmente el "ánimus injuriandi"; y el que exige que la ofensa extraña al litigio sea estando en el Código Penal.

Importan estas citas porque informan respecto de la evolución del instituto y, además, por ser precisamente ese código italiano el origen directo e inmediato de la legislación patria en la materia.

Ni el Proyecto Tejedor, ni el de Villegas Ugarriza y García (1881); ni el Código Penal de 1886, pese a la difusión del instituto en la legislación europea, contienen previsión alguna que lo contemplara, como tampoco la había en las más viejas leyes españolas, que sólo comienzan a incorporarlo, tímidamente, a partir del Código de 1822.

Es con el Proyecto de 1891 (cita como concordantes las leyes italiana, belga, chilena, húngara y francesa) que nace entre nosotros en estos términos: "Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados y defensores en los escritos, informes y discursos pronunciados ante los tribunales, quedarán sujetos únicamente a las sanciones disciplinarias a menos que se los diere a publicidad, en cuyo caso será responsable como autor de la injuria el que lo fuere de la publicación".

La ley 4189, del año 1903, le dio consagración legislativa con pequeñas modificaciones al NAMA, el cual fue reproducido por el Proyecto de 1906.

La redacción propuesta unos años después por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados cuando estudiara la reforma (redacción que, desde luego, se ajustó en líneas generales a los precedentes que venimos recordando), con un añadido que introdujo la Segunda Comisión de Códigos del Senado, plasmó en definitiva en el art. 115 del Código Penal de 1921, así concebido: "Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados y defensores en sus escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetos únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes".

Ciertas críticas a esa disposición, algunas de ellas ciertamente fundadas, llevaron a la Comisión que preparó la reforma al Código Penal sancionada por la ley 17.567, a corregirla. Los retoques de redacción no interesan mayormente. Pero sí dos innovaciones importantes: el remplazo del término "injurias" por el más amplio de "ofensas", y el agregado del requisito de que éstas sean "concomitantes al objeto del juicio" con lo cual, como se ve de ver y con adecuación a las fuentes históricas citadas, se suplió la omisión que existía al respecto, generadora de serias discrepancias doctrinales.

La enmienda fue derogada por la ley 20.509. Y recuperó su vigencia en virtud del artículo 1° de la ley 21.338.

III) LA ACCION

Las acciones a las cuales privilegia el art. 115 del Código Penal son las "ofensas". La voz no debe interpretarse en sentido lato (hacer daño a una persona), sino en el más restringido de atentado contra el honor ajeno. Esta interpretación la imponen los orígenes de la disposición, y es el único que se adecua al texto en su integridad.

Los antecedentes nacionales, así como los Proyectos de 1937 y 1951, limitaban el caso legal a las "injurias". De este modo, coincidían con la posición doctrinal que apaluda la exclusión de las calumnias, en razón del interés superior de la sociedad en el desahucio y castigo de los delitos (González Roura, Moreno, Gómez).

Sin embargo, consideramos posible sostener que ese interés debe, en esta materia, subordinarse al fundamento antes mencionado del instituto, el cual nos parece francamente prioritario.

Por eso, ya en el Proyecto de 1941 la expresión "injurias" del código de 1921 se remplazó por la de "ofensas". Otro tanto se hizo en los Proyectos de 1953, 1960 y en la Ley 17.567, cupiendo recordar que los autores de esta última señalaron que "lo importante es que la defensa es libre en el proceso" y que "con suma frecuencia en el debate judicial es necesario formular imputaciones de considerable gravedad, como la de tachar un testimonio de falso". Por lo cual, apuntaron finalmente, "la referencia a la simple injuria es inconveniente". Según lo hemos adelantado, el criterio perduró en la ley 21.338, y lo ha compartido, agregamos, el Anteproyecto de 1979.

Lo así que en el vocablo "ofensas" deban entenderse comprendidas:

1) Las injurias y las calumnias (Código Penal, arts. 109 y 110), en su forma contumeliosa (es decir, proferidas cara a cara, en presencia del agraviado);

2) La difamación injuriosa o calumniosa (código y artículos citados), esto es, la injuria o calumnia comunicada a terceros, en ausencia del ofendido y siempre, claro está, que no medie en el caso divulgación o publicidad;

3) La reproducción de injurias o calumnias proferidas por otro, del artículo 113.

Naturalmente, que en todos y cada uno de estos supuestos deberán darse las demás exigencias previstas en la ley.

A su vez, resultarán excluidas del beneficio:

1) La difamación injuriosa o calumniosa, cuando el hecho ha sido cometido "de manera que facilite su divulgación" (Código Penal, arts. 109 y 110, parte final);

2) Las ofensas a personas colectivas (idem, art. 112), porque aquí la acción consiste en "propalar", que significa difundir, divulgar;

3) La publicación de injurias o calumnias proferidas por otro (idem, artículo 113);

4) Los hechos cometidos por la prensa (mismo código, artículo 114), ya que en este caso, como en todos los que proceden, sus mismas características aparecen incompatibles con el requisito de que la ofensa "no sea dada a publicidad", por un lado, y por el otro se presentan como ordinariamente extraños a los "escritos, discursos o manifestaciones producidos ante los tribunales";

5) Las injurias reales, consistentes en gestos, ademanes o actitudes. A pesar de la opinión de Gómez, compartimos la de Pico, Soler y Nuñez, por entender que en estas hipótesis tampoco se satisfará la exigencia de la ley acerca de las formas del agravio. Y decimos injurias, porque la naturaleza de las cosas demuestra la absoluta imposibilidad de que, mediante estos hechos, llegue a cometerse el delito de calumnia.

Para concluir el capítulo, una digresión en torno al delito de desacato (ofensa al funcionario público, dirigida a él y llevada a cabo a causa o en el ejercicio de sus funciones, castigada en el artículo 344 del Código Penal). Al respecto, conviene distinguir diversas situaciones:

1) Si la ofensa es dirigida al Juez y otro funcionario público, no será aplicable el artículo 115 por lo que dijimos al examinar lo relativo al sujeto pasivo;

2) Si lo es contra otro funcionario público que no sea parte en el proceso, o tercero vinculado a él, la conclusión es análoga e idéntica su causa;

3) Si lo es contra un funcionario público que sea parte en el proceso, o tercero vinculado a él, regirá la causal de impunidad por aplicación de los principios generales que la rigen.

IV) LOS SUJETOS ACTIVOS

Las personas a quienes puede alcanzar la prerrogativa se encuentran (casualmente enumeradas en la ley, que sigue al pie de la letra el Proyecto de 1891, la ley de reformas 4189 y el Proyecto de 1906. La fórmula la reiteran los Proyectos de 1941, y 1960 y se aparta, más en la forma que en la substancia, del modelo italiano que aludía a partes (expresión utilizada también en los Proyectos de 1941, 1951 y 1953) y patrocinadores.

Comprende entonces a:

1) Los litigantes, entendiendo como tales a las partes, es decir, los sujetos de la relación procesal, los que están "en juicio", defendiendo un interés propio o de un

tercero a quien representan. Son las siguientes: actor, demandado, procesado, querrelante y parte civil en causa criminal, incidentistas o cualquier otra persona que se presente o sea llamada a la contienda judicial (por ejemplo, alguien citado de evicción).

Crítica Ramos la expresión "litigantes" por inadecuada ya que, aduce, excluye a los representantes del Ministerio Público que, siendo partes, no son sin embargo litigantes. Personalmente consideramos que la crítica es injusta habida cuenta del fundamento de la inmunidad. Los integrantes del Ministerio Fiscal y Pupilar, por la índole misma de sus funciones e investidura, no pueden identificarse con los intereses directos, porque su causa no es la propia causa, ni su defensa la de los propios derechos. No se justifica en su actuación los excesos en que puedan incurrir aquéllos. Por eso, deben ser castigados de acuerdo a los principios generales.

3) Apoderados y defensores, o sea, los abogados, procuradores y letrados, asesores técnicos, patrocinadores o representantes de las partes o litigantes. También aquí el insigne Ramos alza su voz en contra de la extensión del instituto. Nos parece más apropiada la opinión de Soler quien recuerda que, en la generalidad de los casos, serán precisamente esas personas —y no aquellas otras— las encargadas de actuar en los procesos, discutiendo y defendiendo.

De todos modos, y malgrado aquella opinión (que compartieran Coll y Gómez al redactar el Proyecto de 1937), que es de "lege ferenda", el texto legal no posibilita segundas interpretaciones y se ajusta, los destacamos, a todos los precedentes extranjeros y argentinos, así como a lo proyectado entre nosotros en 1941, 1951, 1953, 1960 y 1979.

En consecuencia, quedan excluidos como sujetos activos:

1) Los jueces y demás integrantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial o otros organismos jurisdiccionales;

2) Los testigos, peritos e intérpretes.

La exclusión, para nosotros, está plenamente justificada, porque en ninguna de estas hipótesis median las razones que dan fundamento al privilegio.

Aquéllos —que según Las Partidas debían ser marcos y de buena palabra— son ajenos a la controversia, que sólo dirigen, orleanan y deciden, con el auxilio de sus colaboradores; como dice Carnelutti, están sobre las partes, en lo alto.

Los otros, no están realmente dentro del proceso. Son, simplemente, terceros a él vinculados.

Llegados a esta altura del discurso, creemos conveniente detenernos en lo que atañe a los testigos, por la importancia que el tema reviste en la práctica judicial.

En nuestro ordenamiento legislativo el testigo —al igual que el perito— está jurídicamente sometido a la obligación de comparecer y a la de declarar, obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de acarrear no sólo medidas coactivas como las establecidas en las leyes procesales (vg. art. 291 del Código de Procedimientos en materia Penal; art. 431 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial; y disposiciones análogas en las regulaciones provinciales), sino también las sanciones penales previstas en los art. 243 y 275 del Código Penal.

Así tienen el deber de concurrir a la citación judicial y, además, el de responder cuanto se le preguntare y supiere. Si en el curso de su exposición o informe, al contestar los puntos que el juez propone, incurren en manifestaciones lesivas al honor de las partes, su conducta será imputable porque estará amparada por la causa de justificación del cumplimiento del deber (Código Penal, art. 34, inciso 4°; Crivellari, Cuervo Calón, Jimenez de Azúa, Moreno, etc.).

Pero si en forma espontánea, innecesaria, van con sus respuestas más allá del interrogatorio, apartándose de él, excediéndolo, o aluden a terceros ajenos al juicio, ya no les alcanzará esa causa justificante y, menos aún, la desincriminación del artículo que comentamos. Bilo así, porque no lo autoriza el texto legal (cuya enunciación, repetimos, es taxativa, no ejemplificativa), ni el fundamento que reconoce aquella, ni los antecedentes que la han inspirado.

Este punto de vista tiene el respaldo de una larga interpretación jurisprudencial tanto en el país (que la consagró en el sonado caso del Dr. Gonzalo Bosch), y recibe el apoyo unánime de los doctores (Molina, Ramos, Gómez).

La situación de los peritos es semejante.

En cuanto a los intérpretes, porque en realidad su voz es ajena, cuanto digan en el curso de la traducción será imputable, en todo caso, a la persona que traduce. Naturalmente que los agregados realizados por cuenta propia, extraños al cometido que les compete, estarán sujetos a las reglas generales recién mencionadas.

V) LOS SUJETOS PASIVOS

El código no consigna a quién o quiénes deben dirigirse las ofensas que venimos estudiando.

De ahí que sea necesario interpretarlo, sobre la base del fundamento que reconoce el privilegio judicial.

Si lo que importa de manera relevante es la libertad de defensa, nos parecen claras las conclusiones siguientes:

A. El art. 115 ampara las ofensas dirigidas a:

1) Los litigantes, apoderados y defensores, debiendo considerarse aquí lo manifestado en el capítulo anterior sobre el sentido que debía reconocerse a estas palabras;

2) Los terceros vinculados al juicio (testigos, peritos e intérpretes). En este punto nos vemos obligados a discrepar nuevamente con el Profesor Ramos, quien opina que estos últimos deben ser excluidos. Pensamos, con Soler y Fontán Balestra, que esa interpretación conspira contra la naturaleza del instituto, y no olvidamos lo que ocurre habitualmente en la práctica tribunalfica, pues es frecuente que esas personas sean objeto de impugnaciones, tachas y cuestionamientos para cuyos planteos, quien los formule, no debe estar constreñido por la amenaza de la acción penal.

B. Por el contrario no se protegen las ofensas que tengan por destinatarios a:

1) Los Jueces y demás auxiliares de la Justicia y de los organismos jurisdiccionales. Estos, eventualmente, podrán ejercer la acción que por desacato acuerda el art. 244 del Código Penal, si la ofensa es "in officium" o "propter officium" y dirigida a ellos;

2) Los terceros extraños al juicio.

Sobre estos asuntos no hay mayores discrepancias doctrinales, aunque Nuñez afirma que "desde el punto de vista de las posibles víctimas, el artículo 115 es aplicable, cualquiera sea su destinatario", posición extrema que consideramos errada

con la razón de ser que lo inspira. Aceptarla podría llevar a convalidar situaciones que seguramente repugnarían al intérprete, como serían aquellas en que, no pretexto del pleito, validación de él, se injuriam, calumniare o difamare a personas absolutamente ajenas y sin ninguna otra vinculación que la artificialmente creada por la maldiciencia del agente.

VI) LAS FORMAS

Lo relativo a las formas que debe revestir la ofensa también ha sido objeto de regulación expresa a través del pertinente enunciado que implica, desde luego, limitarlo a los casos taxativamente previstos.

Alude el texto, en efecto, a los "escritos", las "manifestaciones" y los "discursos".

Se trata de la fórmula consignada en la ley 17.567 e introducida al Código por la 21.338 en reemplazo de la original (escritos, discursos o informes, oriunda del Proyecto de 1891, que agregó este último vocablo a los antecedentes italianos).

