CARLOS CREUS

Derecho penal

Parte especial

Tomo 2

6ª edición actualizada y ampliada
1ª reimpresión



ASTREA

CARLOS CREUS

Derecho penal

Parte especial

Tomo 2

6ª edición actualizada y ampliada
1ª reimpresión



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
1998

1ª edición, 1983.
2ª edición, 1988.
3ª edición, 1990.
1ª reimpresión, 1991.
2ª reimpresión, 1992.
4ª edición, 1993.
5ª edición, 1995.
1ª reimpresión, 1996.
6ª edición, 1997.
1ª reimpresión, 1998.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL
Lavalle 1208 - (1048) Ciudad de Buenos Aires

ISBN: 950-508-254-1 (obra completa)
950-508-258-4 (tomo 2)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

Tomo 2

TÍTULO VII

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

§ 1357. Cambio de rubro del título 1
§ 1358. Seguridad jurídica y seguridad común 1
§ 1359. El peligro común 1
§ 1360. Carácter de las figuras 2

CAPÍTULO I

INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

§ 1361. Las figuras de estrago 2

I. INCENDIO, EXPLOSIÓN E INUNDACIÓN

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 1362. Cambios operados a raíz de la reforma 3

1) INCENDIO

§ 1363. La acción típica. El "fuego peligroso" 4

§ 1364. Consumación y tentativa 5
§ 1365. Confluencia de figuras 6
§ 1366. Autoría y participación 6
§ 1367. Culpabilidad 6

2) EXPLOSIÓN

§ 1368. La acción típica 7
§ 1369. Consumación 7
§ 1370. Confluencia de figuras 7
§ 1371. Culpabilidad 7

3) INUNDACIÓN

§ 1372. Concepto 8

B) FIGURAS ESPECIALES

§ 1373. Estrago rural 8

C) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1374. Agravantes actuales 9
§ 1375. Figuras agravadas que han sido eliminadas 10
§ 1376. La derogación del artículo 186 "bis" 11

II. ESTRAGO

§ 1377. El texto legal 11
§ 1378. Carácter del delito. Acción típica 11
§ 1379. Los medios típicos 12
§ 1380. Sumersión o varamiento 12
§ 1381. Derrumbamiento de un edificio 13
§ 1382. Inundación 13
§ 1383. Minas 13
§ 1384. Otros medios 14
§ 1385. Consumación 15
§ 1386. Culpabilidad 15

III. Daño de defensas contra desastres

§ 1387. Los cambios legislativos 15
§ 1388. La acción típica 16
§ 1389. Objetos del delito 16
§ 1390. El resultado típico 17
§ 1391. Consumación 17
§ 1392. Culpabilidad 18

IV. Entorpecimiento de defensa contra desastres

§ 1393. La fórmula vigente y su influencia 18
§ 1394. Acciones típicas 18
§ 1395. Objetos del delito 19
§ 1396. Elemento subjetivo 19
§ 1397. Consumación y tentativa 20
§ 1398. Confluencia de figuras 20
§ 1399. Culpabilidad 21

V. Estrago culposo

§ 1400. El texto legal 21
§ 1401. Figura básica 21
§ 1402. Figuras calificadas 22
§ 1403. Problemas de causalidad 22
§ 1404. El requisito del "peligro común" 22

VI. Fabricación o tenencia de explosivos

§ 1405. El texto legal y sus reformas 23
§ 1406. Carácter del delito 23
§ 1407. Acciones típicas 23
§ 1408. Objetos del delito 24
§ 1409. Elemento subjetivo 24
§ 1410. Consumación 25

§ 1411. Confluencia de figuras 26
§ 1412. Culpabilidad 26

VII. Instrucciones para la preparación de sustancias o materiales

§ 1413. El texto legal. Sus variaciones 26
§ 1414. Acción típica 26
§ 1415. Elemento subjetivo 27
§ 1416. Consumación 28
§ 1417. Problemas de antijuridicidad 28
§ 1418. Culpabilidad 28

VIII. Tenencia ilegítima de armas y materiales

§ 1419. Carácter de los delitos 28

A) Simple tenencia ilegítima de armas de guerra y materiales

§ 1420. El texto legal 29
§ 1421. Acción típica 29
§ 1422. Objetos del delito 29
§ 1423. Elemento normativo 30
§ 1424. Consumación 30
§ 1425. Confluencia de figuras 31
§ 1426. Cuestiones sobre antijuridicidad 31
§ 1427. Culpabilidad 31

B) Acopio de armas

§ 1428. El texto legal. Carácter del delito 31
§ 1429. Acción típica. La figura básica de acopio de armas de uso civil 31
§ 1430. Acopio de armas de guerra 32

C) Tenencia y acopio de municiones, piezas o instrumental

§ 1431. El texto legal. Acciones comprendidas 32

§ 1432. Objetos típicos 33
§ 1433. Límites de punibilidad 33
§ 1434. Culpabilidad 33

D) FIGURAS DE TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE LA LEY 24.192

§ 1435. Los tipos previstos 33

CAPÍTULO II

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACIÓN

§ 1436. Los bienes jurídicos protegidos. Fundamentos de la punibilidad 34
§ 1437. El retroceso legislativo 34

I. CREACIÓN DE PELIGRO PARA TRANSPORTES ACUÁTICOS O AÉREOS

§ 1438. El bien jurídico protegido 35

A) FIGURA BÁSICA

§ 1439. El texto legal. Sus variaciones 35
§ 1440. Acción típica 35
§ 1441. El resultado de peligro 36
§ 1442. Objetos del delito 36
§ 1443. La pertenencia de los objetos 36
§ 1444. Elemento subjetivo 37
§ 1445. Consumación 37
§ 1446. Culpabilidad 38

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1447. Casos de agravación 38

§ 1448. Causalidad 38
§ 1449. Confluencia de figuras 39

1) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS OCURRIDOS EN EL MEDIO DE TRANSPORTE

§ 1450. El texto legal 39
§ 1451. Naufragio y varamiento 39
§ 1452. Desastre aéreo 39
§ 1453. Exclusión de los daños sobre personas 40

2) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS SOBRE LAS PERSONAS

§ 1454. El texto legal 40
§ 1455. Causalidad 40

II. CREACIÓN DE PELIGRO PARA TRANSPORTE TERRESTRE Y ATENTADOS CONTRA COMUNICACIONES

§ 1456. Derogación del artículo 190 "bis" 40
§ 1457. Atentado ferroviario 41
§ 1458. Atentados contra comunicaciones ferroviarias 42
§ 1459. Atentados contra trenes o tranvías en marcha 43

III. ENTORPECIMIENTO DE TRANSPORTES Y SERVICIOS

§ 1460. El texto legal 44
§ 1461. Presupuesto del delito 45
§ 1462. Acciones típicas 45
§ 1463. Objetos del delito 45
§ 1464. Consumación 46
§ 1465. Culpabilidad 46
§ 1466. Entorpecimiento en ocasión de espectáculos deportivos 46

IV. ABANDONO DE SERVICIO

§ 1467. El texto legal 46

§ 1468. Conducta típica 47
§ 1469. Sujetos activos 47
§ 1470. Consumación 47
§ 1471. Confluencia de figuras 47
§ 1472. Culpabilidad 48

V. Causación culposa de accidentes

§ 1473. El texto legal 48

VI. Interrupción o entorpecimiento de comunicaciones

§ 1474. El texto legal 49
§ 1475. Interrupción o entorpecimiento de la comunicación .. 49
§ 1476. Resistencia al restablecimiento de la comunicación interrumpida 50

VII. Los delitos que contemplaba el artículo 191 según la ley 21.338

§ 1477. Equivalencias en las fórmulas vigentes 50

Capítulo III

PIRATERÍA

§ 1478. El bien jurídico protegido 51

I. Piratería propiamente dicha (marítima)

§ 1479. El texto legal 51
§ 1480. Acción típica 51
§ 1481. El concepto actual de piratería 52

§ 1482. Objetos del delito 52
§ 1483. Lugar de la acción 53
§ 1484. Elemento normativo 53
§ 1485. Culpabilidad 54

II. Piratería aérea

§ 1486. El texto legal 54
§ 1487. Paralelismo con el delito anterior 54
§ 1488. Elemento temporal 55

III. Piratería impropia (usurpación de mando)

§ 1489. El texto legal 55
§ 1490. Acción típica 56
§ 1491. Medios típicos 56
§ 1492. Elemento subjetivo 56
§ 1493. Consumación 56
§ 1494. Culpabilidad 57

IV. Connivencia con piratas

§ 1495. El texto legal 57
§ 1496. Acción típica 57
§ 1497. Aspecto subjetivo 57
§ 1498. Consumación 58
§ 1499. Autoría 58
§ 1500. Culpabilidad 58

V. Oposición a la defensa contra piratas

§ 1501. El texto legal 58
§ 1502. Presupuesto. Carácter del delito 58
§ 1503. Acción típica 59
§ 1504. Medios típicos 59
§ 1505. Aspecto subjetivo 59
§ 1506. Consumación 59

§ 1507. Autoría 60
§ 1508. Culpabilidad 60

VI. Equipamiento pirático

§ 1509. El texto legal 60
§ 1510. Acción típica 60
§ 1511. Carácter del buque o aeronave 60
§ 1512. Confluencia de figuras 61
§ 1513. Consumación 61
§ 1514. Culpabilidad 61
§ 1515. Problemas de aplicación de la ley en el espacio 61

VII. Tráfico con piratas

§ 1516. El texto legal 62
§ 1517. Acciones típicas 62
§ 1518. Lugar del delito 62
§ 1519. Elemento subjetivo 63
§ 1520. Culpabilidad 63

VIII. Figuras agravadas

§ 1521. El texto legal 63

Capítulo IV

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

§ 1522. El bien jurídico protegido 64

I. Envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas

A) Figura básica

§ 1523. El texto legal 64

§ 1524. Acciones típicas 65
§ 1525. Características de las acciones 65
§ 1526. Objetos del delito 66
§ 1527. Consumación 66
§ 1528. Culpabilidad 67

B) Figuras agravadas

§ 1529. El texto legal y sus variaciones 67
§ 1530. Culpabilidad 67

C) Tipos penales de la ley de residuos peligrosos

§ 1531. Contenido de la ley 68
§ 1532. Descripción de los tipos 68
§ 1533. Acciones 68
§ 1534. El resultado 69
§ 1535. Dolo 70
§ 1536. El tipo culposo 70
§ 1537. Figuras agravadas 71
§ 1538. Responsabilidad en las personas jurídicas 71
§ 1539. Jurisdicción 71

II. Tráfico de medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud

§ 1540. El texto legal. La protección 72
§ 1541. Acciones típicas 72
§ 1542. Objetos del delito 72
§ 1543. La disimulación del carácter nocivo 73
§ 1544. Consumación 73
§ 1545. Culpabilidad 74
§ 1546. Agravantes. Remisión 74

III. Propagación de enfermedad

§ 1547. El texto legal 74
§ 1548. Acción típica 74

§ 1549. Características de la enfermedad que se propaga 75
§ 1550 Consumación 75
§ 1551. Confluencia de figuras 75
§ 1552. Culpabilidad 76

IV. Figuras culposas

§ 1553. El texto legal. Hechos comprendidos 76
§ 1554. El hecho culposo en el caso del artículo 201 del Código Penal 76
§ 1555. El hecho culposo en el caso del artículo 202 del Código Penal 77
§ 1556. Las agravantes 77

V. Suministro infiel e irregular de medicamentos

§ 1557. Suministro infiel. El texto legal. Sus variaciones. La protección 78
§ 1558. Acción típica 78
§ 1559. Objeto 79
§ 1560. Infidelidad del suministro. Confluencia de figuras .. 79
§ 1561. Autoría 80
§ 1562. Consumación 80
§ 1563. Culpabilidad 80
§ 1564. Tipos de suministro irregular de medicamentos 81
a) Suministro con inobservancia de requisitos reglamentarios 81
b) Suministro irregular culposo 82
c) Omisión de deberes de vigilancia 82
d) Venta de sustancias medicinales por persona no autorizada 83

VI. Violación de medidas contra epidemias

§ 1565. El texto legal. La protección 84
§ 1566. Acción típica 84
§ 1567. El objeto de la violación 84

§ 1568. Consumación 85
§ 1569. *Culpabilidad* 86

VII. Violación de medidas contra epizootias o plagas

§ 1570. El texto legal. La protección 86
§ 1571. La acción típica. El objeto de la protección 86
§ 1572. Consumación 87
§ 1573. Confluencia de figuras 87
§ 1574. Culpabilidad 87

VIII. Ejercicio ilegal de la medicina

§ 1575. El texto legal. La protección. Carácter de los delitos 87

A) Curanderismo

§ 1576. Acciones típicas 88
§ 1577. El requisito de la habitualidad 89
§ 1578. Autores 90
§ 1579. Consumación 91
§ 1580. Confluencia de figuras 91
§ 1581. Culpabilidad 92

B) Charlatanismo

§ 1582. Carácter del delito 92
§ 1583. Acciones típicas 92
§ 1584. Consumación 93
§ 1585. Confluencia de figuras 93
§ 1586. Culpabilidad 94

C) Préstamo de nombre

§ 1587. Carácter del delito 94
§ 1588. Acción típica 94
§ 1589. El consentimiento del agente. Situación del usador del nombre 95

§ 1590. Consumación 95
§ 1591. Confluencia de figuras 95
§ 1592. Culpabilidad 96

IX. Sanción complementaria

§ 1593. El texto legal. Extensión de la disposición 96
§ 1594. Sujetos comprendidos 96
§ 1595. Abuso funcional 97

X. Delitos contra la salud pública previstos en leyes especiales

§ 1596. Leyes que crean delitos y faltas contra la salud pública 97

A) Contagio venéreo

§ 1597. El texto. El bien jurídico protegido 97
§ 1598. Acción típica 98
§ 1599. Autoría y elemento subjetivo 98
§ 1600. Consumación 99
§ 1601. Confluencia de figuras 99
§ 1602. Culpabilidad 99

B) Delitos relacionados con estupefacientes

§ 1603. Noticia sobre la evolución legislativa 100
§ 1604. Tipos contemplados en la ley especial. La reforma de la ley 24.424 100

Título VIII

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

§ 1605. Modificación del rubro 103
§ 1606. Carácter de los delitos 103

CAPÍTULO I

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS

§ 1607. Las reformas 104
§ 1608. Instigación a cometer delitos determinados 104
§ 1609. La acción típica. Distinción con la instigación de la parte general 104
§ 1610. La exigencia de publicidad 105
§ 1611. El objeto de la instigación 105
§ 1612. Aspecto subjetivo 106
§ 1613. Consumación y tentativa 106
§ 1614. Confluencia de figuras. La instigación exitosa 107
§ 1615. Culpabilidad 107
§ 1616. Individualización de la pena 107
§ 1617. La instigación pública a cometer delitos relacionados con estupefacientes 108

CAPÍTULO II

ASOCIACIÓN ILÍCITA

§ 1618. El bien jurídico protegido 108
§ 1619. Las reformas 108

A) FIGURA BÁSICA

§ 1620. El texto legal. Variaciones legislativas. Banda y asociación 109
§ 1621. Acción típica 109
§ 1622. La permanencia 109
§ 1623. La organización 110
§ 1624. Objetivos del acuerdo 110
§ 1625. El concepto de "tomar parte" 111
§ 1626. Autoría y participación 111

§ 1627. Consumación y tentativa 113
§ 1628. Confluencia de figuras 113
§ 1629. Culpabilidad 114
§ 1630. Jefes y organizadores 114

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1631. Asociación ilícita agravada 114

CAPÍTULO III

INTIMIDACIÓN PÚBLICA

§ 1632. Las reformas 120
§ 1633. La protección legal 120

I. *INTIMIDACIÓN PÚBLICA PROPIAMENTE DICHA*

A) FIGURA BÁSICA

§ 1634. El texto legal. Sus variaciones 121
§ 1635. Acciones típicas 121
§ 1636. Idoneidad de los medios 122
§ 1637. Elemento subjetivo 123
§ 1638. Consumación 123
§ 1639. Culpabilidad 124

B) FIGURA AGRAVADA

§ 1640. El texto legal. Sus variaciones 124
§ 1641. Medios agravantes 124
§ 1642. Subsidiariedad 125

II. INCITACIÓN A LA VIOLENCIA COLECTIVA

§ 1643. El tipo legal 125

III. Punición de actos discriminatorios

§ 1644. Posibilidad de confluencia de figuras 127

Capítulo IV

APOLOGÍA DEL CRIMEN

§ 1645. Las reformas 128
§ 1646. Fundamento de la punibilidad 128
§ 1647. El texto legal. Carácter del delito 128
§ 1648. Acción típica. Objeto de la apología 128
§ 1649. La publicidad. Medios 131
§ 1650. Consumación 131
§ 1651. Culpabilidad 131
§ 1652. La apología del delito y la ley 23.737 131

Capítulo V

OTROS ATENTADOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

I. Agrupaciones para la coerción ideológica

§ 1653. El art. 213 "bis" 132
§ 1654. El texto legal y sus variaciones 132
§ 1655. Acciones típicas 133
§ 1656. Agrupaciones comprendidas 133
§ 1657. Confluencia de figuras. Subsidiariedad 134
§ 1658. Consumación 134
§ 1659. Culpabilidad 135
§ 1660. Organizaciones comprometidas en actos discriminatorios 135

II. FORMACIÓN DE GRUPOS PARA LA VIOLENCIA DEPORTIVA

§ 1661. Tipificación 136

TÍTULO IX

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN

§ 1662. El bien jurídico protegido 137

CAPÍTULO I

TRAICIÓN

I. TRAICIÓN CONTRA LA NACIÓN

A) FIGURA BÁSICA

§ 1663. El texto legal 137
§ 1664. Presupuesto del delito: guerra internacional 138
§ 1665. Acciones típicas 139
§ 1666. Consumación y tentativa 140
§ 1667. Autor 140
§ 1668. Justificación 141
§ 1669. Culpabilidad 141

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1670. Los textos legales. Variaciones 141
§ 1671. Presupuestos de las agravantes 142
§ 1672. Sometimiento de la Nación 142
§ 1673. Menoscabo de la integridad e independencia 142

§ 1674. Consumación 143
§ 1675. Promoción de guerra contra la Nación 143
§ 1676. Punibilidad 144

II. Conspiración para la traición. Excusa absolutoria

§ 1677. El texto legal y sus modificaciones 144
§ 1678. Carácter del delito 145
§ 1679. Acción típica 145
§ 1680. Aspecto subjetivo 145
§ 1681. Consumación 146
§ 1682. Autores 146
§ 1683. Culpabilidad 146
§ 1684. Excusa absolutoria 147

III. Traición contra potencia aliada

§ 1685. Reubicación 148
§ 1686. Presupuesto del delito 149
§ 1687. Aplicación de agravantes 149

IV. Traición de los extranjeros

§ 1688. Reactualización de la ley 16.648 149
§ 1689. Sujetos comprendidos 150
§ 1690. La residencia 150
§ 1691. Exclusiones 150

Capítulo II

DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACIÓN

§ 1692. La protección legal 151

I. Actos hostiles

A) Figura básica

§ 1693. El actual art. 219 151
§ 1694. Acción típica 152
§ 1695. Elemento normativo 153
§ 1696. Resultados 153
§ 1697. Confluencia de figuras 155
§ 1698. Consumación 155
§ 1699. Autor 155
§ 1700. Culpabilidad 155

B) Figura agravada

§ 1701. El texto legal 156
§ 1702. Resultados agravatarios 156

II. Violación de tratados, treguas, armisticios y salvoconductos

§ 1703. Los textos 156
§ 1704. Las diferencias de penalidad y sus consecuencias .. 157
§ 1705. Referencias a las fuerzas beligerantes de "mar o tierra" 157
§ 1706. Objetos de la violación 157
§ 1707. La violación de tratados 158
§ 1708. Acción típica 158
§ 1709. Consumación 158
§ 1710. Autor 159
§ 1711. Culpabilidad 159

III. Violación de inmunidades

§ 1712. El texto legal 159
§ 1713. Acción típica 159
§ 1714. Consumación 160

§ 1715. Autor 160
§ 1716. Sujetos pasivos 160
§ 1717. Culpabilidad 161
§ 1718. Desincriminación de las ofensas a jefes de Estado o representantes de potencias extranjeras 162

IV. Atentados contra la seguridad de la Nación

§ 1719. Vigencia de la ley 13.985 162
§ 1720. Espionaje 163
a) Violación de secretos 163
1) Figuras básicas 163
2) Figuras agravadas 163
b) Intrusión 163
c) Reproducciones prohibidas 164
d) Divulgación de datos no destinados a la publicación 164
§ 1721. Sabotaje 165
§ 1722. Delitos culposos 165
§ 1723. Punibilidad especial y excusa absolutoria 166
§ 1724. Subsidiariedad 166

V. Ultrajes a símbolos nacionales

§ 1725. Vigencia del agregado de la ley 16.648 166

VI. Infidelidad diplomática

§ 1726. La reforma 167
§ 1727. Acción típica 167
§ 1728. El apartamiento de las instrucciones 168
§ 1729. El perjuicio 168
§ 1730. Autor 168
§ 1731. Consumación 169
§ 1732. Culpabilidad 169

VII. Derogaciones

§ 1733. Extensión 170
a) Menosprecio de símbolos extranjeros 170
b) Incitación al incumplimiento de obligaciones militares 170
c) Organización para el espionaje 170
d) Atentados contra medios y objetos probatorios... 170
e) Incumplimientos de contratos de interés militar.. 171
f) Ayuda económica para finalidades ideológicas ilícitas. El artículo 12, inciso *d*, de la ley 13.985 171

Título X

DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

§ 1734. Bien jurídico protegido 173

Capítulo I

ATENTADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA

§ 1735. El cambio del rubro y el sistema de la ley 23.077... 173

I. Rebelión (alzamiento en armas)

§ 1736. Figura básica 174
§ 1737. El texto legal 174
§ 1738. Acción típica 175
a) Cambiar la Constitución 176

b) Deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional 176
c) Arrancar a los poderes públicos nacionales alguna medida o concesión 176
d) Impedir a los poderes nacionales, aunque fuera temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales 177
e) Impedir la formación o renovación de los poderes nacionales en los términos y formas legales 177
§ 1739. Consumación 177
§ 1740. Autor 177
§ 1741. Justificación 178
§ 1742. Culpabilidad 178
§ 1743. Figuras agravadas 178
a) Agravantes por las finalidades 178
1) Agravantes por finalidades con sentido de permanencia (cambiar el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, etcétera) 179
2) Agravantes por finalidad no permanente 180
b) Agravantes por la calidad del autor 180

II. Amenaza de rebelión

§ 1744. La disposición original de la ley 23.077 182

III. Concesión de poderes tiránicos

§ 1745. El texto legal. La protección 183
§ 1746. Acciones típicas 184
§ 1747. Objeto 185
§ 1748. Destinatarios de los poderes extraordinarios 186
§ 1749. Consumación 186
§ 1750. Autor 186
§ 1751. Culpabilidad 187

IV. Consentimiento del estado de rebelión

§ 1752. El texto legal 187
§ 1753. Elemento circunstancial 187
§ 1754. Acción 188
§ 1755. Autor 188

V. Colaboración en el estado de rebelión

§ 1756. El texto legal 189
§ 1757. Relaciones con el tipo del párrafo 1º 189

VI. Agravante genérica por contribución a la rebelión

§ 1758. El texto 190
§ 1759. Extensión de la agravante 190
§ 1760. Limitación objetiva de la tipicidad agravada 191
§ 1761. Limitación subjetiva de la tipicidad agravada 192

VII. Violación de patronato

§ 1762. La reforma. Remisión 192

Capítulo II

SEDICIÓN

§ 1763. Eliminación del artículo 230 "bis" 193

I. Sedición propiamente dicha

§ 1764. El texto y la protección legales 194
§ 1765. Figuras contempladas 194

A) ARMAMIENTO DE UNA PROVINCIA CONTRA OTRA

§ 1766. La protección legal 194
§ 1767. Acción típica 195
§ 1768. Aspecto subjetivo 195
§ 1769. Consumación 195
§ 1770. Culpabilidad 195

B) ALZAMIENTO EN ARMAS

§ 1771. Remisión 196
§ 1772. Distinciones con la figura anterior 196

II. MOTÍN

§ 1773. El texto y la protección legales 196

A) ATRIBUCIÓN INDEBIDA DE LOS DERECHOS DEL PUEBLO

§ 1774. Acción típica 197
§ 1775. Objeto de la petición 197
§ 1776. Consumación 198
§ 1777. Autor 198
§ 1778. Culpabilidad 198

B) ALZAMIENTO PÚBLICO

§ 1779. Carácter del delito 198
§ 1780. Acción típica 199
§ 1781. Presupuesto del delito. Consumación 199
§ 1782. Autor 199
§ 1783. Culpabilidad 199

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

§ 1784. Alcance de las disposiciones 200

I. Regulación de situaciones especiales con relación a la rebelión, sedición o motín

§ 1785. Los textos legales 200
§ 1786. Carácter de las disposiciones 201
§ 1787. Excusa absolutoria y disminución de pena 201
§ 1788. Condiciones para la atenuación y excusa de la punibilidad 202
§ 1789. Intimación de la autoridad 202
§ 1790. Sujetos 203

II. Delitos relacionados con la rebelión y la sedición

§ 1791. Carácter de las figuras 204

A) Conspiración

§ 1792. El texto legal 205
§ 1793. Acción típica 205
§ 1794. Consumación 205
§ 1795. Autores 205
§ 1796. Culpabilidad 206

B) Seducción de tropas y usurpación de mando

§ 1797. El texto legal 206
§ 1798. Acciones típicas 207
§ 1799. Elemento subjetivo 208
§ 1800. Confluencia de figuras 208
§ 1801. Consumación 209
§ 1802. Autor 209
§ 1803. Culpabilidad 209

C) Infracción al deber de resistencia

§ 1804. El texto legal 210
§ 1805. Acción típica 210
§ 1806. Presupuesto del delito 210
§ 1807. Confluencia de figuras 210

§ 1808. Autor 211
§ 1809. Justificación 211
§ 1810. Culpabilidad 211

III. Punibilidad especial de los funcionarios públicos

§ 1811. El texto legal. Carácter de la norma 211
§ 1812. Presupuestos de la agravante para funcionarios 212
§ 1813. Presupuestos de la agravante para miembros de la fuerza pública 212
§ 1814. Confluencia de agravantes 213

IV. Aplicación de reglas concursales

§ 1815. El texto legal 213
§ 1816. Carácter de la disposición 213

Título XI

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 1817. La protección penal. Administración pública, función pública y servicio público 215

Capítulo I

ATENTADO Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

§ 1818. Comparación de los sistemas 215

I. Atentado contra la autoridad

§ 1819. El texto legal 216
§ 1820. Bien jurídico protegido 216
§ 1821. Acción típica 217
§ 1822. Elemento subjetivo 218
§ 1823. Consumación y tentativa 218
§ 1824. Confluencia de figuras 218
§ 1825. Sujetos 219
§ 1826. Justificación 219
§ 1827. Culpabilidad 219

II. Figuras agravadas de atentado

§ 1828. El texto legal: antecedentes 220
§ 1829. Empleo de arma 220
§ 1830. Pluralidad de agentes 221
§ 1831. El funcionario público como autor 221
§ 1832. Poner manos en la autoridad 222

III. Resistencia y desobediencia a la autoridad

§ 1833. Resistencia. La protección legal 223
§ 1834. Acción típica 223
§ 1835. Aspecto subjetivo 223
§ 1836. Consumación y tentativa 224
§ 1837. Sujetos 225
§ 1838. Justificación 225
§ 1839. Culpabilidad 225
§ 1840. Desobediencia 225
§ 1841. Figura especial de resistencia y desobediencia 226

IV. El funcionario equiparado en el atentado, la resistencia y la desobediencia

§ 1842. El texto legal. Casos comprendidos 227

§ 1843. Concepto de "delincuente" 227
§ 1844. Posibilidades respecto de los modos de comisión ... 227

V. La desobediencia procesal fraudulenta o fraude procesal

§ 1845. Derogación del artículo 240 "bis" 228

VI. Atentados turbatorios o atentados leves

§ 1846. El texto legal. Caracteres 228

A) Perturbación al ejercicio de funciones públicas

§ 1847. Protección legal 229
§ 1848. Acción típica 229
§ 1849. Consumación y tentativa 229
§ 1850. Autor 230
§ 1851. Culpabilidad 230

B) Impedimento o estorbo al acto funcional

§ 1852. Protección legal 230
§ 1853. Acción típica 230
§ 1854. Consumación y tentativa 231
§ 1855. Autor 231
§ 1856. Culpabilidad 231

VII. Violación de fueros

§ 1857. El texto y la protección legales 231
§ 1858. Acción típica 232
§ 1859. Consumación y tentativa 232
§ 1860. Sujetos 233
§ 1861. Culpabilidad 233

VIII. Abstención de testigo, perito o intérprete

§ 1862. El texto y la protección legales 234
§ 1863. Acción típica 234
§ 1864. Consumación y tentativa 234
§ 1865. Confluencia de figuras 235
§ 1866. Autor 235
§ 1867. Culpabilidad 236

Capítulo II

FALSA DENUNCIA

I. Desacato

§ 1868. Regreso al texto original del Código y su derogación 236

II. Falsa denuncia

§ 1869. La falsa denuncia del artículo 245 237

Capítulo III

USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULO U HONORES

§ 1870. Los bienes protegidos 238

I. Usurpación de autoridad

§ 1871. El texto legal. Hipótesis contempladas 238

A) Asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas

§ 1872. Acciones típicas. Asunción de funciones públicas ... 239
§ 1873. Ejercicio de funciones públicas ... 240
§ 1874. Carácter de la función ... 240
§ 1875. Arbitrariedad ... 240
§ 1876. Consumación y tentativa ... 241
§ 1877. Autor y participación ... 241
§ 1878. Culpabilidad ... 241

B) Continuación arbitraria de la función pública

§ 1879. Acción típica ... 242
§ 1880. Ilegitimidad ... 242
§ 1881. Consumación y tentativa ... 243
§ 1882. Autor ... 243
§ 1883. Justificación ... 243
§ 1884. Culpabilidad ... 243

C) Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo

§ 1885. Acción típica ... 244
§ 1886. Consumación y tentativa ... 244
§ 1887. Autor ... 244
§ 1888. Culpabilidad ... 245

II. Usurpación de grados, títulos y honores

§ 1889. El texto y la protección legales ... 245
§ 1890. Acciones típicas ... 245
§ 1891. Insignias y distintivos ... 245
§ 1892. Grados, títulos y honores ... 246
§ 1893. Consumación y tentativa ... 247

III. Derogaciones

§ 1894. Figuras derogadas ... 247

CAPÍTULO IV

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 1895. Bien protegido 248

I. ABUSO DE AUTORIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

§ 1896. El texto legal. Hipótesis previstas 248
§ 1897. Acciones típicas 248
§ 1898. Dictado de resoluciones u órdenes 249
§ 1899. Ejecución de resoluciones u órdenes 249
§ 1900. No ejecución de las leyes 249
§ 1901. La expresión "ley" en el tipo 250
§ 1902. Oposición a la ley inconstitucional 250
§ 1903. El abuso funcional 251
§ 1904. Consumación y tentativa 251
§ 1905. Autor 252
§ 1906. Culpabilidad 252

II. OMISIÓN DE DEBERES DEL OFICIO

§ 1907. El texto y la protección legales 252
§ 1908. Acciones típicas 252
§ 1909. Elemento normativo 253
§ 1910. Consumación y tentativa 254
§ 1911. Autor 254
§ 1912. Confluencia de figuras. Distinción con el delito del artículo 248 254
§ 1913. Culpabilidad 254

III. DENEGACIÓN DE AUXILIO

§ 1914. El texto y la protección legales 255

§ 1915. Acciones típicas 255
§ 1916. Elemento normativo 255
§ 1917. El requerimiento de auxilio 256
§ 1918. Consumación y tentativa 256
§ 1919. Autores 256
§ 1920. Culpabilidad 257

IV. Requerimiento indebido de la fuerza pública

§ 1921. El texto y la protección legales 257
§ 1922. Acción típica 257
§ 1923. Elemento subjetivo 258
§ 1924. Consumación y tentativa 258
§ 1925. Autor. Participación 258
§ 1926. Culpabilidad 258

V. Abandono de destino

§ 1927. El texto y la protección legales 259
§ 1928. Acción típica 259
§ 1929. El daño al servicio 260
§ 1930. Consumación y tentativa 260
§ 1931. Autor 260
§ 1932. Culpabilidad 261

VI. Incitación al abandono colectivo del trabajo

§ 1933. Derogación del párrafo 2º del artículo 252 261

VII. Nombramientos ilegales

§ 1934. El texto y la protección legales 261
§ 1935. Acción típica 261
§ 1936. Consumación y tentativa 262

§ 1937. Autor. Aplicación de los principios de la participación 262
§ 1938. Culpabilidad 263

VIII. Aceptación ilegal de cargos

§ 1939. El texto legal. Carácter del delito 263
§ 1940. Acción típica 263
§ 1941. Consumación y tentativa 263
§ 1942. Autor 264
§ 1943. Culpabilidad 264

Capítulo V

VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS

§ 1944. El bien jurídico protegido 264

I. Violación de sellos

A) Figura básica

§ 1945. El texto y la protección legales 264
§ 1946. La acción típica y su objeto 265
§ 1947. La violación del sello 265
§ 1948. Consumación y tentativa 265