Creemos que se ha ganado en claridad y precisión. Con la enmienda se salió al cruce de cierta interpretación que considerando el carácter de la enunciación, excluía las ofensas producidas en actuaciones (esta expresión la incluyó expresamente la ley 4189) judiciales que no eran escritos, discursos o informes, como sería el caso de las denuncias penales, audiencias de absolución de posiciones, declaraciones indagatorias, casos en que intervinieran procesados, etc. Esto, para nosotros, contradecía abiertamente la razón inspiradora del régimen. Advirtase, por ejemplo, que de acuerdo a esa opinión, serían posibles de sanción las manifestaciones realizadas en el curso de una indagatoria, acto unánimemente juzgado como defensa que se acuerda al acusado en sede penal.

Por eso la reforma, que insiste en la fórmula del Proyecto de 1960, es acertada. En las expresiones consignadas tienen cabida todas y cada una de las situaciones que puedan presentarse en la vida real y tiene, por consiguiente, la amplitud requerida para el adecuado funcionamiento del instituto. El propósito de no circunscribir en modo alguno las formas de la ofensa inspiró, seguramente, a Peco, puesto que en su Proyecto de 1941 optó por suprimir toda referencia al respecto.

Las ofensas, en consecuencia, deben estar "contenidas" (así lo exige el texto legal) en los escritos que se presentan, o en las manifestaciones o discursos producidos ante los tribunales.

VII) EL LUGAR

Las ofensas que la ley ampara deben ser proferidas ante los "tribunales", requisito acuñado sobre el molde del Código Sardo, del italiano de 1889 y de los antecedentes nacionales.

Por tribunales deben entenderse no solamente los así denominados en sentido estricto, es decir, los que integran el Poder Judicial de la Nación o de las provincias, sino también los organismos administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales en ámbito nacional o local, porque en definitiva conciben y dirimen controversias (ej.: juicios de faltas policiales o municipales; sumarios por infracciones aduaneras, impositivas, al régimen de cambios, etc.).

Y va de ayo que debe tratarse del tribunal llamado a entender y resolver la controversia.

Por lo expuesto, deben considerarse excluidos los casos en que el hecho se produzca ante la autoridad administrativa que no cumpla aquellas funciones. Esta omisión —salvada por el Código Italiano de 1931 y los Proyectos Argos¹⁰⁰ de 1941 y 1951— resulta criticable para nosotros, porque también en estas hipótesis, como lo muestra la experiencia cotidiana, se actúa ordinariamente en defensa de los propios derechos mediante gestiones que no deben sufrir el menoscabo susceptible de producir la amenaza de la acción penal. Pero, repetimos, la fórmula legal, clara e inequívoca en su referencia a los "tribunales", no permite la extensión del privilegio que, como tal y de acuerdo a fórmulas conocidas de hermenéutica jurídica, es de interpretación y aplicación restrictiva.

La inmunidad, señalamos para concluir, tampoco beneficia a las ofensas profanas durante la substanciación de sumarios privados. Es el criterio dominante, cuyo fundamento es el mismo que acabamos de anunciar.

VIII) LA RELACIÓN CON EL OBJETO DEL JUICIO

A través de la reforma introducida al art. 115 del Código Penal por la ley 21.378, consistente en el agregado de que las ofensas sean "concernientes al objeto del juicio", se ha puesto fin a una de las cuestiones más arduas y debatidas que presentara el viejo texto, cuya enmienda, en este particular, se había propuesto ya en los Proyectos de 1941, 1951, 1953 y 1960 y concretado en la derogada ley 17.567.

Esa referencia, en efecto, no existía en el Código Penal de 1921 que la omitió (como la omitió el Proyecto de 1891, y, más tarde, el de 1937), no obstante los más antiguos precedentes extranjeros que expresamente la contenían, con diferencias de redacción que no alteraban su esencia (Ley francesa de 1819: "inherentes a la controversia"; Código Sardo: "relativas a la controversia"; Código Italiano de 1809: "concernientes a la controversia").

Las fuentes, pues, así como las decisiones judiciales y la opinión de los tratadistas (Crivellari, Zavadelli, Floriani), eran claras en este aspecto. No dejaban lugar a dudas acerca de que el instituto no consagraba la impunidad para toda clase de licencias, sino algo bien distinto: la protección al derecho de defensa en juicio. Por eso, el agravio ajeno a su causa debía ser perseguido.

Pese a ello, repetimos, ante la ausencia en la ley de mención expresa al respecto, una parte de la doctrina (Gómez, Ramos y Nuñez), contrariamente al criterio de Peco y Salar, entendió que el dispositivo del art. 115 cubría todos los casos, aunque el hecho (es decir, la ofensa) en sí mismo nada tuviera que ver con el objeto del pleito. La ley, decían, no impone limitación alguna.

Esta interpretación poco se compadecía, según nuestro parecer, con la razón de ser de la inmunidad judicial y podía llevar en su seno, en definitiva, un desmesurado sometimiento a aquel odioso privilegio de la toga de que hablara Camara.

Hoy la reforma ha resuelto el punto, estableciendo un límite objetivo a la ofensa en juicio que deviene impute.

El requisito consiste, simplemente, en éste: entre el agravio que se levanta y el derecho que se defiende debe existir nexo causal. Uno y otro, por consiguiente, deben estar vinculados merced a la materia propia de la controversia, aunque resultan comprendidas en ésta las cuestiones incidentales y los procedimientos especiales anteriores o posteriores a la contienda en sí misma. En ellos, también se ejerce la defensa de los propios derechos.

IX) LA PUBLICIDAD DE LA OFENSA

Con lo dicho en los capítulos precedentes no se agotan las exigencias que establece la ley para que las ofensas que venimos estudiando puedan hallar cabida en su texto.

Se requiere, todavía, que "no sean dadas a publicidad". El agregado lo impuso la Segunda Comisión de Código del Senado, sobre la base de los precedentes nacionales (Proyecto de 1891; ley 4189). Y lo contienen, también, los Proyectos de 1937, 1941, 1951 y 1953, en tanto que fue suprimido en los de 1960 y 1979.

El asunto no ofrece mayores dificultades y tiene un sólido fundamento: el código no puede proteger, otorgando un salvoconducto como decía Peco, a quien, fuera del litigio judicial, durante su curso o después de él, reproduce o publica el agravio. El sólo hecho de comunicarlo a terceros, extraños al proceso, basta por sí mismo para poner en evidencia que el agente no actúa ejerciendo el derecho de discusión y defensa, sino guiado por el propósito, muy distinto por cierto, de atentar contra el honor ajeno. Por eso, deben reglar el caso las disposiciones comunes.

Desde luego —y a despecho de la opinión en contrario de Ramos— en todo caso será necesario para que el hecho sea punible que la publicidad la realice el propio autor, porque si la lleva a cabo otra persona, será ésta, no aquél, quien deba responder por ella. Este criterio se adecua no sólo a lo que enseñan las fuentes (lo consagra expresamente el Proyecto de 1891 y la ley 4189), sino también a principios generales de derecho.

Una última cuestión, sin duda interesante, plantea Crivellari al estudiar el Código Italiano de 1889, que no contenía disposición alguna en el sentido que nos viene ocupando. Coincidía, sí, acerca de que la publicidad, en cuanto prueba de intenciones distintas a las de la simple defensa, podría acarrear responsabilidad, mas afirmaba también que ello ocurriría siempre que —a raíz de haber tomado el pleito estado público—, no fuera necesario a la defensa divulgar sus conclusiones. Nos parece, sin embargo, que en estos supuestos la solución antes que por el artículo 115 del Código Penal (el requisito se nos presenta en él como insoslayable), estaría dada por las reglas sobre legítima defensa previstas en el art. 34, inciso 6° de la misma ley. La "necesidad" a que alude el autor italiano es, para nosotros, circunstancia que concurre en apoyo de la tesis que propugnamos.

X) EL ELEMENTO SUBJETIVO

Al respecto, ni el código contiene previsiones especiales ni se han suscitado problemas.

De esta manera, las ofensas en juicio deberán satisfacer, simplemente, las exigencias de los delitos que pueden constituirlos, todos ellos dolosos.

En el caso de las injurias, bastará pues la conciencia y voluntad de realizar el acto, conociendo su aptitud para deshonrar o desacreditar a otro. Y en el de las calumnias, será necesario, además, que el autor sepa que la imputación que realiza es objetivamente falsa.

En cuanto al error (que por cierto no es fácil concebir en esta materia), son de aplicación los principios generales.

XI) LAS CORRECCIONES DISCIPLINARIAS

Dados los elementos que dejamos examinados, el hecho será imputado por comisión de pena (Fontán Balestra, Nuñez, Antolínez), y no por inexistencia de delito (Solís, Maggiore, Manzini), ya que ordinariamente, la ofensa, objetiva y subjetivamente, se ajustará a las respectivas descripciones legales.

Recordando lo antes expuesto, será suficiente la utilidad para la causa, sobre la base del nexo entre su objeto y el agravio inferido. Y no será menester la existencia de un estado de necesidad que, de presentarse, excluiría el castigo por otras razones: el hecho no sería antijurídico, porque estaría justificado. En otros términos, que cuando el excoeso sea indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, su autor no será pasible de sanción alguna. Y sólo en caso contrario podrá aplicarse lo dispuesto en el art. 115 del Código Penal, con la imposición de sanciones disciplinarias.

Estas correcciones, reconocidas ya en general por las leyes romanas y la vieja legislación española, tienen el respaldo de la más autorizada doctrina (Adolfo Ferry recuerda a Blackstone y Story). Entre nosotros, las encontramos en la ley 48; están reguladas en los códigos procesales nacionales y provinciales y han sido convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que declaró su constitucionalidad. Respecto de las ofensas en juicio, las previeron especialmente el Código Sardo, el Italiano de 1889, y todos los proyectos y leyes nacionales, anteriores y posteriores al código de 1921.

Difieren de las sanciones estrictamente penales por el juez competente para dictarlas (que es el del proceso); por la finalidad que persiguen (guardar el decoro y el buen orden de los juicios); y por su propia naturaleza.

En el ámbito nacional, las regla el art. 18 del Decreto ley 1285/58 (sobre Organización de la Justicia Nacional), y son las siguientes: prevención, apercibimiento, multa y arresto hasta cinco días. Son impugnables; cuando las imponen los jueces, mediante apelación; y las aplicadas por las cámaras de apelación, por recurso de reposición ante el mismo tribunal.

Debe tenerse en consideración, para finalizar, que con esas medidas no se agota el catálogo de remedios para los hechos que puedan alterar el orden de las sesiones de los tribunales de justicia, puesto que el art. 241, inciso 1º del Código Penal, reprime especialmente esos casos. Ambas sanciones, disciplinarias y penales, conforme lo reconocieran diversos pronunciamientos judiciales, orientados por la jurisprudencia francesa e italiana, no son incompatibles entre sí lo cual, por otra parte, establece expresamente el Código de Procedimientos en materia Penal para la Capital Federal (art. 7).

NOTA SOBRE BIBLIOGRAFIA

Las citas corresponden a las obras siguientes:

- OCTAVIO GONZÁLEZ BOURA: Derecho Penal, T. I.
RODOLFO MOREÑO: El Código Penal y sus Antecedentes, T. 4.
JOSÉ PRGO: Delitos contra el Honor.
JUAN P. RAMÓN: Delitos contra el Honor.
SEBASTIAN SOLER: Derecho Penal Argentino, T. III.
EUSEBIO GÓMEZ: Tratado, T. I.
RICARDO NUÑEZ: Derecho Penal Argentino, T. 4.
CARLOS FONTAN BALISTRA: Tratado de Derecho Penal, T. IV.
ZINARDELLI: Relaciones Ministeriales.
CRIVELLARI: Codice Penale, T. VII.
CARRARA: Programa, 1941.
ALIMERA: Enc. Penale, IX.
FLORIAN: Inguria e diffamazione.
MANZINI: Diritto Penale, T. 7.
MAGGIORE: Derecho Penal, T. IV.
ANTONISFIS: Manuale de Diritto Penale.
JIMÉNEZ DE ASUA: Tratado, T. III; Defensas Penales, T III.
CUELLO CALÓN: Derecho Penal, T. II.
PARRY: Correcciones disciplinares: La Ley, T. I.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MÉDICOS

*Por Jorge A. Valero Ardoz**

1) INTRODUCCIÓN

El título nos ubica en el tema: el tratamiento de aquellas situaciones que colocan al médico en la posibilidad de ser sometido a alguno de los castigos previstos en el Código Penal y leyes complementarias.

Este, en el ejercicio de su actividad, puede actuar queriendo o buscando un resultado desvalioso según la legislación penal o simplemente teniendo conciencia de la criminalidad de su acto (dolo) o, por el contrario, causándolo por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo (culpa). Según esas situaciones incurrirá en un delito doloso o en uno culposo.

Las figuras penales en que el galeno es sujeto activo de delito doloso están taxativamente descriptas en el Código Penal. Su tratamiento no estará incluido en el presente trabajo; nos ocuparemos sólo de la responsabilidad penal que surge del ejercicio de la profesión cuando se cause la muerte o lesiones a otra persona.

El art. 84 del Código Penal señala: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte", mientras que el art. 94, ídem, dice: "Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de veinte mil pesos a quinientos mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al 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."