B) Figura agravada

§ 1949. El texto legal 266
§ 1950. Circunstancias agravantes 266

C) Figura culposa

§ 1951. El texto legal 266
§ 1952. Irregularidad de la figura 267

§ 1953. Relación objetiva y subjetiva entre las conductas del autor y del tercero 267
§ 1954. Tipicidad de la conducta del tercero 267

II. Violación de medios de prueba, registros o documentos

A) Figura dolosa

§ 1955. El texto legal 267
§ 1956. Acciones típicas 268
§ 1957. Objetos 268
§ 1958. Consumación y tentativa 269
§ 1959. Autor. Agravante 269
§ 1960. Culpabilidad 269

B) Figura culposa

§ 1961. Irregularidad de la figura 269

Capítulo VI

COHECHO

§ 1962. El bien jurídico protegido 270
§ 1963. El artículo 36 de la Constitución nacional en la reforma de 1994 270

I. Cohecho pasivo

§ 1964. El texto legal 271
§ 1965. Acción típica 271
§ 1966. Objetos que se reciben 272
§ 1967. Aceptación de la *promesa* 273
§ 1968. La persona interpuesta 273
§ 1969. El elemento subjetivo. Las "formas" del delito 273

§ 1970. Consumación y tentativa 275
§ 1971. Autor y participación 275
§ 1972. Culpabilidad 275

II. Cohecho del juez

§ 1973. El texto legal. Autonomía del delito 275
§ 1974. Acciones típicas 276
§ 1975. Elemento subjetivo 276
§ 1976. Autor 277
§ 1977. Culpabilidad 278

III. Cohecho activo

§ 1978. El texto legal. Estructura del delito 278
§ 1979. Acción típica 278
§ 1980. Elemento subjetivo 279
§ 1981. Agravante 279
§ 1982. Consumación y tentativa 279
§ 1983. Autor. Participación 279
§ 1984. Culpabilidad 279

IV. Admisión de dádivas

§ 1985. El texto legal. La protección 280
§ 1986. Acción típica 280
§ 1987. Aspecto subjetivo 280
§ 1988. Consumación 281
§ 1989. Autor 281
§ 1990. Culpabilidad 281

V. Presentación u ofrecimiento de dádivas

§ 1991. El texto legal. Estructura del delito 281
§ 1992. Acción típica 282
§ 1993. Aspecto subjetivo 282

§ 1994. Consumación 282
§ 1995. Culpabilidad 282

CAPÍTULO VII

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

§ 1996. El bien jurídico protegido 282

I. MALVERSACIÓN

A) FIGURA BÁSICA

§ 1997. El texto y la protección legales 283
§ 1998. Acción típica 283
§ 1999. Carácter público de los caudales y efectos 284
§ 2000. *Afectación de los bienes* 284
§ 2001. Consumación y tentativa 285
§ 2002. Autor 285
§ 2003. Culpabilidad 285

B) FIGURA AGRAVADA

§ 2004. El texto legal 285
§ 2005. Circunstancia agravante 286

II. PECULADO

§ 2006. El texto y la protección legales 286
§ 2007. Acción típica 286
§ 2008. Objetos 287
§ 2009. Consumación y tentativa 288
§ 2010. Autor 289
§ 2011. Culpabilidad 289

III. PECULADO DE TRABAJOS O SERVICIOS

§ 2012. El texto y la protección legales 289

§ 2013. Acción típica 289
§ 2014. Objetos. Trabajos y servicios 290
§ 2015. Aspecto subjetivo 290
§ 2016. Consumación y tentativa 291
§ 2017. Autor 291
§ 2018. Culpabilidad 292

IV. Malversación culposa

§ 2019. El texto legal 292
§ 2020. Acción típica. Estructura irregular 292
§ 2021. Consumación 293
§ 2022. Autor 293
§ 2023. Aspecto subjetivo 293

V. Malversación de bienes equiparados

§ 2024. El texto legal y sus equiparaciones 293
§ 2025. Acciones típicas 294
§ 2026. Objetos 294
§ 2027. Consumación 294
§ 2028. Autor 294
§ 2029. Culpabilidad 295

VI. *Demora injustificada de pago*

§ 2030. El texto legal. El delito como figura de malversación 295
§ 2031. Acción típica 296
§ 2032. Elemento normativo 296
§ 2033. Consumación 296
§ 2034. Autor 296
§ 2035. Culpabilidad 296

VII. Negativa a entregar bienes

§ 2036. El texto legal. El delito como figura de malversación 297
§ 2037. Acción típica 297
§ 2038. Objetos 297

§ 2039. Consumación 298
§ 2040. Autor 298
§ 2041. Culpabilidad 298

CAPÍTULO VIII

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

§ 2042. Razón de ser de la protección legal 298

I. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 2043. El texto legal 299
§ 2044. Acción típica 299
§ 2045. El interés privado 299
§ 2046. Modos de comisión 300
§ 2047. El negocio jurídico sobre el que se inserta el interés 300
§ 2048. Consumación y tentativa 301
§ 2049. Autor 301
§ 2050. Culpabilidad 302

II. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES POR AUTORES EQUIPARADOS

§ 2051. El texto legal y sus equiparaciones 302
§ 2052. Estructura del delito: remisión 302
§ 2053. Cuestión relativa al aspecto temporal 302
§ 2054. Consumación 303
§ 2055. Autor 303

CAPÍTULO IX

EXACCIONES ILEGALES

§ 2056. Concepto de exacción. Arbitrariedad y abuso 304

A) Figura básica

§ 2057. El texto legal 304
§ 2058. Acciones típicas 304
§ 2059. Elemento normativo 305
§ 2060. El abuso funcional 305
§ 2061. Objetos 305
§ 2062. Consumación y tentativa 306
§ 2063. Autor 306
§ 2064. Culpabilidad 306

B) Figuras agravadas

1) Exacción agravada por los medios

§ 2065. El texto legal. Caracteres agravados 307
§ 2066. Intimidación 307
§ 2067. Engaño 307

2) Exacción agravada por el destino del tributo (concusión)

§ 2068. El texto legal 308
§ 2069. Acciones típicas 308
§ 2070. Objeto 308
§ 2071. Consumación 308
§ 2072. Culpabilidad 309

Capítulo IX *bis*

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

§ 2073. Finalidades del capítulo 309

I. Utilización de informaciones y datos reservados

§ 2074. El texto legal. Bien protegido 309

§ 2075. La acción típica 310
§ 2076. Informaciones y datos 310
§ 2077. Elemento subjetivo 311
§ 2078. Consumación y *tentativa* 311
§ 2079. Autor 311
§ 2080. Culpabilidad 312

II. Enriquecimiento ilícito

§ 2081. El texto y la protección legales 312
§ 2082. Acción típica 312
§ 2083. El enriquecimiento patrimonial apreciable 313
§ 2084. El requerimiento 313
§ 2085. Reparos constitucionales 314
§ 2086. Consumación 314
§ 2087. Autor 314
§ 2088. El delito de la persona interpuesta 315
§ 2089. Culpabilidad 315
§ 2090. Secreto de la prueba 315

Capítulo X

PREVARICATO

§ 2091. Bien protegido 316

I. Prevaricato del juez

§ 2092. El texto legal 316
§ 2093. Acción típica 316
§ 2094. Resolución contraria a la ley invocada 317
§ 2095. Fundamentación en hechos o resoluciones falsos ... 317
§ 2096. Agravante 318
§ 2097. Aspecto subjetivo 318
§ 2098. Consumación 318

§ 2099. Autor 319
§ 2100. Culpabilidad 319

II. Prevaricato de personas equiparadas

§ 2101. El texto legal. Razón de la equiparación 319
§ 2102. Modos de prevaricar 320

III. Prisión preventiva ilegal

§ 2103. El texto legal 320
§ 2104. Acciones típicas 320
§ 2105. Decretar prisión preventiva 320
§ 2106. Prolongar la prisión preventiva 321
§ 2107. Carácter doloso del delito 321
§ 2108. Consumación 322
§ 2109. Autor 322
§ 2110. Culpabilidad 322

IV. Prevaricato de los abogados y otros profesionales

§ 2111. El texto legal. Fundamento 322
§ 2112. Acción típica 323
§ 2113. El perjuìcio 323
§ 2114. La duplicidad infiel 324
§ 2115. Otros modos de perjudicar 325
§ 2116. Elemento subjetivo 325
§ 2117. Consumación y tentativa 325
§ 2118. Autores 325
§ 2119. Culpabilidad 325

V. Prevaricato de otros auxiliares de la justicia

§ 2120. El texto legal 326
§ 2121. Elementos del delito. Remisión 326
§ 2122. Autores 326

CAPÍTULO XI

DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

§ 2123. Carácter de los delitos 327

I. DENEGACIÓN DE JUSTICIA

§ 2124. El texto legal. El deber de juzgar 327
§ 2125. Acción típica 327
§ 2126. Consumación 328
§ 2127. Autor 328
§ 2128. Culpabilidad 328

II. RETARDO DE JUSTICIA

§ 2129. El texto legal 329
§ 2130. Acción típica 329
§ 2131. Requerimiento y plazos 329
§ 2132. Malicia del retardo 329
§ 2133. Consumación 330
§ 2134. Culpabilidad 330

III. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER LA REPRESIÓN

§ 2135. El texto legal 330
§ 2136. Acción típica 330
§ 2137. Consumación 331
§ 2138. Autor 331
§ 2139. Culpabilidad 332
§ 2140. Prueba del inconveniente insuperable 332

CAPÍTULO XII

FALSO TESTIMONIO

§ 2141. Finalidades de la protección legal 332
§ 2142. El cambio de rubro y las derogaciones 332

I. FALSO TESTIMONIO

A) FIGURA BÁSICA

§ 2143. El texto legal. El bien jurídico 333
§ 2144. Acciones típicas 333
§ 2145. Hechos sobre los que debe recaer la falsedad 335
§ 2146. Aspecto subjetivo 335
§ 2147. Consumación 336
§ 2148. Autores 336
§ 2149. Culpabilidad 337

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 2150. Falso testimonio en causa criminal 337
§ 2151. Falso testimonio por soborno 337

II. SOBORNO COMO DELITO AUTÓNOMO

§ 2152. Su derogación como figura autónoma 338

CAPÍTULO XIII

ENCUBRIMIENTO

§ 2153. Autonomía del encubrimiento. Bien protegido 339

I. Favorecimiento

A) Favorecimiento personal

§ 2154. El texto legal 339
§ 2155. Presupuesto del delito 340
§ 2156. Acción típica. Ayuda 341
§ 2157. Omisión de denuncia 341
§ 2158. Consumación 342
§ 2159. Autor 342
§ 2160. Culpabilidad 342

B) Favorecimiento real

§ 2161. El texto legal 343
§ 2162. Acción típica 343
§ 2163. Aspectos subjetivos: la finalidad 343
§ 2164. Presupuestos. Remisión 344
§ 2165. Consumación 345
§ 2166. Autor 345
§ 2167. Culpabilidad 345

II. Receptación

§ 2168. Carácter común 345

A) Receptación de cosas que se saben procedentes de delitos

§ 2169. El texto legal 346
§ 2170. Acción típica 346
§ 2171. Presupuestos del delito 346
§ 2172. Elementos subjetivos 346
§ 2173. Consumación y tentativa 347
§ 2174. Autor 347
§ 2175. Culpabilidad 347
§ 2176. La agravante de habitualidad 347

B) Receptación de cosas de procedencia sospechosa

§ 2177. El texto legal 348
§ 2178. Acciones típicas 348
§ 2179. Elementos subjetivos 348
§ 2180. Cuestión sobre el carácter del delito 349
§ 2181. Consumación 349
§ 2182. Culpabilidad 349

III. Excusa absolutoria

§ 2183. El texto legal 349
§ 2184. Encubrimientos comprendidos 350
§ 2185. Sujetos comprendidos 350

Capítulo XIV

EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA

§ 2186. La protección legal 351

I. Evasión

§ 2187. El texto legal 351
§ 2188. Acción típica 351
§ 2189. Los medios 352
§ 2190. Consumación y tentativa 353
§ 2191. Autoría y participación 353
§ 2192. Culpabilidad 353

II. Favorecimiento de evasión

§ 2193. Supuestos contemplados 354

A) Favorecimiento doloso

§ 2194. El texto legal 354

§ 2195. Acción típica 354
§ 2196. Relación causal 354
§ 2197. Consumación 355
§ 2198. Autor 355
§ 2199. Culpabilidad 355

B) Favorecimiento culposo

§ 2200. El texto legal 355
§ 2201. Acción típica 356
§ 2202. Consumación 356
§ 2203. Autor 356

III. Quebrantamiento de inhabilitación

§ 2204. El texto y la protección 356
§ 2205. Acción típica 357
§ 2206. Consumación 357
§ 2207. Autor 358
§ 2208. Culpabilidad 358

Título XII

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

§ 2209. El bien protegido 359
§ 2210. Modos comisivos: imitación, inmutación y supresión 362

Capítulo I

FALSIFICACIÓN DE MONEDA, BILLETES DE BANCO, TÍTULOS AL PORTADOR Y DOCUMENTOS DE CRÉDITO

§ 2211. La protección legal: la moneda como instrumento de cambio 363

I. Falsificación de moneda

§ 2212. El texto legal 363
§ 2213. Acciones típicas 363
§ 2214. Objeto 365
§ 2215. Consumación y tentativa 365
§ 2216. Culpabilidad 366

II. Cercenamiento y alteración de moneda

§ 2217. El texto legal. Figuras comprendidas 366

A) Figura genérica

§ 2218. Acciones típicas 366
§ 2219. Consumación, tentativa y culpabilidad 367

B) Figura específica

§ 2220. Acción típica. Autonomía de la figura 367

III. Circulación de moneda falsa recibida de buena fe

§ 2221. El texto legal 368
§ 2222. Presupuesto del delito 368
§ 2223. Acciones típicas 368
§ 2224. Elemento subjetivo 369
§ 2225. Culpabilidad 369

IV. Falsificación de valores equiparados

§ 2226. El texto legal 369
§ 2227. Sentido de la equiparación. Acciones típicas 369
§ 2228. Objetos equiparados 370
§ 2229. El cheque como objeto de los delitos de los artículos 285 y 297 371

V. Falsificación de moneda y valores extranjeros

§ 2230. El texto legal 372
§ 2231. Objetos 372
§ 2232. Acciones típicas 372

VI. Emisión ilegal

§ 2233. El texto legal. Carácter del delito 373
§ 2234. Acciones típicas 374
§ 2235. Objetos 374
§ 2236. Autor y participación 375
§ 2237. Consumación y tentativa 375
§ 2238. Culpabilidad 375

Capítulo II
FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS

§ 2239. Sentido de la protección legal 376

I. Falsificación de sellos

§ 2240. El texto legal 377
§ 2241. Carácter y requisitos 377

A) Falsificación de sellos oficiales

§ 2242. Objeto 377
§ 2243. Confluencia de figuras 377
§ 2244. Consumación y tentativa 378
§ 2245. Culpabilidad 378

B) Falsificación de efectos timbrados

§ 2246. Objetos 378
§ 2247. Consumación y tentativa 379
§ 2248. Culpabilidad 380

C) Impresión fraudulenta de sello verdadero

§ 2249. Carácter de la falsificación 380
§ 2250. Ilegalidad de la impresión 380
§ 2251. Acción típica. La "impresión fraudulenta" 380
§ 2252. Elementos del delito. Remisión 381

II. Falsificación de marcas y contraseñas

§ 2253. El texto legal 382
§ 2254. Objetos 382
§ 2255. Acciones típicas 383
§ 2256. Consumación 383
§ 2257. Confluencia de figuras 383
§ 2258. Culpabilidad 383

III. Falsificación de billetes de empresas públicas de transporte

§ 2259. El texto legal 383
§ 2260. Acción típica 384
§ 2261. Objetos 384
§ 2262. Consumación 384
§ 2263. Culpabilidad 384

IV. Falsificación de numeración individualizadora

§ 2264. El texto legal 384
§ 2265. Acciones típicas 385
§ 2266. Objetos 385
§ 2267. Consumación y tentativa 385
§ 2268. Culpabilidad 385

V. Falsificación de impresiones individualizadoras en armas

§ 2269. Derogación del régimen 386

§ 2270. Falsificación 386
§ 2271. Consumación. Culpabilidad 387
§ 2272. Uso o tenencia de armas y materiales ofensivos con impresiones falsificadas 387

VI. Restauración de sellos, timbres, marcas y contraseñas inutilizados

§ 2273. El texto legal 387
§ 2274. Acciones típicas 388
§ 2275. Consumación y tentativa 388
§ 2276. Culpabilidad 388

VII. Uso y tráfico de sellos, timbres, marcas y contraseñas inutilizados

§ 2277. El texto legal 389
§ 2278. Acciones típicas 389
§ 2279. Elemento subjetivo 389
§ 2280. Consumación 390
§ 2281. Culpabilidad 390

VIII. Punibilidad de los funcionarios públicos

§ 2282. El texto legal 390
§ 2283. Presupuesto de aplicación de la punibilidad especial 390

Capítulo III

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL

§ 2284. Un concepto "penal" de documento 391
§ 2285. El documento como "escrito" 392
§ 2286. "Tenor" del documento 394
§ 2287. Individualización del sujeto que origina el documento. El requisito de la firma 395

§ 2288. Documento falso atribuido a persona inexistente 397
§ 2289. Actualidad de la significación jurídica del documento. Sus efectos 397
§ 2290. Documento e instrumento 401

I. Falsedad material

§ 2291. Modalidades de la protección 402

A) Figura básica

§ 2292. El texto legal 403
§ 2293. El objeto material. Enunciaciones legales 403
§ 2294. Documentos públicos 403
a) Copias y testimonios. Microrreproducción 405
b) Conversión de documento privado en documento público 405
c) Documentos caracterizados como públicos por la entidad de la cual emanan. Constancias de depósitos bancarios 406
d) Documentos públicos extranjeros 406
§ 2295. Documentos privados 407
§ 2296. Acción típica 409
§ 2297. La imitación parcial en los documentos "con blancos" y "en blanco" 411
§ 2298. La adulteración 412
§ 2299. Trascendencia objetiva de la acción 412
§ 2300. La posibilidad de perjuicio 413
§ 2301. Casos en que tiene que descartarse la potencialidad dañosa del documento falso 416
§ 2302. Preexistencia del perjuicio 417
§ 2303. Consumación 418
§ 2304. Tentativa 419
§ 2305. Culpabilidad 419
§ 2306. Autoría 419
§ 2307. Participación 420

B) Figuras especiales

§ 2308. Textos legales 420

§ 2309. Documentos de identidad 420
§ 2310. Documento nacional de identidad y cédula de identidad 421
§ 2311. Cédulas de identidad extranjeras 422
§ 2312. Pasaportes 422
§ 2313. Cédulas militares y de fuerzas de seguridad 422
§ 2314. El contenido de falsedad en los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas 423
§ 2315. Delitos referentes a la identidad de las personas contemplados en leyes especiales. Confluencia de figuras 423
§ 2316. Documentos relacionados con automotores 424
§ 2317. Documentos que acreditan la titularidad del dominio 424
§ 2318. Documentos que acreditan la habilitación para circular 425
§ 2319. Culpabilidad 425

II. Falsedad ideológica

A) Figura básica

§ 2320. Texto legal 426
§ 2321. Concepto de falsedad ideológica 427
§ 2322. Documentos sobre los que puede recaer 427
§ 2323. Acciones típicas 428
§ 2324. La conducta de insertar 428
§ 2325. La conducta de hacer insertar 428
§ 2326. La posibilidad de perjuicio como elemento del tipo 429
§ 2327. Contenido de la falsedad en la falsedad ideológica .. 429
§ 2328. Falsedad ideológica y simulación 430
§ 2329. Consumación 431
§ 2330. Tentativa 432
§ 2331. El ejercicio del derecho en la falsedad ideológica .. 432
§ 2332. Culpabilidad. El dolo de la falsedad ideológica ... 432
§ 2333. Violaciones del deber de cuidado y su relación con las falsedades documentales 432
§ 2334. Autoría 433
§ 2335. Participación 433
§ 2336. Subsidiariedad de la falsedad ideológica y posibilidades de concurso 433

§ 2337. La falsificación ideológica como procedimiento de agotamiento y ocultación de otro delito 434
§ 2338. Casos de efectiva subsidiariedad de la falsedad ideológica 434

B) FIGURAS ESPECIALES

§ 2339. Texto legal 435
§ 2340. Objetos de las figuras especiales 435

III. FALSEDAD POR SUPRESIÓN

§ 2341. El texto legal 436
§ 2342. Supresión y falsedad 437
§ 2343. Objeto del delito 437
§ 2344. Extensión de la remisión a los artículos 292 y 293 ... 438
§ 2345. Acciones típicas. Supresión y destrucción 438
§ 2346. Supresión y ocultación 439
§ 2347. Supresión y sustracción 439
§ 2348. Supresión y destrucción total o parcial. Alteración y destrucción parcial 439
§ 2349. Supresión del tenor como resultado de la acción 440
§ 2350. Cuestiones especiales. Supresión y destrucción de copias 441
§ 2351. Cuestiones especiales. Destrucción parcial y reconstrucción 442
§ 2352. Cuestiones especiales. Supresión de documento y prueba subsidiaria 442
§ 2353. La posibilidad de perjuicio 442
§ 2354. Consumación 443
§ 2355. Tentativa 443
§ 2356. Culpabilidad 444
§ 2357. Autoría y participación. Aplicación de los principios generales 444
§ 2358. Confluencia de figuras. Falsedad por supresión y figuras de apoderamiento ilegítimo 444
§ 2359. Falsedad por supresión y figuras defraudatorias 445
§ 2360. Falsedad por supresión y violación de medios de prueba, registros o documentos 446

IV. Falso certificado médico

§ 2361. *El texto legal* 446
§ 2362. Figuras contempladas y carácter de la falsedad 447

A) Figura de daño

§ 2363. Conducta típica 447
§ 2364. *Contenido de la falsedad* 448
§ 2365. El resultado de daño 448
§ 2366. Consumación 449
§ 2367. Tentativa 449
§ 2368. Culpabilidad. Contenido cognoscitivo del dolo 450
§ 2369. Contenido volitivo 451
§ 2370. El autor y la aplicación de las reglas generales de la participación 451
§ 2371. Confluencia de figuras. Carácter "subsidiario" de la figura 452

B) Figura de peligro

§ 2372. Carácter de la figura 452
§ 2373. Conducta típica 452
§ 2374. El resultado de peligro 452
§ 2375. Concepto de detención y razón de ser de ella 453
§ 2376. Consumación 453
§ 2377. Tentativa 454
§ 2378. Culpabilidad 454
§ 2379. Autoría. Posibilidad de participación 454
§ 2380. Confluencia de figuras. Falsa certificación y privación de libertad 454

V. Uso de documento falso

§ 2381. El texto legal 455
§ 2382. Conducta típica 455
§ 2383. Requerimiento de resultado 456
§ 2384. El documento falso como objeto instrumental del delito 456

§ 2385. Uso falso de documento verdadero 457
§ 2386. Consumación 457
§ 2387. Tentativa 457
§ 2388. Mera invocación de documento falso 458
§ 2389. Culpabilidad 458
§ 2390. *Autoría y participación* 458
§ 2391. Confluencia de figuras. Autoría de falsificación y uso de documento falso 458
§ 2392. Participación en la previa falsificación y uso de documento falso 459
§ 2393. Concurrencia del uso de documentos falsos con otros delitos 460

VI. Documentos equiparados a instrumentos públicos

§ 2394. Texto legal 460
§ 2395. Sentido de la equiparación 460
§ 2396. Consecuencias en cuanto a las falsedades comprendidas 461
§ 2397. Consecuencias en cuanto a la consumación del delito 461
§ 2398. Objetos comprendidos. Carácter limitativo de la enunciación legal 461
§ 2399. Testamentos 461
§ 2400. El cheque como objeto de los delitos de falsedades documentales 462
§ 2401. Falsificación de endosos 463
§ 2402. Falsificación y libramiento de cheque en formulario ajeno 464
§ 2403. Letras de cambio 466
§ 2404. Títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador 466

VII. Punibilidad de los funcionarios públicos

§ 2405. El texto legal 467
§ 2406. Carácter de la norma. Sujetos comprendidos 467
§ 2407. Situación de los escribanos públicos 468
§ 2408. Requisito de aplicación de la inhabilitación prevista por el artículo 298: el abuso funcional 468

VIII. Falsedades relacionadas con facturas de crédito

§ 2409. Texto legal 469
§ 2410. La nomenclatura legal 469
§ 2411. El documento objeto de los delitos 470
§ 2412. Los delitos previstos como figuras de falsedad ideológica 470
§ 2413. Ataque al bien jurídico protegido 471

A) Expedición o aceptación de facturas de crédito falsas

§ 2414. Conductas típicas 471
§ 2415. Requisitos del objeto del delito 471
§ 2416. La posibilidad de perjuicio 472
§ 2417. Consumación y tentativa 472
§ 2418. Culpabilidad 473
§ 2419. Confluencia de figuras. Concurso con figuras defraudatorias 473

B) Incumplimiento de la obligación asumida según la factura de crédito

§ 2420. El delito previsto 473

Capítulo IV

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

§ 2421. La fabricación, introducción o tenencia de instrumentos para falsificar 474
§ 2422. El texto legal. Carácter del delito 474
§ 2423. Conductas típicas 474

§ 2424. Objetos del delito 475
§ 2425. Consumación 477
§ 2426. Tentativa 477
§ 2427. Culpabilidad 478
§ 2428. El autor y las posibilidades de complicidad 478
§ 2429. Confluencia de figuras. Subsidiariedad del delito .. 478

CAPÍTULO V

DE LOS FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA

§ 2430. El bien jurídico protegido 479

I. AGIOTAJE

§ 2431. El texto legal 480
§ 2432. Acción típica 480
§ 2433. Objetos 481
§ 2434. Autoría 481
§ 2435. Consumación y tentativa 481
§ 2436. Culpabilidad 482

II. OFRECIMIENTO FRAUDULENTO DE EFECTOS

§ 2437. El texto legal 482
§ 2438. Acción típica 482
§ 2439. Objetos 483
§ 2440. Consumación 483
§ 2441. Culpabilidad 483

III. BALANCE O INFORME FALSO

§ 2442. El texto legal. Variaciones. Figuras comprendidas 483

A) BALANCE FALSO

§ 2443. *Acciones típicas* 484
§ 2444. Objetos 484
§ 2445. Consumación 485
§ 2446. Autores 485
§ 2447. Culpabilidad 485

B) INFORME FALSO

§ 2448. Acción típica 486
§ 2449. Consumación 486
§ 2450. Autoría y participación 486
§ 2451. Culpabilidad 486

IV. AUTORIZACIONES INDEBIDAS

§ 2452. El texto legal. Variaciones 487

A) FIGURA BÁSICA

§ 2453. Acciones típicas 487
§ 2454. Elemento subjetivo 488
§ 2455. Autores 488
§ 2456. Culpabilidad 489

B) FIGURA AGRAVADA

§ 2457. Circunstancias de agravación 489
§ 2458. *Confluencia de figuras* 489
§ 2459. Culpabilidad 490

V. INFRACCIÓN DE OBLIGACIONES COMERCIALES (DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 301 *BIS*)

§ 2460. El texto derogado 490

CAPÍTULO VI

DEL PAGO CON CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS

§ 2461. Tratamiento legislativo y doctrinario 490
§ 2462. El bien jurídico protegido 491
§ 2463. Objeto de los delitos: el cheque 491
§ 2464. Clases de cheques 492
§ 2465. Subsidiariedad de las figuras 492

I. LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS

§ 2466. El texto legal 493
§ 2467. Acción típica 494
§ 2468. Consumación 496
§ 2469. Autoría y participación 496
§ 2470. Culpabilidad 496

II. LIBRAMIENTO DE CHEQUES QUE LEGALMENTE NO PUEDEN SER PAGADOS

§ 2471. El texto legal 497
§ 2472. Acción típica 497
§ 2473. Elemento subjetivo 497
§ 2474. Consumación 498
§ 2475. Autoría 498
§ 2476. Culpabilidad 498

III. BLOQUEO Y FRUSTRACIÓN DE CHEQUE

§ 2477. El texto legal. Figuras comprendidas 498

A) BLOQUEO DE CHEQUE

§ 2478. *Acción típica* 498
§ 2479. Consumación 499
§ 2480. Culpabilidad 499

B) FRUSTRACIÓN DE CHEQUE

§ 2481. Acción típica 499
§ 2482. La malicia 500
§ 2483. Consumación 500
§ 2484. Culpabilidad 500

IV. LIBRAMIENTO DE CHEQUE EN FORMULARIO AJENO

§ 2485. El texto legal 500
§ 2486. Acción típica 500
§ 2487. Elemento normativo 501
§ 2488. Consumación 501
§ 2489. Autoría 501
§ 2490. Culpabilidad 502

V. LOS CHEQUES DIFERIDOS Y LOS INCISOS DEL ARTÍCULO 302 DEL CÓDIGO PENAL

§ 2491. Aplicabilidad del artículo 302 del Código Penal 502

Bibliografía 505

TÍTULO VII

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

§ 1357. *CAMBIO DE RUBRO DEL TÍTULO.* – La ley 21.338, como lo había hecho la ley 17.567, rubricaba el título "Delitos contra la seguridad común" para "que con claridad se destaque la idea central común a casi todas las figuras... de que el núcleo del delito consiste aquí en la creación de un peligro común" (Exposición de motivos, ley 17.567); aunque esa idea central no es ahora muy distinta, se ha vuelto a la denominación original que no deja de ser algo impropia.

Como prácticamente en todos los capítulos aparecen modificaciones, también aquí observamos con fidelidad en la exposición el plan de la ley vigente.

§ 1358. *SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD COMÚN.* – Al paso que todo delito o contravención trata de proteger la seguridad jurídica, entendida como el estado que permite y obliga a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad a vivir de acuerdo con los mandatos del derecho, con la consiguiente respuesta anímica de cada miembro de la sociedad que le permite esperar que los demás actúen de acuerdo con esos mandatos, los delitos de que trata este título están dirigidos a proteger la *seguridad común*; se entiende por tal la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las acciones típicas que los constituyen son todas ellas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla.

§ 1359. *EL PELIGRO COMÚN.* – Mientras que en otros títulos del Código Penal los bienes o personas cuya integridad se protege son

determinados en cuanto titulares de esa protección (la vida de la víctima del homicidio, la tenencia del tenedor en el hurto, etc.), esos titulares están aquí, en principio, indeterminados. El peligro que generan las acciones típicas es un *peligro común*, es decir, un peligro en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda una comunidad o colectividad. Las características de esas acciones indican que su autor no puede limitar su eventual poder vulnerante a determinados bienes o a determinadas personas; éste puede extenderse a cualquiera de los componentes de la comunidad o colectividad.

§ 1360. *Carácter de las figuras.* – La circunstancia de que las acciones típicas se punan en este título a causa del peligro común que crean o pueden crear al atacar la seguridad común, no descarta que muchas se compongan de daños reales a bienes o personas (como ocurre en el incendio, el ataque pirático, etc.), pero aquí el derecho no las sanciona por sus resultados tangibles, sino porque por medio de esos daños se ha creado un peligro común, que indeterminadamente han corrido *realmente* (de modo concreto) bienes o personas. Sin perjuicio de ello, muchas de las figuras incluidas son de *peligro abstracto*; sus delitos se consuman con la pura acción, que se castiga por constituir su misma realización un peligro común (p.ej., tenencia de armas de guerra).

Capítulo I

INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

§ 1361. *Las figuras de estrago.* – Se dice que es precisamente en este capítulo donde se contemplan las figuras genéricas de *estrago*, en cuanto daño de magnitud que afecta o amenaza a una gran cantidad de personas o bienes, componentes de toda una colectividad o de parte de ella, ya que en los otros capítulos el legislador, más bien, habría tenido en cuenta la afectación de bienes jurídicos de alguna manera específicos (el transporte, las comunicaciones, la salud).

La ley, aunque incluye en el capítulo figuras que requieren determinados resultados junto con otras que agotan su materialidad en la pura acción, tiene en cuenta la proyección de todas ellas hacia el peligro común indeterminado, sea en forma de peligro concreto realmente corrido, sea en la forma abstracta, donde la aparición del peligro se considera en base a la normalidad de la experiencia; ejemplo de lo primero es el incendio o el estrago propiamente dicho; de lo segundo, la tenencia de armas y explosivos.

I. INCENDIO, EXPLOSIÓN E INUNDACIÓN

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 1362. *CAMBIOS OPERADOS A RAÍZ DE LA REFORMA.* – El texto vigente del art. 186 en cuanto contempla la figura básica es: "El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: *1*) con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes". El mismo artículo, en la versión de la ley 21.338 decía: "El que mediante incendio creare un peligro común para las personas o los bienes, será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años".

Sin esfuerzo alguno se notan las diferencias y los distintos problemas que plantea la norma vigente: *a*) las acciones materiales son distintas; *b*) no se configura de la misma manera la descripción de la conducta prohibida, y *c*) tampoco es igual la referencia a la extensión del peligro.

a) La acción de *incendio* es, desde luego, la misma que se apreciaba en la ley derogada; la de *explosión* es la que ésta preveía en el art. 186 *bis*; la de *inundación* en dicha ley aparecía contemplada en el art. 187 como estrago y, como mero peligro potencial, en el art. 188, párr. 1°.