Pero quede bien en claro desde un comienzo que si bien hablamos de error del médico en el ejercicio de su actividad, lo hacemos pensando que debe tratarse de un error craso y no de simples equivocaciones que obedecen a la adopción del tratamiento a seguir que según se entender era el que mejor aconsejaban las circunstancias. Resulta útil no perder de vista lo que dice López Bolado⁽¹⁾ al considerar el tema: "La solución está dada en... una consideración y análisis equitativo de todos los antecedentes y

(1) López Bolado, Jorge Daniel. "Los médicos y el Código Penal", ed. Universidad, Bs. As. 1981, pág. 22.

circunstancias de cada caso, en una apreciación serena y meditada de las condiciones en que se ha encontrado el facultativo, para exigir de él, única y exclusivamente, la prudencia, la dedicación y los conocimientos que normalmente se le pueden requerir" y más adelante agrega "... ha de tenerse presente que el médico debe obrar con independencia científica, propia de su profesión liberal, lo que implica el goce de las más grande libertad en el ejercicio de sus funciones. ...".

II) EL DELITO CULPOSO

Todo delito implica una acción típica, antijurídica y culpable. El último elemento, la culpabilidad, que hace referencia al aspecto individual de la responsabilidad, es el que permite distinguir los dos clases de delitos que existen atendiendo al requisito subjetivo: los delitos dolosos y los delitos culposos que ya fueron insinuados en la *Introducción*.

El Código Penal para la República Argentina no brinda una definición de culpa como forma de culpabilidad⁽¹³⁾. Tampoco contiene una norma general de la que se pueda deducir su concepto, como sucede con el dolo respecto del artículo 34, inc. 1º⁽¹⁴⁾. Cada vez que quiere reprimir la forma culposa de algún delito lo describe en su parte especial – Libro Segundo que trata de los delitos y de las penas en particular – haciendo referencia, generalmente, a los modos comisivos "imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo". Decimos que esa fórmula es usada generalmente porque en algunos casos sólo refiere a imprudencia o negligencia (arts. 189; 193; 222, 2º párrafo; 225 bis, 2º párrafo; 254, 3º párrafo y 255, 2º párrafo), y en otros nada más que a negligencia (art. 281, 3º párrafo).

Pero tales distingos pierden importancia de inmediato a que se advierta que la impericia y la inobservancia de los deberes o reglamentos no son otra cosa que ejemplificaciones de la imprudencia o negligencia, como así también que una misma actitud torpe puede ser imprudente o negligente según la postura de observación que se adopte.

La Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que "cuando el hecho consiste en el olvido de una pinza en los intestinos del paciente, tal omisión constituye, sin hesitación alguna, por simple razonamiento natural y lógica común, que en el caso no difiere de la jurídica, manifiesta impericia y negligencia"⁽¹⁵⁾. En otro caso el mismo tribunal sostuvo que el proceado en un mismo hecho actuó con imprudencia, negligencia, y hasta impericia⁽¹⁶⁾.

(13) Dan definiciones de culpa, entre otros, el Código Penal argentino (art. 34), el italiano de 1930 (art. 40), el suizo (art. 16), el colombiano (art. 31), más adelante, el brasileño de 1940 (art. 15), el anteproyecto de Código Penal Argentino preparado por Sebastián Soler (art. 281) anteproyecto de Código Penal Argentino de 1959 (art. 34).

(14) Conforme Soler, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", T. I.-A., Bs. As. 1970, t. II, pág. 95. Ferrás Balza, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Abeledo Perrot, Bs. As. 1970, t. II, pág. 247; Muñoz, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino" T. III, pág. 47.

(15) CCC, Sala III, in re "García, J. (interlocutor)" el 08/08/70, el 21/11/70 (Sala Interlocutoria) S. 364, 1164.

(16) CCC, Sala de Pena, causa 104 "Tronzo, César R., in re de exco.", in el 27/11/70.

En definitiva, el código adopta decididamente la culpabilidad culposa en los delitos previstos y reprimidos en los arts. 84; 94; 136, 2º y 3º párrafos; 177, 189; 192; 203; 232, 2º párrafo; 225 bis, 2º párrafo; 254, 3º párrafo; 255, 2º párrafo; 262 y 281, 3º párrafo.

Los ya citados Anteproyecto Soler y Anteproyecto del año 1979, ambos en su artículo 30, sostienen que responde por culpa: "... el que ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumban, no previó que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo".

III) FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA

La definición proyectada que antecede se adapta a una concepción moderna de la culpa. Se basa en la teoría de la previsibilidad castigando al que por imprudencia o negligencia no previó lo previsible, pareciendo ello indicar que la falta de previsibilidad hace a la ausencia de la imprudencia y de la negligencia¹⁶⁹.

En fallos de la ya citada cámara de apelaciones de la Capital Federal se ha hecho referencia a esta teoría al señalar, por ejemplo, que la "lluvia no es un fenómeno imprevisible"¹⁷⁰; "problemas fácilmente previsible"¹⁷¹; "debió prever el desaprensivo conductor..."¹⁷².

Zaffaroni, por su parte, sostiene que la causalidad del resultado y la previsibilidad pueden darse en innumerables conductas pero agrega, "... esto es absolutamente insuficiente para caracterizar la culpa. Recién se introduce en la doctrina un entendimiento acertado del fenómeno de la culpa, cuando se focaliza la atención científica sobre la violación del deber de cuidado, que es el punto de partida para la construcción dogmática del concepto"¹⁷³.

Son numerosas las resoluciones de la Excm. Cámara citada que exige para la configuración de algún delito culposo, la expresa violación al deber objetivo de cuidado. Así in re: "Garay, Antonio", Sala Ia., resuelta el 2/5/75; "De Brito de San Vicente, D.", Sala II, rta. el 23/5/75; "Barbeta, Rafael", Sala Ia., rta. el 11/3/77; "P. de C.F. nº 22.221" Sala Ia., rta. el 8/6/79; "Meza, Ricardo y otro", Sala V, rta. el 30/10/78, etc.

169 Eugenio Altamira, en "La culpa", Editorial Temis Bogotá año 1956, pág. 64, afirma que la previsibilidad es un elemento intrínseco de la imprudencia y de la negligencia.

170 CCC Sala Ia., causa 10.966 "Navarro R.H., correccional", rta. el 16/3/76.

171 CCC Sala Ia., causa 5733 "Aparicio H.", rta. el 27/8/74.

172 CCC Sala 4a. "De Vies, Juan H.", rta. el 30/3/75.

173 Eugenio Raúl Zaffaroni en "Manual de Derecho Penal, parte general", P.B. Edic. Bs. As., 1979, pág. 371.

IV) LA NEGLIGENCIA:

Consiste en no actuar con la diligencia que las circunstancias imponen.

Está más cerca de una conducta ambigua que de un actuar positivo, sin dejar de tener en cuenta que en cualquier acción puede presentarse la falta de la diligencia debida. Altavilla⁽¹¹¹⁾ la define como una omisión, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso. Fontán Balestra⁽¹¹²⁾ refiere a ella como a la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza.

Al efecto de identificar gráficamente a la negligencia se la suele señalar con un signo negativo (-), queriéndose indicar que se está en presencia de un defecto en el actuar.

Ya en la nota⁽⁹¹⁾ se citó el fallo judicial que calificó de negligente la conducta del cirujano que olvidó una pinza en los intestinos del paciente. También se ha considerado de la misma manera el hecho de manejar un instrumento a sabiendas del desperfecto de que adolecía⁽¹¹³⁾ y la intervención quirúrgica sin haber desinfectado los instrumentos utilizados a consecuencia de lo cual se provocó una infección.

V) LA IMPRUDENCIA

Refiere al acto torpe, craso, descuidado que apearja un perjuicio.

Así como identificamos a la negligencia con el signo (-) por cuanto implicaba un defecto en el obrar, a la imprudencia lo hacemos con el signo positivo (+) aludiendo a un exceso en la conducta.

Es conveniente aclarar, como ya lo hicimos en el apartado II), que no obstante las diferencias que marcamos entre la negligencia y la imprudencia, ambas pueden representar las dos caras de una misma moneda. Y así, por ejemplo, el médico que no desinfecta su instrumental antes de utilizarlo sobre la herida del paciente, actúa negligentemente, pero también es imprudente por utilizarlo en ese estado, lo que implica un acto torpe.

Se ha considerado actividad imprudente la de la partera que administró un anestésico halogenado a su paciente embarazada, lo que le causó la muerte.⁽¹¹⁴⁾

(111) Enrique Altavilla, op. cit., pág. 7.

(112) Carlos Fontán Balestra, op. cit. T. II, pág. 284.

(113) CCC, Sala de lo Penal, causa 104 "Trombón, César Rodolfo", loc. cit. cit. el 27/1/74.

(114) CCC, "Jurisprudencia Penal de S. A.", T. 17, p. 1022, citado por J. D. López Belado en op. cit. pág. 86.

VI) IMPERICIA EN SU ARTE O PROFESION

Según Altavilla⁽¹¹³⁾ consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada (profesión o arte).

Es la falta de la habilidad con que debe contarse para el desempeño de la actividad, habitual o no, que requiere un conocimiento básico o una capacitación técnica determinados.

No hace falta que se cuente con estudios especiales o título habilitante (Fontán Balestra).

No se trata del error profesional o del accidente médico que por ser eventualidades constituyen situaciones distintas en su origen, vale decir, no nacen ni se originan en la propia conducta del médico que en el caso está operando sino, generalmente, en el paciente y en circunstancias extrañas a la diligencia y pericia típicas de la operación que se practica⁽¹¹⁴⁾. Ni tampoco de los errores honestos o equivocaciones en que incurra sobre cierta índole de la enfermedad o el mejor tratamiento a seguir⁽¹¹⁵⁾.

VII) INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS O DE LOS DEBERES A SU CARGO

Se refiere al incumplimiento de las disposiciones que regulan o dan instrucciones acerca del ejercicio de una determinada actividad. Pareciera tratarse de un caso específico de negligencia en el cual la diligencia que las circunstancias exige está debidamente reglamentada.

Se puede afirmar que existe una presunción de culpabilidad ya que frente a esa inobservancia no resulta necesario acreditar otra negligencia o alguna imprudencia o impericia. Ello no permite sostener lo contrario, es decir que no obstante el cumplimiento del reglamento no se dará conducta imprudente, negligente o imperita⁽¹¹⁶⁾.

La conducta antireglamentaria sólo es excusable cuando es un factor ajeno o indiferente al resultado causado y éste fuere motivado exclusivamente por culpa de la víctima⁽¹¹⁷⁾.

(113) Enrico Altavilla, *op. cit.*, pág. 10.

(114) CCC, Sala Ia. c. 10040 "Santoro J. interdicto," ita. 21/1/76.

(115) "J.A.", T. II, pág. 102, citada por J.L. López Bolado en *op. cit.* pág. 20.

(116) Conf. Carlos Fontán Balestra, *Op. cit.*, T. II, pág. 287; Néstor Ricardo, C., *Op. cit.*, T. II, pág. 88.

(117) Cámara Penal de Rosario, Sala Ia. "Loroffel, Carlos W.," ita. 23/10/76, publ. en J.A. del 12/1/76.

Hubo este tipo de incóservancia en la actividad del médico que obvió la realización de la prueba de la compatibilidad sanguínea del paciente que sería sometido a una transfusión, confiándose en lo que surgía de la ficha personal que éste tenía en el hospital⁽¹²⁰⁾. También en la actividad de la enfermera que se alejó del recién nacido que se encontraba en el interior de una incubadora, ocurriendo la muerte del niño como consecuencia de las quemaduras recibidas por el contacto directo con la fuente de calor⁽¹²¹⁾.

Señálase que el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas en la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, queda sujeta a las normas de la ley 17.132.

VIII) LA RELACION DE CAUSALIDAD

Al igual que los delitos dolosos, los culposos están estructurados en tres elementos básicos: 1) la acción humana; 2) el resultado lesivo a algún bien jurídico tutelado; y, 3) relación de causalidad entre los dos anteriores, de modo tal que el resultado sea consecuencia directa de la acción.

En los hechos culposos este tercer elemento adquiere una especial importancia justamente porque la falta de conciencia en el autor acerca de la criminalidad de su propia acción (dolo) hace que pierda de vista la posibilidad del resultado dañoso. El actúa con imprudencia o negligencia sin querer ni aceptar el resultado por lo que la existencia del nexo causal no resulta tan evidente.

Al mismo lo descubrimos a medida que recreamos el hecho en cuestión. Y como sostiene Altavilla⁽¹²²⁾, si al eliminar un antecedente viene a desaparecer un subsecuente que se producía de manera constante, tendremos la prueba de que el uno es causa del otro. Para este autor la teoría de la causalidad adecuada es la que mejor responde a la teoría de la previsibilidad ya que hace posible un pronóstico objetivo⁽¹²³⁾. Se fundamenta en la *causa típica* que es la que normalmente produce un fenómeno determinado. Si bien se habla de pronóstico objetivo, éste "... debe realizarse necesariamente después de realizado el hecho, pero nos remite a un juicio de capacidad causal anterior a ese hecho" (op. cit.). Ello se logra, siempre según Altavilla, con tres elementos: el primero empírico que se basa en la experiencia que nos dice que a un antecedente le sigue en forma constante un hecho determinado, el segundo el *circoférico* revelado por las leyes naturales que dan un carácter de necesidad fenoménica y el 3º el *experimental* que nos hace conocer la relación constante entre un hecho determinado y otro hecho.

(120) Casos "Girao Martínez, J. A." del Juzgado de Instrucción 28, Sec. 123, Capital Federal, causa 38.814. Prisión preventiva.

(121) CCC, Sala III, causa "Peralta, A.S. de" cta. en abril de 1980, citada por J.D. López Bolado en op. cit. pág. 88.

(122) Enrico Altavilla, op. cit. pág. 135.

(123) Enrico Altavilla, op. cit. pág. 142.

Esta teoría de la causalidad adecuada adquiere especial relevancia atento la existencia de delitos culposos de peligro en los cuales la existencia de un resultado de daño material no es requisito de los mismos. Ello sucede en los delitos contra la salud pública de los artículos 200 y siguientes del Código Penal cuando fueren cometidos con imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, tal como lo prevé el art. 203 *idem* (124).

La relación de causalidad debe presentarse claramente a efectos de imputar responsabilidad, sin que baste la simple coexistencia de una conducta torpe y un resultado desvalioso. Así el cancer de autorización para realizar determinada actividad, se ha dicho, no revela que el resultado haya ocurrido por su culpa puesto que debe existir una relación de causalidad entre ese resultado y aquella circunstancia (125).

Acreditada esta relación entre el acto culposo y el resultado, es evidente que la responsabilidad del prevenido se extiende a todas sus consecuencias, sin que pueda disminuirse o competarse por la actuación de otras personas que no interrumpen la cadena causal (126).

No habrá relación de causalidad entre el resultado y la acción cuando se trate de factores no previsibles concurrentes (127), o cuando se esté en presencia de un verdadero caso fortuito que descarta toda posibilidad en la producción del hecho (128).

La culpa concurrente de la víctima o de un tercero no excluye la responsabilidad del autor que causó el resultado ya que ésta es personal (129). En el caso del cirujano que dejó olvidada una pinza en el interior de su paciente y que posteriormente toma cuenta de lo ocurrido, no dejará de ser responsable por la muerte acaecida por este motivo por haber advertido a la víctima que debía someterse a otra operación para extraer el objeto y ésta por negligencia no volvió al consultorio.

(124) En un trabajo efectuado con Emilio J. García Méndez, publicado en revista jurídica "La Ley" del 21/9/89, postulamos la creación de delitos riesgosos de tránsito, de peligro, independientemente de la producción de un resultado, siguiendo al Código Penal de España, art. 346 bis.

(125) CCC, Sala III, causa 13.438 "Pagliaro, R.", rta. el 16/10/73.

(126) CCC, Sala de Cámaras, c. 6360 "Pellach, L." rta. el 19/11/76.

(127) En el caso de un parto dudoso ocurrido durante el curso de una intervención quirúrgica, por circunstancias imprevisibles.

(128) Corte Suprema de Tucumán, c. "Baldago, Ariapo Máximo", rta. el 9/6/76, publicado en I.A. del 3/11/76 sección jurisprudencia ordenada como fallo n.º 238830.

(129) CCC, Sala III, "Conforti, Alberto", rta. el 17/10/69; CCC, Sala Sa. causa "Mallat, Juan R.", rta. el 16/7/76; Suprema Corte de Buenos Aires, "Coria Elia s. Ravazzano Carlos - Az. 21.299" rta. 14/8/76.

IX) UNA CONDUCTA DEL PROFESIONAL DEL ARTE DE CURAR NO PENADA Y QUE DEBIERA PREVER UNA FUTURA LEGISLACIÓN SOBRE EL DELITO DE ABORTO.

El Código Penal debe prever el aborto culposo causado por los referidos profesionales. Un mal tratamiento del embarazo o una mala intervención quirúrgica sobre la mujer que se sabe encinta puede ocasionar, por imprudencia, negligencia o impericia, la muerte del producto de la concepción. El interés de cubrir todos los aspectos de la responsabilidad médica aconseja la inclusión de un tipo como el propuesto. Tal observación fue hecha en un trabajo que presentamos junto con los Dres. Jorge Daniel López Bolado y Emilio J. García Méndez en las Bas. Jornadas Nacionales de Derecho Penal, llevadas a cabo en la ciudad de Río Gallegos, Pcia. de Santa Cruz, en noviembre de 1980⁽³⁰⁾.

X) FIGURAS DEL CODIGO PENAL EN LAS QUE EL PROFESIONAL DEL ARTE DE CURAR SEA SUETO ACTIVO DE DELITOS DOLOSOS

Aborto: 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 (art. 86).

Suiposición de Estado Civil: Se impondrá prisión de uno a cuatro años:

1º) A la mujer que fingiere parto o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito (art. 139, inc. 1º).

Charlatanismo Médico: Será reprimido con prisión de tres meses a dos años:

2º) El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles (art. 208, inc. 2º).

Prestación de Nombre: Será reprimido con prisión de tres meses a dos años:

3º) El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que anuncie, prescriba, administre o aplique habitualmente medicamentos, agua, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito (art. 208, inc. 3º).

Falso Certificado Médico: Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio. La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital (art. 299).

(30) El trabajo se denominó "Aborto: una opinión y cinco sugerencias" y fue publicado por las autoridades organizadoras de esas jornadas.

UN ASPECTO DE LOS DELITOS DE VIOLACION DE SECRETOS Y DE ENCUBRIMIENTO, RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD DE LOS MEDICOS

*Por Jorge Daniel López Bolado **

Un tema interesante es el que presenta la colisión de deberes del médico entre la obligación de denunciar delitos, de cuya existencia tome conocimiento en razón de su profesión, y el deber de guardar el secreto profesional.

Sobre el asunto, al menos en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, rige un fallo plenario. —rector en materia de aborto— que, por su condición de tal, es obligatorio, en cuanto a la interpretación que hace de la ley, para los tribunales penales con asiento en esta ciudad. En resumen, dicho fallo establece que "no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo cause, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión u empleo —oficial o no—, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus cómplices, instigadores o cómplices" (C.C.C., en pleno, "Frias, Natividad". Rcs. 26/8/1966; J.A., 1966-V-69, 12.726; L.L., 123-842, 56.394; E.D., 16-3, 8202; B.O., 1-9; J.P. B. A., año VII, N° 24, fallo 3827).

Pero, volviendo a aquella colisión de deberes a la que hicimos referencia en el párrafo inicial, para esclarecerla es conveniente recordar las normas jurídicas que rigen la materia, de modo tal de poder arribar a una solución en la contradicción existente entre las reglas que rigen ambos institutos.

Al respecto, la norma básica está establecida en el Art. 165 del Código de Procedimientos en materia criminal para la Capital Federal y Territorio Nacional, que impone al profesional la obligación de denunciar, ante la autoridad judicial o policial, los convenenamientos y otros graves atentados personales, en los cuales haya prestado los socorros de su arte. Esto, so pena de la sanción prevista en el Art. 277 del Código Penal, que castiga con prisión de seis meses a tres años al que omitiere denunciar un delito estando obligado a hacerlo. Esto es encubrimiento.

Sin embargo, estas disposiciones aparentemente absolutas en realidad admiten excepciones, puesto que están circunscriptas por otras normas jurídicas. Por lo pronto, la del Art. 167 C.P.C., que exceptúa de la obligación de denunciar al médico que hubiera tenido conocimiento del delito por revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional. Y precisamente, la violación de ese secreto está sancionada en el Art. 156 C.P., que reprime con prisión de seis meses a dos años, multa e inhabilitación, al que, teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño y lo revelara sin justa causa.

Esto plantea alguna contradicción o, al menos, la necesidad de encuadrar estas normas jurídicas en sus respectivos límites, para que el profesional del arte de curar no

incurre en una conducta criminal, sea por omisión, al no denunciar lo que debió (encubrimiento), o por exceso, cuando denuncie lo que no debió (violación de secretos).

¿Cuál de esos bienes en conflicto debe privar? ¿Cuál debe sacrificarse?

La respuesta la da la propia ley. De ésta se deduce que la obligatoriedad de la denuncia, para el médico, queda excluida en el caso de que el conocimiento del delito se hubiera obtenido por revelaciones hechas bajo el amparo del secreto profesional. Porque éste es un deber primigenio para el médico, a la vez que una garantía para el paciente.

Para el facultativo, su asistido, que le confiesa un delito relacionado con su afección, es antes que nada un paciente que está obligado a atender. Obligarlo, en tales condiciones, a denunciar a su cliente recarga su conciencia, constituye una flagrante violación del secreto y puede redundar en perjuicio y riesgo del enfermo que, ante el fundado temor de que la consulta médica sirva de antemala a la prisión y al deshonor, podría preferir la ocultación de su estado y aun correr el riesgo por su vida.

Asimismo, debe tenerse presente la garantía constitucional del Art. 18, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. La confesión de un paciente a su médico, acerca de la autoría de un delito, no es prestada con libre voluntad sino para obtener la asistencia del profesional.

Pensamos, entonces, que el deber de guardar el secreto tiene por fin la tutela de un bien superior: la libertad individual inviolable de quien lo ha confiado en una forma íntima, y ésto debe privar sobre la obligación genérica de denunciar el posible delito.

Pero, podría ser que igualmente el médico hiciera la denuncia del acto ilícito que conoció por revelaciones amparadas en el secreto profesional (causa propia del asistido. P. ej., un aborto). En este caso, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno: es inmanablemente nula desde su comienzo. Y por el contrario, su exteriorización implica una violación delictiva del secreto debido.

En cambio, no ocurre lo mismo cuando el atendido lo ha producido un extraño, desde que esa acción es independiente de la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En este caso el facultativo debe noticiar a la autoridad el hecho criminal ejecutado por terceros, porque aquí la revelación no le causará perjuicio al paciente, sea víctima o testigo, que es lo que la ley quiere impedir (P. ej. si se le suministró veneno).

Lo dicho hace innecesario diferenciar si el secreto fue exigido o no por el paciente, pues, de todas maneras, la noticia que tuvo el médico, que le fue dada por aquel a quien atendió —el que además habría cometido un delito—, la recibió en razón y ejercicio de su profesión y, como tal, se encuentra bajo la tutela de la prohibición de revelar. En otras palabras, la ley no exige que la reserva sea solicitada en forma expresa. Tácita o implícitamente se supone que debe guardarse el secreto: es algo sobrentendido.

Otra cuestión importante que se plantea es la que se refiere a la distinción entre médicos que ejercen su profesión en forma privada y los que lo hacen en el carácter de funcionarios públicos. En este caso, el Art. 164 C.P.C. obligaría al médico, que además es funcionario, a formular la denuncia criminal sin excepción alguna. Dicho artículo establece que toda autoridad o todo empleado público que, en el ejercicio de sus funciones, adquiera el conocimiento de un delito que de nacimiento a la acción pública, está obligado a denunciarlo ante el funcionario competente, y en caso de no hacerlo, incurrió en las responsabilidades establecidas en el Art. 277 C.P.

Sin embargo, ésto no es así tampoco, porque en esa dualidad funcional (médico y funcionario) debe tener preeminencia el deber de guardar el secreto. Una solución contraria llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado

por el secreto profesional, según actuara en su consultorio particular o en la sala, gabinete o dispensario público.

Esto nos enfrentaría, también, al imitativo distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita acudir a un hospital oficial. Para uno no podría admitirse la denuncia, para otro tal denuncia sería obligatoria. El simple planteo de esta discriminación demuestra la falacia contenida en ella. Sostener lo contrario implica ignorar el Art. 16 C.N., convertirlo en letra muerta y hacer de la igualdad ante la ley un precepto caduco.

Distinta puede ser la situación de quien oficia de médico forense. En este caso, la relación no es de médico a enfermo, sino de perito oficial a examinado. El forense, que recibe del procesado a quien examina referencias sobre el hecho y las trasmite al juez, no viola el secreto, pues, como profesional en relación de dependencia (auxiliar del juez), su acto no puede importar una indebida revelación, más cuando la comunicación se hace al superior que le encomendó el examen pericial y que, como perito realiza una función que limita expresamente la vigencia de aquel secreto. Tampoco el forense se excede de su cometido al recibir y transmitir al juez las referencias que, sobre el hecho delictivo, le formule el imputado a quien examina sobre su estado psíquico (C.P., 34, 1°); pues, en esta ocasión, resulta lógica la procedencia de su indagación y aceptable que dicho médico proporcione al magistrado la versión sobre la cual practicó su estudio, para fundar sus conclusiones periciales.

Asimismo, debe recordarse que los expertos en el arte de curar no pueden ser admitidos como testigos (no ya como denunciantes), de acuerdo con el Art. 375, Inc. 5 para deponer sobre hechos que, por razón de su profesión, les hayan sido revelados. Si no pueden ser simples testigos, menos pueden ser denunciantes.

Ahora bien, volviendo al tema de la denuncia prohibida, la infidencia del secreto sólo y únicamente constituye delito cuando existe la posibilidad de causar un daño con la revelación (C.P., 156). Pues bien, la iniciación de un proceso contra el paciente es suficiente perjuicio.

En cambio, no hay delito de violación de secretos cuando está excluida esa posibilidad de causar un daño por la divulgación. Es decir, que la simple revelación, sin perjuicio, no constituye acto ilícito alguno. Tal sería el caso de la difusión de algo que ha tomado ya estado público o si mediara el consentimiento del interesado.

Por otra parte, el abandono del secreto profesional tampoco es delito cuando media una justa causa de revelación, como el mismo Art. 156 C.P. lo admite.

¿Qué debe entenderse por causa justa?

Pues, una causa exclusivamente legal. En otras palabras, solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, y convertir, además --y al revés--, en obligación el quebranto de dicho secreto.

No se trata de invocar un presunto caso de simple interés público. Ese interés no puede justificar el inhumano dilema entre la muerte y la cárcel para el paciente. Asimismo, siempre existiría algún interés, lo que implicaría que la norma protectora sería totalmente ineficaz.

Tampoco la revelación del secreto debe dejarse al arbitrio del médico ni de un tercero (aun cuando éste sea un juez), ni fundarse en causas morales o culturales, siempre imprecisas y subjetivas. Lo que dicte una conciencia individual no puede ser suficiente criterio que decida sobre la revelación de un secreto.

Solamente una ley, que establezca normas generales y por razones de interés superior, puede concretamente establecer la causa justa que releve de la obligación de guardar ese secreto.