El primer problema que nos ofrece el texto vigente es, precisamente en esta última acción, distinguir la inundación del art. 186 de la inundación como estrago del art. 187. La interpretación que nos proporciona con mayor solvencia esa distinción es la que da Soler: la inundación prevista por el art. 187 es la que ha producido estrago en cuanto destrucción efectiva y grande de bienes, en tanto que la

inundación meramente peligrosa es la que queda ubicada en el art. 186, inc. 1°.

b) En principio, no es exactamente lo mismo "crear un peligro común mediante incendio" que incendiar, hacer explotar o inundar originando un peligro común. La diferencia repercute especialmente en la culpabilidad: para aquella fórmula, la voluntad de incendiar debe estar claramente acompañada del conocimiento del riesgo que implica la acción emprendida para la seguridad común, y en esa voluntad tiene que estar presente, cuanto menos, la aceptación de la creación del peligro como probabilidad, aunque éste no sea una finalidad expresa del autor; en la segunda fórmula, este aspecto no se delinea con igual claridad. Sin embargo, de igual modo ha sido concebida la culpabilidad del delito según el texto del art. 186 vigente, lo que no deja de ser correcto, pues también en él ese peligro común integra la figura como elemento.

c) Donde se aprecia con mayor nitidez un apartamiento de las fórmulas es con respecto a la extensión del peligro: en la ahora aplicable sólo se indica al peligro común para los bienes, como razón de la inclusión, la causación del incendio, explosión o inundación en la figura básica, mientras que la ley 21.338 se refería también al peligro para las personas. Pero, si tenemos presente que para la figura calificada el peligro de muerte tiene que recaer sobre persona o personas de algún modo determinadas, faltando tal determinación, cuando el peligro incida sobre las personas, forzosamente el hecho tendrá que quedar cubierto por la figura básica.

1) Incendio

§ 1363. *La acción típica. El "fuego peligroso".* – En nuestro sistema, el incendio sólo se pune como delito contra la seguridad común, si es un medio empleado o que haya repercutido en la creación de un peligro común.

Siendo así, la antigua conceptualización del incendio en cuanto delito contra la seguridad común como *fuego peligroso* es específicamente aplicable a nuestro derecho penal. El incendio típico del art. 186 es el fuego peligroso, que se caracteriza por su *expandibilidad*, a causa de que, en sí mismo, es incontrolable, aunque pueda ser controlado por una particular acción del hombre (p.ej., mediante

tareas de apagamiento) o neutralizado por acontecimientos naturales (lluvia, vientos contrarios). No basta, sin embargo, cualquier expandibilidad del fuego, sino la que se traduce en la posibilidad de su extensión a bienes distintos de aquel en el que se originara y que sean indeterminados, tenga esa posibilidad origen en la propia entidad o calidad del fuego, ya lo tenga en las particulares circunstancias o condiciones del bien amenazado. Cuando éste es determinado, es decir, cuando el fuego no puede afectar más que a bienes circunscriptos, además de aquel en el que se produjo inicialmente, sin posibilidad de extenderse a otros, se puede salir de la figura para entrar en la de daño.

El peligro común creado por el fuego debe ser un peligro concreto, es decir, efectivamente corrido por bienes indeterminados a raíz de su expandibilidad; no es por tanto suficiente para el tipo el hecho de que, normalmente, un fuego de las características del producido genere ese peligro, si es que realmente éste no ha existido, sin perjuicio, por supuesto, de que el delito quede en tentativa.

Correlativamente, una vez corrido el peligro común causado por el incendio, no interesan ya las características de éste: no es imprescindible, por ejemplo, que se presente con llamas, ni que su vastedad sea elemento determinante de la tipicidad; un fuego *grande* puede no constituir el incendio del art. 186 (p.ej., la quema de un potrero extenso, acotado por cursos de agua que impiden el paso del fuego).

§ 1364. *Consumación y tentativa.* – En nuestro derecho, el delito –que es instantáneo– se consuma con la creación del peligro común a causa del incendio; no alcanza para ello la acción de prender fuego comunicándolo a uno o más bienes, cuando el peligro no lo han corrido efectivamente bienes o personas indeterminados.

Pero como adelantamos, esta última acción puede constituir tentativa cuando, siendo idóneo el fuego comunicado para suscitar el peligro común y habiendo seleccionado el autor ese medio para suscitarlo, el peligro no se produjo realmente por causas ajenas a su voluntad (p.ej., porque lo impidieron la acción de terceros o acontecimientos naturales); si el impedimento de la causación del peligro reconoce su origen en la voluntariedad del propio autor (p.ej., que apaga el fuego antes de que aparezca el peligro) podría darse una situación de desistimiento impune.

§ 1365. *Confluencia de figuras.* – En principio, el delito puede concurrir realmente con otros muchos, incluso en los casos en que el incendio está previsto, aunque sea implícitamente, como medio de perpetración de otro delito; así ocurre con el homicidio calificado del art. 80, inc. 5°, del Cód. Penal, en el cual, si el medio catastrófico fue el del art. 186, ya vimos que aquella disposición no desplaza a ésta, sino que ambos hechos concurren realmente. Más restringidas serán las posibilidades de reconocer la aplicación de las reglas sobre el concurso ideal, ya que en los casos en que el mismo delito de incendio puede constituir el *corpus* de otro delito (p.ej., un daño), la existencia del peligro común creado por la acción –y su aceptación por parte del autor– excluirá el delito contra bienes determinados para dejar subsistente el delito contra la seguridad común (p.ej., quien para quemar la casa del vecino origina una fuego peligroso que amenaza a construcciones vecinas).

§ 1366. *Autoría y participación.* – En nuestro derecho no es solamente típica la acción de quien enciende el fuego que origina el peligro, sino también la acción del que utiliza el fuego encendido por otro para hacerlo peligroso (avivándolo, alimentándolo, eliminando elementos de contención, etc.); para ser autor, basta con que se haya adoptado una conducta causal determinante de la creación del peligro mediante el fuego, aunque no se haya intervenido causalmente en la producción de la combustión misma: no es la producción del fuego en sí lo que configura la autoría, sino la del peligro común. La figura admite la aplicación de los principios generales de la participación.

§ 1367. *Culpabilidad.* – El dolo no se especifica, por consiguiente, en la voluntad de producir la combustión, sino en la de crear un peligro común mediante ella. Quiere decir que en el contenido cognoscitivo de la culpabilidad tiene que estar en la conciencia del riesgo que el incendio implica para bienes o personas indeterminados, o sea, de la característica del peligro común que aquél puede entrañar. Claro está que en el contenido voluntario de la culpabilidad no opera sólo el dolo directo, sino también el eventual: quien encendió fuego sin la expresa finalidad de crear un peligro común, pero aceptando la probabilidad de su creación, queda comprendido también en el art. 186.

2) Explosión

§ 1368. *La acción típica.* – Como en la figura anterior, la acción es la de crear un peligro común, pero en la que nos ocupa el medio para crearlo es la *explosión*.

La *explosión* es la liberación súbita (instantánea) y violenta (algunos dicen irrefrenable) de energía. Puesto que en nuestro derecho no se da la enumeración circunstanciada de los objetos o materias que pueden producir la explosión, es típicamente suficiente con que ella ocurra, cualquiera que fuere su fuente o mecánica: combustión (pólvora), compresión (vapor), percusión (nitroglicerina), transformación (mezcla de ácidos); parte de nuestra doctrina ha dudado de que puedan colocarse en el tipo las explosiones que no importen desintegración, transformación o combustión (Soler), como pasa con la explosión producida por los gases acumulados en los fardos de pasto; pero la indistinción de nuestra ley no permite tales diferenciaciones. Por supuesto que tiene que ser una explosión de suficiente magnitud para crear un *peligro común*: la explosión que carezca de esa calidad quedará fuera de la punibilidad, a menos que pueda castigársela como tentativa.

§ 1369. *Consumación.* – La consumación ocurre cuando se produce la explosión que ha creado el peligro común; la explosión que se ha producido sin crear ese peligro, detiene el hecho en tentativa; pero esta última también alcanza al acto de la colocación de los explosivos con la finalidad típica cuando no llegan a estallar por causas extrañas a la voluntad del autor, incluidas las deficiencias mecánicas, siempre que no conviertan el medio en absolutamente inidóneo para explotar, pues entonces estaremos ante una tentativa de delito imposible.

§ 1370. *Confluencia de figuras.* – En cuanto a los problemas concursales, podemos remitirnos a lo dicho al tratar del incendio, ya que las situaciones posibles son similares.

§ 1371. *Culpabilidad.* – No ofrece mayores problemas, es similar a la de la figura anterior; sus exigencias y los casos de exclusión se rigen por los principios generales.

3) Inundación

§ 1372. *Concepto.* – Es la invasión de las aguas en terrenos que no constituyen sus cauces ni sus depósitos naturales; no es inundación el hacer correr impetuosamente las aguas por su lecho (contra: Soler), sin perjuicio de que ese hecho constituya el delito de estrago por considerarse como otro medio poderoso de destrucción. Como en los otros casos, tiene que importar un daño que entrañe un peligro común y para ello es menester que se trate de un caudal de agua de cierta magnitud (un caudal insuficiente para crear ese peligro sólo podrá configurar los delitos de daño o de usurpación).

Pero no importa si la invasión de las aguas se produce súbita, rápida o impetuosamente (para Soler sería el único modo), o gradual y lentamente, siempre que su control no pueda ejercerse por medios comunes. Tampoco importa cuál haya sido el medio empleado por el autor para lograr la invasión de las aguas: desviar el lecho, derribar sus contenciones naturales, utilizar medios mecánicos (bombeo). Con referencia al daño en los diques y los problemas concursales que pueden plantearse, lo veremos al tratar el art. 188 del Cód. Penal.

En cuanto a los problemas de concurso aparente que puede plantear el tipo, ya nos hemos referido a ellos.

B) Figuras especiales

§ 1373. *Estrago rural.* – El inc. 2° del art. 186 vigente castiga con reclusión o prisión de tres a diez años al "que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

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

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

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

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

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

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

De ningún modo estamos en presencia de figuras calificadas, derivadas de la anterior, sino ante un delito completamente autónomo; véase si no: *a*) la pena es la misma de la figura básica del art. 186, inc. 1°, y *b*) aquí no se tiene en cuenta la repercusión de peligro común del incendio o la destrucción; por tanto no se está protegiendo la seguridad común, sino la riqueza rural (Núñez). Por lo que se ha llegado a la conclusión de que estamos ante un delito de daño injertado entre los delitos contra la seguridad común (Soler), cuya acción es la de destruir por cualquier medio, incluso el incendio, los objetos mencionados que, claro está, entendiendo así la disposición, tienen que tratarse de bienes ajenos.

El delito se consuma con la destrucción de dichos objetos; si no se da una destrucción efectiva de alguno de ellos, el hecho podrá asumir el grado de tentativa. Su culpabilidad requiere el dolo de destruirlos, por lo menos como afrontamiento de la acción aceptando la probable ocurrencia de la destrucción.

Si el incendio o procedimiento destructor ha originado peligro común para los bienes –incluido el de la integridad de las personas–, parece que la figura queda desplazada por la del inc. 1°, si es que la causación del peligro común, como mínimo, puede ser asignada como modalidad de dolo eventual en la asunción de la conducta por el agente.

C) Figuras agravadas

§ 1374. *Agravantes actuales.* – En los incs. 3° a 5°, el actual art. 186 prevé figuras calificadas. La doctrina refiere estas agravantes a la figura básica del inc. 1°, pero, tanto por la ubicación como por la formulación de las normas, abarcan a ambas figuras básicas, es decir, las circunstancias enunciadas también agravan los delitos del inc. 2°.

Por el inc. 3°, la pena es de "reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo,

arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería".

La ley 21.338 agravaba el incendio (con pena de seis a quince años de reclusión o prisión), "si hubiere peligro de... que el incendio... destruya bienes de gran valor científico, artístico, cultural, religioso, militar o industrial". Todos los objetos enunciados en el texto vigente quedaban comprendidos, en las designaciones, al de la ley derogada, pero, sin duda, no todos los objetos que se podían incluir como comprendidos por ésta, pueden ahora considerarse cubiertos por el inc. 3° vigente: no sólo dejarán de estar en él los bienes de valor industrial o religioso, sino que la formulación enumerativa de los objetos de valor cultural, artístico o militar dejará afuera de la protección más intensa a los objetos que, aun revistiendo ese valor, no se hallen taxativamente enunciados.

El inc. 4° castiga con "reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona". La ley 21.338 determinaba penas de la misma especie, pero de seis a quince años. La fórmula, sin embargo, es la misma, por lo que la doctrina redactada con respecto a cualquiera de los textos es válida.

Lo mismo pasa con el inc. 5°, que pena con "reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de muerte de alguna persona", ya que el párr. *c* del inc. 2°, según la ley 21.338, también lo hacía con las mismas especies de penas privativas de libertad, pero de diez a veinticinco años.

§ 1375. *Figuras agravadas que han sido eliminadas.* – De las que traía la ley 21.338 han desaparecido las siguientes circunstancias de agravación: *a*) peligro de multiplicación del incendio (art. 186, párr. 2°, *a*); *b*) peligro de que determinen explosiones (ídem); uno como otro caso quedan ahora comprendidos en la figura básica, tanto más cuanto la explosión la integra específicamente; *c*) destrucciones de bienes de valor (art. 186, párr. 2°, *a*) que ahora quedan punidas junto con el peligro de destrucción con respecto a los objetos enunciados en el inc. 3° vigente; *d*) causación inmediata de lesiones graves o gravísimas (art. 186, *c*); en cuanto ellas signifiquen un peligro de muerte para quien las ha sufrido, se estará en la agravante del inc. 4°; de lo contrario, en la figura básica, sin perjuicio de la consideración del concurso (lo que es materia discutible), y *e*) incendio con fines subversivos y resultado de muerte o lesiones gra-

vísimas (art. 186, inc. 2°, *d*); sin embargo, en estos casos deberá tomarse en consideración la agravante genérica que trae ahora el art. 227 *ter*.

§ 1376. *La derogación del artículo 186 "bis".* – La vuelta a los textos originales ha producido la derogación del art. 186 *bis* que obraba en la ley 21.338 (derogado por la ley 23.077). De las acciones previstas en él, la de producir *explosión* ha pasado a integrarse en el art. 186; en cuanto a la *liberación de energía nuclear*, no estando ya prevista expresamente, si ella se ha producido mediante explosión también será el art. 186 la norma aplicable; si lo ha sido de otra manera se requerirá para su punición que asuma el carácter de conducta capaz de provocar estragos, lo que dará la posibilidad de ubicarla en el art. 187.

II. Estrago

§ 1377. *El texto legal.* – El art. 187 del Cód. Penal impone las mismas penas que el art. 186 para "el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción". Es el texto original del Código Penal que, habiendo recuperado vigencia por ley 20.509, fue mantenido por la ley 21.338 y no ha sido tocado por la ley 23.077. La ley 17.567 punía al que "causare estrago por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe de un edificio o por cualquier otro medio poderoso de destrucción".

§ 1378. *Carácter del delito. Acción típica.* – Lo que se pune es la producción del *estrago*, es decir, el daño de grandes proporciones que afecta colectivamente a las cosas o personas. Es cierto que nuestra regulación no deja de plantear dificultades en orden a lo que realmente constituye el estrago: si es la producción de las circunstancias que lo provoca por la utilización de los medios enunciados o son los daños que se originan en esas circunstancias; el problema deriva del hecho de que el art. 187 se remite a "las penas señaladas en el artículo precedente", lo cual comprende tanto

la pena de la figura básica como las de las agravadas, y ello quiere decir que la ocurrencia de los peligros y resultados de estas últimas no son condiciones *sine qua non* del estrago; pero creemos que ello no es óbice para señalar que la acción típica del art. 187 tiene que haber importado un *daño* efectivamente concretado que implique, al menos, una situación de peligro común. Es cierto que varios de los medios enunciados por la ley indican que su utilización no puede ser asumida sin dañar; así ocurre con la sumersión o varamiento de nave, el derrumbamiento de edificio y hasta la inundación; pero hay otros medios que no necesariamente tienen por qué resolverse en un daño (tal como una mina puede estallar sin provocar daño), pero en estos casos, cuando el daño falta, podremos estar en la zona de la tentativa, aunque no en el delito consumado, porque el daño es elemento esencial del estrago. En resumen, no hay estrago sin daño, ni es suficiente, para que se dé el estrago, un daño que no importe un peligro común; éste es imprescindible, como en todos los delitos del capítulo. Por ejemplo, nadie negará que el varamiento o la sumersión de un pequeño yate, tripulado por una sola persona, sea sumersión o varamiento de nave, pero de ningún modo tendrá carácter de estrago típico: faltará el peligro común.

§ 1379. *Los medios típicos.* – Este resultado de estrago, o sea de daño considerable con peligro común, tiene que haberse producido por los medios enunciados en la ley, algunos de los cuales, como vimos, ya lo implican por su sola utilización (sumersión o varamiento de nave, derrumbamiento de un edificio, inundación), al paso que otros requieren que hayan causado daños autónomos a su propia utilización (explosión de una mina).

§ 1380. *Sumersión o varamiento.* – La sumersión de la nave es su hundimiento con desaparición de sus obras (hasta las cubiertas superiores) bajo las aguas de manera total, o de un modo tal, que sólo queden fuera de ellas partes de mínima entidad (como mástiles y chimeneas). Varamiento es el asentamiento de los planos inferiores o laterales de la nave sobre el lecho natural o artificial (esclusas a las que se saca el agua cuando la nave está en ellas) del agua. Insistimos en lo ya aclarado: tanto por la calidad de la nave como por las circunstancias en que el hecho se produce, el daño tiene que importar peligro común.

§ 1381. *Derrumbamiento de un edificio.* – Es la precipitación, hundimiento (Núñez) o ruina rápida (tradicionalmente se ha hablado del delito de ruina; ver Soler, Fontán Balestra) de un edificio, es decir, de una obra construida por el hombre, aunque sea aprovechando parte de las configuraciones naturales del terreno, siempre que constituyan habitáculos o espacios más o menos cerrados, que se levanten sobre el suelo, o se hundan en la tierra (p.ej., sótanos); hay obras que aunque son construcciones, no pueden considerarse *edificios* en el sentido de la ley (p.ej., los diques), aunque ese sentido no exige que los edificios estén destinados a ser habitados por personas o a la guarda de animales o cosas (contra: Núñez); así, ciertos monumentos, por su conformación, pueden considerarse edificios (p.ej., un obelisco).

En este supuesto, el mismo derrumbe constituye el daño que es indispensable para constituir el estrago, sin que sea necesaria la producción de otro distinto; pero para que se dé la condición del peligro común que convierte el mero daño en estrago, será necesario que el edificio tenga ciertas proporciones y esté construido con materiales de alguna solidez, de modo que su precipitación constituya una amenaza colectiva.

Además, si bien el derrumbe puede ser total o parcial, este último también debe alcanzar proporciones que sean creadoras de peligro común (p.ej., que se derrumbe parte de un piso; no lo será el simple desprendimiento de algunos ladrillos de la cornisa, la caída de un cielo raso de yeso liviano, etcétera).

No es indispensable que el resultado se produzca inmediatamente respecto de la conducta del agente; puede haber solución de continuidad entre ambas, siempre que no falte la relación de causalidad; será autor del delito de estrago el constructor que dolosamente, para producir derrumbe, planteó mal un edificio o utilizó materiales o técnicas inadecuadas, aunque la precipitación se produzca tiempo después de concluida la construcción.

§ 1382. *Inundación.* – Al tratar el artículo anterior expusimos su concepto y explicamos las cuestiones de concurso aparente que plantea aquel tipo con el que ahora estamos viendo.

§ 1383. *Minas.* – Son explosivos que se hacen detonar bajo tierra, agua u otros elementos naturales o artificiales que los cubren.

Debemos recordar aquí la polémica que planteó en la doctrina la expresión "...inundación, de una mina" (que la ley 17.567 había eliminado). Como el proyecto de 1906 lo que castigaba era la "inundación de una mina", no pocos intérpretes (y hasta en algunas ediciones privadas del código) quitaban la coma colocada por el legislador de 1921/1922 y miraban la figura tal como la habían construido los proyectistas: lo punido era la inundación de una mina, es decir, la introducción de las aguas en los corredores y pozos establecidos bajo tierra para la extracción de productos minerales; pero, evidentemente, no es eso lo que dice la ley. La coma colocada entre *inundación* y *de una mina* independiza dos medios distintos de causación de estragos: la inundación por un lado y la explosión de una mina por el otro, y aunque esto segundo resulte un tanto superabundante, dado el tipo previsto por el art. 186, ésa es la situación actual. Lo cual no empece a que ambos tipos deban ser distinguidos; esa distinción puede ser la siguiente: la creación de un peligro común por medio de la explosión de una mina queda comprendida en el art. 186; la causación de un daño con estrago por medio de la explosión de una mina, en el art. 187; para este segundo no basta la creación de un peligro ni el daño de bienes determinados: es necesario que el daño mismo que se haya producido implique por sí la amenaza a bienes o personas indeterminados. Salvo hipótesis de tentativa, la simple explosión de una mina, sin daño efectivo y sin que acarree peligro común, podrá constituir un delito contra la tranquilidad pública; la explosión de una mina que irrogue daños para personas o bienes determinados sin peligro común, un delito contra la integridad personal o contra la propiedad, pero en ninguno de esos casos se tratará de un delito contra la seguridad común; la explosión de una mina que sin dañar bienes o personas cree un peligro común, constituirá el delito del art. 186, y si aquélla daña bienes o personas con cierta extensión, constituyendo, a la vez, un peligro común, estaremos en el estrago del art. 187, aunque realmente esta última distinción casi es puramente académica, dada la paridad de penas entre los arts. 186 y 187 del Cód. Penal.

§ 1384. *Otros medios.* – El estrago puede producirse, además, por *cualquier otro medio poderoso de destrucción*. Es decir, cualquier medio capaz de producir una destrucción que importe peligro común, o sea, que posea idoneidad para causar daños extensibles a

un número indeterminado de personas y bienes. Por ejemplo, producir súbitas avalanchas de agua sin que ellas salgan de sus cauces, librar gases tóxicos, etcétera. La ley 17.567 enunciaba una circunstancia particular de estrago que ahora queda incluida en esta generalidad: el *desmoronamiento*, entendiéndose por tal la precipitación (súbita o gradual) de elementos sólidos no pertenecientes a edificios, sino a contenciones o accidentes naturales (como montañas, taludes, etcétera). De conformidad con los principios que reconocimos precedentemente, no basta la utilización del medio poderoso de destrucción, si éste no ha producido el daño estragoso, es decir, que contenga en sí peligro común, para que se dé la consumación.

§ 1385. *Consumación.* – Sin embargo, la consumación del estrago no es idéntica en todos los casos. En aquellos en que el estrago está constituido por la utilización de un medio que por sí implica daño (como la sumersión o varamiento de nave, inundación, derrumbe, desmoronamiento) es suficiente con que el medio haya sido utilizado suscitando el peligro común; la actividad enderezada a la utilización del medio sin lograr hacerlo, podrá constituir tentativa. En los supuestos en que el empleo del medio no importa por sí –y necesariamente– un daño (explosión de minas, liberación de gases, etc.), la consumación ocurrirá cuando se dé el daño proveniente de una acción de estrago; la mera utilización del medio sin que se haya producido ese daño, dejará el hecho en tentativa.

§ 1386. *Culpabilidad.* – Es relevante el aspecto cognoscitivo del dolo, constituido por la circunstancia de que la posibilidad del peligro común propio del estrago esté presente en el agente, aunque ello sólo lo conduzca al dolo eventual; quien se coloca en la situación típica conociendo la idoneidad peligrosa del medio que utiliza y aceptando la producción del estrago, comete igualmente el delito.

III. Daño de defensas contra desastres

§ 1387. *Los cambios legislativos.* – El párr. 1º del art. 188 no ha quedado –luego de la ley 23.077– exactamente igual a como era en la ley 21.338. Mientras ésta punía "con prisión de tres a

quince años" al que "dañare o inutilizare diques u otras obras destinadas a la defensa común contra desastres, haciendo surgir el peligro de que éstos se produzcan", el texto vigente reprime "con prisión de uno a seis años" al que, "destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan".

§ 1388. *La acción típica.* – Aunque respecto de la actividad material y los objetos del delito las diferencias no son notables, la *nueva* redacción da un tono distinto a la conducta prohibida. En la ley 21.338 era la de dañar o inutilizar, de cuyas acciones resultare el peligro de desastre, en tanto que en el texto vigente es la de hacer surgir el peligro de desastre mediante la destrucción o inutilización; aunque ello no acuse gran disparidad en orden a la consumación del delito –como hecho contra la seguridad común–, sí puede influir notablemente en la culpabilidad. Con la fórmula de la ley 21.338 bastaba que a la voluntad de dañar o inutilizar se sumara el peligro de desastre como resultado que podía ser preterintencional, lo que ahora no es posible, ya que si la conducta es la de hacer surgir el peligro de desastre destruyendo o inutilizando, también la voluntad del agente tiene que cubrir el resultado de peligro o, por lo menos, darse en él la aceptación de su eventualidad, y éstos se muestran como requisitos *sine qua non* de la culpabilidad típica.

§ 1389. *Objetos del delito.* – Lo que caracteriza fundamentalmente al tipo son los objetos del delito: diques y toda obra destinada a la defensa común contra desastres. No tiene que tratarse, necesariamente, de un destino específico; basta con que se trate de una función que cumpla la obra, aunque no haya estado originaria y específicamente destinada a ella; quedan, por tanto, comprendidas aquéllas afectadas a distintos servicios o funciones (producción de energía, facilitación de accesos montañosos, etc.), cuya destrucción puede causar el desastre, aunque las condiciones previas del mismo las haya creado la obra en sí (p.ej., el dique que, para producir energía, detiene un gran caudal de agua).

Pero la función (principal o accesoria) de seguridad tiene que ser previa al desastre, y éste iniciarse en la destrucción de la obra misma. No quedan comprendidas las obras destinadas a combatir un desastre ya ocurrido (taludes de tierra que se construyen para

detener una inundación en curso) o para prevenirlo (p.ej., torres de observación de incendios), sin que su destrucción sea la causa originaria del desastre.

Dándose la condición funcional a que nos referíamos, no importan ni la pertenencia de la obra (puede ser pública o privada), ni su carácter (pueden ser permanentes o transitorias); pero tienen que ser *obras*: no quedan comprendidas en el tipo las defensas naturales en que no ha intervenido la mano del hombre (p.ej., endicamientos naturales), pero sí, por supuesto, las que el hombre ha fabricado aprovechando y completando resguardos naturales.

§ 1390. *El resultado típico.* – Para que estemos en presencia del tipo, de la destrucción o inutilización de la obra tiene que surgir el peligro de que se produzca el desastre. Ello exige una estricta relación causal entre el atentado producido por el agente en la obra y el peligro de desastre, la cual queda excluida en los casos en que es la actividad de un tercero la que ha creado el peligro, aun aprovechando el atentado perpetrado por el autor.

El peligro debe ser concreto, o sea, efectivamente corrido; tiene que haberse dado la específica posibilidad de que el desastre se produzca, por el atentado mismo, o por las circunstancias que se agreguen a su producción; el mero peligro abstracto, o sea, el que se puede inferir lógicamente de la normalidad del resultado con respecto a la entidad del atentado, deja el hecho en el delito de daño.

Por lo tanto, también se extraen del tipo –ya lo indicamos– los atentados a obras que, en sí mismos, no pueden acarrear el desastre con peligro común, por cuanto aquéllas están destinadas a prevenirlos de modo indirecto (torre de visualización de incendios) o a combatir un desastre ocurrido, casos que quedarán comprendidos en el art. 188, parte 2ª, si se dan sus circunstancias típicas.

§ 1391. *Consumación.* – El delito se consuma con el atentado dañoso y el surgimiento de peligro de desastre. El mero daño sin que surja el peligro común no pasa de ser un daño en cuanto infracción contra la propiedad. Pensamos, como más adelante lo diremos, que la creación del peligro no se cataloga en la estructura típica como finalidad de la acción del agente, por lo cual, en principio, la tentativa sería difícilmente admisible; el principio de ejecución del atentado sin que éste alcance a concretarse, mientras no constituya

otro delito contra la seguridad común, sólo podría encuadrarse como tentativa de daño de los arts. 183 ó 184 del Cód. Penal.

§ 1392. *Culpabilidad.* – Al referirnos a las acciones típicas ya hemos hecho mención de lo atinente a la culpabilidad y a la influencia que tiene en ella la nueva formulación.

IV. Entorpecimiento de defensa contra desastres

§ 1393. *La fórmula vigente y su influencia.* – El texto vigente del art. 188, párr. 2°, tampoco es similar al de la ley 21.338. En tanto que éste decía: "La misma pena se aplicará al que, para impedir o dificultar las tareas de defensa contra un desastre, sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare materiales, instrumentos u otros medios destinados a la defensa común", según el texto vigente "la misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida".

Las fórmulas no divergen en cuanto a las acciones, puesto que en la expresión *hacer inservibles* del texto vigente quedan comprendidas las de *destruir* e *inutilizar* del texto de la ley 21.338. Tampoco divergirían mayormente en cuanto a los objetos, pese a la diferente estructura de la cláusula final.

No parece que la distinta redacción tenga una influencia decisiva sobre el elemento subjetivo, pues si bien en el texto vigente ya no se hace referencia a la finalidad de *dificultar*, la de *impedir* la abarcaría conforme a los principios generales de interpretación de la ley. Y en lo que refiere a la enunciación circunstanciada de ciertos desastres, la mención del texto vigente a *otros desastres* otorga al elemento subjetivo la misma dimensión que tenía en el de la ley 21.338.

§ 1394. *Acciones típicas.* – Las acciones son las de sustraer, ocultar, hacer inservibles. *Sustrae* el que quita el objeto de la esfera de disponibilidad de quien puede usarlo en la defensa contra el

desastre; lo *oculta* el que, sin quitarlo de esa esfera, lo coloca en situación tal, que no pueda ser hallado oportunamente para la defensa; lo *hace inservible* el que, sea dañándolo, sea colocándolo en situación de no poder ser usado, aunque no lo dañe (p.ej., desconectando la energía que alimenta una bomba extractora) torna al objeto inutilizable para la finalidad de defensa.

Como se ve, no es indispensable que las acciones produzcan resultados permanentes; es suficiente con que sus efectos se produzcan en tiempo oportuno para impedir o dificultar las tareas de defensa.

Trátase de un delito de acción (aunque puede asumir la forma de comisión por omisión), ni la mera negativa a suministrar los objetos (que no implique su destrucción, inutilización, etc.), ni la negativa a la prestación de una contribución personal de ayuda, quedan comprendidas en el tipo.

§ 1395. *Objetos del delito.* – Son los materiales, instrumentos u otros medios destinados a la defensa común. *Materiales* son todos aquellos elementos (sólidos, líquidos o gaseosos) que pueden destinarse a esa defensa; *instrumentos* son los aparatos o dispositivos que pueden tener ese destino (herramientas, bombas extractoras, móviles, etcétera). Dentro del concepto de *otros medios* se incluye cualquiera que pueda ser utilizado con el mismo fin, trátese de estructuras u obras (plataformas de salvataje, refugios, caminos de evacuación) o de sistemas de servicios (p.ej., sistema de señales de aviso). Deben ser objetos *destinados a la extinción* o *a la defensa*; puede tener éste un destino específico (p.ej., extintores de incendio) o circunstancial, o sea, tratarse de un objeto que, aunque afectado específicamente a otras finalidades, pueda resultar indispensable o útil para la defensa contra desastres (botes, camiones, palas mecánicas), para impedirlos, como para aminorar su dañosidad, cualquiera que sea su carácter o la pertenencia de su dominio: pueden ser cosas públicas o privadas y, en este segundo caso, hasta pueden pertenecer al propio agente del delito (p.ej., quien destruye sus propios equipos de seguridad para que no se los use en la defensa común).

§ 1396. *Elemento subjetivo.* – El tipo contiene un elemento subjetivo: las acciones previstas deben ser encaradas por el agente para *impedir*. Trata de impedir el que se propone lograr que las tareas no se realicen.

En este aspecto lo que se discute es si efectivamente el tipo reclama la real existencia de un desastre que ya se ha producido o que, por lo menos, es de inminente realización (Soler, Fontán Balestra), o basta con que exista un concreto peligro de su producción aunque no se dé esa inminencia (Núñez); esta última parece más acorde con la naturaleza del elemento subjetivo que venimos estudiando, ya que lo que él requiere es que el autor obre teniendo en vista *un desastre*, lo cual se satisface con el peligro efectivo que se concrete y, por otra parte, atiende más correctamente a la protección del bien jurídico, ya que, indudablemente, el peligro concreto de desastre es el que hace surgir la necesidad de la defensa ante la amenaza contra la seguridad común.

Por supuesto que, con mayor razón, quedan comprendidos los casos en los que el desastre se encuentra en su actual desarrollo o en grado de inminencia (p.ej., inundación que está llegando al punto donde el hecho tiene lugar).

La solución antes expuesta indica que el delito puede darse tanto durante el curso de las tareas de defensa como antes de iniciárselas y, temporalmente, la posibilidad de cometerlo se prolonga hasta que cesan los efectos del desastre o desaparece todo peligro de él.

§ 1397. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con el logro de los resultados de destruir, sustraer o hacer inservibles los objetos llevados a cabo con la finalidad típica. Pero si desde el punto de vista de la acción material el tipo reclama la realidad de esos resultados, desde el punto de vista del bien jurídico protegido es éste un delito de peligro abstracto: es suficiente con que la acción haya resultado idónea para impedir la defensa, aunque tal objetivo no se haya logrado y la defensa no sufra mengua en su efectividad. Es, pues, indiferente que el sujeto consiga hacer realidad los objetivos que se propuso, incrementando así el peligro de los efectos del desastre.

Es posible la tentativa, así ocurre con el agente que procura destruir el medio de defensa con la finalidad típica, sin conseguirlo por causas ajenas a su voluntad.

§ 1398. *Confluencia de figuras.* – El desastre puede ser cualquiera de los explícita o implícitamente enunciados en el título; hasta pueden ser los que hayan tenido origen en la propia conducta

del agente; claro está que, en este último supuesto, el delito constituido por la causación del desastre operará en concurso real con el que estudiamos (p.ej., quien produjo un incendio y destruyó los extinguidores).

§ 1399. *Culpabilidad.* – La vigencia del elemento subjetivo típico da su conformación al dolo de este delito, que reclama el conocimiento del futuro desencadenamiento, de la inminencia o del real peligro actual de un determinado desastre y la voluntad de realizar las acciones típicas con el dolo directo de impedir las tareas de defensa.

V. Estrago culposo

§ 1400. *El texto legal.* – Aunque la denominación del delito tenga que cambiarse a raíz de la referencia a *estragos* y no a *desastre* –como lo hacía la ley 21.338– el contenido de los textos trata de la misma materia.

§ 1401. *Figura básica.* – Según el texto del art. 189, párr. 1º, se reprime "con prisión de un mes a un año", al que "por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos". La ley 21.338 lo hacía con prisión de seis meses a dos años para el que "por imprudencia o negligencia causare un desastre de los definidos en los artículos anteriores". La actual mención a *incendios y otros estragos* equivale a la de "un desastre de los definidos en los artículos anteriores" de la fórmula reemplazada. No cambia la tipicidad la enunciación circunstanciada de las distintas *formas* de culpa que aquélla no traía, puesto que, como hemos dicho al estudiarla, "la circunstancia de que el texto [el de la ley 21.338]... no enuncie la impericia y la infracción de reglamentos y ordenanzas... no significa que se *eliminen* estas formas de culpa de la tipicidad", ya que "las referencias a las formas de la acción culposa (imprudencia y negligencia), no quitan la vigencia de aquellas que, como sabemos, se refieren a la sede normativa de la culpabilidad culposa", como lo sosteníamos al comentar la ley 21.338, en la primera edición de esta obra.

§ 1402. *Figuras calificadas.* – El texto vigente del art. 189, párr. 2°, sólo contempla como agravantes los resultados de peligro de muerte o muerte de alguna persona ("si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximum de la pena podrá elevarse hasta cuatro años"), a diferencia de lo que disponía la fórmula de la ley 21.338 que extendía las figuras a todos los supuestos de agravación que contemplaba en su art. 186 ("la pena será de seis meses a tres años cuando hubiere peligro contemplado en el inc. *a* de los arts. 186 y 186 *bis*, y será de uno a cinco años de prisión cuando ocurran los resultados previstos en los incs. *b*, *c* y *d* de los mismos").

§ 1403. *Problemas de causalidad.* – Para que pueda atribuirse responsabilidad penal al agente, el estrago debe haberse producido por su conducta culposa; debe ser un resultado decisivamente causado por ella. No se da esa circunstancia cuando en el nexo causal interfiere otra causa decisiva, distinta de esa conducta, o cuando la conducta del agente operó como causa en virtud de la actividad de un tercero (p.ej., si el tercero atizó el fuego que negligentemente había dejado encendido aquél). En otras palabras, la conducta del agente tiene que constituir la causa del desastre; no es suficiente que pueda alegársela como uno de los factores de su producción.

Claro está que la causalidad aparece tanto en los casos en que la conducta del agente produjo la materialidad del estrago (dar fuego, producir la explosión, etc.), como en otros en los que influyó decisivamente sobre esa materialidad para crear el peligro común propio de la tipicidad del desastre (p.ej., el bombero que por negligencia, en vez de conectar una manguera con agua, conecta una manguera con combustible).

§ 1404. *El requisito del "peligro común".* – Para el tipo no será suficiente la causación de alguno de los hechos previstos (incendio, explosión, etc.), sino que además será necesario que hayan entrañado un *peligro común*. Si la conducta del agente ha originado un *desastre* carente de esa incidencia peligrosa para la seguridad común, podrá eventualmente quedar comprendida en otros delitos culposos (como podrían ser homicidios o lesiones culposas), pero no en el que ahora consideramos (p.ej., quien por negligencia hace explotar una mina colocada en medio de un desierto).

VI. FABRICACIÓN O TENENCIA DE EXPLOSIVOS

§ 1405. *EL TEXTO LEGAL Y SUS REFORMAS.* – El art. 189 *bis*, párr. 1°, del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de cinco a quince años, al que "con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas o sustancias o materiales destinados a su preparación".

Originalmente este texto había sido incorporado por la ley 17.567, siendo más adelante modificado por la ley 20.467, que no alcanzó a tener vigencia porque la ley 20.509 lo derogó antes de que la alcanzara. En su forma actual proviene de la ley 20.642.

§ 1406. *CARÁCTER DEL DELITO.* – Los autores señalan que no se trata de actos que simplemente alteren la tranquilidad pública, sino que se punen en cuanto preparatorios de delitos contra la seguridad común, lo cual se revela, en esta figura, mediante el elemento subjetivo que se inserta en el tipo.

§ 1407. *ACCIONES TÍPICAS.* – Son las de fabricar, suministrar, adquirir, sustraer o tener en su poder. *Fabrica*, en el sentido del tipo, el que elabora, por medios mecánicos o químicos, produciendo una determinada sustancia o componiendo sustancias ya existentes, o aparatos o instrumentos, o transforma los existentes para hacerlos aptos con relación a la culpabilidad típica. *Suministra*, quien da algo a otro por cualquier título. *Adquiere* el que obtiene la propiedad de los objetos, aunque no haya llegado a entrar en posesión de ellos. *Sustrae*, quien saca el objeto de la tenencia de otro, por cualquier medio ilícito (hurto, estafa). Los *tiene* el que corporal o simbólicamente puede disponer de ellos (los transporta o hace transportar, los mantiene almacenados, los introduce en el país, etc.), por sí mismo o en representación de terceros.

§ 1408. *OBJETOS DEL DELITO.* – Son las bombas, las materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, las materias explosivas,

inflamables, asfixiantes o tóxicas, o las sustancias o materiales destinados a la preparación de esas materias. *Bombas* son los continentes de explosivos o gases que estallan por medios mecánicos (percusión), químicos (mezcla) o térmicos (ignición por mecha); puede tratarse de aparatos formados por la misma mezcla de las sustancias explosivas (p.ej., bombas plásticas). Las *materias* o *aparatos capaces de liberar energía nuclear* son los que se utilizan o permiten realizar los procesos de conversión de la materia en energía (uranio, bombas de cobalto, etcétera). *Materias explosivas* son las que, sin estar contenidas en bombas, pueden hacerse estallar por cualquier procedimiento; *inflamables* son las capaces de producir fuego súbito y violento; *asfixiantes* las que actúan letalmente sobre el aparato respiratorio de personas o animales; *tóxicas* las que producen envenenamientos de cualquier especie en ellos. Las *sustancias o materiales destinados a la preparación de esas materias* son todos los elementos que permiten su elaboración o los instrumentos que se emplean o pueden emplearse en dicha elaboración.

Como ya vimos que las acciones se castigan en cuanto actos preparatorios de delitos contra la seguridad común, se tiene que tratar de objetos idóneos para producir los desastres o estragos previstos en el capítulo, o los daños a que puede referirse el elemento subjetivo. Quedan marginados de la tipicidad los que, aun pudiendo ser encuadrados en la precedente enunciación, carecen de esa idoneidad (p.ej., materias explosivas cuyo efecto no pasa de producir meros estruendos). Pero no es necesario que esa idoneidad se extienda a la producción autónoma del estrago, bastando que pueda servir como uno de sus elementos para producirlo o agravarlo (p.ej., sustancias no inflamables en sí mismas, que pueden serlo en contacto con un fuego ya encendido).

§ 1409. *Elemento subjetivo.* – El tipo está construido con un fuerte sentido subjetivo, ya que exige que las acciones se lleven a cabo *con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o de causar daños en las máquinas o elaboración de productos.*

Aunque la doctrina insiste en que lo que la ley indica es la voluntad de contribuir a delitos indeterminados, ello es verdad sólo en parte; es cierto que cuando el agente actúa con voluntad de contribuir a un determinado delito y éste se produce o se tienta, la acción

típica punible es la de participación en él, pero cuando no se dio efectivamente ni la comisión ni la tentativa de ese particular delito, la punibilidad autónoma de las conductas previstas por el artículo que examinamos indica que es él aplicable pese a la determinada dirección de la voluntad del agente; el tipo se presenta, por tanto, como subsidiario de la participación en la tentativa o en la consumación del delito que inicialmente había sido comprendido por la culpabilidad del sujeto.

El contenido de la finalidad típica es la contribución a *cualquier delito contra la seguridad común*, o sea, a cualquier delito de los mencionados en el título, en cuanto fuere compatible con la figura que estudiamos, aunque no pertenezca al Capítulo I, así como también la contribución a *causar daños en las máquinas o elaboración de productos.* Este agregado de la ley 20.642 puede presentar algunas dificultades, no se trata de la contribución a cualquier daño, sino a un daño que afecte a la elaboración de productos necesarios e importantes para una comunidad, ya que si se tiene en cuenta el bien jurídico protegido, el daño que se intente debe ser uno que por sus alcances amenace a la seguridad común.

Cuando el elemento subjetivo está ausente, las actividades típicas ilegítimas podrán quedar comprendidas en la simple tenencia que pune el art. 189 *bis*, párr. 3°, o, si no se da esa tenencia típica, en figuras contravencionales

§ 1410. *Consumación.* – El hecho se consuma con la actividad misma. Es un delito de peligro abstracto, que no necesita de la efectiva utilización del objeto en los delitos o en la producción de los daños que persigue el elemento subjetivo. Admite tentativa, salvo en lo que atañe a la *fabricación*, pues ésta ya se da como delito consumado con el solo hecho de comenzarla (aunque no se la haya completado), y aun antes de ese comienzo, el hecho podría consumarse como tenencia; en cuanto a la acción de *tenencia*, también quedaría excluida de la posibilidad de tentativa, salvo que aquélla se trate de lograr por sustracción o adquisición, en cuyo caso puede darse tentativa de estas acciones típicas.

En los casos en que el tipo reclama la actividad de otro sujeto (suministro y adquisición) no es indispensable una coparticipación necesaria; el otro sujeto puede actuar marginado de la culpabilidad típica.

Cualquiera de las acciones enunciadas consuma el delito, pero la consumación plural de varias de ellas no lo multiplica (p.ej., el que fabrica y suministra).

§ 1411. *Confluencia de figuras.* – En cuanto a la confluencia de figuras, ya vimos que la participación en otros delitos contra la seguridad común por medio de las acciones típicas desplaza la figura del art. 189 *bis*, párr. 1°.

Aunque hay en éste una referencia a una actividad ilícita por otros tipos: la de sustraer (art. 189 *bis*, párr. 1°) no consume los delitos contra la propiedad que se perpetran mediante esa actividad ilícita. De modo que los delitos contra la propiedad funcionarán en concurso ideal con el previsto por el art. 189 *bis*, párr. 1°.

§ 1412. *Culpabilidad.* – Contiene las exigencias propias de los tipos con elementos subjetivos que necesariamente se conforman a través del dolo directo.

VII. Instrucciones para la preparación de sustancias o materiales

§ 1413. *El texto legal. Sus variaciones.* – El art. 189 *bis*, párr. 2°, castiga con la misma pena que determina el párr. 1°, al que "sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior".

Aparte de que el agregado "o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos" fue introducido por la ley 20.642, ésta también cambió la descripción del elemento subjetivo de la figura, ya que el texto originalmente introducido por la ley 17.567 decía: "al que sabiendo o debiendo presumir...".

§ 1414. *Acción típica.* – Es la de dar *instrucciones para la preparación* de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior. Da instrucciones el que enseña a hacer una cosa; es algo

más que la simple comunicación de conocimientos, puesto que dentro de aquella expresión tanto cabe la descripción de la composición de la sustancia o de los materiales, como las especificaciones que se dan para poder obtener la sustancia o preparar los materiales para que cumplan los objetivos prefijados en el tipo, y sólo son estas últimas las que caben en la tipicidad del art. 189 *bis*, párr. 2°. En otras palabras, las instrucciones tienen que estar destinadas a que el receptor pueda producir las sustancias o materiales, por sí mismo o dirigiendo a terceros.

Por supuesto que no constituye la acción de dar *instrucciones*, sino una intervención en acto de *fabricación* comprendido en el art. 189 *bis*, párr. 1°, la actitud del que directamente dirige los pasos de otro en la elaboración de la sustancia o materiales: sólo indirectamente ello puede considerarse como impartir enseñanza.

Como en el caso anterior, las instrucciones dadas con miras a la realización de un determinado delito, constituyen participación en él cuando se lo ha consumado o tentado; pero queda comprendida en el tipo la conducta del que imparte las instrucciones proponiéndose la realización de un delito determinado que ni siquiera penetra en la faz ejecutiva, tanto como la de quien tiene en vista delitos indeterminados de la especie de los enunciados por la disposición.

Es indiferente el número de personas a quienes se den las instrucciones o el modo de suministrarlas; tanto es punible el que las imparte a una persona como quien procura vulgarizar los conocimientos por medios que pueden llegar a un gran número de personas.

§ 1415. *Elemento subjetivo.* – También aquí la ley trae un elemento subjetivo, pero su descripción no deja de ser conflictiva, porque no sólo se castiga al que *sabe*, sino también al que *debe saber* (aunque en el caso concreto no haya sabido) –es el *deber de presumir* del texto de la ley 17.567– que *contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos*, con lo cual prácticamente se amenaza con la misma pena al que actúa con dolo directo (sabiendo) como al que actúa culposamente (debiendo saber sin haber llegado a saber por su imprudencia o su negligencia). Por supuesto que la circunstancia de que el aspecto subjetivo del delito se extienda a estos dos extremos de responsabilidad, hace que resulte ineludible la punibilidad del dolo eventual (el que imparte ins-

trucciones aceptando que se las pueda utilizar por los receptores con las finalidades típicas); sostener lo contrario sería incongruente (en este sentido no deja de ser confusa la doctrina que reclama *malicia* en el agente) y gravemente injusto.

§ 1416. *Consumación.* – Se consuma con el hecho de impartir las instrucciones, aunque las mismas no sean utilizadas; sin embargo, para que se dé la consumación, es indispensable que alguien reciba las instrucciones, aunque actúe inculpablemente. Preparar las instrucciones para darlas puede caber en la punibilidad en términos de tentativa (p.ej., producir un folleto con las instrucciones sin llegar a distribuirlo), así como también la actitud de quien expone las instrucciones que nadie recibe, por no haber nadie que escuche; no se descarta la tentativa de delito imposible cuando el medio para suministrar las instrucciones es inadecuado para que sean receptadas por terceros (p.ej., un micrófono descompuesto).

§ 1417. *Problemas de antijuridicidad.* – Es un delito que puede ofrecer matices de justificación merecedores de particular atención. No se puede dudar, por ejemplo, de que está justificada la acción del que al impartir las instrucciones no hace sino cumplir con su deber, como pasa con el profesor de un curso sobre explosivos, aunque él haya llegado a pensar que sus alumnos fueran a utilizar los conocimientos para cometer delitos contra la seguridad, siempre que no exceda los límites de la enseñanza que debe impartir.

§ 1418. *Culpabilidad.* – Ya vimos precedentemente la gama de posibilidades subjetivas que ofrece este delito; claro está que, en la faz cognoscitiva, sí es indispensable el conocimiento del carácter de las instrucciones que se imparten. Las posibilidades de vigencia de un error exculpante son remotas y raras, pero existen.

VIII. Tenencia ilegítima de armas y materiales

§ 1419. *Carácter de los delitos.* – Aunque se ha dicho que son delitos "de estructura puramente legal" (Núñez), ya que científicamente no pasan de constituir contravenciones (sólo violan leyes

de policía), y teniendo en cuenta que las distintas disposiciones que los contemplan han dejado de lado el elemento subjetivo que vinculaba los hechos anteriores a las "infracciones a la seguridad común" (Núñez), no se puede poner en tela de juicio que aquí éste es el bien jurídico protegido. Las conductas se punen porque normalmente pueden favorecer la comisión de delitos contra la seguridad común (en el caso de los materiales), y aunque no sea tan clara esa dirección de la punibilidad en orden a los delitos de tenencia de armas, el legislador ha preferido incluirlos aquí por considerar que es esa seguridad la que puede verse amenazada con las conductas que los conforman, aunque más congruente hubiese sido su colocación en otros títulos (contra la tranquilidad pública o contra el orden constitucional).

A) Simple tenencia ilegítima de armas de guerra y materiales

§ 1420. *El texto legal.* – El art. 189 *bis*, párr. 3°, reprime con pena de prisión de tres a seis años, "la simple tenencia de armas de guerra o de los materiales a que se refiere el primer párrafo de este artículo, sin la debida autorización legal".

§ 1421. *Acción típica.* – La acción es la de *tener armas de guerra* o *alguno de los materiales enunciados en la parte primera.* Tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea manteniéndolo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente (p.ej., escondido en lugares de difícil acceso). No es indispensable la primera forma de tenencia, pues la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley (p.ej., quien no tiene el arma actualmente porque la está haciendo transportar). La tenencia se la puede ejercer a nombre propio o a nombre de un tercero (p.ej., quien tiene el objeto de otro para ocultarlo).

§ 1422. *Objetos del delito.* – Los objetos del delito son las armas de guerra y los materiales enunciados en el párr. 1° del art. 189 *bis*. *Armas de guerra* son todas las clasificadas como tales por las respectivas reglamentaciones nacionales; la designación reglamen-

taria es indispensable para que el objeto asuma el carácter típico (no hay armas de guerra *por naturaleza*). Para el tipo basta la tenencia de una sola arma, ya que sabido es que las expresiones plurales de la ley comprenden el singular.

Los *materiales* no son solamente las sustancias o materiales, sino también los instrumentos que se enuncian en el art. 189 *bis*, párr. 1º (p.ej., bombas), ya que una interpretación restringida no condice con la protección que procura suministrar al bien jurídico.

Tanto las armas como los materiales tienen que ser utilizables, ya que sólo así pueden amenazar la seguridad común; los que estructuralmente tienen defectos que no permiten su empleo o los que han perdido sus propiedades de modo que se hayan transformado en inocuos, no constituyen objetos típicos. Claro está que no quedan comprendidos en esta última categoría aquellos cuyas deficiencias pueden ser subsanadas con relativa facilidad y que, por tanto, sólo han disminuido circunstancialmente la aptitud del arma o material (Núñez). Tampoco se marginan del tipo los objetos que no pueden ser utilizados por el agente por carecer él mismo de un elemento necesario para hacerlo (p.ej., carecer de detonadores para hacer estallar los explosivos), pero que pueden ser idóneamente empleados por terceros o por el mismo autor si se procura tal elemento.

§ 1423. *Elemento normativo.* – Para que la conducta sea típica, el agente debe tener los objetos *sin la debida autorización legal*; es decir, faltándole una autorización otorgada por la autoridad competente, en los casos en que legalmente puede ser otorgada. No es autorización *debida* la dada por autoridad incompetente o por una autoridad competente fuera de los casos predeterminados legalmente para otorgarla (p.ej., supuestos en que la ley prohíbe en absoluto el uso de armas o materiales por los particulares). La existencia de autorización legítimamente otorgada elimina la tipicidad.

§ 1424. *Consumación.* – Es un delito de peligro abstracto que se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo. La consumación puede darse tanto cuando el objeto se ha tenido inicialmente sin autorización, como cuando se lo siguió teniendo después de caducada ella. No es admisible la tentativa.

§ 1425. *Confluencia de figuras.* – Cuando la tenencia ha sido lograda por medios ilícitos, la figura concurre realmente con el delito contra la propiedad de que se trate. Cuando la tenencia implica, a la vez, la comisión de otro delito, puede darse la hipótesis de concurso ideal (p.ej., con el encubrimiento que se realiza teniendo el arma).

§ 1426. *Cuestiones sobre antijuridicidad.* – Cuando el tipo se completa con un elemento normativo es una circunstancia que no excluye la posibilidad de que se den casos de justificación que deban considerarse autónomamente. En ciertas circunstancias, el ejercicio de la legítima defensa (quien se provee de un arma de guerra para defenderse de una agresión inminente) o la exigencia del estado de necesidad (p.ej., el que en sitios apartados necesita tener un arma de guerra para subsistir) pueden justificar la conducta típica; pero la situación de justificación debe abarcar, no sólo la necesidad del objeto típico, sino también la omisión del requerimiento de la autorización.

§ 1427. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter del objeto y de la ausencia de autorización y la voluntad de tenerlo no obstante esas circunstancias. Son indiferentes las motivaciones del autor. Es admisible el dolo eventual. El error sobre el carácter del objeto, incluso el *error iuris* sobre su calificación o sobre la necesidad de autorización para tenerlo, pueden llegar a excluir la culpabilidad.

B) Acopio de armas

§ 1428. *El texto legal. Carácter del delito.* – El art. 189 *bis*, párr. 4º, pune con pena de prisión o reclusión de tres a ocho años "en caso de acopio de armas", elevando el máximo a diez años de igual pena, "si se tratare de armas de guerra".

Son figuras totalmente autónomas con referencia a las anteriores. La acción y los objetos son distintos. Por otra parte, la disposición contiene dos figuras: una básica y otra *agravada* por la calidad de los objetos acopiados.

§ 1429. *Acción típica. La figura básica de acopio de armas de uso civil.* – La acción típica es la de acopiar armas de uso civil.

Acopia el que las reúne de modo considerable, "superiores a los que el uso común o deportivo pueden justificar" (Soler), o que no demuestre que tiene finalidades de colección por el carácter de las armas, la diversidad de los tipos o modelos u otra circunstancia determinante de esa finalidad. No es suficiente, pues, para la tipicidad, tener varias armas, si esa multiplicidad no acusa la finalidad de acopiarlas. Los objetos son las *armas de uso civil*, o sea, las que no han sido calificadas reglamentariamente como de guerra, ya que cuando poseen este carácter, la conducta se traslada al tipo calificado. La ley no distingue la especie de armas de uso civil, por lo cual tanto pueden ser de fuego como blancas (el acopio de estas últimas también puede constituir una amenaza para la seguridad común). Como se ve, está ausente aquí el elemento normativo que encontrábamos en el tipo anterior, lo cual es lógico, ya que no parece posible que la ley autorice el acopio de armas en manos de particulares, salvo en casos extraordinarios (p.ej., supuestos de depósito necesario), en los que la conducta típica quedará cubierta por la pertinente justificación.

Se consuma cuando el número de armas que dispone el agente alcanza magnitud suficiente para que se lo considere acopio. Es admisible la tentativa.

El dolo requiere el conocimiento de que lo que se acopia son armas y la voluntad de acopiarlas.

§ 1430. *Acopio de armas de guerra.* – El delito mayor pena cuando los objetos acopiados son *armas de guerra*, según las correspondientes clasificaciones reglamentarias. Los objetos que no puedan considerarse *armas* en el sentido literal del texto y que constituyan *materiales*, no quedarán comprendidos en la agravante y sólo podrá punirse su acopio por el art. 189 *bis*, párr. 3°.

C) Tenencia y acopio de municiones, piezas o instrumental

§ 1431. *El texto legal. Acciones comprendidas.* – El art. 189 *bis*, párr. 5°, aplica las mismas penas que en los delitos anteriores para el que "tuviere o acopiare municiones correspondientes a armas de guerra, piezas de éstas o instrumental para producirlas". Las acciones previstas son, pues, las mismas que en el art. 189 *bis*,

párrs. 3° y 4°: la *simple tenencia* y el *acopio*; una merece la pena prevista en el párr. 3°, el otro la pena agravada del párr. 4°.

§ 1432. *Objetos típicos.* – Son las municiones y piezas correspondientes a armas de guerra y el instrumental para producirlas. *Municiones* son los proyectiles que dispara el arma de guerra. Aunque por lo común los reglamentos extendían el concepto de armas de guerra a las respectivas municiones, las dudas jurisprudenciales indujeron a la ley 18.953 a construir expresamente esta figura, de donde fue tomada por la ley 20.642 con el texto que venimos comentando. Esta ley incluyó también las piezas, es decir, las partes componentes de las armas de guerra y los instrumentos (instrumental) para producirlas, o sea, los aparatos o mecanismos que permiten su elaboración; por supuesto que deben estar en condiciones para ser utilizados.

§ 1433. *Límites de punibilidad.* – La amplitud típica deberá encontrar límites lógicos, sea en el bien jurídico protegido, como en la propia culpabilidad del agente, puesto que la tenencia de esos objetos sólo podrá ser típica cuando verdaderamente constituyan una amenaza para la seguridad común (p.ej., no parece que alcance la dimensión típica la tenencia de uno o dos proyectiles o del cerrojo de un máuser). Y cuando se trate de instrumental, no serán pocos los casos en que se dará con instrumentos comunes a la elaboración de armas y de otros objetos que nada tienen que ver con ellas (p.ej., tornos); en ellos será el contenido de la voluntad del agente el que otorgará entidad típica a la conducta.

§ 1434. *Culpabilidad.* – Es un hecho doloso que requiere el conocimiento del carácter de los objetos y la voluntad de tenerlos o acopiarlos en cuanto tales, es decir, en cuanto municiones de armas de guerra, piezas o instrumental para fabricarlas (p.ej., mal podrá haber culpabilidad típica en la conducta del escultor que utiliza el cañon de un arma de guerra para completar un grupo escultórico).

D) Figuras de tenencia y portación de armas y explosivos de la ley 24.192

§ 1435. *Los tipos previstos.* – La ley que regula el régimen penal y contravencional sobre violencia en espectáculos deportivos

prevé dos tipos penales que están relacionados con la tenencia de los objetos a que nos hemos referidos precedentemente.

El art. 3° de la ley 24.192 reprime "con prisión de uno a seis años, si no resultare un delito más severamente penado", al "que introdujere, tuviere en su poder, guardare o portare armas de fuego o artefactos explosivos en las circunstancias del art. 1°", es decir, en ocasión de un espectáculo deportivo, disponiendo además que "en todos los casos se procederá al decomiso de las armas o artefactos".

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

CAPÍTULO II

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y DE COMUNICACIÓN

§ 1436. *LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD.* – En todos los casos se tiene en cuenta que se trata, en general, de servicios afectados a la utilidad de la comunidad. Los daños o entorpecimientos que en ellos se produzcan pueden crear peligro común. Es, por tanto, ese peligro la razón de ser de la punibilidad, sin perjuicio de los daños que se produzcan en las personas o en los bienes, que pueden agravarla.

§ 1437. *EL RETROCESO LEGISLATIVO.* – De un modo general puede decirse que el regreso a textos anteriores ha significado un retroceso del derecho penal argentino, por no haberse tenido en cuenta, no ya adelantos en el orden jurídico, pero ni siquiera los

producidos en los órdenes científicos y técnicos, nuevas situaciones sociales, etcétera. En pocas materias se aprecia ese retroceso con tanta limpieza como en este capítulo, donde prácticamente todas las normas (salvo la del art. 194, del que sólo se tocó la pena) han sufrido reformas.

I. CREACIÓN DE PELIGRO PARA TRANSPORTES ACUÁTICOS O AÉREOS

§ 1438. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El art. 190 del Cód. Penal tutela la seguridad del transporte naval o aéreo, no la efectividad de sus servicios. Procúranse evitar los peligros que pueden darse respecto de los medios con que se realiza el transporte, o para las cosas o personas transportadas, no la regularidad de los viajes que, en todo caso, se contempla en otros tipos penales.

A) FIGURA BÁSICA

§ 1439. *EL TEXTO LEGAL. SUS VARIACIONES.* – El art. 190, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con prisión de dos a ocho años al "que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave".

El texto original contemplaba la inutilización o destrucción de vías u obras "destinadas a la comunicación pública por tierra o agua" y los impedimentos y estorbos a "la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las mismas". En su forma actual la norma procede de la ley 17.567.

§ 1440. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *ejecutar un acto que ponga en peligro la seguridad* del medio de transporte acuático o aéreo. Pese a lo terminante de la fórmula ("ejecutare cualquier acto"), quedan comprendidas tanto las acciones cuanto las omisiones; en este segundo caso, el delito asume la forma de la omisión impropia. La ley habla de *cualquier* acto, con lo cual se extiende a todos los que originan el particular peligro que afecta la seguridad del medio, ya recaigan sobre el medio mismo (daños en su estructura, sistema de mandos o de propulsión), sobre las vías que utiliza (p.ej., colocando

obstáculos en los canales de navegación, volando sin aviso en los corredores aéreos reconocidos), sobre su personal (p.ej., atacando al piloto), sobre accesorios de seguridad (goniómetros, aparatos de radares en tierra), sobre los objetos transportados (p.ej., transportar subrepticiamente sustancias peligrosas), sobre signos de señalización (p.ej., colocar un falso faro).

§ 1441. *El resultado de peligro.* – Esos actos tienen que haber creado un *peligro para la seguridad* del medio de transporte. Debe tratarse de un peligro concreto, que efectivamente se haya corrido. La seguridad mentada se refiere tanto a la incolumidad del medio mismo, como a la de las cosas o personas transportadas o por transportar, aunque aquélla no se vea afectada (p.ej., transporte subrepticio de gases tóxicos que sin comprometer la incolumidad del medio, pueden afectar a las personas). El peligro no se limita, pues, al propio del accidente de navegación (naufragio, varamiento) o de desastre aéreo, como parece entenderlo alguna doctrina. No son típicos los actos que, pudiendo producir menoscabos en el funcionamiento normal del transporte, no son idóneos para afectar la seguridad.

§ 1442. *Objetos del delito.* – Los objetos sobre los que puede recaer (directa o indirectamente, como vimos) el acto peligroso son las naves, construcciones flotantes o aeronaves. Por *naves* entiéndese aquí toda embarcación –cualquiera que sea su medio de impulsión– destinada al transporte de personas o cosas. *Aeronave* es todo aparato –cualquiera que sea el medio de impulsión– que se mueve en el aire y destinado al mismo transporte. En tanto que *construcción flotante* es todo aparato que, sin ser una nave en el sentido explicado, está destinado a flotar en las aguas trasladándose por ellas (grúas, dragas) o permaneciendo anclado (plataformas), que, por lo común, no está destinado al transporte sino a otros servicios; entran en el concepto de construcción flotante las que se construyen eventualmente para favorecer el transporte de elementos que flotan por sí mismos (jangadas).

§ 1443. *La pertenencia de los objetos.* – Los enunciados son objetos del delito en cuanto constituyen medios de transporte o de permanencia de personas o cosas sobre el agua o sobre el espacio

aéreo (p.ej., plataformas espaciales). No es indispensable que estén afectadas a un uso público, ni interesa quién sea el titular de su dominio, ya que el acto peligroso es punible en cuanto amenaza la seguridad común, no la propiedad. En este último aspecto, la ley 17.567 introdujo el párrafo final del artículo (tomado del Código italiano), el cual aclara que sus disposiciones se aplican *aunque la acción recaiga sobre una cosa propia*, siempre que del hecho derive *peligro para la seguridad común*.

Por supuesto que los objetos tienen que estar actualmente destinados a prestar servicios (p.ej., no será típico el acto que se ejecute sobre una nave varada, desafectada de servicios), aunque no es indispensable que esté prestándolo efectivamente en el momento en que se realiza el acto que va a originar el peligro (p.ej., afectar el sistema de timón de una nave que se encuentra en dique seco a punto de ser botada).

§ 1444. *Elemento subjetivo.* – El tipo contiene un elemento subjetivo: la ejecución del acto debe ser *a sabiendas*. Alguna doctrina interpreta este exigido conocimiento como un "ánimo tendiente a crear el peligro"; pero tenemos que advertir que no se trata de un elemento subjetivo volitivo, sino cognoscitivo: requiere que el autor conozca el carácter peligroso del acto para la seguridad de la nave, aeronave o construcción flotante, pero no que, a la vez, desee crear ese peligro (no olvidemos que la acción no es propiamente la de *crear el peligro*, sino la de *ejecutar el acto que pone en peligro*); o sea, para que aparezca el elemento subjetivo típico el agente debe conocer la naturaleza de su acto y conocer, con certeza, su esquema causal con relación al peligro que puede crear, lo cual no descarta que pueda existir el querer crearlo, y que ello sea lo más común, como veremos.