Esto está conforme con lo dispuesto por la ley 17.132, que regula el ejercicio profesional del médico, cuando expresa en su Art. 11 que todo aquello que llegue a conocimiento de estos profesionales, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo: 1) en los casos en que otras leyes así lo determinen, o 2) cuando se trate de evitar un mal mayor.

En el primer caso, no incurre en responsabilidad cuando revela el secreto, verbigraha, en virtud de disposiciones legales que le obligan a declarar las enfermedades infectocontagiosas de las que tenga noticia (leyes 11.359, sobre lepra; 12.317, sobre enfermedades contagiosas y transmisibles; 12.331, sobre enfermedades venéreas).

Así, puede decirse que es una justa causa la del médico que atiende ciertas enfermedades contagiosas. Pero, por las razones tenidas en cuenta por el legislador cuando dictó la respectiva ley. Es decir, que consideró que el primer beneficiario es el enfermo mismo, porque se supone que en un lazareto ha de recibir mejor atención que con un tratamiento ambulatorio o sin él; el segundo beneficiario es su familia, expuesta al contagio por la convivencia, y el tercero, la sociedad, que en este caso sí se confunde con aquel afectado interés público. Pero en estas situaciones la justa causa es, a la vez, una obligación legal para el médico de denunciar la enfermedad (no el delito, cual sería el caso de que el sujeto que la padece le confiese, además, una violación y el consiguiente contagio venéreo, sancionados ambos, respectivamente, en el Art. 119 C.P. y en el Art. 18 de la citada ley 12.331, con penas privativas de libertad). En estas situaciones, entonces, la justa causa y la consecuente obligación de denunciar surgen expresamente de la ley.

El otro caso admitido de revelación del secreto, porque media una justa causa, es cuando el médico por ese medio, trata de evitar un mal mayor. En otras palabras, cuando hay una causa de justificación suficiente. Causa de justificación que, por otra parte, excluye la antijuridicidad de todos los delitos y no sólo de la violación de secretos.

Estas causas de justificación están previstas expresa y taxativamente en el Art. 34 C.P. y son las siguientes: legítima defensa o estado de necesidad; p.ej., cuando el médico es acusado o demandado por un delito o daño que habría realizado en el ejercicio profesional. También, se justifica la revelación cuando se quiere ejercer un derecho, cual sería la pretensión de cobrar honorarios por servicios profesionales.

Las disposiciones, aparentemente más amplias, del Código de ética que rige al profesional médico (arts. 69, incs. F y G., y 72), deben circunscribirse a lo dicho, puesto que en materia penal no se admite la interpretación analógica ni la aplicación extensiva de las normas repressivas.

En conclusión, todo el régimen penal y procesal que regula la institución del secreto médico oscila entre dos extremos no incompatibles: 1) el de la denuncia obligatoria prescripta en los términos del Art. 165 C.P.C. y penada su falta, bajo el rubro del encubrimiento, en el Art. 377 C.P., y 2) la observancia del secreto impuesta por el Art. 167 C.P.C., cuya violación está prevista como delito en el Art. 156 C.P. Es decir, como afirmó la Comisión de reformas de 1891, "La exención de pena por ocultación a favor de los sacerdotes, médicos y abogados, cuando el secreto les haya sido confiado en ejercicio de sus funciones, no es necesario declararla puesto que, siendo un delito la violación de esos secretos, no puede serlo también su encubrimiento".

En resumen, el médico debe denunciar todo delito del que tome conocimiento en el ejercicio de su profesión, salvo que esta denuncia viole el secreto profesional debido al paciente (no a otros) y no media una justa causa que permita la revelación de ese deber; justa causa cuyo concepto queda circunscripto a que una ley expresamente la mencione o cuando se trate de evitar justificadamente un mal mayor.

- ACHAVAL, Alfredo. "Manual de Medicina Legal". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. (El médico y la norma, pág. 557. El médico y la discreción, pág. 597. El secreto profesional, pág. 591. Concepto de responsabilidad médica, pág. 599. Responsabilidad profesional, pág. 640. Consideraciones sobre secreto profesional, pág. 681. Situaciones especiales de secreto profesional, pág. 686. Secreto médico y Código Penal, pág. 688. Revelación justificada, pág. 690).
- BONNET, Emilio Federico P. "Medicina Legal". Ed. López, Buenos Aires, 1967. (Secreto médico: definición, base de la noción de secreto; Normas de secreto médico, amparo del secreto médico —cap. V, pág. 24/70).
- CAMAÑO ROSA, Antonio. "Delitos contra la persona física". Ed. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1958. (Obligaciones y derechos del médico, pág. 182).
- CAMAÑO ROSA, Antonio. "El delito de aborto". Ed. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1958. (Obligaciones y derechos del médico, pág. 98).
- CARRARA, Francesco. "Programa de derecho criminal". Ed. Temis, Bogotá, 1956. (Secreto profesional — t. II, pág. 441/444; t. IV, pág. 445, 451, 452; t. VII, pág. 395).
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. "Tratado de Derecho Penal Penal". Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968. (Prevención del derecho positivo —I. pág. 32—. Impedimentos a la función judicial penal —I. I, pág. 345—. Quebrante de evolutos, violación de secretos —I. II, pág. 325—. Limitaciones al deber de declarar, sumario, conceptos comunes, razón de garantismo. Secreto —t. III, pág. 303, 304, 305—. Violación de secretos. Penales —t. III, pág. 356).
- DELNANTO, Celso. "Delitos de concurrencia dental". Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976. (Secreto no divulgado, pág. 189).
- DÍAZ, Emilio C. "El Código Penal para la República Argentina". Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1947. (Divulgación de secreto profesional, pág. 534/335, págs. 788/792).
- FORTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal. Introducción y parte general". Ed. Anaya, Buenos Aires, 1953. (Estado de necesidad, pág. 370. Cumplimiento del deber y legítimo ejercicio de un derecho).
- FORTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962. (Propalación de secretos, pág. 198. Revelación del secreto profesional, pág. 402. Divulgación de actuaciones penales, pág. 406).
- FORTAN BALESTRA, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial". Ed. Abeledo Perrot, 1970. (Revelación del secreto profesional, pág. 395/398).
- FORTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971. (Secreto profesional —I. I, pág. 341, 343, 401. Violación de secreto profesional —I. V, pág. 118, 119, 122).
- GÓMEZ, Eusebio. "Leyes penales anotadas". Ed. Ediar, Buenos Aires, 1954. (Secreto profesional. —t. II, pág. 33, 343).
- JURISPRUDENCIA PENAL DE BUENOS AIRES. año I, núm. 2º p. 37, folio 154. (Ruidos procesal. Sumario. Aborto consentido. Violación del secreto profesional. CNCrim. y Comec., M.E.C., L.C.A.M. y otros 3/4/63). Año II, núm. 7, pág. 34, folio 804. (Prueba instrumental. Informe, resultados consultados. Carácter secreto de los datos privados de las personas defensoras. Violación de secretos. Excepciones. Falta de personería. CNCrim. y Comec., sala V, C.3461, "Cinelli, P.", 16/12/63). Año IV, núm. 13, pág. 131, folio 1541. (Aborto. denuncia con violación de secreto profesional. CNCrim. y Comec., en pléno, "Filas, Natividad", 26/11/65). Año VII, núm. 24, pág. 35 folio 3827. (Violación de secretos. Secretos y documentos públicos —art. 157. CC66. Penal— Fiscalía de Investigaciones Administrativas Com. Fed. Cap. Sala Penal, s. 6096).
- LAJE ANAYA, Juan. "Comentarios al Código Penal. Parte Especial", v. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978. (Violación de secretos, pág. 182).
- LEVENE, Ricardo (h). "Manual de derecho penal", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975. (Reglas de ética profesional, pág. 184).
- LEVENE, Ricardo (h). "Manual de derecho penal. Parte Especial", Ed. Víctor F. de Zavala, Buenos Aires, 1978. (Violación de secretos, pág. 184. Violación de secreto particular, pág. 183. Concepto de secreto, pág. 294. Conocimiento del secreto, pág. 294. Revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos, pág. 296).
- LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel. "El secreto profesional de los médicos y el deber de denunciar delitos". La Ley, 17/3/79, año XLIV, N° 136.
- MARIGOT, Marcelo A. "Código Penal de la Nación Argentina, anotado y comentado". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968. (Violación de secretos, pág. 282/289).
- MARIGOT, Marcelo A. "Código Penal anotado y comentado". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. (Violación de secretos —I. I, pág. 493. Secreto profesional —I. I, pág. 498/499).

- MORENO, Rodolfo R. "El Código Penal y sus antecedentes", Ed. R.A. Tomassi, Buenos Aires, 1973. (Violación de secretos - I, V, pág. 19-). El secreto profesional -I, V, pág. 34).
- NAVARRO, Guillermo R., JACOBY, Pablo M. "Fallos gremiales penales", Ed. Ferrocarriles Jurídicos, Buenos Aires, 1978. (Violación de secretos p. 37, CNCris. y Comerc. en pleno, "Frias, M.", 28/8/84. Violación de secretos, pág. 64, CNCris. y Comerc. Capital, en pleno, "Jain, Pedro José", 4/10/89, Rev. La Ley, t. 99, p. 698).
- NUÑEZ, Ricardo C. "Violación de secreto profesional y denuncia de aborto". La Ley, 11/11/1988, año XLV, N° 320.
- ODERIGO, Mario A. "Derecho Procesal Penal", Ed. Idem, Buenos Aires, 1993. (Secreto profesional - como causal de ilegitimidad de los peritos, t. I, p. 288. Ilegitimidad de los testigos -I, I, pág. 374/375. Ilegitimidad para ser declarados como testigos -I, I, pág. 375. Ilegitimidad abogados, eclesiásticos, farmacéuticos, médicos, funcionarios públicos, militares, etc. -I, I, pág. 375. Denuncia obligatoria -I, I, pág. 392. Obligación a declarar -I, I, pág. 381. Violación de secretos: en la denuncia contra magistrados -I, I, pág. 383. Legitimidad del acusador -I, I, pág. 333).
- ODERIGO, Mario A. "Código Penal anotado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957. (Violación de secretos pág. 398/399. Revelación de secretos pág. 313).
- ODERIGO, Mario A. "Derecho Procesal Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973. (Violación de secretos, acusador privado, pág. 346. Secreto profesional, de los testigos, pág. 364).
- QUIROGA, N. "Derecho Penal, Parte Especial", Buenos Aires, 1975. (Secreto profesional, p. 363).
- RONSOLD, Albert. "Manual de medicina legal", Ed. Científico Médico, Barcelona, 1955. (El secreto profesional del médico, pág. 31. a) Su fundamento legal, pág. 31. b) Los que deben guardar secreto, pág. 33. La protección del "secreto médico", pág. 34. Revelación justificada, pág. 37. El secreto profesional del médico como testigo y como perito, pág. 38).
- RUBIANES, Carlos J. "Código Penal y su interpretación jurisprudencial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1963. (Violación de secretos, s. III, pág. 283. Director de Hospital, t. IV, pág. 242).
- SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino", Ed. Trá, Buenos Aires, 1956. (Secreto profesional, t. I, pág. 361. Secreto comunicado -I, IV, pág. 132/133. Secreto médico t. V, pág. 393).
- SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino", Ed. Trá, Buenos Aires, 1970. (Secreto profesional -I, IV, pag. 137).
- VAZQUEZ BRUNETTA, Carlos. "Código Penal comentado", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1968. (Secretos políticos e militares -I, IV, págs. 288/291).

LESIONES QUIRURGICAS

*Por Héctor Guillermo Vidal Albaracín **

(Conferencia dictada en el Primer Simposio de la Provincia de Buenos Aires sobre Responsabilidad Profesional, celebrado en la Universidad de Morón los días 30 y 31 de octubre de 1981.)

De la gran variedad de situaciones en las que un médico en el ejercicio de su profesión puede convertirse en sujeto activo de delitos, he de referirme al supuesto de que el médico pueda responder penalmente en orden a un delito en particular, el de LESIONES, y más concretamente, respecto a las lesiones ocasionadas con motivo de un tratamiento quirúrgico.

El hecho de causar culpablemente un daño en el cuerpo o en la salud de una persona es reprimido en el Código Penal como delito de lesiones —art. 94 C. Penal—. Si el daño es mayor y se produce la muerte el hecho, es considerado homicidio —art. 84 C. Penal.

Pues bien, el médico, en esa relación que mantiene con el paciente puede ser el factor determinante de tales consecuencias dañosas, y así ser responsable de tratamientos inadecuados y hasta de verdaderas mutilaciones.

He elegido para su estudio el tratamiento quirúrgico, porque en él, a diferencia de otros procedimientos terapéuticos, se advierte más claramente la existencia de una alteración anatómica o funcional del paciente.

Tenemos entonces, un médico, un paciente y una intervención quirúrgica de la cual se van a derivar resultados dañosos para el cuerpo o la salud del intervenido. Veamos como regula la situación nuestra ley penal.

En primer lugar, se advierte que nuestro Código Penal no atiende la situación particular del médico, sino que brinda pautas generales para resolver la responsabilidad de cualquier persona que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo cause lesiones a otra (art. 94 del C. Penal).

Así, será culpable tanto el automovilista que por su impericia atropella a una persona, como el médico cirujano que actuando con impericia en una intervención quirúrgica le provoca lesiones al paciente, no obstante que éste último interviene con la intención de curar o mejorar la salud del damnificado.

Como vemos, el médico, a diferencia del particular que guía un automóvil, actúa con una intención altruista, no obstante que el resultado en ambos casos puede ser igualmente dañoso.

Profesor Titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Mario H. Peña

Esa diferencia ya nos alerta de que para solucionar equitativamente la responsabilidad de los médicos se va a precisar de una adaptación de las normas penales, que creadas para casos generales no están destinadas a captar las peculiaridades que presenta la actividad médica.