§ 1445. *Consumación.* – El delito se consuma al realizar el acto que pone en peligro la seguridad de los objetos. La consumación, pues, no se da con la sola realización del acto, mientras no ha surgido el peligro concreto para la seguridad. La sola realización del acto sin que el peligro se haya producido puede dejar el hecho en tentativa. Claro está que no constituirá acto de tentativa la realización de un acto en sí no peligroso, aunque el agente crea que lo es, sin perjuicio de su punición en virtud del art. 194 del Cód. Penal.

La tentativa puede quedar en la impunidad a causa del arrepentimiento activo (el que avisa del daño inferido antes de que el medio entre a cumplir servicio, lo cual, sin embargo, puede ser castigado por otros tipos penales).

§ 1446. *Culpabilidad.* – El dolo está constituido por el conocimiento cierto (no basta la simple duda ni la previsibilidad) del carácter peligroso del acto y la voluntad de realizarlo pese a ese conocimiento, pero –como dijimos– no es indispensable la voluntad expresa de crear ese peligro. El dolo directo se plantea como necesario respecto de la finalidad de realizar el acto, pero no se extiende a la finalidad de poner en peligro la seguridad del medio de transporte, aunque reconozcamos que será casi académico el caso en que se quiera ejecutar el acto que se sabe peligroso sin querer directamente la producción del peligro (sólo aceptando su eventual producción).

B) Figuras agravadas

§ 1447. *Casos de agravación.* – La circunstancia de que la ley 20.509 mantuviera, en su oportunidad, la redacción que al art. 190 había impreso la ley 17.567, hace que los cambios sólo se refieran a las figuras agravadas que la ley 21.338 traía en los párrs. 3° y 4°; por el primero se elevaba la pena a la de reclusión o prisión de seis a quince años, "si el hecho causare lesiones leves a alguna persona", y de diez a veinticinco años, "si ocasionare la muerte o lesiones graves o gravísimas"; por el segundo se fijaba pena de muerte o de reclusión perpetua, "si el hecho fuere la causa inmediata de la muerte o lesiones gravísimas y se hubiere realizado con fines subversivos". Sin perjuicio de tener en cuenta la agravante genérica del art. 227 *ter*, esta última calificante aparece derogada; las otras quedan comprendidas en el actual párr. 3° del artículo, que castiga con prisión de seis a quince años *si el hecho causare lesión a alguna persona* –sin distinguir qué especie de lesión, por lo que tanto puede ser leve como grave o gravísima– y con pena de diez a veinticinco años de reclusión o prisión *si ocasionare la muerte*.

§ 1448. *Causalidad.* – En todos los casos tiene que tratarse de resultados directamente producidos a consecuencia del acto pe-

ligroso realizado por el agente; cuando ese acto sólo es un factor dentro del proceso causal desencadenado por una causa distinta, nos quedaremos en la figura básica.

§ 1449. *Confluencia de figuras.* – Son resultados preterintencionales. Cuando son intencionales desaparece la figura calificada para dar paso al delito que el agente ha querido perpetrar (p.ej., homicidio), que concurre con la figura básica del art. 190 (ya dijimos que se trata de un concurso real –son dos hechos–, aunque para algunos es un concurso ideal, porque el mismo acto peligroso constituiría ambos delitos, lo cual no es exacto, aunque uno sea medio para perpetrar el otro).

1) Agravantes por los resultados ocurridos en el medio de transporte

§ 1450. *El texto legal.* – El art. 190, párr. 2°, fija una pena de seis a quince años de reclusión o prisión, "si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo".

§ 1451. *Naufragio y varamiento.* – Como ya lo expusimos, el *naufragio* es el hundimiento de la nave hasta más allá de sus cubiertas superiores, aunque queden fuera del agua partes ínfimas de su estructura (mástiles, antenas, chimeneas); no lo es la ruina si no viene seguida de sumersión (contra: Núñez). Puede producirse en cualquier curso o depósito de aguas navegables (mares, ríos o lagos), ya esté actualmente en curso de viaje o se encuentre en dársenas o puertos, si sigue afectada al servicio, de modo que el hundimiento produzca peligro común para las personas o cosas. El *varamiento* es encallar por asentamiento de los planos inferiores de la nave en el lecho de las aguas o por el aprisionamiento de parte de sus obras vivas por sectores de ese lecho (rocas, bancos de arena). Como en el supuesto anterior, no cualquier varamiento cae en el tipo, sino sólo el que produce peligro común.

§ 1452. *Desastre aéreo.* – *Desastre aéreo* es el accidente con gran daño de la aeronave, sea por su precipitación cuando ya está en vuelo, sea por decolaje defectuoso o aterrizaje forzoso o anormal en las operaciones inmediatamente anteriores o posteriores,

o sea, es el accidente que se produce en el acto del transporte, aunque la conducta peligrosa del autor se haya realizado con anterioridad (p.ej., cuando la aeronave se halla estacionada, echándole azúcar o arena en el sistema de lubricación).

§ 1453. *Exclusión de los daños sobre personas.* – Por supuesto que estos resultados operan como agravantes, mientras no se hayan producido daños sobre las personas, ya que en esos casos pasamos a la calificante del art. 190, párr. 3°.

2) Agravantes por los resultados sobre las personas

§ 1454. *El texto legal.* – El art. 190, párr. 3°, castiga con pena de seis a quince años de reclusión o prisión, "si el hecho causare lesión a alguna persona", y con pena de la misma naturaleza de diez a veinticinco años, "si ocasionare la muerte".

§ 1455. *Causalidad.* – Es conveniente reafirmar aquí lo ya expuesto sobre la causalidad entre el daño sobre la persona y el acto peligroso del agente, así como sobre el carácter preterintencional de aquél. Nos remitimos, por tanto, a lo dicho.

II. Creación de peligro para transporte terrestre y atentados contra comunicaciones

§ 1456. *Derogación del artículo 190 "bis".* – La ley 23.077 ha tenido el efecto de derogar el art. 190 *bis*, con el que la ley 21.338 punía cualquier acto ejecutado a sabiendas que pusiese "en peligro la seguridad de un tren, de un alambrecarril o de otro medio de transporte terrestre, destinado al uso público", agravándolo por distintas circunstancias, que venía a ser el mismo delito configurado por el art. 190, pero vertido sobre transportes terrestres. Las conductas que se castigaban ya no están prohibidas con autonomía; la punición de ellas queda desperdigada a lo largo de diferentes tipos del capítulo con las limitaciones propias de ellos; p.ej., cuando el objeto del atentado fuese un tren, podrá darse la aplicación del art. 191.

§ 1457. *ATENTADO FERROVIARIO.* – Dice el art. 191 vigente: "El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1) Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente.

2) Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente.

3) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona.

4) Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona".

En primer lugar, es una característica de este delito el objeto de las acciones: tiene que tratarse de un *tren*, con lo que la extensión del tipo se reduce considerablemente, aunque, a diferencia de lo que ocurría en el art. 190 *bis* de la ley 21.338, no es necesario que se trate de un tren destinado al *uso público*.

La acción típica es la de emplear un medio cualquiera destinado a lograr las finalidades típicas –que se delinean en los elementos subjetivos– de detener el tren, entorpecer su marcha o hacerlo descarrilar. No cabe duda de que lo que la ley considera como prohibido es el solo empleo del medio con las finalidades, cualesquiera sean, en cuanto se trate de una de las enunciadas; ello ha planteado serias dificultades a la doctrina, ya que pueden existir medios que se empleen con la finalidad de detener la marcha de un tren que de ninguna manera signifiquen un peligro que amenace la seguridad (común) del medio de transporte (que aparece como el objetivo de protección de la norma, dada su ubicación); tales consideraciones han conducido a los tratadistas a intentar una limitación de los medios encuadrables en la tipicidad. Para Núñez, p.ej., el medio utilizado, "incluso para detener o entorpecer la marcha del tren, debe ser un medio... capaz de producir un descarrilamiento u otro accidente ferroviario", lo que parece una restricción no contenida ni siquiera implícitamente en la estructura normativa; está más de acuerdo con ella la tesis que considera como medio típico todo aquel –además de los capaces para producir un descarrilamiento o accidente del tren– que entraña con la detención o entorpecimiento del tránsito del vehículo, un peligro para la seguridad del transporte, aunque ese peligro no pueda concretarse con relación al vehículo mismo y sólo

sea estimable de modo abstracto. El medio puede ser aplicado sobre el vehículo, sus vías u otros elementos de seguridad (en cuanto no sea el caso específico del art. 192), aun sobre su personal, y el delito adoptar la forma de una comisión pura o de una comisión por omisión (siempre que no se den los presupuestos del art. 195, en cuanto sean conductores, mecánicos, etcétera).

En su figura básica se consuma por el empleo del medio con la finalidad típica, sin necesidad de resultado alguno (ni siquiera, como vimos, es indispensable un peligro concreto). Los resultados perseguidos y logrados o preterintencionales son condiciones de las figuras agravadas de los incs. 2° a 4°.

La culpabilidad dolosa requiere no sólo la aplicación del medio conociendo su aptitud para detener o entorpecer la marcha del tren o para hacerlo descarrilar, sino la que se realiza con la voluntad de poner en obra esa aptitud; es, pues, incompatible con un dolo eventual.

§ 1458. *ATENTADOS CONTRA COMUNICACIONES FERROVIARIAS.* – El art. 192 vigente reprime "con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos", al que "ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril".

Como en el caso del atentado ferroviario, la conducta prohibida es el empleo del medio con la finalidad de interrumpir el funcionamiento del o de los objetos típicos. Sin embargo, aquí la ley parece acentuar la idea de peligro abstracto, puesto que el acto idóneo para interrumpir el funcionamiento, sin tomar en consideración otras circunstancias, ya es considerado peligroso por ella.

En cuanto a los modos de comisión y a la consumación vale lo dicho respecto del art. 191. Pero hay una restricción estricta del tipo en cuanto a los objetos; ellos tienen que ser instalaciones de telégrafos o teléfonos *destinados al servicio de un ferrocarril*, por lo que no basta que un telégrafo o teléfono, aunque sea público, se utilice eventualmente con motivo del servicio ferroviario.

Aunque la fórmula es un tanto distinta dándose, como en el caso del art. 191, un elemento subjetivo del tipo (las acciones deben *tender* subjetivamente a una determinada finalidad), el dolo se especifica en la misma forma que en aquel artículo.

§ 1459. *ATENTADOS CONTRA TRENES O TRANVÍAS EN MARCHA.* – El texto original del art. 193 dice: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha". La ley 17.567 había derogado esta norma; la 20.509 le devolvió vigencia; la 21.338 optó por reprimir con prisión de seis meses a dos años "si el hecho no importare un delito más severamente penado" al que "arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un medio de transporte público de pasajeros". La ley 23.077 torna a la vigencia del texto original.

Sobre la conducta típica y la subsidiariedad legal de este delito, se dan los mismos criterios en el texto vigente que en el derogado.

Las diferencias se establecen en cuanto a los objetos que son materia de la protección, ya que en el texto ahora aplicable se reducen a los trenes y tranvías, y de ninguna manera puede extenderse aquélla a otros medios de transporte, como alguna vez se intentó hacerlo. Y más se limita la esfera de punibilidad en cuanto se requiere que el medio esté *en marcha*, con lo que no se dará el tipo si la acción se practica sobre el mismo estando detenido, aunque esté en función de transporte. Pero se amplía en otro aspecto por cuanto ya no se requiere que se trate de trenes o tranvías afectados al "transporte público de pasajeros" (como lo hacía la ley 21.338); siempre y cuando la seguridad común pueda verse atacada no interesa cuál sea la afectación del vehículo.

La acción es la de *arrojar* (lanzar) cuerpos contundentes o proyectiles. *Proyectil* es todo objeto que es lanzado por un medio que multiplica la fuerza del brazo del hombre y que, prolongando su alcance, le da un mayor poder de empuje o penetración (arma de fuego, honda, etcétera). *Cuerpo contundente* es cualquier objeto cuya resistencia lo torna apto para producir daños en el medio de transporte o en las personas por él transportadas; lo que normalmente es un proyectil adquiere carácter de cuerpo contundente cuando es arrojado por el solo impulso de la mano del hombre (la piedra arrojada por una honda es un proyectil, arrojada por la mano es un cuerpo contundente).

El delito se consuma con el lanzamiento del proyectil o cuerpo contundente, sin que sea necesario que hayan impactado en el medio de transporte o en las personas transportadas. La ley castiga el peligro abstracto que la conducta significa para la seguridad del medio

de transporte. Por ello muy difícilmente podrá admitirse la tentativa; hasta que no se produjo el lanzamiento, los actos precedentes no pasarían de ser meramente preparatorios, como el de tomar la piedra, colocar el proyectil en el mecanismo de proyección, etc. (contra: Núñez).

Es un delito subsidiario, el art. 193 del Cód. Penal se aplica únicamente cuando la misma conducta de arrojar el proyectil o cuerpo contundente no asume la característica de otro delito más severamente penado, que puede pertenecer a este mismo título (p.ej., art. 191) o a otro distinto (p.ej., contra las personas o contra la propiedad, como podría ser un supuesto de daño calificado).

Es delito doloso que requiere el conocimiento del carácter del medio contra el cual se atenta y la voluntad de arrojar el proyectil o cuerpo contundente contra él. La intención que implica esta última se puede adecuar a las características del dolo eventual.

III. ENTORPECIMIENTO DE TRANSPORTES Y SERVICIOS

§ 1460. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 194 del Cód. Penal castiga con prisión de tres meses a dos años al que, "sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas".

Aquí se mantiene el texto del art. 194 que en su oportunidad había introducido la ley 17.567, por imperio de la ratificación de la ley 20.509. La ley 21.338 se había limitado a aumentar la pena de prisión fijándola en la de seis meses a tres años. La ley 23.077 retorna a la pena de la ley 17.567: tres meses a dos años de prisión.

Es válida, entonces, la doctrina vertida sobre el texto derogado, pero se deberá tener presente la advertencia de Núñez: "Con arreglo al sistema establecido por las derogaciones y ratificaciones –poco meditadas– la figura del art. 194 es excluida por las de los arts. 190 a 192 y 197 del Cód. Penal que, respecto de ella, representan atentados especialmente tipificados".

El bien jurídico inmediatamente protegido es la eficiencia del transporte o del servicio público, su normal cumplimiento y presta-

ción. Pero ello no impide considerar este delito como uno de los que están destinados a la protección de la seguridad común, pues es en ese sentido como el legislador lo incluye aquí: el normal funcionamiento de aquéllos es una garantía de preservación de la seguridad común, ya que, por lo general, su entorpecimiento puede producir situaciones que la afecten.

§ 1461. *PRESUPUESTO DEL DELITO.* – Pero la ley, como presupuesto del delito, descarta, expresamente, que se haya creado, mediante las conductas típicas, una situación de peligro común, o sea, que se haya suscitado un peligro concreto, realmente corrido por sectores de personas u objetos indeterminados. Si el hecho ha creado peligro común, nos encontraremos en alguno de los tipos que hemos visto precedentemente.

§ 1462. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones típicas son las de *impedir*, es decir hacer imposible, *estorbar*, molestar o tornar más incómodo, o *entorpecer*, hacer más dificultoso el funcionamiento de los transportes o la prestación de los servicios. En resumen, es toda acción que paraliza, desorganiza o retarda el tráfico o la prestación, cualquiera que sea el tiempo que dure.

§ 1463. *OBJETOS DEL DELITO.* – Los objetos sobre los que debe recaer la acción son los *transportes por tierra, agua o aire* y los *servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, electricidad o sustancias energéticas*. Los primeros pueden estar afectados al transporte público o privado, ya que lo que se protege es el funcionamiento del transporte en general, al paso que en los segundos sólo quedan comprendidos los de carácter público, o sea, los destinados a ser utilizados por un número indeterminado de personas, aunque sus elementos o instalaciones pertenezcan a particulares.

Los actos materiales impeditivos o turbadores pueden recaer sobre los elementos mismos con que se realiza el transporte o se prestan los servicios, sobre las vías de comunicación o sobre accesorios funcionales, pero deben afectar el transporte o servicio de modo general; no es suficiente que la acción impida o turbe el funcionamiento de un determinado medio de transporte, o la recepción del servicio por determinadas personas, sino que es necesario que abarque el tráfico o la prestación del servicio (p.ej., picar un camino,

producir disminución del suministro de energía, silenciar una estación radial), aunque sea en sectores determinados (en un tramo de la ruta, que influya sobre un contingente de abonados telefónicos, etcétera).

§ 1464. *Consumación.* – El hecho se consuma cuando la acción ha impedido, estorbado o entorpecido el transporte o el servicio; trátase, pues, de un delito de resultado, que admite tentativa, la cual se constituye con los actos idóneos que procuran la perturbación o el entorpecimiento, pero sin éxito.

§ 1465. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter de los objetos sobre los que recae la acción, y la voluntad –incluso eventual– de impedir, estorbar o entorpecer. Por supuesto que cuando la acción se emprende teniendo en miras la creación de un peligro común, esa particular culpabilidad puede situar la conducta en supuesto de tentativa de los delitos que hemos visto precedentemente, excluyendo al ahora estudiado.

§ 1466. *Entorpecimiento en ocasión de espectáculos deportivos.* – El art. 9° de la ley 24.192 reprime con prisión de seis meses a tres años al que "sin crear una situación de peligro común impidiere, estorbare o entorpeciere, el normal funcionamiento de los transportes e instalaciones afectadas a los mismos, hacia o desde los estadios". La ley 23.184 no traía la referencia a las *instalaciones*.

IV. Abandono de servicio

§ 1467. *El texto legal.* – El actual texto del art. 195 dice: "Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario". El texto de la ley 21.338, además de fijar una pena de prisión distinta (seis meses a tres años), se refería también a los *comandantes*, in-

cluía a la *aeronave* y en vez de mencionar a los *demás empleados*, lo hacía con el *demás personal técnico*; por otro lado, en vez de la expresión "antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario" utilizaba la de "durante sus servicios respectivos antes del término del viaje".

§ 1468. *Conducta típica.* – Si bien la acción prohibida sigue siendo la de *abandonar el puesto*, no pasa exactamente lo mismo con uno de los elementos circunstanciales, ya que, si bien *llegar al término del viaje ferroviario* equivale al *término del viaje*, esta expresión no equivale a *llegar a puerto*, ya que el puerto puede ser uno de escala que no ponga fin al viaje. Aunque para cierta doctrina ese puerto era el de esta finalización, la diferencia establecida por ley es muy clara, por lo que, sin perjuicio de la infracción a la ley de navegación, no parece que ahora el delito sea atribuible al que abandona la nave una vez llegada a puerto, aunque el viaje ajustado por él no haya terminado.

§ 1469. *Sujetos activos.* – La expresión "demás personal técnico" empleada por la ley derogada, había sido una ratificación legal del criterio doctrinario sobre la interpretación de la de *demás empleados* del texto original, ahora nuevamente vigente, que había reducido su comprensión –teniendo en cuenta el bien jurídico protegido– a los que estaban vinculados a funciones técnicas de conducción o seguridad.

La ley ya no menciona ni a los *comandantes* ni a las *aeronaves*. La punibilidad de aquéllos, exclusivamente por el abandono del puesto, no la encontramos en otras normas, por lo cual sólo cabrá responsabilizarlos administrativa (ley 14.037) o civilmente.

§ 1470. *Consumación.* – El delito se consuma con el abandono. Es un delito de peligro abstracto, que no requiere ningún resultado originado en las omisiones del agente. Por ello es imposible la tentativa.

§ 1471. *Confluencia de figuras.* – Es una figura cuya subsidiariedad está expresamente proclamada por la ley; por lo tanto, cuando el abandono ha sido una omisión intencionalmente cometida o eventualmente aceptada en orden a la creación de peligro común

para el transporte, se estará, según los casos, ante las figuras de los arts. 190 o 191 del Cód. Penal, y la del art. 195 quedará desplazada.

§ 1472. *Culpabilidad.* – El abandono tiene que ser doloso, requiriéndose el conocimiento del autor de prestar el servicio que se omite y la voluntad de omitir su prestación. Son indiferentes sus motivaciones, salvo, por supuesto, las que conducen a otros delitos o a tentativas de otros delitos, según vimos en el parágrafo anterior. Aunque algunos admiten el dolo eventual (Núñez), la estructura del delito parece requerir una positiva dirección de la voluntad en orden al abandono; los posibles ejemplos que se suelen ofrecer como de dolo eventual, van a parar a supuestos de culpa impunes.

V. Causación culposa de accidentes

§ 1473. *El texto legal.* – El texto vigente del art. 196 reprime "con prisión de seis meses a dos años", al que "por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo", y "si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cuatro años".

Este artículo había sido derogado por la ley 21.338 que regulaba la materia en el art. 192, reprimiendo con prisión de seis meses a dos años al "que por imprudencia o negligencia causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente de los previstos en este capítulo", aumentando la pena de prisión a la de uno a cinco años "si del hecho resultare la muerte o lesiones de las previstas en los arts. 90 y 91".

La figura básica se consagra con los mismos extremos de tipicidad en el texto vigente que en el derogado, puesto que en éste "la sola enunciación de la imprudencia y negligencia no excluye la vigencia de las otras 'formas' de culpa".

Pero eso no pasa con la agravada, puesto que en la norma vigente también quedan comprendidas las lesiones leves, que no lo estaban en la ley 21.338.

VI. INTERRUPCIÓN O ENTORPECIMIENTO DE COMUNICACIONES

§ 1474. *EL TEXTO LEGAL.* – También el art. 197 había sido derogado por la ley 21.338; la ley 23.077 ha hecho recuperar vigencia al texto original que reprime "con prisión de seis meses a dos años", al que "interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o telefónica o resistiere violentamente el restablecimiento de la *comunicación interrumpida*".

Se contemplan, entonces, dos tipos distintos con un objeto en común: la *comunicación telegráfica* o *telefónica*, con lo que se extraen de la figura otras especies de comunicaciones (a diferencia de lo que ocurría en la ley 21.338, cuyo art. 191, inc. 2°, se refería a cualquier *medio de telecomunicación*).

§ 1475. *INTERRUPCIÓN O ENTORPECIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN.* – Aunque falta ahora la calificación de los medios de comunicación como *públicos* o *puestos al servicio del público* (art. 191, inc. 2°, ley 21.338), es muy difícil pensar la tipicidad, cuando se trate de redes de uso estrictamente privado (p.ej., la intercomunicación telefónica dentro de un establecimiento rural), si se tiene en cuenta que el bien jurídico protegido sigue siendo la seguridad común.

Tiene que tratarse de una interrupción o un entorpecimiento para el servicio mismo (comunicación); en tal sentido no será suficiente para redondear el tipo, la mera afectación material de la instalación (aparatos, líneas), si ella no ha producido los efectos de impedir o entorpecer a aquél, ni la mera interrupción o entorpecimiento de una comunicación determinada que no extienda sus efectos al servicio dentro de una generalidad, lo cual también surge de la consideración del bien jurídico protegido. Por la misma razón no quedan abarcados los actos de empleo del servicio para molestar a determinadas personas, que alguna vez la jurisprudencia incluyó en el artículo.

Por supuesto que si las acciones son asumidas con la finalidad establecida en los arts. 188 y 190, estas figuras desplazan a la del art. 197.

§ 1476. *Resistencia al restablecimiento de la comunicación interrumpida.* – En primer lugar, el tipo supone el hecho de la comunicación ya interrumpida, por lo que el autor puede ser tanto el agente del anterior delito, cuanto un tercero extraño a él.

La resistencia tiene que ser *violenta*, con lo que la norma estaría exigiendo una oposición de hecho contra las personas que procuran restablecer el servicio (aunque sea por el modo indirecto de fuerza en las cosas; p.ej., destruyendo el trabajo que están realizando), pero no sería típico cualquier otro procedimiento tendiente a impedir la reparación (como los que pueden considerarse en el art. 188), lo que sí cabía en la disposición del art. 191, inc. 3°, según el texto dado por la ley 21.338.

En cuanto a los conflictos de figuras, puede repetirse lo dicho con respecto al tipo anterior.

VII. Los delitos que contemplaba el artículo 191 según la ley 21.338

§ 1477. *Equivalencias en las fórmulas vigentes.* – El art. 191 de la ley 21.338 reprimía dos especies de atentados y una hipótesis de resistencia, creadores de "peligro para la seguridad común", a saber:

a) "Atentado contra usinas, obras o instalaciones destinadas a la producción, transmisión, almacenamiento o provisión de electricidad o de sustancias energéticas o contra instalaciones destinadas al servicio público de aguas corrientes", al que es difícil encontrarle correspondencia en los textos vigentes.

b) "Atentado contra la seguridad de los medios de telecomunicación pública o puestos al servicio de la seguridad de los medios de transporte destinados al uso público", cuya correspondencia –aunque muy limitada– la encontramos en los actuales arts. 192 y 197.

c) Resistencia a "la reparación de desperfectos de las usinas, obras o instalaciones a que se refiere el inc. 1°, o el restablecimiento de comunicaciones interrumpidas", que corresponde –pero también muy limitadamente– a la figura del art. 197.

CAPÍTULO III

PIRATERÍA

§ 1478. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Las nuevas formas que asumen los ataques de piratería contra los medios de transporte han inducido al legislador a sustituir la fórmula original –que sólo tenía en cuenta la tradicional piratería marítima– por una serie de figuras que atienden a esas nuevas realidades.

Todas ellas protegen la seguridad del transporte, por lo cual hubieran podido quedar incluidas en el capítulo anterior; probablemente por las características especiales que asumen estos actos peligrosos o dañosos para aquella seguridad, la ley ha preferido agruparlas en un capítulo autónomo. Aunque algunos tratadistas sostienen que estos delitos protegen la libertad de los mares y el aire, y en parte así es, no es ése el objeto principal de la protección, ya que muchos de los hechos de piratería previstos, por el lugar en que se los comete o por el modo de comisión, escasamente tienen que ver con esa libertad, pero sí específicamente con la seguridad del transporte naval o aéreo.

I. PIRATERÍA PROPIAMENTE DICHA (MARÍTIMA)

§ 1479. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 198, inc. 1º, del Cód. Penal aplica la pena de reclusión o prisión de tres a quince años, que es común a todas las figuras del artículo, al que "practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida".

§ 1480. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la de practicar actos de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren. El acto de *depredación* es, tradicionalmente, un acto de pillaje mediante violencia o intimidación, que im-

plica la producción de daños de cierta magnitud; es un robo al cual, en el particular supuesto de la piratería, se suma la lesión a la seguridad común en que intervienen como factores el medio por el que se produce el atentado y el lugar donde se lo comete (aguas *navegables*). *Sin embargo, la ley comprende también todo acto de violencia*, que, sin estar determinado por la finalidad del pillaje, incide sobre el buque o lo que transporta, asumiendo una magnitud amenazadora para la seguridad común (p.ej., no lo será hacer un disparo contra una de las personas transportadas, pero sí disparar salvas repetidas sobre las cubiertas y puentes); se ha sostenido, por ejemplo, que el solo acto del abordaje constituye ya la violencia propia del delito, aunque no cause daños materiales.

§ 1481. *El concepto actual de piratería.* – Siguiendo el concepto tradicional de piratería marítima, se ha sostenido que los actos de depredación o violencia contra el buque o lo transportado por él, tienen que practicarse utilizando otro buque; según esa opinión, los actos de depredación o violencia serán delitos contra la propiedad o contra las personas y no piratería cuando no hayan sido perpetrados por medio del asalto del buque por otro buque o barca armada (ver Núñez, Soler). Sin embargo, esta apreciación dogmáticamente tenía valor en el texto original, ya que éste describía el elemento normativo diciendo: "...sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que *el buque, por medio del cual ejecute el acto...*"; pero ya no lo tiene, porque la referencia al buque asaltante ha desaparecido en el texto actual y, además, la piratería puede asumir formas que afectan tanto o más la seguridad común que el asalto de un buque por otro (p.ej., piratas que abordan la nave a nado, o colocan explosivos en su casco por medio de buzos, cañoneos desde tierra a fin de que aquélla se detenga, etcétera). Nada abona, pues, la exigencia antedicha en nuestro derecho vigente, aunque la cuestión sea discutible en el derecho internacional.

§ 1482. *Objetos del delito.* – Los actos depredatorios o violentos deben realizarse contra un buque o contra las personas o cosas que en él se encuentran. Quiere decir que no cualquier nave puede ser objeto de la piratería, sino la que tenga carácter de buque (navío de cubierta). Evidentemente, la ley no ha querido otorgar tipicidad de acto pirático al ataque contra otros elementos flotantes

(pequeñas embarcaciones, jangadas, etc.); en parte, obedeciendo al concepto tradicional de piratería y, en parte, porque la seguridad común en esos casos estaría ya suficientemente protegida por los tipos que hemos estudiado en el capítulo anterior.

De más está decir, por otro lado, que no son actos piráticos las violencias perpetradas desde un buque contra personas o cosas que se encuentren fuera de él, en lo que no constituya buque (p.ej., en tierra, en embarcaciones menores sin cubiertas, etcétera).

§ 1483. *Lugar de la acción.* – El tipo reclama que el acto depredatorio o violento se practique *en el mar* o *ríos navegables*. La ley excluye otros lugares navegables, como son los lagos interiores, posiblemente teniendo en cuenta que allí, si bien se puede atentar contra la seguridad común, la incidencia sobre el transporte como objeto inmediato de protección no obtiene la magnitud necesaria para suministrarle una mayor protección que la que se le brinda en el capítulo anterior.

En principio, la ley se refiere a los ríos de la República o a los internacionales, en el curso que transcurre dentro de su territorio, y al mar territorial; cuando el acto de piratería se produce en ellos, el principio territorial (art. 1°, inc. 1°) es el que determina la aplicación de la ley argentina. Pero no debemos olvidar que éste es uno de los delitos en que el principio universal o cosmopolita (reconocidos en distintos tratados celebrados por el Estado) extiende la aplicación de esa ley a los hechos perpetrados en el mar libre o hasta en mares territoriales o ríos de otros Estados.

§ 1484. *Elemento normativo.* – El acto es pirático cuando lo realiza el agente *sin estar autorizado por alguna potencia beligerante* o *excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida.*

Este elemento normativo no se da en todos los casos en que el agente actúa autorizado por un Estado soberano, cualquiera que fuese; son, pues, atípicos, los actos que de conformidad con esas autorizaciones, tienen que considerarse de beligerancia, ya se los cometa con naves públicas, o los practique un particular autorizado (el corsario), aunque este último supuesto –admitido por muchas leyes, incluso la nuestra, arts. 75, inc. 26, y 99, inc. 15, Const. nacional– no puede darse en los países adheridos al Tratado de París de 1856 (nuestra Nación lo está). El carácter de beligerantes de los agentes

autorizados los coloca al margen de la punibilidad penal y se los tiene que tratar en calidad de prisioneros de guerra.

La autorización debe ser *legítima*, lo cual importa que tiene que ser concedida por autoridad competente, observando las formas prescriptas por la ley interna del país autorizante y, en su caso, según las prescripciones del derecho internacional.

Sin embargo, el acto se torna pirático para el agente autorizado, cuando actúa excediendo los límites de la autorización, ya por haber actuado sobre buques, personas o cosas que la autorización no comprendía, ya por realizar actos que no eran propiamente actos de guerra, según el derecho internacional (actos de barbarie inútil o bélicamente innecesarios).

§ 1485. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del objeto contra el cual se dirige el acto depredatorio o violento, y el de la ausencia de autorización o del carácter excesivo del realizado con relación a ella y la voluntad de realizarlo. Dada la configuración del tipo, con el particular elemento normativo a que hicimos referencia, no es aceptable la posibilidad del dolo eventual; sólo el directo operará. El error sobre la existencia de la autorización o su alcance, aun el *error iuris* sobre ese aspecto, tendrá virtualidad para excluir la culpabilidad.

II. Piratería aérea

§ 1486. *El texto legal.* – El art. 198, inc. 2°, reprime al "que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo, o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ella se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida".

§ 1487. *Paralelismo con el delito anterior.* – Tanto en el núcleo de la acción como en sus características específicas, se da un riguroso paralelo con el delito de piratería naval, sin perjuicio de que la violencia, en este caso, pueda ir dirigida a lograr el cambio de curso de la aeronave, en cuanto ello no implique la usurpación del mando, que queda cubierta por el art. 198, inc. 3°. Aunque, por

supuesto, aquí nadie pretende restringir el acto pirático al ataque realizado utilizando otra aeronave; ése es uno de los modos posibles, como el ataque desde tierra o desde dentro de la aeronave misma.

Los objetos del delito son una aeronave, según los conceptos expuestos antes, y que no son otros que los del art. 36 del Cód. Aeronáutico, o las personas o cosas que en ella se encuentren.

También se hace mención al mismo elemento normativo, que presenta iguales modalidades y produce los mismos efectos en la esfera de la culpabilidad que vimos al exponer el art. 198, inc. 1°.

§ 1488. *Elemento temporal.* – En lo que el tipo del art. 198, inc. 2°, se aparta de aquél es en la inclusión de un elemento temporal: los actos de depredación o violencia tienen que realizarse contra la aeronave –o contra las personas o las cosas que en ella se encuentren–, mientras ella *se encuentra en vuelo* o *mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo.* Según el art. 156 del Cód. Aeronáutico, "se considera que una aeronave se encuentra en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje"; teniendo en cuenta lo expresado, las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo son las que sitúan la aeronave en el lugar donde recoge los pasajeros o la carga, o es colocada mediante fuerza motriz, que no es la propia, en la pista de despegue, siempre que se trate de actos temporalmente cercanos al del vuelo (para algunos las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo son el carreteo por la pista de despegue, pero, como vimos, entonces ya la aeronave se considera que está *en vuelo* según el Código Aeronáutico). Quedan excluidos del tipo los hechos que se cometen en las operaciones posteriores al carreteo con que termina el recorrido del aterrizaje (p.ej., la marcha hacia el lugar de descenso o descarga).

III. Piratería impropia (usurpación de mando)

§ 1489. *El texto legal.* – El art. 198, inc. 3°, del Cód. Penal castiga al que "mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva".

§ 1490. *Acción típica.* – La acción material es la de *usurpar la autoridad* de un buque o aeronave. Usurpa esa autoridad, en el sentido típico, quien quita el gobierno del buque o aeronave a quien legítimamente lo tiene y lo ejerce; es decir, sustituye la voluntad de aquél por la suya propia, suplantándolo físicamente o utilizándolo como instrumento para ejercer él mismo el gobierno (p.ej., el que por medios hipnóticos elimina la voluntad del capitán del buque). No es típica la conducta de quien se apodera de la autoridad de un buque o aeronave sobre los cuales nadie está ejerciendo actualmente un mando (p.ej., un buque abandonado en el mar).

Lo que hay que usurpar es la *autoridad* del buque o aeronave; no basta con que el agente imponga su voluntad respecto de uno o algunos de los actos que integran esa autoridad, sino de ella en su totalidad (p.ej., quien emplea la violencia exclusivamente para desviar el medio de transporte de su curso original queda comprendido en el inciso anterior, no en éste).

§ 1491. *Medios típicos.* – Otra diferencia que se advierte con el tipo del art. 198, inc. 2°, es la relativa a los medios que enuncia el art. 198, inc. 3°, para cometer la usurpación de la autoridad, puesto que si bien quedan comprendidas la violencia y la intimidación –esta segunda en alguna medida es admisible en los incisos anteriores–, también se introduce el engaño, es decir, todo modo ardidoso de apoderarse ilegítimamente del gobierno del buque o aeronave. Cualquiera de estos medios puede recaer directamente sobre quien ejerce en forma legítima la autoridad o sobre terceros (p.ej., engañar a la tripulación para adueñarse del mando mientras el capitán no se encuentra en el barco).

§ 1492. *Elemento subjetivo.* – El tipo exige un elemento subjetivo: la usurpación de la autoridad tiene que realizarse con el *fin de apoderarse del buque* o *de la aeronave* o *de disponer de las cosas* o *de las personas que lleven*. La usurpación que no tenga esa finalidad puede quedar eventualmente comprendida en el tipo anterior, cuando se haya utilizado violencia, pero no en este inc. 3°.

§ 1493. *Consumación.* – Como este último es un elemento subjetivo, su logro no integra la consumación, que se perpetra con la sola obtención ilegítima del gobierno del buque o aeronave, em-

pleando alguno de los medios típicos y con la finalidad expuesta. El empleo de los medios sin que se haya alcanzado a concretar la usurpación, puede dejar el delito en la faz de tentativa.

§ 1494. *Culpabilidad.* – La culpabilidad, dado el elemento subjetivo que se inserta en el tipo, requiere, indefectiblemente, el dolo directo.

IV. Connivencia con piratas

§ 1495. *El texto legal.* – El art. 198, inc. 4°, castiga al que "en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación".

§ 1496. *Acción típica.* – Materialmente la acción es la de *entregar a piratas* un buque o una aeronave, o su carga, o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación. *Entregar* significa colocar en poder de los piratas alguno de los objetos enunciados en el tipo. La entrega típica es la que se realiza *a piratas*, lo cual indica que el que obtiene de ese modo el antes dicho poder tiene que realizar o tener la intención de realizar alguno de los actos depredatorios previstos en el art. 198, incs. 1° y 2°, ya que de otro modo no se daría esa calificación del sujeto.

Los objetos son el buque, la aeronave o su carga, es decir, la mercadería que fletean, o las pertenencias del pasaje o de la tripulación, en cuyo caso se tratará de los equipajes o sus otros efectos personales. Cuando la entrega es de la carga o de esas pertenencias, ella puede ser total o parcial.

§ 1497. *Aspecto subjetivo.* – En este aspecto, el tipo reclama que la acción de entrega responda a una *connivencia* del agente con el pirata. La doctrina señala que, en esta connivencia, no sólo queda comprendida la confabulación con el pirata, sino también la aceptación tolerante del requerimiento pirático, aunque, por supuesto, se excluye la aceptación que procede en el autor de la convicción de lo inútil o gravoso de la resistencia o que constituye simplemente un acto de cobardía.

§ 1498. *Consumación.* – El delito se consuma con la entrega. Admite tentativa, lo cual ocurrirá especialmente en los casos en que la connivencia asume configuración de confabulación. Y aunque en este último caso no cabe duda alguna de que el agente de la entrega es un verdadero partícipe del acto pirático, esa participación queda desplazada por el tipo autónomo de este inc. 4°.

§ 1499. *Autoría.* – En este sentido, el tipo ofrece algunas particularidades. Aunque la ley no lo especifica, puesto que se trata de una *entrega*, no cabe duda de que sólo puede ser autor el que tiene capacidad para entregar el objeto, es decir, el que ejerce sobre él un poder suficiente para dejarlo en manos de otro. Puede tratarse del capitán, del comandante o de otro personal del buque o aeronave que eventualmente cumpla las funciones de aquéllos, ejerciendo el gobierno del medio de transporte. La actividad desplegada en connivencia con piratas, que facilite o contribuya de otro modo (y por otras personas) a la acción de ellos en orden al apoderamiento de los objetos típicos, únicamente podrá considerarse complicidad en los delitos del art. 198, incs. 1°, 2° ó 3°.

§ 1500. *Culpabilidad.* – Se integra, por supuesto, con el conocimiento del carácter de pirata del sujeto a quien se hace la entrega y la voluntad de entregar los objetos. El requisito de la connivencia excluye toda posibilidad de admitir la vigencia del dolo eventual: sólo el directo integra la culpabilidad típica (ya vimos que aquí no se castiga la cobardía, sino el dolo del agente).

V. Oposición a la defensa contra piratas

§ 1501. *El texto legal.* – El art. 198, inc. 5°, castiga al que, "con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas".

§ 1502. *Presupuesto. Carácter del delito.* – El presupuesto del delito es que se encuentre en curso un ataque pirático contra la nave o aeronave ("atacado por piratas", dice la ley), pero no es indispensable que se hayan hecho aprestos de defensa (contra: So-

ler); el agente puede actuar típicamente antes de que se realicen esos aprestos, mientras se realizan o en el curso de la defensa hasta que ésta se extingue.

Trátase de un acto de participación por cooperación o auxilio, según haya o no connivencia con el pirata, que la ley ha decidido punir autónomamente.

§ 1503. *Acción típica.* – Es la de *oponerse* a que el capitán del buque, el comandante de la aeronave o la tripulación de ellos los defiendan del ataque pirático. Se opone el que procura impedir que se realice la defensa; no basta la actividad del que sólo procura estorbar esa defensa, haciéndola menos efectiva (contra: Núñez); este último acto podría quedar cubierto por la participación en la piratería naval o aérea del art. 198, incs. 1° y 2°. Pero no es indispensable que la oposición se dirija contra todos quienes pueden ejercer la defensa, como veremos.

§ 1504. *Medios típicos.* – Para que la oposición sea típica, tiene que realizarse *con violencia* o *amenazas*, es decir, con intimidación. Si el agente emplea cualquier otro procedimiento, quedará al margen de la oposición típica (p.ej., la persuasión, el engaño).

§ 1505. *Aspecto subjetivo.* – La oposición debe estar dirigida a impedir la defensa que pueden ejercer o están ejerciendo el capitán, el comandante (la ley incorrectamente sólo menciona a éste, aunque comprendiendo ambas calidades) o la tripulación del buque o aeronave. Por lo tanto, la violencia o la intimidación debe recaer sobre ellos, aunque sea actuando sobre terceros (intimidando al capitán con actos de violencia sobre pasajeros). No es típica la oposición violenta o amenazadora tendiente a impedir que los pasajeros intervengan en la defensa, sin perjuicio de su punibilidad como complicidad en el ataque pirático o, al menos, como delito contra la libertad. Pero no es necesario que la oposición tienda a evitar que todos los tripulantes lleven a cabo la defensa; basta con que el agente se oponga a la intervención individual de uno o algunos de los miembros de la tripulación.

§ 1506. *Consumación.* – El hecho se consuma con la realización de los actos de violencia o amenaza que constituyen la opo-

sición; es indiferente que se haya logrado o no impedir la defensa. No es admisible la tentativa.

§ 1507. *Autoría.* – Autor puede ser cualquier persona, miembro de la tripulación, pasajero o un tercero que por cualquier eventualidad se halle en el buque o aeronave o hasta fuera de ellos (p.ej., quien amenaza utilizando la radio); pero, por supuesto, debe ser alguien ajeno al ataque pirático.

§ 1508. *Culpabilidad.* – Requiere, claro está, el conocimiento del ataque del pirata y la voluntad de oponerse a la defensa contra él por los medios enunciados en el tipo. Sólo es admisible el dolo directo; pero son irrelevantes las motivaciones que hayan guiado al autor (procurar evitar daños personales o a la mercadería, cobardía, etc.), salvo que constituyan, por su entidad, causales de inculpabilidad.

VI. Equipamiento pirático

§ 1509. *El texto legal.* – El art. 198, inc. 6°, reprime al que, "por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería".

§ 1510. *Acción típica.* – Es la de *equipar* un buque o aeronave destinado a la piratería. Equipa el que lo provee de lo necesario para que el buque o la aeronave realicen su actividad, desde la tripulación hasta las armas, incluyendo repuestos, vituallas, etcétera.

El agente puede actuar por *cuenta propia o ajena*, o sea, realizar el equipamiento por sí o en representación de otro (armador); el representado podrá ser, en el caso, un partícipe principal.

§ 1511. *Carácter del buque o aeronave.* – El buque o la aeronave que se equipan deben estar *destinados a la piratería*. Es un carácter del objeto, no un elemento subjetivo del tipo, como algunos lo han interpretado. En efecto, el tipo no recaba que se equipe el buque o la aeronave *para* destinarlos a la piratería, sino que se equipe el buque o la aeronave que ya realiza o que va a realizar activi-

dades piráticas, sin perjuicio de que el conocimiento de esa circunstancia quede comprendido en la culpabilidad del sujeto, lo cual es diferente.

§ 1512. *Confluencia de figuras.* – Cuando el equipamiento lo realiza el agente con la finalidad de dedicarse él mismo a la piratería con el buque o aeronave equipados, el equipamiento constituye un acto preparatorio del delito de piratería que la ley comprende en la punición de esta última, si se realiza. En los casos en que el autor ha llegado a realizar el acto pirático con el buque o la aeronave que ha equipado, la doctrina (Núñez) niega que sean aplicables los principios del concurso aparente (consunción de los actos preparatorios y ejecutivos por el delito consumado), afirmando que se da una multiplicidad de delitos: el equipamiento pirático y la piratería en concurso real, lo cual no parece congruente. Pero ninguna duda hay sobre la punibilidad del equipamiento realizado por quien va a actuar como pirata cuando no concretó, todavía, el acto de piratería.

§ 1513. *Consumación.* – El hecho se consuma con el equipamiento, aunque no se lo haya completado; basta con que se hayan suministrado elementos del equipo, dependiendo la consumación del carácter de los objetos a suministrar: en algunos casos será necesaria su colocación en el buque o la aeronave (vituallas, armas, etc.); en otros, no (p.ej., la contratación de la tripulación ya consuma el delito, aunque no se haya hecho ella cargo de sus funciones). Es admisible la tentativa.

§ 1514. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del destino que tiene o se va a dar al buque o a la aeronave (pero no es indispensable que sea el agente el que quiera destinarlos a la piratería) y voluntad de equiparlos, no obstante ese conocimiento. Es difícilmente concebible la posibilidad de un dolo eventual. El error sobre el destino del buque o la aeronave excluye la culpabilidad, pero aquí la duda equivale a conocimiento; es bueno aclarar que ello no nos coloca en hipótesis de dolo eventual, como lo hemos visto en la parte general.

§ 1515. *Problemas de aplicación de la ley en el espacio.* – En el plano de los conflictos internacionales de leyes, la ley argen-

tina es aplicable tanto si el equipamiento se produce en el territorio de la República, aunque los actos piráticos vayan a realizarse fuera de él (principio territorial), como si se producen en el exterior, cuando los actos piráticos van a realizarse en la República (principio real o de la defensa).

VII. TRÁFICO CON PIRATAS

§ 1516. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 198, inc. 7°, pune a quien, "desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio".

§ 1517. *ACCIONES TÍPICAS.* – Son las de *traficar* o *suministrar auxilio*. *Trafica* el que comercia con piratas o recibe la producción de sus depredaciones para colocarla en el comercio o lograr de cualquier manera su venta (reducidor). *Suministra auxilio* el que proporciona ayuda o sostén al pirata, dándole medios económicos o favoreciéndolo personalmente de cualquier modo (ocultándolo, dándole permiso para que se reabastezca en sus propiedades, etcétera). Pero el tráfico y los auxilios económicos no deben consistir en un equipamiento del buque o aeronave, que queda comprendido en el art. 198, inc. 6°; puede ser la entrega de objetos necesarios o útiles, aunque se la haga regularmente, siempre que ello no signifique suministrar todo lo que el buque o la aeronave necesita para cumplir sus actividades: quien, aunque sea regularmente, vende munición de guerra al pirata, no equipa su buque, sino que trafica con él. Como se ve, las acciones aquí previstas, tanto pueden adoptar la forma de una participación en la actividad del pirata (cuando ha habido acuerdo previo), como de favorecimiento real o personal o receptación, y la ley ha preferido autonomizar esas actividades en esta figura de las contempladas en los delitos contra la Administración cuando ellas importan traficar con piratas o auxiliarlos.

§ 1518. *LUGAR DEL DELITO.* – Sólo son típicos el tráfico o el auxilio que se realiza o suministra *desde el territorio de la República*, lo cual exige que el agente, por sí mismo o por medio de sus representantes, actúe en el territorio de la República. El tráfico con

o el auxilio a piratas perpetrado en el extranjero, cuando éstos hayan actuado en aguas argentinas, sólo podrán ser perseguidos por nuestra ley si importan actos de participación en los hechos de piratería, pero no en otros casos.

§ 1519. *Elemento subjetivo.* – El tipo contiene un elemento subjetivo cognoscitivo: el agente debe actuar *a sabiendas* de que trafica con, o auxilia a piratas; la duda no basta en este caso, es indispensable la certeza sobre aquel carácter. La simple duda puede dejar el hecho en alguno de los delitos previstos por el capítulo de los encubrimientos en el título de los delitos contra la Administración.

§ 1520. *Culpabilidad.* – El elemento subjetivo sobre el que acabamos de exponer plantea en la culpabilidad la necesidad del dolo directo.

VIII. Figuras agravadas

§ 1521. *El texto legal.* – Aunque las distintas figuras básicas de piratería han permanecido invariadas, ya que el art. 198 es el procedente de la ley 17.567, que la ley 20.509 había ratificado y la ley 21.338 repetido, no ocurre lo mismo con el art. 199, en el que se ha retornado al texto tal como había quedado luego de la ley 20.708: "Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión".

Las diferencias que se dan con la fórmula de la ley 21.338 son, en ésta, además del resultado de muerte, agravaban a la piratería los de lesiones graves y gravísimas, que ahora no tienen ese efecto.

En consecuencia, ha quedado derogado el párrafo final, que asignaba pena de muerte o reclusión o prisión perpetuas, cuando a los resultados de muerte o lesiones gravísimas se sumaba la finalidad subversiva en la perpetración del hecho; aunque ahora se deberá tener presente la agravante genérica del art. 227 *ter* (incorporado por la ley 23.077).

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

§ 1522. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Los atentados contra la salud se incluyen entre los delitos contra la seguridad común como creadores de peligro para una comunidad, es decir, para la salud pública, entendiéndose por tal aquella de la que goza el público en general, indeterminadamente. En otras palabras, es el estado sanitario de la población lo que se protege y, como en los delitos anteriores, si bien algunos resultados sobre personas determinadas se toman en cuenta en ciertos tipos, se lo hace, en principio, como resultados preterintencionales que funcionan en concepto de agravantes de las figuras de peligro común. También se comprende en el capítulo la protección de la sanidad animal y vegetal, pero siempre teniendo presente la incidencia con que ese menoscabo puede repercutir sobre la salud de la población de una comunidad en general o respecto de sectores de ella (p.ej., los lactantes).

I. ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE AGUAS POTABLES, ALIMENTOS O MEDICINAS

A) FIGURA BÁSICA

§ 1523. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 200, párr. 1º, del Cód. Penal pune con reclusión de tres a diez años, al que "envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas".

La diferencia que se da entre el texto ahora vigente del párr. 1º del art. 200 y el de la ley 21.338, refiere a las acciones prohibidas, mientras éste mencionaba a las de envenenar, contaminar o adulterar, el texto vigente se refiere a las de *envenenar* o *adulterar*; es decir, ya no aparece en él la de *contaminar*. La ley 17.567 fue la primera que introdujo el término porque el legislador consideró que

de esa manera se tomaban "en cuenta las irradiaciones producidas por sustancias radiactivas" (Exposición de motivos); prácticamente lo mismo decía Soler al fundamentar el art. 255 del proyecto de 1960.

No creemos, sin embargo, que la eliminación de dicha acción del elenco de las típicamente prohibidas, cambie mayormente el contenido de la regla, pues si bien la acción de *contaminar* no es igual a la de *adulterar*, por ser aquélla más específica que ésta, la misma generalidad que puede asignarse a la adulteración permite verla como comprensiva de los casos de contaminación; sin duda, quien contamina, *adultera*, ya que por medio de la contaminación altera la calidad de la sustancia.

§ 1524. *Acciones típicas.* – Son las de envenenar, contaminar o adulterar; las tres son modos de alteración de las sustancias. *Envenena* el que agrega a la sustancia otra, de suyo tóxica o que se vuelve tóxica al mezclarse con aquélla; no es, pues, indispensable, mezclar o agregar *veneno*, sino hacer venenosa la sustancia que es objeto del delito. *Adultera* el que cambia (agregando o quitando) las calidades de la sustancia, menoscabando sus propiedades para su utilización por el hombre.

§ 1525. *Características de las acciones.* – Pero no cualquier envenenamiento o adulteración quedan comprendidos en el tipo, sino los que alcanzan la característica de ser *peligrosos para la salud*; las acciones deben ser realizadas, por tanto, de manera que resulten idóneas para constituir ese peligro; si tal característica está ausente, se estará fuera del tipo, sin perjuicio de supuestos de tentativa.

Se trata de la salud de las personas –que es el bien protegido específicamente– y el peligro de que hablamos puede estar constituido tanto por el de la causación o favorecimiento de enfermedades, como por otros resultados físicos o fisiológicos anormales, incluidos los que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos, aunque sea temporalmente (p.ej., producir estados nauseosos o de cansancio). No es indispensable, como lo hemos adelantado, que el peligro para la salud se refiera a la de todos los integrantes de la comunidad; puede revertir sobre un sector de ellos (mujeres, niños, ancianos), siempre que se trate de sujetos indeterminados, o los resultados puedan extenderse a sujetos indeterminados.

§ 1526. *Objetos del delito.* – Son las aguas potables, las sustancias alimenticias y las sustancias medicinales. Las *aguas potables* son las que tienen aptitud para ser ingeridas por las personas, directamente o utilizándolas para el cocimiento de alimentos; no es indispensable que alcancen un determinado grado de potabilidad; hasta el agua que sólo es relativamente potable o que tiene que ser potabilizada por medio de procedimientos técnicos, puede constituir el objeto del delito cuando la acción ataca su calidad haciéndola menos apta de lo que es normalmente. *Sustancia alimenticia* es todo sólido o líquido que normalmente ingiere el hombre a fin de alimentarse, cualquiera que sea su valor alimenticio, aunque sea mínimo. *Sustancia medicinal* es todo sólido o líquido normalmente empleado con el fin de curar enfermedades o preservar la salud, cualquiera que sea su modo de administración (ingestión oral, inyectables, fricción, contacto, adherencia); quedan comprendidos los elementos que, teniendo un destino fundamentalmente estético, su actividad se ejerce mediante la preservación del normal funcionamiento o mantenimiento de partes del cuerpo (lociones capilares, cremas para la piel), aunque alguna doctrina ha restringido estas sustancias a las que están enunciadas en las leyes particulares sobre medicamentos (Núñez). Sólo se consideran los medicamentos utilizados por el hombre, dejándose fuera del tipo los de uso veterinario.

Pero para que estos elementos puedan ser objeto del delito, tienen que *estar destinados al uso público* o *al consumo de una colectividad de personas*. Cuando las acciones se realizan sobre esos objetos, pero que están destinados a la utilización de personas determinadas, el hecho queda en los delitos contra las personas. La ley agrega a las aguas y sustancias de uso público las destinadas al consumo de una *colectividad*, entendiéndose por tal todo grupo de personas de cierta magnitud (cuarteles, hospitales, escuelas, fábricas, etc.), puesto que entonces también aparece peligro común al resultar indeterminados los sujetos que pueden beber las aguas, ingerir los alimentos o emplear los medicamentos.

§ 1527. *Consumación.* – El hecho se consuma con la realización de la acción de envenenar o adulterar. Aunque la ley requiere que el envenenamiento o la adulteración conviertan la sustancia en peligrosa para la salud, es ésta una característica que debe adquirir el objeto, pero no es necesario que la acción haya creado efectiva-

mente peligro concreto para la salud pública; el delito está igualmente consumado cuando, habiéndose advertido la acción, el elemento es totalmente desafectado de su destino. Menos todavía es necesario que se produzca algún resultado, ni siquiera que alguien haya utilizado los objetos. Es admisible la tentativa porque se pueden iniciar cualesquiera de las acciones sin completarlas o completarlas sin conseguir que el objeto se torne peligroso para la salud por falta de idoneidad del medio (por su especie o cantidad), en cuyo caso nos encontraremos ante una tentativa de delito imposible.

§ 1528. *Culpabilidad.* – El dolo supone el conocimiento del carácter y destino del objeto, así como el de la naturaleza de lo agregado, extraído o del efecto contaminante y la voluntad de envenenar o adulterar, pero no es imprescindible el dolo directo; el tipo es perfectamente compatible con el eventual.

B) Figuras agravadas

§ 1529. *El texto legal y sus variaciones.* – El párr. 2° del art. 200 vigente eleva la pena (reclusión o prisión de diez a veinticinco años) "si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona"; se descarta, por tanto, como calificante, al resultado de lesiones gravísimas que traía el texto de la ley 21.338.

También queda derogado del párr. 3° del mismo artículo que determinaba pena de muerte o de reclusión perpetua cuando los resultados de lesiones gravísimas o muerte se hubiesen dado en un hecho perpetrado con finalidades subversivas; pero, como en los otros supuestos de derogaciones de normas de esa índole, no se podrá perder de vista la agravante genérica del art. 227 *ter*.

§ 1530. *Culpabilidad.* – Son resultados preterintencionales que, como tales, reclaman una causalidad estricta: deben proceder de la ingestión, administración, aplicación, etc., de las aguas o sustancias envenenadas o adulteradas y, además, haber estado marginados de la voluntariedad del agente. Cuando esos resultados fueron queridos por él, a la figura básica del art. 200, párr. 1°, se sumarían, en concurso real, las figuras de delitos calificados contra las personas (arts. 80, incs. 2° y 5°, y 92), que se multiplicarían de conformidad con el número de personas afectadas.

C) Tipos penales de la ley de residuos peligrosos*

§ 1531. *Contenido de la ley.* – La ley 24.051 –que establece algunos aspectos penales– trae normas administrativas sobre el control de diversas actividades referidas al proceso que se inicia con la generación de ciertos residuos y que termina con su disposición final. Define lo que se considera *residuo peligroso,* su vigencia espacial, diversos trámites administrativos obligatorios para los generadores y los transportistas, modifica el régimen de la responsabilidad civil de éstos, establece sanciones administrativas para las infracciones de esa naturaleza y un régimen penal.

§ 1532. *Descripción de los tipos.* – El art. 55 de la ley citada contiene en su párr. 1º un tipo doloso en el que se penaliza a quien "utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general". En el párr. 2º del artículo se prevé una circunstancia que agrava la pena; es para el caso que "el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona".

El art. 56 de la misma ley establece un tipo culposo y castiga a quien hubiese cometido los mismos hechos, pero "por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas". El párr. último de esta norma también establece la misma circunstancia agravante que el anterior, agregando, con los mismos efectos, la de enfermedad de alguna persona.

§ 1533. *Acciones.* – Están definidas por los verbos *envenenar, adulterar* o *contaminar. El concepto de envenenar* es el mismo que utiliza el art. 200, párr. 1º, Cód. Penal, que ya ha sido analizado (ver § 1523). *Adulterar* significa viciar o corromper las propiedades o cualidades de una cosa o sustancia. *Contaminar* es alterar la pureza de algo.

Estas acciones están referidas necesariamente a la disposición de residuos (sobrantes, restos) provenientes de procesos productivos

* Por Sebastián Creus y Marcelo C. Gervasoni.

(art. 2°, ley 24.051), de manera que resulta sobreabundante la inserción de las tres acciones típicas, por cuanto todas ellas tienen idéntico significado jurídico-penal: cambiar el estado natural de la tierra, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, agregando sustancias o elementos que alteran dicho estado. En el contexto del tipo hubiese bastado con el verbo adulterar, por cuanto éste resulta abarcativo tanto de envenenamientos como de contaminaciones. Al agregarse ("al suelo, el agua, la atmósfera o ambiente en general") sustancias tóxicas o nocivas para la salud, como al alterar la pureza de los elementos naturales se los está adulterando.

Ello es así, por cuanto *utilizar* los residuos (art. 55) significa –ni más ni menos– que desprenderse de ellos; y *desprenderse* indica liberarlos al agua, aire o tierra, alterando el estado preexistente de éstos.

§ 1534. *El resultado.* – La liberación de los residuos, que alteran el estado preexistente del medio en que se vierten, debe tener una entidad tal, que ponga en peligro la salud.

El concepto de salud, como bien jurídico protegido en estos tipos, no es el de salud humana o el de salud pública tradicional que tutela el Código Penal (art. 200 y ss.), restringido a la protección del estado sanitario de la población. Aquí se trata de una conceptualización más amplia, comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema. Esto es así puesto que los tipos penales comentados, nacen en el contexto de una ley cuyo objeto de protección es el medio ambiente ¿qué objeto tendría haber mantenido vigente el art. 200 del Cód. Penal, si con estos tipos sólo se cubren las expectativas sobre salud humana? El actual estado de la conciencia comunitaria y de las ciencias acerca de estas cuestiones viene exigiendo la protección del medio ambiente, por considerar su preservación como uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. La ley 24.051 es la institucionalización de dichas exigencias, de manera que los delitos insertos allí no pueden escapar a los intereses que satisface.

Con relación al resultado, corresponden algunas aclaraciones dentro de los problemas relativos a la causalidad de estos nuevos tipos penales, siendo del mayor interés analizar la acción que recae sobre un medio adulterado o contaminado previamente.

Es un hecho notorio que las aguas, el aire y el suelo, por lo general, ya se encuentran en un estado tal que no puede calificárselo de puro; por el contrario, han sido objeto de continua agresión desde hace ya mucho tiempo. El agregado o vertido de estos residuos a un medio previamente deteriorado, no es obstáculo para considerar como típica dicha conducta, atento a la definición que hemos dado de los núcleos del tipo. Agregar más de lo mismo significa adulterar o, si se quiere, aumentar la contaminación o el envenenamiento.

En estos casos, si bien la acción resultará típica, resta aún establecer si es idónea para producir el resultado: poner en peligro la salud (en el sentido ya expuesto). Queda claro que hacemos referencia a aquellas situaciones en las que la contaminación preexistente ya puede considerarse peligrosa. La idoneidad del residuo para afectar el bien jurídico es una cuestión de hecho más que teórica. En efecto, se puede analizar en el último límite que separa el momento de su disposición o liberación, con el del ámbito receptor, antes que se diluya en éste, porque no es un delito de lesión, no se exige que afecte la salud sino que posiblemente la afecte (se trata de un delito de peligro concreto). Las cualidades que tenga un residuo individualmente considerado para que, de él, se derive la puesta en peligro, debe considerarse aislada del resto de los factores (contaminación preexistente, factibilidad de degradación natural, etcétera). Es que en última instancia corresponderá demostrar que el residuo vertido, antes de entrar en contacto con el elemento receptor ambiental (agua, aire o tierra), posee componentes que lo tornan peligroso para la salud de organismos vivos. Es un delito de peligro y éste existe por los componentes del residuo, las otras circunstancias podrán influir en la concreción del daño.

§ 1535. *Dolo.* – El dolo del tipo del art. 55 comprende el conocimiento de los componentes, potencialmente lesivos para la salud, del desecho que se libera. En su aspecto volitivo, incluye la voluntad de adulterar, siendo compatible el tipo con el dolo eventual.

§ 1536. *El tipo culposo.* – A este respecto, el art. 56 no contiene mayores diferencias con otros tipos culposos, sin embargo merece particular comentario la mención expresa de la "inobservancia de los reglamentos u ordenanzas".

Como es sabido, el grueso de la actividad atrapada por los tipos tratados está vinculada con procesos productivos, es decir, está fomentada y admitida por el Estado. Es obvio que, so pretexto de evitar toda contaminación, no puede prohibirse toda la actividad involucrada. El ordenamiento jurídico asume un riesgo en este sentido, permitiendo las conductas peligrosas, pero sólo hasta cierto límite, por encima del cual aparece la ilicitud. Este límite viene dado por las normas administrativas. Estas normas, por lo general, establecen las condiciones físicas y químicas a que deben ajustarse los residuos para su descarga o vertimiento. El parámetro así establecido consiente cierto nivel de agresión al medio considerado tolerable, de aquí que no pueda afirmarse la total independencia de las normas penales respecto de las dictadas por la Administración. Quedarían así separados los supuestos que están dentro y los que están fuera del tipo, mediante las admisiones de riesgo del administrador.

§ 1537. *Figuras agravadas.* – El art. 55 de la ley comentada, en su párr. último, aumenta las penas para el caso de que "el hecho fuere seguido de muerte de alguna persona". El art. 56, párr. 2°, también agrava la pena en el mismo supuesto y agrega la producción de un resultado de enfermedad para alguna persona. Ambas son circunstancias que permiten la agravación en tanto puedan considerarse previsibles.

§ 1538. *Responsabilidad en las personas jurídicas.* – El art. 57 de la ley 24.051 aclara que "cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir". Esta cláusula en nada cambia las exigencias generales sobre autoría, participación, instigación, etc., como las relativas a la culpabilidad ya establecidas en el Código Penal.

§ 1539. *Jurisdicción.* – El art. 58 de la norma analizada establece la jurisdicción federal para el ejercicio de las acciones penales que nacen de ella.

II. TRÁFICO DE MEDICAMENTOS O MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD

§ 1540. *EL TEXTO LEGAL. LA PROTECCIÓN.* – El art. 201 del Cód. Penal dispone que las penas del art. 200 sean aplicadas "al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo".

Aquí se protege la salud pública del peligro que para ella constituye poner en circulación medicamentos o mercaderías que puedan perjudicar la salud de quienes los utilicen.

§ 1541. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones previstas son todas ellas medios de poner en circulación los objetos entre personas determinadas. El simple tráfico privado, realizado con personas determinadas, queda fuera del tipo, sin perjuicio de su punibilidad por distintas figuras. *Vende* el que transfiere el objeto por un precio; *pone en venta* el que lo ofrece con esa finalidad explícita o implícitamente (p.ej., exhibiéndolo en una casa de negocios); *entrega* el que lo da por cualquier concepto a título gratuito u oneroso (p.ej., permuta); *distribuye* el que, por cuenta propia o de terceros, lo pone a disposición de quienes pueden realizar con el objeto cualquiera de las operaciones anteriores.

§ 1542. *OBJETOS DEL DELITO.* – Son medicamentos o mercaderías. El concepto de *medicamento* ya lo expusimos al tratar del delito anterior. El de *mercadería* es el propio del art. 77 del Cód. Penal; toda clase de efectos susceptibles de expendio, o sea, todo objeto susceptible de venta, entrega, etc., tenga o no carácter de alimento, sean utilizados para satisfacer necesidades primordiales del hombre (p.ej., ropa) o no (p.ej., perfumes, desodorantes), incluyéndose los continentes de las mercaderías que se venden, entregan, etc. (p.ej., utilizar un envase que ha contenido sustancias tóxicas para despachar alimentos).

Pero tiene que tratarse de medicamentos o mercaderías *peligrosas para la salud*. Este carácter puede proceder de alguna de las conductas previstas en el tipo anterior (p.ej., alimentos que han sido

adulterados) o de circunstancias extrañas a la acción del hombre (p.ej., mercadería adulterada por el transcurso del tiempo). El peligro se da si el medicamento o la mercadería puede producir daños en la salud por su utilización normal, no anormal (no se estará en el tipo, p.ej., si el receptor pretende utilizar el producto graso que se emplea para lubricar cueros como elemento de cocina) y proceder de la aplicación misma del elemento a sus finalidades; en otras palabras, el medicamento o la mercadería debe, por sí, ser susceptible de dañar la salud; en tal sentido, no basta con la falta de calidad del objeto para cumplir su finalidad (medicamento que no sirve para curar, alimento que no sirve para alimentar), aunque indirectamente sus carencias puedan repercutir sobre la salud de las personas. Como en el caso anterior, no es indispensable que el peligro abarque a toda una población: puede incidir sobre parte de ella en virtud de sus particulares condiciones (p.ej., sobre los niños); la nocividad no tiene por qué extenderse a cualquier persona; puede limitarse a una clase de ellas, mientras sigan siendo indeterminadas (contra: Núñez).