Es evidente, que la práctica médica y sus fines esencialmente preventivos no se corresponden con las fórmulas que brinda el Código Penal, y ello muchas veces determina la necesidad de un ajuste por parte del intérprete tendiente a evitar soluciones injustas.

Ello ha motivado que la jurisprudencia con el fin de atemperar ese rigorismo, producto de la discordancia entre la dinámica médica y la norma penal aplicable, haya constituido la teoría del "RIESGO MEDICO", que por no poseer reglas fijas ha dado lugar a muchos abusos.

De lo expuesto cabe una primera reflexión.

La situación penal del médico en las lesiones quirúrgicas no puede ser parificada, así sin más, a la responsabilidad de cualquier otra persona que culpablemente cause lesiones a otra, pero tampoco se puede llegar al otro extremo de excusar toda actuación del médico a través del "riesgo médico".

Repárese que si no fuera así, también sería válido sostener que las lesiones provocadas por quien condujera un automóvil en forma imprudente y desaprensiva serían el resultado del "riesgo de conducir o circular". Se requiere entonces un justo equilibrio entre el considerar la situación especial de los médicos y el no caer en la exigencia de que medie celo profesional en sus intervenciones.

¿Qué elementos legales se le brinda al Juez para lograr ese equilibrio?

En general, la responsabilidad penal médica en materia de lesiones quirúrgicas gira alrededor del consentimiento del paciente o familiar allegado, que a su vez requiere como complemento de una causal de justificación prevista por la ley, sea ésta un estado de necesidad, o el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho (art. 34, incs. 3° y 4° del C. Penal).

Ahora bien, existen tres momentos distintos:

Uno, PREVIO A LA INTERVENCIÓN QUIRURGICA, donde se debe verificar la conveniencia o no de que se utilice este medio como procedimiento curativo; otro, ya superado el anterior, donde hay que analizar el desempeño del profesional durante la intervención y por último, existe un tercer momento, que es el de la actuación post-operatoria del médico.

Esto quiere decir, que no basta con que el médico actúe eficazmente en una sola de esas etapas, que no es suficiente para eximirlo de responsabilidad penal que se determine que correspondía en el caso la intervención quirúrgica, si por ejemplo, durante la misma demuestra impericia, o bien, que superada la intervención, actúa negligentemente o sin prestar atención debida al paciente en el tramo post-operatorio.

El difícil y muchas veces sacrificado arte de curar exige un comportamiento eficaz tanto antes, como durante y después de la intervención quirúrgica.

La conveniencia de una intervención quirúrgica es un tema sumamente difícil de determinar y no cabe establecer reglas generales o absolutas que rijan en todos los casos, máxime cuando la ley penal no regula el consentimiento del interesado.

Así, habría que analizar la personalidad y estado del paciente o de quienes puedan prestar su consentimiento; indagar si realmente se encontraban en condiciones de comprender la situación que deben decidir, teniendo en consideración que el cuadro que se les presenta se fundamenta en elementos fallibles tales como el pronóstico sobre el grado de certeza de éxito, riesgos que se asumen, probabilidades de curación por

otros medios, etc. Por ello, he de limitarme a conocer los parámetros que rigen la actividad médica haciendo mano a la distinción entre:

- a) intervención quirúrgica urgente o necesaria e
- b) intervención quirúrgica conveniente o estética.

Así, en la ETAPA PREVIA A LA INTERVENCIÓN, si existe un peligro inminente de muerte, la situación encontraría solución a través del estado de necesidad, eso es "el que causare un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraído", conforme lo define el art. 34, inc. 3º del Código Penal. De tal manera, ante la inminencia del mal, la elección de la vía quirúrgica no presenta tanta controversia.

En igual sentido, existen casos en que la propia naturaleza del mal es la que conduce a la intervención quirúrgica, como por ejemplo, la realización de una traqueotomía para evitar asfixia, o bien la amputación con el fin de impedir una gangrena.

Por el contrario, en otros supuestos en los que no media urgencia, la decisión sobre el procedimiento a adoptarse plantea dificultades.

Tal sería el caso de un parto, en el que supongamos que la paciente ha tenido un parto cesáreo anterior, se ha constatado dureza de útero y falta de dilatación, a la par que una estructura pélvica estrecha, todo lo cual indicaría que se darían las condiciones para que el nuevo parto se practique con cesárea.

Pues bien, el profesional interviniente, que imaginemos sigue otra postura obstétrica, decide la aplicación de "forceps" para lograr el simple desprendimiento de la criatura. Así, aplica anestesia peridural, realiza una "episiotomía" y utiliza el "forceps".

La extracción del feto de gran tamaño —por ejemplo unos 4 kgs.— produce un desgarró a nivel de la mucosa vaginal que tiene como consecuencia la destrucción parcial del esfínter anal y una posterior incontinencia defecatoria.

Dejemos de lado la actuación del médico durante el parto y consideremos que fue normal, para analizar el momento anterior en el que desechó la cesárea.

Cabe preguntarnos si tal actuación puede ampararse en el riesgo médico ¿no no?

Si bien médicamente se acepta que la existencia de una cesárea no significa siempre la repetición del mismo procedimiento, frente a los otros antecedentes clínicos de la paciente, la circunstancia de aplicar anestesia peridural, que neutraliza el paje de la parturienta y las características de estrechez pélvica de la misma, pareciera que existió al menos una disyuntiva sobre el método a aplicar. No obstante, el médico interviniente eligió la vía más riesgosa para la salud de la paciente y esa, más que riesgo médico, es RIESGO DEL PACIENTE.

A mi entender existían posibilidades ciertas de que mediaran complicaciones, pues el tamaño de la criatura no es un imponderable, no obstante el médico resolvió afrontar con la salud de la paciente tales inconvenientes en la esperanza de que no se concretarían.

Es evidente entonces que el margen de discrecionalidad dentro del cual el médico puede desenvolver su actividad no puede ser tan amplio como para asumir riesgos innecesarios en virtud de afirmarse a una postura obstétrica.

El riesgo médico se basa en el caso fortuito, es decir que tiene su fundamento, en lo imprevisible, y así habrá culpabilidad penal al no prevénse lo previsible o bien al descartarse lo previsible.

Como vemos, si bien en nuestra ley penal, a diferencia de otras legislaciones como el Código Penal Mexicano, no se contempla la intervención quirúrgica arbitraria,

ello no es obediencia para considerar a través de las normas generales sobre culpabilidad, que si el médico provoca innecesariamente el riesgo, de resultar lesiones, no puede ampararse luego en la excusa del riesgo médico.

Tal conclusión es válida aunque el profesional hubiere actuado correctamente y el resultado dañoso no se debiera a una impericia durante la intervención quirúrgica, pues la responsabilidad penal surge en el momento anterior, esto es medió impericia al momento previo de decidir la adopción de esa vía y afrontar innecesariamente un riesgo para la salud del paciente.

En tal sentido, la interpretación de la ley penal tiene que ser estricta, ya que es la única forma de evitar abusos.

En cambio, en otro aspecto tiene que lograrse mayor flexibilidad, pues resulta demasiado rigorista exigir, que para poder justificar la actuación del médico tiene que existir un peligro inminente de muerte del paciente.

Por el contrario, si tenemos en cuenta que la función principal del médico y quizá la más productiva, es la PREVENTORA, esto es que se tiende a preservar la vida del paciente no sólo ante males presentes sino también ante afecciones futuras, pareciera que la dinámica científica se vería frenada por la rigidez de las normas penales.

Este enfoque trae aparejado otra cuestión, que modernamente plantea muchos problemas, tal es la aplicación de métodos novedosos que no han demostrado plenamente su eficacia o al menos no eliminan la existencia de ciertos riesgos o la posibilidad de resultados dañosos.

Así, su adopción plantea una gran controversia a nivel científico, que se traslada al ámbito penal.

Quiere decir que, por un lado, estimamos que la medicina en su función preventiva no debe limitarse al marco rígido de un peligro actual y aceptamos que se requiere crear una causal de justificación propia para los médicos, distinta al estado de necesidad actual, y que se podría denominar de "NECESIDAD MEDICA", por la cual se permita su intervención no solo frente a males inminentes, sino también con relación a peligros futuros cuando éstos sean no menos seguros, concretos y graves.

Pero, por el otro lado, también consideramos que tal necesidad preventiva, no puede llegar al extremo de experimentar con los seres humanos, y poner en práctica métodos que no cuenten con suficiente respaldo científico respecto de su conveniencia.

Por supuesto, que en este aspecto siempre existirán opiniones demasiado conservadoras o bien de gran avanzada, no obstante, aunque difícil, debe encontrarse el justo límite que no implique arriesgar con la salud del paciente.

Para orientarnos en esta cuestión, también es útil la distinción entre intervención urgente y no urgente o meramente conveniente.

Así, frente a un caso desahuciado se puede ser más flexible en aceptar nuevos métodos, que en casos en los que por ejemplo, se persigue un fin estético, donde el resultado dañoso repercute más y causa un mayor reproche. Tal es el caso de los injertos de piel y otras prácticas para evitar la caída de pelo, en los que ha habido casos en los que no solo no se obtiene el fin buscado sino que se producen lesiones en las zonas injertadas.

Resta referirse a los dos momentos que quedan pendientes, esto es la actuación del médico durante la intervención y con posterioridad a ella. Durante la intervención, como en todas las actividades habrá quién sea más perito o idóneo que otros, y, fundamentalmente la jurisprudencia nos demuestra que la culpabilidad emerge más de conductas negligentes, que de desempeños imprudentes.

Esto significa que los actos inusitados o fuera de lo común, ese hacer más de lo debido en forma peligrosa que implica la imprudencia, por lo general ocurre al momento de elegir la vía quirúrgica, mientras que durante la intervención es más usual el caso del descuido o la omisión de la diligencia debida, o sea, un actuar negligente. Así, es conocido el olvido en materia de intervenciones quirúrgicas, que significa el "olvido" de un cuerpo extraño en el organismo del intervenido.

Evidentemente es más manifiesta la culpabilidad del médico si se trata de una pinza que si consiste en una mera gata, pero la jurisprudencia ha aceptado que incluso la existencia de una gata, que lógicamente se encuentra esterilizada, provoca una reacción irritativa que puede transformarse en infecciosa y ello ya en lección, pues produce una alteración funcional. Por supuesto, que si tal gata no se elimina por vías naturales y se requiere una intervención para extraerla, no existe duda alguna de que su presencia ha sido lesiva.

Aprovecharé ese caso para referirme a la etapa post-operatoria. Si por ejemplo, se considerara que dicha gata introducida en el cuerpo del paciente es una contingencia quirúrgica y que las precauciones que se puedan adoptar suelen fracasar, resulta fundamental un actuar diligente en la etapa post-operatoria, pues ello muchas veces permitirá sanear situaciones límites anteriores (por ejemplo una radiografía post-operatoria puede detectar tal cuerpo extraño y evitar con su extracción oportuna que se produzcan efectos nocivos en el organismo).

Por ello, para finalizar, quiero resaltar la importancia de prestarle mucha atención a este tramo posterior a la intervención, pues la práctica rutinaria de una actividad, generalmente nos lleva a actuar con cierto automatismo y esta forma de proceder, que está en el límite con el negligencia, si bien incide en cualquiera de los tres momentos indicados, es más común que ocurra en la etapa post-operatoria.

En conclusión, si se tiene en cuenta que en toda intervención quirúrgica pueden ocurrir contingencias no previsibles, forzoso es concluir que la faz post-operatoria al poder subsanar dichos imponderables, debe ser interpretada no como un mero control de rutina, muchas veces delegable, sino como un acto trascendente, que no sólo permitirá subsanar al médico los imponderables que puedan haber existido antes, sino que será un elemento de juicio fundamental para medir su responsabilidad.

"LA CULPA Y EL DERECHO PENAL ARGENTINO"

por Eduardo Raúl Gómez*

I. SISTEMAS LEGISLATIVOS

I. Legislación compuesta.

Si bien en una forma sumaria los autores coinciden en señalar en que hay dos formas en que la norma puede legislar la culpa (Maggiore⁽¹⁾, Soler⁽²⁾, Fontán Balestra⁽³⁾, Gómez⁽⁴⁾) y la jurisprudencia (L.L.t.57, p. 236); mientras que Núñez⁽⁵⁾ habla de tres sistemas, al igual que Moyano Gacitúa⁽⁶⁾; en un análisis más pormenorizado, Jiménez de Asúa⁽⁷⁾ hace una clasificación sistemática:

a) Códigos que no definen la culpa en la parte general, pero sancionan en la parte especial algunos delitos culposos: estos códigos, por regla general, dan algunas pautas para establecer una noción de culpa al tipificar algún delito culposo en particular, en especial el homicidio. Así el código penal francés, cuyo art. 319 pena al que "por torpeza, imprudencia, inatención, negligencia o incumplimiento de los reglamentos, hubiera cometido involuntariamente un homicidio o hubiese involuntariamente sido su causa". En el artículo siguiente, al referirse a las lesiones culposas, hace alusión sólo a la "falta de destreza o precaución".

El código penal belga, también enclavado en esta tesis, alude a "falta de precaución o de previsión" (art. 418 al 421); el holandés habla en varios artículos de "aquel que por su culpa" (arts. 158, 163, 165, 167 y 307); el suco se refiere a sin intención y por falta de cuidado (cap. XIV); el finlandés a "falta de cuidado" o "imprudencia" (cap. XXII). Otros códigos que siguen este sistema son el de Apdo, Mónaco y Luxemburgo.

(1) "Derecho Penal", Giuseppe Maggiore, vol. I, p. 409.

(2) "Derecho Penal Argentino", S. Soler, t. II, p. 138.

(3) "Tratado de D. Penal", C. Fontán Balestra, t. II, p. 294.