§ 1543. *La disimulación del carácter nocivo.* – Para el tipo no son suficientes las acciones que hemos enunciado si no van acompañadas de la *disimulación del carácter nocivo*. El delito requiere, pues, en todos los supuestos, una especie de doble acción: disimular el carácter nocivo y vender; disimular el carácter nocivo y entregar, etcétera. La disimulación requiere que el agente oculte el carácter nocivo del objeto mediante un acto positivo (p.ej., borrar la leyenda que advierte acerca de la nocividad) o negativo, cuando la ley lo obliga a actuar (p.ej., cuando está obligado a advertir la nocividad), ocultación que puede ocasionar error en el receptor del objeto sobre su carácter. Quedan marginadas del tipo las acciones cuando se vende, entrega, etc., haciendo notorio el carácter nocivo, como también el supuesto del simple silencio del agente cuando, por la naturaleza del producto u otra circunstancia, no está obligado a manifestarlo.

§ 1544. *Consumación.* – El delito se consuma con la realización del acto de tráfico que se lleva a cabo con la disimulación indicada. Es, pues, un delito de peligro abstracto. Ni se requiere resultado dañoso alguno (que sí puede funcionar como agravante, de conformidad con las remisiones de la ley), ni siquiera es necesario que el objeto haya entrado en circulación (p.ej., basta ponerlo

en venta, aunque nadie lo haya comprado). Tanto la acción de vender como la de entregar o distribuir permiten admitir la tentativa; no así la de poner en venta, respecto de la cual es muy difícil de concebir.

§ 1545. *Culpabilidad.* – Las exigencias cognoscitivas del dolo requieren el conocimiento del carácter nocivo del objeto y, volitivamente, el querer transferirlo disimulándolo; en otras palabras, el autor debe querer disimular y realizar el acto de tráfico. Es indudable que esas direcciones del querer sólo pueden compaginarse con el dolo directo, lo cual, como veremos, origina polémica al transportarse la figura a la culposa prevista más adelante.

§ 1546. *Agravantes. Remisión.* – Como las agravantes presentan las mismas figuras que en el artículo anterior, el comentario ya realizado puede aplicarse aquí.

III. Propagación de enfermedad

§ 1547. *El texto legal.* – El art. 202 del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, al "que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas".

§ 1548. *Acción típica.* – Nuestra doctrina no se ha puesto todavía de acuerdo sobre el concepto típico de la acción de *propagar*. Para algunos estamos aquí ante un delito de daño que *entraña un peligro*; de daño, porque alguien debe verse afectado por la enfermedad (para Gómez, entre otros, tiene que haberse producido una pluralidad de afecciones; para otros, como Soler, basta con que una persona se haya visto afectada), al paso que el peligro estriba en la probabilidad, o por lo menos en la posibilidad, de que la enfermedad se transmita a otras personas no afectadas todavía. Para otros no es indispensable que alguien se vea afectado, sino que ya *propaga* quien realiza actos idóneos de transmisión de la enfermedad, "creando el peligro de que la enfermedad se disemine" (Núñez). Pero parece válido sostener que lo que el tipo prohíbe es la propagación de la enfermedad (es decir, la multiplicidad de afectados

con posibilidad de que otras personas lo sean) y no la creación del peligro de propagación. *Propaga*, por tanto, el que logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que puede seguir difundiéndose a otras, cualquiera que sea el procedimiento adoptado para conseguirlo, y que puede ser el contagio (transmisión directa o indirecta de la enfermedad que padece el propio agente u otra persona a terceros) o la difusión artificial de los gérmenes (p.ej., cometiendo alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores).

§ 1549. *Características de la enfermedad que se propaga.* Lo propagado debe ser una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. *Enfermedad*, como ya vimos al hablar de los delitos contra las personas, es el proceso patológico en desarrollo. Es *peligrosa* cuando puede poner en peligro la vida de las personas o provocarles graves secuelas dañosas en su salud. Es *contagiosa* cuando puede transmitirse del afectado a quien no lo está. En este aspecto no es necesario que asuma o pueda asumir la magnitud de epidemia, ni que únicamente sea exclusiva de las personas (puede también tratarse de una enfermedad que afecte a vegetales o animales, p.ej., brucelosis); es suficiente con que pueda transmitirse a las personas en general.

§ 1550. *Consumación.* – La consumación depende del criterio que se adopte con relación al concepto típico de la acción de propagar. Aquellos que lo consideran hecho de puro peligro, piensan que para la consumación es suficiente el *acto de propagación*, entendiéndose por tal el de difusión de los gérmenes, aunque no se hubiese afectado a persona alguna, al paso que los que lo conciben como un hecho de daño, requieren que se haya producido ya la afección en alguna persona (Soler) o en una pluralidad de ellas; para éstos, el acto de difusión de los gérmenes sólo podría aparecer, en su caso, como tentativa.

§ 1551. *Confluencia de figuras.* – Cuando el acto de difusión de los gérmenes se realice cometiendo alguno de los delitos previstos en los arts. 200 y 201, estas figuras quedarán desplazadas por las del art. 202.

Como en este caso el tipo no se agrava por particulares resultados, cuando éstos ocurran (p.ej., la muerte), la punición de ellos

se hará autónomamente y las correspondientes figuras operarán en concurso real con la que estudiamos.

§ 1552. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter de la enfermedad y la voluntad de propagarla o la aceptación de su propagación; con esta última afirmación queda claro que compartimos la idea de que es admisible el dolo eventual, aunque alguna jurisprudencia ha dudado sobre su viabilidad.

IV. Figuras culposas

§ 1553. *El texto legal. Hechos comprendidos.* – El art. 203 del Cód. Penal impone multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), "cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores, fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas... si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona", elevando la pena a la de prisión de seis meses a dos años, "si resultare enfermedad o muerte".

Por lo tanto, son comisibles culposamente cualesquiera de los hechos previstos en los tres artículos anteriores; se contemplan, por consiguiente, la conducta de quien culposamente envenena o adultera aguas potables, alimentos o medicinas; del que por culpa trafica con alimentos o medicinas peligrosas para la salud cuya nocividad está disimulada, y la del que culposamente propaga una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

La figura culposa que se construye sobre la base del art. 200 no ofrece dificultades; no así las otras dos.

§ 1554. *El hecho culposo en el caso del artículo 201 del Código Penal.* – En la transmutación a culposo del delito doloso del art. 201, la dificultad se plantea en orden a la vigencia del elemento subjetivo que se daría en la acción de *disimular*, ya que, como vimos, *disimular* implica ocultar o deformar algo para inducir en error a otro sobre el carácter del objeto. Sostiene parte de la doctrina (Gómez) que es imposible construir una figura culposa sobre la base

de la previsión dolosa del art. 201, ya que en ésta el autor debe proponerse inducir en error. Otros (Soler) consideran que, si bien ordinariamente, el efecto de una conducta como la indicada es excluir la forma culposa, en este caso hay que aceptar su procedencia por la expresa remisión del art. 203. Y, por fin, unos terceros no plantean objeción alguna.

Vimos que la disimulación no es propiamente un elemento subjetivo del tipo, sino una de las acciones materiales que lo integran, cuyo efecto dogmático se produce, fundamentalmente, en la esfera de la culpabilidad, por lo cual, en principio, no obstante su contenido subjetivo, es posible imaginar una forma culposa del hecho; se presentaría cuando la disimulación no procede de la voluntad del agente, sino que está ínsita en las características del objeto, y el tráfico se produce equivocando al tercero sobre su calidad, por no observar el agente el deber de cuidado que en el caso le incumbe y que no le permite advertir el carácter nocivo o lo convence de lo contrario, o por haber actuado negligentemente en la formulación de las advertencias necesarias (p.ej., haber colocado demasiado precariamente las inscripciones de advertencia). En otras palabras, la figura culposa aparece cuando la disimulación no es obra del propio agente.

§ 1555. *El hecho culposo en el caso del artículo 202 del Código Penal.* – También ofrece dificultades la transmutación en culposo del tipo doloso del art. 202, ya que vimos que se trata de un delito de daño que reclama la aparición de la enfermedad en una pluralidad de personas, con lo cual se hace evidente que la *enfermedad de alguna persona* es aquí un requisito del tipo básico doloso, por lo cual integrará también el tipo básico culposo, que, por consiguiente, no se agravará cuando se dé ese resultado, sino únicamente en el caso de que hubiese ocurrido alguna muerte.

§ 1556. *Las agravantes.* – En cuanto a esas agravantes de *enfermedad o muerte*, es la primera de ellas la que puede presentar algunas dificultades; la ley no formula distinción alguna, de manera que cualquiera que sea la especie o la intensidad de la enfermedad se tendrá la figura agravada (la ley no requiere las características del art. 202).

Como en todos los supuestos de delitos culposos, se requiere una estricta relación causal entre el resultado y la acción del agente.

Adviértase, además, que las agravantes de las figuras culposas no corresponden a las de las figuras dolosas; ya vimos lo que ocurre respecto del art. 202, esta figura no contenía agravantes, y de las dos que el art. 203 señala, sólo una es aplicable; en cuanto a los arts. 200 y 201 coinciden con relación al resultado muerte, que también contiene el art. 203.

V. SUMINISTRO INFIEL E IRREGULAR DE MEDICAMENTOS

§ 1557. *SUMINISTRO INFIEL. EL TEXTO LEGAL. SUS VARIACIONES. LA PROTECCIÓN.* – El art. 204 del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a tres años (ley 23.737) a quien "estando autorizado para la venta de sustancias medicinales las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida".

El texto original presentaba una figura básica similar a la actual (en vez de *receta médica* se decía *prescripciones médicas*), pero agregaba una figura agravada por los resultados de enfermedad o muerte que eliminó la ley 17.567. La ley 11.309 había incluido en aquel artículo el expendio de alcaloides o narcóticos, en la actualidad cubierto por una ley especial.

El tipo protege la salud pública del peligro que importa la utilización de medicamentos que puedan resultar dañosos en sí mismos por no corresponder a las características de que el eventual enfermo necesita, o resulten ineficaces, por los mismos motivos, para curar la afección, desconociendo esa circunstancia quien los administra o quien los consume. La pena ha sido determinada por la ley 23.737.

§ 1558. *ACCIÓN TÍPICA.* – La conducta típica es la de *suministrar*. Sostiene la doctrina que *suministrar* no significa aquí administrar el medicamento, sino despacharlo o expenderlo con un destino determinado (Núñez, Soler), aunque parte de ella parece admitir que también queda comprendido el acto de aplicarlo o darlo a ingerir (Fontán Balestra); adviértase que en estos últimos supuestos está ausente la indeterminación de las personas, que es característica común de los delitos contra la salud pública (por más relatividad que tenga este criterio en el art. 204), por lo cual en ellos, cuando la administración se realice engañando a la víctima, sólo pueden que-

dar comprendidos entre los delitos contra las personas si producen resultados lesivos en ellas. Lo que aquí se castiga, por consiguiente, es el suministro que importa expendio, aunque no se trate propiamente de una venta. Se discute, asimismo, si sólo queda contemplado el expendio en dosis terapéuticas (Núñez), o también el expendio al por mayor (Fontán Balestra); si bien en el caso de que medie receta médica la primera tesis es la única viable, en los otros dos supuestos el tipo se extiende al expendio al por mayor: la literalidad de la ley lo indica y la protección del bien jurídico lo impone; sin duda alguna, la venta al por mayor también debe tener un destino terapéutico (p.ej., laboratorio que declara un contenido en los prospectos del medicamento cuando en realidad contiene otro distinto).

§ 1559. *Objeto.* – Tiene que ser una *sustancia medicinal*, a cuyo concepto ya nos hemos referido. Por supuesto que, de conformidad con el bien jurídico protegido y las limitaciones que surgen del tipo mismo (*receta médica*), tiene que tratarse de medicamentos destinados al tratamiento de las personas. Son objetos tanto los medicamentos que se preparan para ser expendidos al público cuando alguien los solicita, como los específicos que se expenden ya preparados.

§ 1560. *Infidelidad del suministro. Confluencia de figuras.* – El suministro es típico cuando es *infiel*, lo cual supone una ausencia de correlación entre lo que el que recibe el medicamento cree que recibe y lo que realmente se le entrega, ya crea que recibe lo indicado en la *receta*, lo que ha solicitado (*convenido*), o lo que se le dice que se le da (*declarado*) directamente o según lo anunciado en el respectivo prospecto. Esta falta de correlación objetivamente puede darse porque la *especie*, o sea la sustancia, es diversa, su *calidad*, o sea sus condiciones en orden a la efectividad terapéutica, no es la indicada, o su *cantidad*, es decir, su medida, es distinta de la que prescribió la receta, solicitó el receptor o el expendedor afirmó que daba. Por supuesto que la infidelidad del suministro necesita del conocimiento del agente de esa falta de correlación, pero no es necesario que agregue la disimulación; con todo, el suministro infiel con disimulación queda comprendido en el tipo, a menos que se trate de medicamentos en sí mismos peligrosos para la salud, en cuyo caso se aplica el art. 201 del Cód. Penal.

Cuando el suministro no se realiza infielmente, o sea, cuando el receptor conoce la distinta especie, la diversa calidad o la diferencia de cantidad, el hecho queda marginado del tipo.

Es indiferente que el medicamento suministrado sea en sí mismo peligroso para la salud, como hemos visto; basta con que no se adecue a lo recetado, declarado o convenido; la ley considera que *normalmente su utilización puede dañar la salud*. Por lo tanto, quedan comprendidos los sustitutivos inocuos.

Asimismo, es indiferente el valor económico de lo suministrado respecto de lo recetado, declarado o convenido. Lo suministrado puede ser de mayor valor que lo que el receptor cree recibir y lo mismo se dará el tipo; pero cuando fuere de menor valor, el suministro infiel puede concurrir con la particular estafa del art. 173, inc. 1°, del Cód. Penal.

§ 1561. *Autoría.* – Es un delito propio que sólo puede cometerlo quien de conformidad con las leyes y los reglamentos está autorizado para la venta de sustancias medicinales (farmacéuticos, auxiliares, directores de laboratorio). La conducta puede ser asumida materialmente por el agente o perpetrada por intermedio de un tercero; si éste carece de la calidad necesaria para ser autor y conoce la falta de correlación de lo que entrega con lo recetado, declarado o convenido, podrá ser castigado como partícipe principal.

§ 1562. *Consumación.* – El delito es de mera actividad y de peligro abstracto; se consuma con el hecho del suministro (expendio), sin necesidad de efecto posterior alguno. La ocurrencia de resultados contra las personas, si han sido queridos por el agente, hace que los delitos contra ellos desplacen la figura del suministro infiel; si no han sido queridos, los correspondientes delitos culposos operarán en concurso real con el suministro infiel. No parece concebible la tentativa.

§ 1563. *Culpabilidad.* – El dolo se integra con el conocimiento de la distinta especie, calidad o cantidad del medicamento y de la ignorancia del receptor sobre esa diversidad. La duda sobre ambos aspectos se ha considerado insuficiente para apoyar el dolo y, por supuesto, el error sobre esas circunstancias puede eliminarlo. Volitivamente se requiere la voluntad de suministrar el medicamento

infielmente, es decir, a quien ignora la diversidad de especie, calidad o cantidad respecto de lo recetado, declarado o convenido; sólo puede operar, por consiguiente, el dolo directo.

§ 1564. *Tipos de suministro irregular de medicamentos.* – La ley 23.737 ha introducido en el Código Penal, a partir del mismo art. 204, distintas figuras que atañen al suministro irregular de sustancias medicinales, a saber: suministro con inobservancia de requisitos reglamentarios (art. 204, cláusula 2ª), suministro irregular culposo (art. 204 *bis*), omisión de deberes de vigilancia (art. 204 *ter*) y venta de sustancias medicinales por persona no autorizada (art. 204 *quater*).

a) *Suministro con inobservancia de requisitos reglamentarios.* La cláusula 2ª del art. 204 reprime con la misma pena del suministro infiel de medicamentos al que "estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare... sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito". Se trata de un tipo penal distinto del suministro infiel, sin trascendencia alguna al *engaño*, ni siquiera por el camino del mero silencio. Es un *suministro irregular* (suministrar sin la receta legalmente requerida) que llega a abarcar un incumplimiento de obligaciones reglamentarias posterior al mismo suministro (archivo de la receta). Lógicamente, la culpabilidad típica es distinta de la del suministro infiel; en el irregular ella se conforma con el conocimiento del deber de requerir la receta para suministrar la sustancia o de archivarla (conservar) y la voluntad de omitir el cumplimiento de tales deberes.

Pese a la conjunción que une ambas conductas, ellas divergen y pueden cometerse separadamente (no se trata de acciones plurales acumulativas); ingresará por tanto en el tipo, quien pese a haber expendido el medicamento con receta, dejare de conservarla (archivar). Aunque la ley se refiere al *requisito* (en singular), tal circunstancia no obstaculiza dicha interpretación, puesto que quien lo incumple parcialmente deja de cumplirlo.

Las conductas típicas, tal como están descriptas, pueden presentar conflictos de figuras. Desde luego que ello no ocurrirá entre el suministro infiel y el suministro irregular de expender sin receta;

puesto que el primero de esos tipos requiere la receta; lo que constituye uno de esos delitos no pueden ser base del otro; pero sí se puede dar el conflicto entre el suministro infiel y la omisión del archivo (suministrar infielmente el medicamento y no conservar la receta), pero debe entenderse que, por lo general, esa omisión aparecerá como *agotamiento* impune del delito de suministro infiel (normalmente destinada a la ocultación de aquel delito), con lo que quedará consumida por éste.

b) *Suministro irregular culposo.* El art. 204 *bis* dispone una multa de pesos un mil a pesos quince mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), "cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia". La norma no está construida con buena técnica legislativa, porque, como hemos visto, el art. 204 no contiene *un* delito, sino plurales delitos. Pese a lo que es la trascendencia engañosa del suministro infiel de la cláusula 1ª del art. 204, la doctrina (Terragni) no ha hecho distinciones y extiende la punibilidad por culpa tanto al suministro irregular cuanto al infiel, y en verdad ambos son susceptibles de adoptar la forma culposa. En realidad si alguna duda se plantea con relación al suministro infiel se debe más a su denominación que al contenido de la norma; es evidente que tratándose de una conducta culposa correlativa ya no podrá hablarse de suministro *infiel*, sino simplemente de suministro *incorrecto*.

La actitud del legislador al enunciar sólo a la *negligencia* como acción comisiva (más allá de las motivaciones que lo hayan podido mover en tal sentido), no es del todo incorrecta, pues los casos de imprudencia que se pueden plantear como posibles no dejarán de ir a parar a un actuar doloso, dada la particular estructura de los tipos.

c) *Omisión de deberes de vigilancia.* El art. 204 *ter* (ley 23.737) reprime con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), al "que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, omitiere cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el art. 204".

El castigo autónomo de estas omisiones de los deberes de vigilancia apareció en nuestro derecho, especialmente a partir de la ley 23.097 (p.ej., art. 144 quinto; aunque con estructura no del todo si-

milar, muchos de los problemas que esa norma plantea pueden repetirse aquí).

El art. 204 *ter* trae un tipo omisivo, que no deja de serlo por haberse introducido en él una condición objetiva de punibilidad que requiere un resultado; la omisión del autor tiene que haber posibilitado, en concreto, "la comisión de algunos de los hechos previstos en el art. 204".

Es delito doloso; la omisión tiene que ser voluntariamente asumida ante el conocimiento del deber que incumbe al autor; pero la culpabilidad típica no tiene que extenderse, necesariamente, a la condición objetiva antes referida, ni siquiera bajo la forma de previsibilidad; por supuesto que de existir esta última, *a fortiori* la conducta quedará insertada en el tipo. Pero si en el autor se da un dolo directo de *posibilitar* alguno de los delitos del art. 204, será menester pensar en su participación en ellos (en las dimensiones de la coautoría, esta participación podría asumir las formas de la omisión impropia).

d) *Venta de sustancias medicinales por persona no autorizada.* El art. 204 *quater* (ley 23.737) reprime con prisión de seis meses a tres años "al que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieren receta médica para su comercialización". La diferencia con el delito previsto en el art. 204, cláusula 2ª, es que mientras en éste es autor quien se encuentra autorizado para el expendio de medicamentos, en el que ahora estamos tratando sólo puede serlo quien carece de dicha autorización.

La conducta típica está mucho más circunscripta que en el art. 204, puesto que no se trata de *suministrar* a cualquier título, sino de *vender*. Por consiguiente queda fuera del tipo quien suministra la sustancia por cualquier título que no constituya venta, sin perjuicio, claro está, de la comisión de otros delitos contra la salud pública.

Trátase de un delito doloso que requiere el conocimiento de las calidades de autor y de la sustancia y la voluntad de venderla (Terragni).

Sin duda se pueden presentar problemas de confluencia de figuras, particularmente con el *curanderismo* (art. 208, inc. 1º, Cód. Penal), cuando lo administrado o aplicado sea una sustancia medicinal que se proporciona por un precio. Sin embargo, hay que desechar un concurso aparente, puesto que no se trata de tipos que se

desplacen entre sí, básicamente porque el curanderismo requiere una *habitualidad* que bloquea tal posibilidad de desplazamiento. Es pensable, pues, no sólo el concurso ideal, sino también –en la mayoría de los supuestos– el material.

VI. VIOLACIÓN DE MEDIDAS CONTRA EPIDEMIAS

§ 1565. *El texto legal. La protección.* – El art. 205 del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a dos años, al que "violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia".

Por supuesto que el bien jurídico protegido no ofrece aquí duda alguna: directamente se protege la salud pública, que es la que ataca la epidemia.

§ 1566. *Acción típica.* – La conducta típica es la de *violar*, que aquí tiene el sentido de desobedecer lo mandado, de no cumplimiento de lo dispuesto. La acción típica, por tanto, puede perpetrarse ejecutando un acto prohibido o no realizando el acto mandado por la autoridad. Recordemos que este tipo es uno de los que se indican como ejemplos de ley penal en blanco, cuyo precepto se dispondría por medio de leyes extrapenales, por lo cual puede asumir la forma de un delito tanto de acción como de omisión, según sea el carácter del mandato de esas leyes (según impongan una prohibición u obliguen a una acción).

§ 1567. *El objeto de la violación.* – El objeto de la violación es *la medida adoptada por la autoridad competente, para impedir la introducción* o *propagación de una epidemia.* Tiene que tratarse de medidas obligatorias (Soler), o sea, de imposiciones de carácter general o particular, aunque en este segundo caso la doctrina indica que la medida debe ser adoptada en cumplimiento de una disposición de orden general, ya que la orden particular emanada de autoridad competente, en uso de sus atribuciones, pero no fundamentada en mandatos generales, sólo puede ser materia del delito de desobediencia; sin embargo, el empleo de la expresión *adoptadas* –a diferencia de la expresión "establecidas" utilizada por el art.

206 del Cód. Penal– podría complicar esta solución, ya que quedarían comprendidos en el tipo del art. 205 los mandatos particulares (p.ej., que se arrasara con el fuego un sector de sembrados para hacer desaparecer roedores), en cuyo caso su desobediencia haría aplicable aquel artículo, con desplazamiento de la figura del art. 239 del Cód. Penal.

Quedan fuera del tipo las violaciones a medidas que no importen mandatos, como son las que tienen carácter de meras recomendaciones o consejos.

Las disposiciones, si son generales, pueden originarse en cualquier acto de autoridad: legislativo (leyes, ordenanzas) o ejecutivo (reglamentos o decretos), por lo cual el tipo sólo puede darse cuando aquéllas sean jurídicamente exigibles a los destinatarios, habiéndose cumplido los actos requeridos para su vigencia (sanción, publicación, etcétera).

Autoridad competente es, en el caso, la competente tanto para dictar la medida de carácter general como para obligar particularmente al cumplimiento de un mandato por parte de determinada persona.

Las medidas a que se refiere la ley son las dispuestas para impedir la introducción (el inicio en determinadas zonas) o la propagación (la extensión) de una *epidemia*, esto es, de una enfermedad transmisible en las personas, cualquiera que sea su naturaleza o peligrosidad; puede tratarse también de enfermedades originarias de animales (p.ej., rabia) o vegetales, si pueden transmitirse a las personas.

§ 1568. *Consumación.* – El delito se consuma con la realización del acto prohibido o con la omisión del mandado; es delito de peligro abstracto, que no exige resultado alguno, ni siquiera que se haya corrido efectivamente el peligro de la introducción o propagación de la epidemia, y menos todavía que haya afectado ella a alguna persona. En los casos en que la violación del mandato se da con la realización de alguna actividad, es posible la tentativa; no así, por supuesto, cuando se trate de omisiones.

Claro está que cuando la medida general violada está contenida en una ley que impone sanciones específicas para esa violación, tal punibilidad desplazará a la del art. 205.

§ 1569. *Culpabilidad.* – El dolo necesita el conocimiento de la existencia del mandato y su obligatoriedad (la duda equivale al conocimiento) y la voluntad de incumplirlo, que puede asumir la forma de dolo eventual. El error acerca de la existencia del mandato, de su alcance o de la competencia de la autoridad, puede llegar a excluir la culpabilidad, pero para ello –repetimos– no basta la duda.

VII. Violación de medidas contra epizootias o plagas

§ 1570. *El texto legal. La protección.* – El art. 206, actualmente vigente (el original del Código), establece que "será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal".

Aunque el bien jurídicamente protegido es directamente la salud de los animales y vegetales, no cabe duda de que esa protección la brinda la ley en consideración a la salud pública, es decir, por la influencia que las epizootias o las plagas vegetales pueden tener sobre el equilibrio natural necesario para la preservación de aquélla.

§ 1571. *La acción típica. El objeto de la protección.* – La ley 21.338 asignaba igual pena –previendo una alternativa de multa– al "que violare las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para impedir la introducción o propagación de una epizootia o de plaga vegetal".

Las diferencias que se dan entre las fórmulas indican que el tipo se ha reducido, ya que *a*) excluye lo referente a las plagas vegetales, y *b*) no queda comprendida cualquier *medida de la autoridad*, sino sólo las dispuestas por leyes en sentido propio. Pero se amplía al abarcar cualquier ley de policía sanitaria animal, aunque no esté destinada a impedir la introducción o propagación de una epizootia; esta restricción, que fue propia del texto en las leyes 17.567 y 21.338, ya no aparece consagrada.

Como en el caso anterior, el tipo tiene el carácter de una ley penal en blanco, cuyo precepto se llena con esas medidas dispuestas por la ley. Quedan fuera del tipo –sólo pueden ser base del delito de desobediencia–, los mandatos particulares adoptados por la autoridad respecto de individuos determinados, salvo cuando su incum-

plimiento importe, asimismo, el incumplimiento de la ley que impone medidas generales de carácter sanitario animal.

§ 1572. *Consumación.* – También aquí el delito se consuma con la realización del acto prohibido o la omisión del debido. Trátase, además, de un delito de peligro abstracto, resultando de aplicar lo ya expuesto acerca del art. 205.

§ 1573. *Confluencia de figuras.* – Puede ocurrir que la medida sanitaria, por la característica de una eventual epizootia, constituya, a la vez, una medida sanitaria respecto de las personas cuando aquéllas pueden producir una epidemia. Sostiene la doctrina que en ese caso se da un concurso ideal entre los delitos de los arts. 205 y 206 del Cód. Penal (el mismo hecho se encuadra en ambos tipos).

§ 1574. *Culpabilidad.* – El dolo requiere los mismos requisitos que en el caso del art. 205. El error funciona igualmente en la misma medida y con idénticas características.

VIII. Ejercicio ilegal de la medicina

§ 1575. *El texto legal. La protección. Carácter de los delitos.* – Por el art. 208 del Cód. Penal será reprimido con prisión de quince días a un año: "*1)* El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito; *2)* el que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles; *3)* el que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inc. 1 de este artículo".

Lo que se protege en las distintas figuras previstas en este artículo es la salud pública, el bienestar físico, psíquico y fisiológico de personas indeterminadas, que puede verse directamente afectado

por el cuidado que le presten agentes inidóneos para hacerlo o indirectamente por el desvío de los eventuales pacientes del tratamiento idóneo.

Estas figuras no tienen un destino de protección gremial o profesional que, por lo común, se atiende por medio de leyes especiales con sanciones de carácter disciplinario que, en cuanto tales, pueden sumarse a las penales aquí previstas; como tampoco tienden al amparo del patrimonio de pacientes determinados, que puede verse afectado por alguno de los hechos previstos cuando se los realiza infielmente (engañando), en cuyos supuestos las figuras de estafa pueden concurrir con las del art. 208.

Todas las figuras de éste son de peligro abstracto. La producción de resultados que constituyan ataques a la integridad de las personas quedará comprendida en los distintos delitos del Título I, que también podrá concurrir con aquéllas.

Debe aclararse que la denominación comúnmente utilizada y que hemos empleado es un tanto restringida, puesto que ya veremos que la ley se refiere al ejercicio del arte de curar, aunque no se trate de actos propiamente médicos.

A) Curanderismo

§ 1576. *Acciones típicas.* – Las acciones típicas previstas por el art. 208, inc. 1°, son las de anunciar, prescribir, administrar y aplicar. *Anuncia* el que publicita o comunica a una pluralidad de personas (con posibilidad de que se convierta en hecho de conocimiento público) la realización a su cargo de un tratamiento médico o relacionado con cualquier rama del arte de curar; no se trata, pues, de la propaganda de un determinado medicamento o procedimiento curativo, sino que requiere el anuncio de que el agente prescribirá, administrará o aplicará el medicamento o el otro medio que constituye el tratamiento. *Prescribe* el que indica la utilización del medio curativo. *Administra* el que suministra el medio. *Aplica* el que emplea el medio sobre el paciente, haciéndoselo ingerir, incorporándolo a su cuerpo de cualquier otro modo (inyectables, apósitos, etc.), o realizando cualquier otra actividad sobre el paciente (p.ej., hipnotizándolo), o con referencias a él (oraciones, ritos, etcétera). Esas conductas pueden ser llevadas a cabo a título oneroso o gratui-

to, la ley expresamente los comprende aunque fueren realizados a *título gratuito.*

El objeto de esas conductas es *cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas*, o sea, deben ser medios que el agente utilice como procedimientos curativos o preventivos de las enfermedades de las personas, se trate o no de medios normalmente empleados en esos tratamientos, adecuados o no, hasta cuando resulten completamente inidóneos para realizarlos; basta la adopción de las conductas por el autor con ese destino, aunque el paciente no sea tal, sino un supuesto paciente que no cree en la virtud curativa del medio utilizado. Cuando el destino de la utilización del medio sea otro cualquiera, no se dará el tipo, aunque se trate de un medio normalmente utilizado con finalidades curativas o preventivas (p.ej., utilizar un aparato de rayos X para detectar objetos escondidos entre las ropas de un sujeto, ejemplo de Soler). Dentro del concepto de estos medios se comprenden las sustancias sólidas o líquidas, algunas de las cuales menciona la ejemplificación del tipo (medicamentos, aguas), o procedimientos, algunos de ellos también enunciados en esa ejemplificación (electricidad, hipnotismo), que se componen de una amplia gama de actos que pueden realizarse (p.ej., manipulaciones) o no (p.ej., oraciones) sobre el cuerpo del paciente, bastando con que el agente los emplee con destino curativo o preventivo de las enfermedades de las personas. Este último requisito excluye la tipicidad cuando el tratamiento se refiere a seres vivos distintos de las personas (p.ej., animales).

§ 1577. *El requisito de la habitualidad.* – Para que las conductas de anunciar, prescribir, administrar o aplicar los medios precedentemente descriptos resulten típicas, es menester que el autor las realice *habitualmente*. La doctrina y la jurisprudencia han discrepado sobre este requisito; para algunos la habitualidad requiere, necesariamente, una pluralidad de actos (Soler, Fontán Balestra); para otros, se trata de una característica subjetiva del delito, y es suficiente con que el autor anímicamente se proponga ejercer habitualmente, con lo cual la realización de un solo acto puede revelar sintomáticamente aquella habitualidad, por tanto no sería necesaria la pluralidad de ellos (Núñez), como puede ocurrir en quien anuncia un tratamiento y monta un consultorio para atender a los futuros pacientes; los partidarios de la última posición insisten en que aun

en esos casos se da el peligro abstracto para la salud pública que el tipo procura evitar (desvío de pacientes de la atención correcta). Por nuestra parte, hemos distinguido la habitualidad de la profesionalidad, y si bien ésta se conforma con la realización de un solo acto revelador de profesionalismo, no ocurre así con la habitualidad, que exige la repetición de actos, por lo que parece que la tesis más correcta sería la enunciada en primer término. Siendo, pues, un delito plurisubsistente, es indudable que la pluralidad de actos no multiplica la delictuosidad, pero sí se multiplica cuando habiendo cesado la realización habitual de las conductas típicas (por voluntad propia o por intervención de terceros), éstas se reanudan.