(4) "Tratado de D. Penal", Eusebio Gómez, t. I, p. 455.

(5) "La culpabilidad en el Código Penal", R.C. Poffen, p. 127.

(6) "Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino", Cornelio Moyano Gacitúa, p. 149.

(7) "Tratado de Derecho Penal", L. Jiménez de Asúa, t. V, p. 700.

Profesor titular (C) de Psicología y Técnica Penitenciaria, Escuela de Servicio Social.

Profesor titular de Derecho Penal III. Cátedra del Dr. Mario H. Peña

El código penal alemán se limita al término "negligencia", sin dar otros elementos de la culpa ni explicar su concepto. Así los arts. 121, 163, 232, 230, 309, 316, 326, 345 y 347. Ha dicho Maurach ^(1 bis) que "si bien en el StGB se dan una serie de tipos punibles únicamente por comisión culpable, no existe sin embargo —en contra al párrafo 823 del BGB— un tipo general de imprudencia referido a determinados bienes jurídicos, de modo que toda conducta culpable, lesiva o peligrosa para el derecho, esté situada bajo pena".

b) Códigos que conciben la culpa en su parte general, pero sin condicionarla a que se tipifiquen figuras culpables en la parte especial: este método es seguido por los códigos de Bolivia, "comete culpa el que, libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar" (art. 2°); Chile, que habla de "imprudencia temeraria y simple" en los cuasidelitos (arts. 490 y 492) y Costa Rica (art. 18, párrafo 2°). Fue también el sistema seguido por el derogado código español.

c) Códigos que no definen la culpa en la parte general, pero dan conceptos amplios en la parte especial: sigue este sistema el código penal Español de 1944, que en el art. 365 ⁽²⁾ castiga al que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediante malicia constituiría delito, como así al que, con infracción de reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia. También el código penal austriaco que, al referirse al homicidio culpable habla de "toda acción u omisión que, por sus naturales consecuencias, fácilmente reconocibles por cualquiera, o en virtud de disposiciones especialmente dadas a conocer y en atención a su estado, empleo, profesión, oficio u ocupación, o, en general, según sus particulares circunstancias, deba el autor reconocer aptas para producir o aumentar el peligro para la vida ajena, salud o seguridad corporal".

d) Códigos que si bien se refieren a la culpa en la parte general, sólo penas los delitos culpables expresamente establecidos en la parte especial: en esta postura encontramos el código penal húngaro, cuyo art. 75 dice que "las acciones culpables sólo pueden ser punibles en los casos expresamente previstos en la parte especial del código"; y al portugués: "la punición de la negligencia en los casos especialmente determinados en la ley, se funda en la omisión voluntaria de un deber" (art. 2°). También el código italiano de 1889 (art. 45).

e) Códigos que contienen en la parte general una definición de la culpa, pero sólo tipifican los delitos culpables taxativamente establecidos en la parte especial: enclavado en este sistema se halla el código penal soviético de 1926, cuyo art. 10, apartado b, define la culpa y la declara punible si se configura en delitos culpables de la parte especial (arts. 79, 80, 139, 140, 145, etc.) El código italiano de 1930, por su parte, en su art. 42 dice que "nadie puede ser penado por un hecho previsto en la ley como delito, si no lo ha cometido con dolo, salvo los casos de delito posteriorintencional o culpable expresamente previstos por la ley", y el siguiente, da como elementos del delito culpable al resultado no querido, aun si lo ha previsto, y que fuera causado por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas (ap. 3°).

Este es también el sistema seguido por el código suizo, cuyo art. 18 pune a quien "salvo disposición expresa y contraria de la ley ... comete intencionalmente un crimen o un delito" (párrafo 1°), diciendo en el párrafo 3° que "comete un crimen o delito

^(1 bis) "Tratado de D. Penal", Reinhart Maurach, t. II, p. 219.

⁽²⁾ ver A. Quintana Ripollés, "Comentarios al Código Penal", vol. II, pág. 496.

por negligencia el autor que por imprevisión culpable, obra sin darse cuenta de las consecuencias de su acto o sin tomarlas en cuenta. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha observado las precauciones a que estaba obligado por las circunstancias y por su situación personal".

Asimismo se pueden mencionar en esta corriente los códigos de Chaco y Guayaquil (arts. 3^o y 4^o); el griego de 1930, cuyo art. 26 dice que "los delitos cometidos culpablemente sólo se punirán excepcionalmente y en los casos determinados", definiendo el ómnibus culpable en el art. 28; y, finalmente, el código yugoslavo de 1951, cuyo art. 7^o después de definir la culpa, sólo la torna punible en los casos expresamente previstos por la ley.

Nuestro código penal ni define ni trata la culpa en la parte general, sino que describe en tipos autónomos en la parte especial, los delitos que pueden cometerse en forma culpable. Pero antes de acometer el estudio del código penal vigente, pasemos revista rápidamente a sus antecedentes.

2. Antecedentes argentinos.

El proyecto Tejedor (*) en su art. 1^o decía que siendo deber de todo hombre en sociedad abstenerse de actos peligrosos y debiendo proceder en todo lo que emprenda con la atención y reflexión necesarias para no causar perjuicio involuntariamente a los derechos de los demás, ni a las leyes del estado, el que contraviniendo a esta obligación haga u omita alguna cosa, o incurra aunque sea sin intención, en una infracción prevista en este código, cometerá delito por culpa o imprudencia. En la nota a dicho artículo, Tejedor expresa: "El agente será responsable... de culpa en lo que haya sucedido en contra de su voluntad o no ser que la ley por una disposición expresa disponga de otro modo, y lo haga responsable a título de crimen, aún del resultado involuntario, como en el caso de violación si muere la víctima, etc.". Divide a la culpa en grave y ligera.

El proyecto de Villegas, Ugariza y García tiene pocas diferencias con el anterior, aunque omite dar una definición de culpa, ocupándose de la misma en los arts. 37 y 38 y donde señala los casos en que es grave y leve, con rasgos similares a la grave y ligera del proyecto anterior.

El Código Penal sancionado por el Congreso el 25 de noviembre de 1886 para entrar en vigor el 1^o de marzo de 1887, en su art. 15 decía: "Son punibles las contravenciones a la ley cometidas por culpa o imprudencia". La nota a este artículo cita como antecedente el art. 64 del código de Baviera. Como se ve, no se remite el código a tipos culpables taxativos de la parte especial. En los arts. 16 y 17 clasifica también a la culpa en grave y leve.

El proyecto de 1891, suscripto por Piñero, Rivarola y Matienzo, produce un cambio con relación a los sistemas anteriores, al suprimir el concepto general de culpa, sancionando en la parte especial determinados delitos culpables. La exposición de motivos aclaraba que se apartaba del método en vigencia por el carácter excepcional de los delitos culpables: "no hay porqué generalizar una disposición que corresponde a casos excepcionales en que precisamente sufren una derogación los principios comúnmente admitidos de la responsabilidad". Este método es seguido también por el

(*) "Curso de D. Criminal", 1a. parte, C. Tejedor, p. 16.

proyecto de 1906, cuya exposición, de fecha 10 de marzo de ese año, que se halla firmada por Diego Saavedra, Francisco J. Beasley, Rodolfo Rivarola, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía⁽¹²⁾, expresa: "Otra innovación, que por el carácter general que existe nos parece conveniente indicar en este capítulo, es el sistema que hemos adoptado para legidar la culpa o imprudencia y el encubrimiento. Respecto de la primera, en vez de establecer reglas generales, que por su condición de tales deberán aplicarse a todos los delitos —sistema seguido por el código vigente—, hemos preferido el de establecer, a continuación de todo delito susceptible de ser cometido por imprudencia, la pena que le corresponde por razón de esa circunstancia. El motivo principal de esta reforma, en la que seguimos a los modernos códigos de Italia y Holanda, es que consideramos impropio dictar disposiciones de carácter general, y que, sin embargo, no pueden ser aplicadas sino a ciertos y determinados casos". El proyecto menciona figuras culpables en los arts. 88, 93, 106, 213, 220 y 281.

3. Proyectos posteriores al código.

Entre los proyectos posteriores al Código Penal vigente, el de Coll y Gómez de 1937, si bien no define la culpa, hace una descripción de ella en el art. 4°: "El delito es culposo, en los casos especialmente determinados por la ley, cuando el resultado deriva de imprudencia, negligencia, impericia o de la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas". En la exposición de motivos se hace saber que la ubicación en la parte general es más adecuada para evitar repeticiones innecesarias en la parte especial.

Por su parte, el proyecto Peco, de 1941, da la noción de culpa en la parte general, pero sigue tipificando cada delito culposo en particular en la parte especial. El art. 7°, párrafo 2°, decía que "el delito es culposo, en los casos especialmente determinados en la ley, cuando el autor ejecuta un acto típicamente antijurídico, por imprudencia, impericia o negligencia, o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas, atendiendo a las circunstancias y a la situación personal".

En el proyecto del Poder Ejecutivo de 1951 se continuaba con el mismo sistema, definiéndose la misma en el art. 14, la que no difería de las anteriores: "se considerará culposo el delito que se cometiere por imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes cuyo cumplimiento incumbiere al autor del hecho, aunque el resultado se previera como posible, siempre que se hubiese confiado en que no se produjese".

Por su parte, el proyecto del Dr. Francisco P. Laplaza, de 1953, se mantiene en línea similar: "El agente obra con culpa cuando incurriere en la acción u omisión por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o deberes a su cargo. La conducta culposa será penada en los casos expresamente determinados por la ley" (art. 36).

Finalmente, el proyecto Soler del año 1960, define expresamente la culpa en la parte general, aun cuando sólo son posibles los hechos específicamente previstos. Así, el art. 20 expresa: "Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de los deberes que en concreto le incumban no previó que ocurrirían o, previéndolo, creyó poder evitarlo".

(12) "Proyecto de Código Penal para la Rep. Argentina", Tipografía de la cámara de economistas, 1906.

II. EL CODIGO PENAL ARGENTINO

Como adelantáramos anteriormente, en el Código Penal Argentino no hay un concepto general de la culpa, ni ella tampoco está definida.

En la exposición de motivos que acompañó al proyecto, redactada por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria, que lleva fecha 16 de julio de 1917, y firmada por Rodolfo Moreno (h), Antonio de Tomaso, D. del Valle, C. M. Fradère y G. del Barco (11), se manifiesta que "la comisión ha aceptado también los principios del proyecto de 1906 sobre la culpa, suprimiendo el título especial que legislaba la misma para fijar en cada caso las penas que corresponden cuando el delito ha sido cometido por imprudencia. Y ha introducido otras modificaciones de detalle, que se explican por sí mismas".

Análisis del articulado de la parte especial.

El art. 84, al tipificar el homicidio culposo, reprime "al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o incobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, causare a otro la muerte".

La imprudencia, para Bettiol (12), "representa la clásica culpa in agendo y consiste en actuar sin la cautela oportuna, dejando en reposo las facultades inhibitorias, mientras que si se hubiera prestado mayor atención se habría podido prever el evento lesivo y abstenerse así de ejecutar dicha acción". Por negligencia entiende "la falta de esmero o la desatención en el momento de la acción", advirtiendo asimismo que puede darse el caso en los delitos de omisión, cuando la acción es debida.

Al decir de Maggiore (13), la imprudencia consiste "en no usar los poderes inhibitorios, en obrar sin cautela y con ligereza; en suma, en lo contrario de la prudencia; y es el caso típico de no hacer lo que es previsible". En cambio, la negligencia "consiste en el descuido y la desatención", entendiéndose por descuido el omitir los deberes genéricos de diligencia.

"No hay razón para distinguir en esencia, entre culpa por negligencia, imprudencia o impericia —expresa Manzini— (14); a lo más se puede decir que la negligencia se refiere a las omisiones voluntarias y la imprudencia implica las más de las veces una actitud positiva".

Para Mezzina, a quien cita Manzini, la imprudencia es "una acción humana que opera una modificación del mundo exterior sin la observancia de los criterios de oportunidad que en la especialidad de las situaciones deben disciplinar e integrar el juicio humano reflexionando sobre las determinaciones de daño".

Reinhardt Maurach (15) se refiere simplemente a la imprudencia como "fatal falta de cuidado".

(11) ver el "proyecto de Código Penal para la Nación Argentina", edit. por la Cámara de Diputados, año 1917.

(12) "Derecho Penal", Giuseppe Bettiol, p. 407.

(13) "Derecho Penal", Giuseppe Maggiore, p. 427, vol. I.

(14) "Trat. Derecho Penal", Vincenzo Manzini, t. 2, p. 211.

(15) "Trat. Derecho Penal", R. Maurach, t. II, p. 224.

Analizando la norma del código de su país, el uruguayo Camacho Rosa ⁽¹⁴⁾ dice que mientras "la imprudencia consiste en obrar sin cautela, la negligencia equivale a un descuido".

En nuestro derecho, Núñez afirma que "la negligencia es la omisión por el autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros" ⁽¹⁵⁾. La imprudencia, en cambio, "consiste en una temeridad (ligereza)", pero "en el fondo descansa en una negligencia del actor, que es la que induce a éste en error acerca de la posibilidad de evitar el resultado delictivo" ⁽¹⁶⁾.

Fontán Balestra cree que "la negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza" y que "la imprudencia implica un obrar que lleva consigo un peligro" ⁽¹⁷⁾.

Para Soler ⁽¹⁸⁾, mientras "la negligencia es el incumplimiento de un deber, la imprudencia es el afrontamiento de un riesgo".

En el decir de Rodolfo Moreno (N) ⁽¹⁹⁾, se "considera imprudente a quien no toma las precauciones necesarias, procede con apresuramiento y se decide con demasiada rapidez, sin fijarse en los inconvenientes resultados que puede tener su acción", y que incurre en negligencia "el que por descuido, holgazanería, o cualquier otra cosa, omite las precauciones que se deben tomar ordinariamente en la función o acto que debe realizar".

Por su parte, para Argibay Molina, Damianovich, Mera Mera y Vergara ⁽²⁰⁾ "mientras la imprudencia representa la temeridad excesiva, el ejercicio de lo que la prudencia indica no hacer, la negligencia importa la inobservancia de la precaución debida, dictada por la experiencia", señalando que, sin embargo, una es aspecto de la otra y la implica.

Las consecuencias ilícitas de un acto voluntario —acota González Roux ⁽²¹⁾— pueden ser evitadas de dos maneras: poniendo la debida atención y diligencia en prevenir, o absteniéndose de obrar en caso de haberlas previsto. Llama al primer caso negligencia y al segundo imprudencia. Esta última, para Díaz ⁽²²⁾ "consiste en la violación activa de las normas de cautela, de cuidadosa y diligente atención al actuar, elaboradas por la convivencia social en el transcurso del tiempo, las cuales se concretan en la experiencia, que, en su medida media, es patrimonio común de los componentes de una sociedad dada", y la negligencia es una inacción "ante el deber de evitar la producción de un evento dañoso, previsible".

Asimismo, según Vázquez Irzubieta ⁽²³⁾, "la imprudencia consiste en una actitud activa del agente, quien dirige su acción sin los cuidados y sin las precauciones propias de una conciencia media".

⁽¹⁴⁾ A. Camacho Rosa, "Derecho Penal", Pte. genl., p. 133.

⁽¹⁵⁾ R. C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", t. II, p. 78.

⁽¹⁶⁾ R. C. Núñez, "La culpabilidad en el Código Penal", p. 136.

⁽¹⁷⁾ C. Fontán Balestra, p. cit., t. II, p. 384.

⁽¹⁸⁾ Sebastián Soler, op. cit., t. II, p. 135.

⁽¹⁹⁾ R. Moreno (N), "El Código Penal y sus antecedentes", p. 403.

⁽²⁰⁾ J. F. Argibay Molina y otros, "Derecho Penal", p. 308.

⁽²¹⁾ Octavio González Roux, "Derecho Penal", p. 268.

⁽²²⁾ E. C. Díaz, "El Código Penal para la República Argentina", p. 183.

⁽²³⁾ C. Vázquez Irzubieta, "C. Penal comentado", t. II, p. 118.

Sin definición, por cuanto "un concepto tan claro no reclama explicaciones más amplias", Gómez (24) expresa que "en la imprudencia tiene su más precisa expresión la conducta culpable", y al referirse a la negligencia, dice que ella "implica omisión de la debida diligencia, falta de aplicación o de atención a lo que debe ser objeto de esta".

Según Mallo (25), "hay negligencia culpable siempre que en una acción humana cualquiera no se observen los cánones de la común diligencia", y, citando a Alfredo Molinario, "siempre que haya defecto de previsión o de acción".

La jurisprudencia, por su parte, ha dicho que mientras "la negligencia consiste en no realizar un acto en la forma debida, en hacerlo con retraso o con poca cordura, temeridad o cautela" (C.C.C. 234-40, Fallos, 4-456), olvidando de englobar como se ve a la omisión culpable: "la imprudencia, como manifestación de conducta punible importa el afrontamiento positivo de un riesgo" (SCBA, 1/2/61, LL, 103-298), fallos ambos que cita Rubiases (26).

Debemos acotar aquí que algunos autores reducen todas las formas de culpa a la negligencia e imprudencia. En ese sentido, Núñez (27), Soler (28), Fontán Balestra (29), Maggiore (30) y Manzini (31).

Sin embargo, el citado art. 84 de nuestro código, menciona entre las otras formas de culpa a la impericia en su arte o profesión. Aquí el código se refiere a la culpa profesional que es la falta de capacitación para el ejercicio de un arte o profesión. No se exige una habilidad excepcional ni superior, basta la normal. Puede tratarse asimismo de una profesión artística o no, hasta que el autor haya hecho de ella su profesión u oficio, y dentro de ella no cabe distinguir entre las que requieren título habilitante o no.

No cabe hablar de impericia cuando la materia es opinable o discutible, sino recién cuando se hulla debajo de ese plano aquel que no sabe, según la feliz expresión de Garrand, a quien cita Núñez (32), "lo que no le estaba permitido ignorar en su profesión", o sea los conocimientos más elementales y rudimentarios que son la base de una disciplina.

Finalmente, el código consigna como forma de culpa a la inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo.

No hay comunión de ideas entre los autores sobre si esta inobservancia de los reglamentos o deberes es una presunción *juris et de jure* de negligencia o sólo crea una presunción de ella que es necesario comprobar.

Así, para Núñez, Fontán Balestra y Gómez, entre otros, se trata de una presunción *juris et de jure*. Si el agente no observó los reglamentos o deberes y se produce el ilícito, no es necesario probar que incurrió en negligencia o imprudencia.

(24) E. Gómez, "Tratado Derecho Penal", t. II, p. 118.

(25) Mario Mallo, "Código Penal Argentino comentado", t. II, p. 147.

(26) C. J. Rubiases, "Código Penal", t. II, p. 1568.

(27) R. C. Núñez, "La culpabilidad. . .", p. 128.

(28) C. Fontán Balestra, *op. cit.*, t. II, p. 286.

(29) E. Soler, *op. cit.*, t. II, p. 125.

(30) G. Maggiore, "Derecho Penal", vol. I, p. 637.

(31) V. Manzini, "Tratado. . .", t. I, p. 211.

(32) R. C. Núñez, "La culpabilidad. . .", p. 128.

Para otra corriente, en la que se halla enrolado Soler, no se debe hacer una imputación objetiva del resultado producido mientras el agente se hallaba en violación de ordenanzas, leyes o reglamentos, sino que esa conducta debe haber sido imprudente o negligente aunque reconozca que tal inobservancia ordinariamente importa negligencia o imprudencia.

Hay que observar aquí que los autores están contestes en afirmar que las normas cuya observancia es exigida, son solamente las emanadas de autoridad pública y no las dictadas por particulares. En este caso sí es necesario la comprobación, además, de la negligencia en el obrar.

Sin embargo, en la referencia a los deberes de su cargo, sí es posible admitir que la violación de una regulación privada, por sí sola es constitutivo de culpa. En este sentido se expresan Fortán Baletas, Núñez, Gavir (nota 14 a la traducción castellana del tratado de Manzini, vol. II, p. 216) y Jiménez de Asúa (Tratado, t. V, p. 947).

En lo que hace al término "reglamentos", debemos buscar su significado en el art. 77 de la ley penal, que aclara que tal expresión "comprende todos las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que tratan".

En cambio, la noción de deberes del cargo, para Argibay Molina ⁽²²⁾ "comprende no sólo reglas expresas y formales dictadas por quien tenga facultad para hacerlo —en mérito a convenciones privadas o aceptación de partes— sino también la observancia de los principios que se forman a raíz de la experiencia en el ejercicio de la actividad a que el agente está afectado".

En otras disposiciones el Código Penal pune el obrar culposo. El art. 94 que reprime las lesiones culposas reproduce la misma fórmula que el art. 84; al igual que el art. 362 que en el capítulo de la malversación de caudales públicos usa la misma expresión, con la sola excepción de no incluir la impericia, por lo que nos remitimos a lo expuesto *ut supra*.

En los arts. 189, que trata del incendio; 196, que se refiere al que produjere un naufragio, descarrilamiento u otro accidente; y 203, que trata de los delitos contra la salud pública; el código usa la expresión imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. Suprime así la terminología deberes de su cargo, pero agrega a las ordenanzas. Esta expresión también está contemplada en el art. 77, que le da el mismo significado de reglamentos.

Por su parte, en los arts. 223, que trata de la revelación de secretos; 254 y 255, ubicados en el capítulo de la violación de sellos y documentos, utiliza únicamente la fórmula imprudencia o negligencia; que es la misma que adopta el art. 177 al reprimir la conducta del quebrado culposo, pero aquí ejemplifica algunos actos de negligencia o imprudencia, agregando que ésta debe ser manifiesta, esto es, al decir de Núñez, "claras", o sea que aparezca claramente como dejadez o ligereza.

Finalmente, el art. 281 *in fine*, que reprime al funcionario público que posibilitare una evasión, habla únicamente de negligencia.

(22) J. F. Argibay Molina, *op. cit.*, p. 310.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Obras nacionales

- "Derecho Penal Argentino", Ricardo C. Núñez, Bibliográfica Ornela, Bs. As. 1960.
- "La culpabilidad en el Código Penal", Ricardo C. Núñez, Edit. Depalma, Bs. As. 1946.
- "Tratado de Derecho Penal", Carlos Fontán Balestra, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1970.
- "Derecho Penal Argentino", Sebastián Soler, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1970.
- "Tratado de Derecho Penal", Eusebio Gómez, Cía. Arg. de Editores, Bs. As. 1939.
- "Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino", Cornelio Moyano Gacitúa, Ed. Lajouane, Bs. As. 1899.
- "Código Penal Argentino", Edición Recopilada y ordenada por Julio César Raffo de la Reta, Talleres Gráficos Argentinos, Bs. As. 1931..
- "Código Penal de la República Argentina", Julián Aguirre, Ed. Lajouane, Bs. As. 1887.
- "Curso de Derecho Criminal", 1a. parte, Carlos Tejedor, Ed. Joly, Bs. As. 1871.
- "Derecho Penal", Octavio González Rosas, Ed. Abeledo, Bs. As. 1922.
- "Derecho Penal", O. Piñero, Ed. Abeledo. Bs. As. 1909.
- "Curso de Derecho Penal", Juan P. Ramos compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Bibliot. Jurid. Argentina- Bs. As. 1942.
- "La Reforma Penal", Julio Herrera, Lib. e Imp. de Mayo, Bs. As. 1918.
- "El Código Penal y sus antecedentes", Rodolfo Moreno (h), Ed. H. A. Tommasi, Bs. As. 1923.
- "Proyecto de Código Penal para la República Argentina", Tipografía de la Alcega de Encarnados, Bs. As. 1906.
- "El Código Penal de 1922", Tomás Jofré, Ed. Abeledo, Bs. As. 1922.
- "Código Penal Argentino comentado", Mario M. Mallo, Edit. Bibliog. Argentina, Bs. As. 1948.
- "El Código Penal Argentino", Carlos C. Malagarriga, Ed. Corvantes, Bs. As. 1927.
- "El Código Penal para la República Argentina", Emilio C. Díaz, Bs. As. 1928.
- "El Código Penal. Comentario de sus disposiciones", Emilio C. Díaz, 2a. edición, Ed. La Facultad, Bs. As. 1922.
- "La reforma penal argentina", José Peco, Ed. Valerio Abeledo, Bs. As. 1921.
- Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Cámara de Diputados de la Nación, Bs. As. 1917. "Código Penal anotado", Mario A. Odérigo, 3a. edición, Ed. Depalma, Bs. As. 1962. "Código Penal de la Nación Argentina anotado y comentado", Marcelo A. Manigot, 2a. edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1972.
- "Derecho Penal", José F. Argüey Molina, Laura A. T. Damjanovich, Jorge R. Morán Mon y Esteban R. Vergara, Ed. Ediar, Bs. As. 1972.
- "Código Penal comentado", Carlos Vázquez Irizubista, Ed. Fin. As. Bs. 1949.
- "El delito imprudente", Jaime E. Malamud Gou, Ed. Astma, Bs. As. 1972.
- "El Código Penal y su interpretación jurisprudencial", Carlos J. Rubianes, Ed. Depalma, Bs. As. 1963.

Obras extranjeras

- "Tratado de Derecho Penal", Reinhard Mehnert, traducción de Juan Clódofo Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- "Derecho Penal", Edmund Metzger, traducción de la 4a. edición alemana (1954), por Conrado A. Finn, Ed. Bibliog. Argentina, Bs. As. 1959.
- "Tratado de Derecho Penal", Edmund Metzger, Ed. Rev. de Doho. Priv. Madrid, 1949.
- "Tratado de Derecho Penal", 2a. edición, Franz von Liszt, traducción por Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus. Madrid. 1927.

- "Derecho Penal Alemán", Hans Weizel, Ed. Jurid. de Chile, 1970, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.
- "Derecho Penal", Giuseppe Bettioli, Ed. Temis, Bogotá, 1965.
- "Derecho Penal", Giuseppe Maggiore, Ed. Temis, Bogotá, 1964.
- "Elementos de Derecho Penal", Enrique Pessina, 2a. edición, anotada por Eugenio Cuervo Calón, ed. Reus, Madrid, 1913.
- "Programa del curso de derecho criminal", Francesco Carnara, Ed. Depalma, Bs. As. 1945.
- "Tratado de Derecho Penal", Vincenzo Manzini, Ed. Ediar, Bs. As. 1948.
- "Tratado de Derecho Penal", Luis Jiménez de Asúa, Ed. Lozada, Bs. As. 1963.
- "Comentarios al Código Penal", A. Quintano Ripollés, Ed. Rev. Dcho. Ppvs. Madrid, 1946.
- "Derecho Penal", Federico Puig Peña, Ed. Clarsó, Barcelona, 1944.
- "Principios de Derecho Penal Español (Lecciones)", Juan del Real, Ed. Casa Martín, Valladolid, 1943.
- "Derecho Penal, Parte General", Antonio Canaño Rosa, Edic. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1957.

Impreso en Talleres Gráficos S.R.L.,
Av. Julio A. Roca 435 - Barraco -
Buenos Aires - .

Dirección y Administración: Departamento de
Publicaciones de la FACULTAD DE DERE-
CHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS
AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2263 - Tel. Pcia.
Buenos Aires - REPUBLICA ARGENTINA.