§ 1578. *Autores.* – Pueden ser: *a*) quienes carecen de título para el ejercicio de curar; *b*) quienes carecen de autorización para ejercerlo, y *c*) quienes contando con autorización para ejercer el arte, lo hacen excediendo sus límites.

La ley se refiere aquí al *título* que acredita la capacitación de una determinada persona en un específico arte de curar; son los títulos reconocidos por el Estado, cualquiera que haya sido la institución otorgante (pública o privada, nacional o extranjera); no interesa el hecho de la inscripción en la matrícula profesional, cuya ausencia puede dar lugar a sanciones de carácter administrativo o constituir contravenciones (leyes de defensa de la profesión), pero no el delito que nos ocupa, como tampoco interesa si el poseedor del título se encuentra o no habilitado para ejercer el arte; así, por ejemplo, si quien poseyendo el título es inhabilitado judicialmente para el ejercicio del arte, no obstante lo cual, realiza las conductas enunciadas por la ley penal, quebrantará la inhabilitación impuesta (art. 281 *bis*, Cód. Penal), pero no cometerá el delito del art. 208, inc. 1°.

La *autorización* es el permiso otorgado por la autoridad competente para que una persona ejerza un determinado arte de curar, cuando carece de título o posee uno que no ha sido reconocido por el Estado. Lógicamente, estas autorizaciones se limitan temporal, material y territorialmente. Quien habiendo sido autorizado realiza las conductas típicas, cuando ya la autorización ha vencido, ejerce sin autorización; pero quien, aun vigente la autorización que se le otorgara, realiza conductas no comprendidas en ella (p.ej., mecánico dentista que realiza extracciones, partera que administra remedios para enfermedades que nada tienen que ver con el parto), lo hace

excediendo los límites de la autorización. Sin embargo, se discute si realmente se excede, con efectos típicos, quien no observa los límites territoriales que se le han fijado para el ejercicio; algunos lo niegan, diciendo que esa inobservancia no pone en peligro el bien protegido, puesto que quien puede curar idóneamente en un lugar, puede hacerlo igualmente en otro cualquiera (Soler); pero no olvidemos que el desvío de los eventuales pacientes de una atención científicamente más perfecta, que pueden encontrar en el lugar donde el agente no está autorizado a ejercer, importa también un ataque al bien jurídico protegido, con lo cual el exceso territorial se muestra asimismo típico. El delito admite la aplicación de los principios de la complicidad, salvo cuando ella se concreta en el préstamo del nombre para ejercer, que se pune autónomamente.

El título o la autorización ausente o excedida deben referirse al *ejercicio de un arte de curar.* Puede ser cualquier arte de curar, no sólo el que desempeñan los médicos (orientado propiamente a curar enfermedades), sino cualquiera destinado a la cura o la prevención, a la corrección de defectos estéticos o deficiencias físicas, que no sean enfermedades (odontología, óptica) o a la atención de actividades físicas o psíquicas cuya evolución debe ser controlada (p.ej., partos), ya se refiera a actos principales o de colaboración (p.ej., administración de anestesia).

§ 1579. *Consumación.* – Es un delito de peligro abstracto, que se consuma con la realización de las conductas prohibidas, aunque no haya mediado un peligro concreto para nadie, menos aun que se haya producido algún resultado dañoso en la salud de las personas. Se da el delito aunque el tratamiento sea científicamente correcto e idóneo para curar o prevenir y aunque haya logrado con éxito esas finalidades. Dado el carácter del delito –requerimiento de habitualidad– no es admisible la tentativa.

§ 1580. *Confluencia de figuras.* – Cuando el tratamiento no es idóneo y ha producido daños en la salud o la muerte, estos resultados preterintencionales se punirán por los respectivos títulos que correspondan, que funcionarán en concurso real con el curanderismo, en cuanto se trata de hechos distintos.

También sostiene la doctrina que cuando esos resultados han sido cubiertos por el dolo eventual del autor, tampoco queda despla-

zada la figura del curanderismo, que sigue confluyendo en concurso real con los delitos contra las personas. Sólo la deliberada utilización del tratamiento para matar o lesionar desplazará al curanderismo, cuando mediante de todos los actos integrativos de habitualidad se haya querido lesionar o matar, lo cual parece desde todo punto de vista bastante imposible; de otro modo también se dará un concurso real.

Cuando el curanderismo se practica con ánimo de obtener ganancia, ni siquiera por la consideración de la circunstancia de que el medio empleado sea inidóneo para curar o prevenir las enfermedades, la estafa vendrá a confluir (en concurso o con poder desplazante) con aquél. La estafa aparecerá –sin que se dé curanderismo– cuando la utilización del medio no la haya realizado el agente con finalidades de tratamiento, sino como procedimiento ardidoso dirigido a engañar al sujeto pasivo para que realice la prestación.

§ 1581. *Culpabilidad.* – Según lo adelantamos, el dolo requiere, en el aspecto volitivo, la finalidad de realizar la conducta típica como tratamiento de las enfermedades de las personas, aunque medie en el agente el conocimiento de que no es considerado curativo por la *lex artis*. Por supuesto que a la voluntariedad debe sumarse el conocimiento de los demás aspectos objetivos del tipo, particularmente a la ausencia de título válido o de autorización, o de sus límites; el error sobre tales circunstancias puede excluir la culpabilidad.

B) Charlatanismo

§ 1582. *Carácter del delito.* – Estamos frente a un abuso profesional que ataca la salud pública al desviar a los pacientes de tratamientos que pueden resultar más eficaces o que científicamente se consideran más apropiados para la curación.

§ 1583. *Acciones típicas.* – La conducta de *anunciar* tiene el mismo contenido que en el tipo anterior; tanto puede consistir en la comunicación pública (publicitar), como en la comunicación a una multiplicidad de personas con posibilidad de que se convierta en pública. *Promete* el que presenta como seguro el resultado o con gran

margen de probabilidad de éxito, públicamente o a una multiplicidad de personas con eventual trascendencia pública. La publicidad o posibilidad de publicidad es un requisito necesario del tipo, dado el bien jurídico protegido, por lo cual no comete el delito el agente que se limita a comunicar o prometer a personas determinadas sin que, cuando menos, se dé aquella posibilidad.

Lo que se debe anunciar o prometer es la *curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles*. No salimos del campo de las enfermedades que afectan al hombre. Lo que en realidad se anuncia o promete es un tratamiento curativo que producirá esos efectos en un tiempo determinado (*término fijo*), o en el cual se utilizarán sustancias o procedimientos que el agente no manifiesta, es decir, mantiene en reserva (*medios secretos*), o que se presentan como absolutamente seguros en orden a la curación (*infalibles*). Es indiferente que el tratamiento anunciado o prometido sea o no eficaz, se lo suministre gratuita u onerosamente.

Es delito propio, que sólo puede cometerlo un agente que posea título válido o autorización para ejercer el arte de curar enfermedades. Cuando no se den esas características en el autor, la conducta sólo podrá caber en el curanderismo del art. 208, inc. 1°. Sin embargo, admite los principios generales de la complicidad (p.ej., quien realiza la acción material de comunicar la promesa de otro, puede ser partícipe primario del delito, aunque no tenga las características requeridas para ser autor).

§ 1584. *Consumación.* – Como el anterior, es un delito de peligro abstracto, que se consuma con la mera actividad de anunciar o prometer; pero, a diferencia de lo que ocurre en aquél, no requiere habitualidad, por lo cual es suficiente un solo acto. Es indiferente que haya llegado a crear efectivamente peligro concreto para la salud pública o para determinadas personas, basta que se haya llegado a aplicar el tratamiento. Tampoco admite tentativa.

§ 1585. *Confluencia de figuras.* – Cuando el tratamiento ha sido dañoso para la salud o la vida de alguna persona, los respectivos delitos contra las personas funcionan en concurso real con el charlatanismo, salvo que la conducta haya sido el medio elegido para lograr que la persona se preste al tratamiento dañoso con el fin de vulnerarla, en cuyo caso integrará ella los tramos ejecutivos o

preparatorios del homicidio o de las lesiones (a los que incluso puede llegar a agravar), perdiendo autonomía.

Lógicamente, el anuncio o la promesa engañosa de un tratamiento oneroso no podrá constituir el delito de estafa, sino la realización del tratamiento o la contratación de él, que funcione como causa determinante de la prestación realizada por el sujeto pasivo; pero cuando el anuncio o promesa integra los tramos de la maniobra ardidosa como acto preparatorio o ejecutivo de la estafa, como en el caso anterior, el charlatanismo queda desplazado (contra: Núñez), por lo menos, cuando aquélla se ha intentado o consumado, sin perjuicio de que, si ello no ocurre, el agente pueda ser perseguido por el delito del art. 208, inc. 2°.

§ 1586. *Culpabilidad.* – Es un hecho doloso que requiere la voluntariedad de asumir alguna de las conductas típicas. La doctrina exige *malicia*, entendiendo por tal el conocimiento de que se anuncia o promete algo que no es real; se dice que el profesional que cree en lo que anuncia o promete "puede ser un ignorante o un torpe, pero no es un charlatán" (Soler); tal conclusión no parece exacta, pues ninguna de las conductas típicas hace imprescindible semejante infidelidad (más que malicia) del agente: la promesa de curación a término fijo existirá aunque el profesional crea que ello es posible; los medios seguirán siendo secretos, aunque el profesional crea que son idóneos para la cura y aunque efectivamente lo sean, ya que estas conductas se consideran peligrosas en sí mismas, aunque los procedimientos prometidos sean eficaces para curar.

C) Préstamo de nombre

§ 1587. *Carácter del delito.* – El ataque a la salud pública se muestra con obviedad, puesto que la acción permite que ejerza el arte de curar quien se presume que carece de la capacitación imprescindible.

§ 1588. *Acción típica.* – Es la de *prestar el nombre para que otro, carente de título o autorización, ejerza los actos que castiga el art. 208, inc. 1°.* Para que se dé la acción típica, tiene que haber una suplantación de la personalidad del autorizado por el no auto-

rizado; éste debe actuar como si fuera la persona autorizada. No se da el delito cuando el no autorizado, aun prevaliéndose de ciertas ventajas que pueda proporcionarle el nombre del autorizado, no ejerce con el nombre de éste; por ejemplo, utiliza el consultorio del médico, pero atendiendo a título personal; el enfermero que realiza tareas propias del médico al que asiste, con los pacientes del médico, pero sin disimular su identidad. En otras palabras, no basta sustituir al autorizado en los actos curativos; es necesario, además, simular su identidad, atender como si fuera él quien lo hace; cuando ello no ocurra, el agente (el autorizado) podrá ser cómplice del delito de curanderismo, pero no cometerá el delito del art. 208, inc. 3°.

§ 1589. *El consentimiento del agente. Situación del usador del nombre.* – El consentimiento del agente para que el tercero no autorizado utilice su nombre puede ser expreso o tácito; en este segundo caso se tratará de una omisión consentidora (Núñez). El tercero tiene que ser una persona carente de título o autorización, que, a su vez, sea autor de actos de curanderismo, según el tipo del art. 208, inc. 1°. Si esta circunstancia no se da, si el suplantador tiene también título o autorización para ejercer el arte de curar de que se trata, no habrá delito de prestanombre, sin perjuicio de éste puedan existir otros (p.ej., una estafa).

El agente del delito del art. 208, inc. 3°, es un cómplice del autor del delito del art. 208, inc. 1°, que la ley pune autónomamente, pero, si en un plano lógico no se da esa complicidad, tampoco se dará el delito del inc. 3°. Quien use el nombre será castigado por el inc. 1°, no como cómplice del delito del inc. 3°, aunque alguna doctrina haya sostenido lo contrario (Malagarriga).

§ 1590. *Consumación.* – El hecho se consuma con la realización del acto de curanderismo por parte del tercero, utilizando la identidad del autorizado. No es admisible la tentativa.

§ 1591. *Confluencia de figuras.* – Planteará dudas la posición del prestanombre con relación a los resultados preterintencionales sobre las personas, producidos por el ejercicio del curanderismo; sin embargo, si se considera que la causa de esos resultados será preponderantemente el acto de curanderismo practicado por el

suplantador, no parece que al prestanombre se le pueda atribuir responsabilidad por ellos.

§ 1592. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento de que el tercero carece de título o autorización para ejercer el arte de curar y, por tanto, que realizará actos de curanderismo y la voluntad de prestar el nombre para que los ejerza. Sólo es compatible con el dolo directo.

IX. Sanción complementaria

§ 1593. *El texto legal. Extensión de la disposición.* – El art. 207 del Cód. Penal dispone que "en el caso de condenación por un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año". Pese a la colocación de la disposición (en el art. 207, Cód. Penal), prevalece la opinión de que la sanción complementaria de inhabilitación se aplica también a los casos de ejercicio ilegal de la medicina del art. 208, cuyas conductas son perfectamente compatibles con dicha sanción, fuera de que la literalidad misma de la ley permite su extensión al referirse a los *delitos previstos en el capítulo*, sin distinción alguna.

§ 1594. *Sujetos comprendidos.* – Los autores u otros partícipes en estos delitos que pueden sufrir la sanción complementaria de inhabilitación, son los que en el momento del hecho *son funcionarios públicos* o *ejercen alguna profesión* o *arte*. El funcionario público puede pertenecer a cualquier rama de la Administración, es decir, no es necesario que se trate de quien ejerza funciones relacionadas con el arte de curar, no ocurre así respecto de la profesión o arte, que sí deben ser algunos de los que conciernen a la cura o preservación de la salud.

Por supuesto que tiene que tratarse de un verdadero funcionario, o de quien realmente ejerza lícitamente la profesión o el arte; el usurpador no queda comprendido. Esto demuestra que pese a la

indistinción de la ley, únicamente las profesiones o artes reglamentadas por el Estado quedan comprendidas (no se puede usurpar un arte que cualquiera puede ejercer), lo cual, además, es un requisito necesario de la pena de inhabilitación, carácter que también tiene en esta disposición (Núñez, considerándola una medida preventiva).

§ 1595. *ABUSO FUNCIONAL.* – Pluralmente se sostiene –pese a la ausencia o requisito en la literalidad de la ley– que la sanción complementaria sólo es aplicable en los casos en que el agente *abusa de la función, del arte* o *de la profesión*, a lo cual podemos agregar que también es aplicable cuando, en materia de delitos culposos, los cuidados no observados son los propios de la función, arte o profesión.

X. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA PREVISTOS EN LEYES ESPECIALES

§ 1596. *LEYES QUE CREAN DELITOS Y FALTAS CONTRA LA SALUD PÚBLICA.* – Sin pretender abarcar la extensa gama de punibilidades que se relacionan con la salud pública, la mayoría de las cuales participan de la naturaleza de las contravenciones, nos referiremos aquí al delito de contagio venéreo, por su relación con los delitos que acabamos de ver –particularmente con el art. 202 del Cód. Penal– y a los delitos relacionados con estupefacientes, cuya importancia para el bien jurídico de la salud pública no puede desconocerse, aunque la extensión de la respectiva ley nos obligará a dar una breve noticia de ella, remitiendo a la bibliografía especializada sobre el tema, ya muy numerosa.

A) CONTAGIO VENÉREO

§ 1597. *EL TEXTO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Por el art. 18 de la ley 12.331 se reprime con la pena establecida en el art. 202 del Cód. Penal, a "quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona". Se trata propiamente de un delito contra la salud pública, dada la fácil transmisi-

bilidad de la enfermedad venérea y sus posibilidades de extenderse a un número indeterminado de personas.

§ 1598. *Acción típica.* – Es la de *contagiar a una persona una enfermedad venérea transmisible.* Contagia quien transmite a otro la enfermedad que padece; a diferencia de lo que ocurre en el art. 202 del Cód. Penal, aquí es suficiente la transmisión de la enfermedad a una sola persona; la transmisión a distintos sujetos multiplica el delito. Lo contagiado debe ser una enfermedad venérea transmisible, es decir una de las que comúnmente se transmiten por el trato sexual (sífilis, blenorragia y chancro blando, según la medicina); queda descartada la enfermedad que, aunque habiendo sido contagiada por el trato sexual, no está incluida en la clasificación de las venéreas; pero esta circunstancia no recaba, para que se dé el delito de contagio venéreo, en que la transmisión de la enfermedad se haya realizado por medio de accesos o contactos carnales; cualquier medio de contagio entra en el tipo (p.ej., el contacto nutricio; hasta puede tratarse de contactos extracorporales, por la ropa o los utensilios).

El síndrome de inmuno deficiencia adquirida (sida) plantea dudas sobre su inclusión en el tipo que estamos comentando, ya que su contagio por vía sexual es uno de los tantos medios considerados como posibles para poner en contacto la sangre infectada con un individuo sano, factor determinante del contagio. En ausencia de una ley especial corresponderá aplicar el art. 202 del Cód. Penal, si se dan las características de dicho delito (*propagación*).

§ 1599. *Autoría y elemento subjetivo.* – Autor sólo puede ser quien está afectado por la enfermedad venérea que transmite, ya que únicamente él puede contagiar. Sin embargo, el delito no descarta casos de complicidad (p.ej., quien, en connivencia con el afectado, suministra el utensilio afectado al sujeto pasivo).

Pero además de estar afectado por la enfermedad venérea transmisible, el autor debe *saberse afectado.* Este elemento subjetivo cognoscitivo del tipo sólo se compagina con el conocimiento cierto de la afección que se sufre; no es suficiente la duda sobre el padecimiento o su carácter y, menos incluso, la vigencia del deber de saber. Sólo quien conoce con certidumbre que está afectado de una enfermedad venérea transmisible, puede incurrir en la conducta típica.

§ 1600. *Consumación.* – El delito se consuma con el contagio, con la transmisión de la enfermedad al sujeto pasivo. Es un delito de daño que admite la tentativa. Ésta se configura cuando el agente realiza actos tendientes a contagiar con dolo directo de lograrlo, sin que se produzca el contagio.

§ 1601. *Confluencia de figuras.* – El contagio venéreo puede concurrir con delitos contra la honestidad. Por supuesto que ninguna posibilidad de concurso habrá cuando la transmisión de la enfermedad venérea a causa del acceso o contacto sexual ilícitos, no reúna los requisitos típicos del contagio venéreo que acabamos de ver; en ellos, la enfermedad transmitida puede ser el *mal grave* que califique la violación o el estupro. Pero cuando la transmisión de la enfermedad sí puede ser encuadrada típicamente dentro del art. 18 de la ley 12.331, considera la doctrina que el delito entra en concurso real con la violación, el estupro o el abuso deshonesto, ya que se trata de dos hechos (resultados) distintos, aunque se los realice con una misma conducta. En esos casos se ha discutido si, siendo el contagio venéreo un delito de acción pública ejercitable de oficio, su persecución puede o no realizarse cuando no se ha producido el acto de instancia para que se ponga en marcha la acción por el delito contra la honestidad; el concurso de ningún modo elimina la necesidad del acto de instancia, por lo cual tampoco será posible que el ministerio público inicie la acción con respecto al contagio venéreo (Soler; contra: Fontán Balestra, refiriéndose a la mayor gravedad de la pena del contagio venéreo con relación a las lesiones gravísimas, que transforma la acción dependiente de instancia privada por delitos contra la honestidad en perseguible de oficio, lo cual es otra cosa).

§ 1602. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere en su contenido cognoscitivo datos específicos: que el agente se sepa afectado de una enfermedad venérea transmisible –no se puede extender a la figura la *forma* culposa prevista por el art. 203 del Cód. Penal–. Cualquier especie de error o duda sobre esa materia colocará al agente al margen de la culpabilidad típica. Pero la exigencia subjetiva no se transforma aquí en exigencia de dolo directo; el delito también puede darse con dolo eventual (aceptación indiferente de la probabilidad de contagiar).

B) Delitos relacionados con estupefacientes

§ 1603. *Noticia sobre la evolución legislativa.* – Fue la ley 11.309 la que introdujo en el Código Penal la legislación represiva sobre estupefacientes, otorgando nueva redacción al texto original del art. 204 y agregando una segunda parte al art. 205. La ley 17.567 incluyó un sistema más completo de punibilidad en los arts. 204 *bis*, 204 *ter* y 204 *quater*, pero al ser derogada aquélla por la ley 20.509, se volvió al régimen de la ley 11.309, a todas luces insuficiente, lo cual motivó la sanción de la ley 20.771 sobre ilícitos en el tráfico y tenencia de estupefacientes, contemplando distintos delitos y contravenciones, disponiendo medidas de seguridad curativas (art. 9°) y conteniendo normas procesales (competencia de la justicia federal, art. 11), que han sido completadas por la ley 21.566. La ley ha sido reemplazada, a partir de octubre de 1989, por la ley 23.737 que cubre un espectro reglamentario más amplio.

§ 1604. *Tipos contemplados en la ley especial. La reforma de la ley* ***24.424.*** – La ley 23.737 alcanza las dimensiones de un verdadero *Código de Estupefacientes*, abarcando un contenido que va desde reglas de tipificación específicamente relacionadas con estupefacientes o de modificación de otras leyes (Código Penal y leyes 10.903 y 20.655), hasta preceptos de índole administrativa (arts. 42 a 44), pasando por disposiciones procesales y de determinación de la competencia (arts. 30 a 34 y 39), regulación de medidas curativas y educativas (arts. 16, 19 y 21), consagración de agravantes genéricas (art. 13) e incluso normas específicas de la autoría en casos de delitos propios o especiales (art. 27).

Los delitos relacionados directa y especialmente con estupefacientes son los de producción y tráfico ilegales (art. 5°); introducción ilegítima (art. 6°); organización y financiación del tráfico ilegal (art. 7°); infidelidad de personas autorizadas a manejar o producir estupefacientes (art. 8°); prescripción o suministro ilegítimo (art. 9°); facilitamiento del uso (art. 10); difusión pública del uso (art. 12); tenencia ilegítima (arts. 14 y 15); omisión de deberes de los funcionarios públicos (art. 23); introducción ilegítima de precursores y productos químicos (art. 24); intermediación prohibida (art. 25); información ilegítima (art. 28); falsificación de recetas (art. 29). Asi-

mismo, se prevén circunstancias agravantes para algunos de estos delitos (art. 11).

Merced a la ley 24.424 se modificó la ley 23.737 (arts. 5° y 23), incorporando nuevos tipos (arts. 26 *bis* y 29 *bis*) y, sobre todo, regulando las situaciones de lo que la doctrina ha denominado *arrepentido* (art. 29 *ter*) y *agente encubierto* (art. 31 *bis* y ss.), con repercusiones sobre la punibilidad y las reglas procesales, agregando normas de este último carácter (arts. 33, párr. 2°, 33 *bis* y 34 *bis*). Como en anteriores ediciones, por ser una ley especial de gran envergadura, con importantes dificultades interpretativas que salen del régimen general del Código, preferimos no ir más allá de la enunciación, confiando a las monografías especializadas su examen circunstanciado.

TÍTULO VIII

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

§ 1605. *MODIFICACIÓN DEL RUBRO.* – Siguiendo los pasos de la doctrina que había criticado el epígrafe del texto original, dada la extensión del concepto de orden público, las leyes 17.567 y 21.338 habían asignado a este título el de *delitos contra la tranquilidad pública*, que es realmente el bien jurídico aquí protegido. Al derogarse la última ley, se vuelve a la antigua denominación.

Se ha dicho, con razón, que la *tranquilidad pública* es una *situación subjetiva*: sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia.

Los delitos que comprende este título quiebran esa tranquilidad, produciendo una *alarma colectiva* al enfrentar a los integrantes de la sociedad en que se producen, con la posibilidad de tener que sufrir hechos marginados de la regular convivencia, que los pueden atacar indiscriminadamente (a cualquiera de ellos o a un grupo de ellos).

§ 1606. *CARÁCTER DE LOS DELITOS.* – No se trata, pues, de delitos que en sí mismos sean de daño o lesión concreta, sino de peligro y con una específica repercusión en el ánimo de los individuos que forman la sociedad. Desde otro punto de vista, y como ocurre con todos los delitos de peligro, las disposiciones que regulan su punibilidad están enderezadas a la prevención de otros delitos que sí pueden acarrear daños. No pocos tipos de este título contienen la punición de actos preparatorios de otros delitos que la ley reprime autónomamente, atendiendo a la importancia y univocidad que adquieren en orden a la perpetración de ellos.

CAPÍTULO I

INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS

§ 1607. *LAS REFORMAS.* – La ley 21.338 contemplaba aquí dos figuras básicas: la instigación a cometer delitos determinados y la incitación a cometer delitos o a la violencia colectiva, y una agravante común a ambas: la instigación o la incitación a delitos de carácter subversivo. El art. 209 vigente mantiene la primera de aquellas figuras; la segunda ha pasado a formar parte del art. 212, aunque parcialmente, y se ha derogado la agravante.

§ 1608. *INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS DETERMINADOS.* – El tipo, según la descripción de la ley 21.338, era: "El que instigare a cometer un delito contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años". El texto vigente (que es el original del Código con la pena establecida por ley 20.642) dice: "El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el art. 41".

§ 1609. *LA ACCIÓN TÍPICA. DISTINCIÓN CON LA INSTIGACIÓN DE LA PARTE GENERAL.* – Aunque se ha sostenido que esencialmente la conducta prohibida la constituye un acto de instigación *con las mismas características* de la figura genérica de instigación del art. 45 del Cód. Penal, es una afirmación no del todo exacta, puesto que el art. 209, párr. 1º, parte 1ª, no exige que sea una instigación dirigida a una persona determinada, como veremos al hablar de los destinatarios. Pero en la figura están presentes otras características de la instigación del art. 45, como es la seriedad de la excitación en orden a la perpetración del delito, lo cual deja fuera de ella el simple consejo o la mera propaganda ideológica, repercutiendo en el aspecto subjetivo y reclamando que el autor posea, efectivamente, la voluntad de que alguien cometa el delito; esto permite, a su vez, excluir del tipo las manifestaciones accidentales o indeterminadas, en que aquella voluntad no se puede considerar presente.

§ 1610. *La exigencia de publicidad.* – Como vemos, se da ahora una expresa exigencia de *publicidad* de la instigación, requisito cuya eliminación en la fórmula suplantada había suscitado dudas, opiniones contrapuestas, y ofrecía serias dificultades para resolver la distinción de esta instigación con la prevista por la parte general. Tal exigencia requiere que la conducta sea la instigación a la comisión de un delito determinado, mas no dirigida a una determinada persona, sino formulada de un modo que le dé aptitud para alcanzar a un número indeterminado de personas, es decir, a una generalidad. La instigación dirigida a persona o personas determinadas, aunque lo sea de una manera *pública*, queda comprendida en la norma del art. 45, pero no constituye el delito del art. 209.

§ 1611. *El objeto de la instigación.* – El objeto de la instigación es *la comisión de un delito determinado contra una persona o institución.*

Lo instigado debe ser, pues, la comisión de un *delito*, con lo cual queda excluida la instigación de contravenciones. No importa la especie del delito (salvo los culposos, que por la particular naturaleza de su subjetividad no pueden ser instigados), ni el carácter de las acciones por medio de las cuales puede ejercerse el *ius puniendi* (pueden ser delitos de acción pública ejercitable de oficio o dependientes de instancia privada o de acción privada), ni su naturaleza jurisdiccional (también quedan comprendidos los delitos militares, aunque algunos lo discuten; no, por supuesto, las faltas de carácter disciplinario).

Debe ser, además, un delito *determinado*. Lo propuesto en la instigación debe ser, pues, la comisión de un hecho concreto: el autor debe dirigir la instigación al ataque de un determinado bien, perteneciente a determinadas personas (individuales o colectivas, privadas o públicas, incluso el Estado), por medio de una conducta prefigurada como prohibida en los elencos penales, aunque los titulares del bien jurídico no estén perfectamente individualizados (p.ej., que se desconozca, en realidad, cuál es ese titular; basta que pertenezca a alguien), o no se determine con precisión la tipicidad legal del acto instigado (p.ej., hacerlo con la sustracción de un objeto, aunque específicamente no se proponga la realización de un *robo* o un *hurto*). Dentro de esos extremos debe darse la posibilidad de ser recibida la proposición por el instigado, aunque sus creencias

no coincidan exactamente con todas ellas (p.ej., que crea que se le instiga a quitarle cosas a una persona, cuando en realidad se lo instiga a que quite cosas a otra; que crea que se lo instiga a hurtar, cuando en realidad se lo ha instigado a dañar; los errores de esta naturaleza no excluyen la tipicidad de la conducta del instigador). Las variaciones legislativas de la fórmula no han cambiado nunca esta exigencia, ya que, en la actual, la enunciación típica de *un* delito determinado deja fuera las instigaciones indeterminadas (p.ej., instigar *a robar*, a *matar a los ingleses*, si éstos no son determinables, etcétera).

La exigencia de que lo instigado sea *un* delito, no significa desconocer la posibilidad de que la instigación verse sobre varios delitos determinados; en esta figura, la pluralidad de los delitos instigados no multiplica la delictuosidad, si se la lleva a cabo en un mismo acto de instigación.

La instigación tiene que dirigirse a la *comisión* del delito o delitos determinados. No parece que la ley haya utilizado la expresión *cometer* en sentido técnico, distinto del de *tentativa*, ni tampoco parece muy acertado sostener que alguien pueda instigar a que se *cometa una tentativa*; aunque esto sea lógicamente posible, los ejemplos importarán instigación a delitos consumados de otro carácter (p.ej., quien instigue a cometer una *tentativa de homicidio* en realidad instiga al homicidio o a un abuso de armas).

La instigación a la comisión se da cualquiera que sea el papel que el instigador asigne al instigado en el delito: como autor, cómplice, o instigador (entra en el tipo quien instiga a un tercero para que haga de instigador de un determinado delito, en los términos del art. 45 del Cód. Penal, pues también entonces instiga a *cometer delito*).

§ 1612. *Aspecto subjetivo.* – Dijimos que esta particular instigación requiere, en el autor, algo más que la simple voluntad de instigar; en él debe darse la voluntad de que el particular hecho instigado se realice efectivamente; su actuación como instigador debe contener la finalidad de lograr que otro cometa verdaderamente el delito, lo cual repercutirá en la culpabilidad.

§ 1613. *Consumación y tentativa.* – Trátase de un delito de actividad simple, pero la acción de instigar necesita que haya un instigado por lo menos. Para que el delito pueda consumarse no es

suficiente que, por el particular medio utilizado, se dé la posibilidad de que la instigación llegue al o a los instigados, si aquello no ocurre; es imprescindible que alguien reciba la instigación; lo cual quiere decir que si se ha utilizado un medio idóneo para que la instigación llegue a los destinatarios, el hecho puede quedar en tentativa.

Es indiferente la actitud del receptor. Y en la fórmula actual no es requisito típico la trascendencia o la posibilidad de trascendencia a una pluralidad indeterminada de personas.

§ 1614. *Confluencia de figuras. La instigación exitosa.* – La desvinculación de este particular delito respecto de aquella instigación del art. 45, acarrea consecuencias dogmáticas importantes en los casos en que la instigación pública ha tenido éxito. Este resultado ni produce la absorción del delito por la instigación del art. 45 (contra: Soler), ni plantea una hipótesis de concurso. Cuando la instigación ha sido pública en el sentido del art. 209 –y, por consiguiente, indeterminada en cuanto a su destinatario– aun cuando alguien, asumiéndola, haya tentado o consumado el delito instigado, el autor de la instigación será igualmente castigado por el art. 209 y no como partícipe del delito del tercero (Núñez). Tal es el alcance que corresponde dar ahora a la expresión *por la sola instigación.*

§ 1615. *Culpabilidad.* – Cognoscitivamente la culpabilidad –sólo dolosa– exige el conocimiento del carácter delictivo del hecho cuya comisión se instiga; en la fórmula actual se necesita el conocimiento de la posibilidad de la trascendencia pública, cosa que no ocurría en la fórmula anterior. Debe además mediar en el autor, como dijimos, junto con la voluntad de instigar a la comisión del hecho a terceros, la voluntad de que efectivamente ese hecho sea cometido. Es indispensable el dolo directo; no es concebible el eventual.

§ 1616. *Individualización de la pena.* – El texto vigente nos devuelve el problema de saber por qué la fórmula trae un párrafo final sobre individualización de la pena que reza: *según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el art. 41.* Para Soler, siguiendo su particular opinión sobre las relaciones del delito con la instigación del art. 45, trátase de una reafirmación de que la ley ve a aquél como subsidiario de ésta, que impide superar –al punir por el art. 209– el máximo de pena asignado al delito instiga-

do. Para quienes independizan el delito de la instigación como forma de participación, la referencia de la ley está indicando que la pena en los casos del art. 209 debe individualizarse no sólo teniendo en cuenta los datos del art. 41, sino también la gravedad del delito instigado (pauta que no contiene esta norma; Núñez).

§ 1617. *La instigación pública a cometer delitos relacionados con estupefacientes.* – Formas particulares de instigación pública a cometer delitos –que en alguna doctrina son confundidas con formas de apología del delito– han sido las introducidas por el art. 12 de la ley 23.737 (de estupefacientes y psicotrópicos), castigando: *a*) al "que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos", y *b*) al "que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público". En el primer caso se da una especie particular de instigación pública a cometer delitos determinados por parte de personas indeterminadas (usar estupefacientes e inducir a otro a utilizarlos). En el segundo caso se prevé una forma particular de *preconizar* o *difundir* constituido prácticamente en mostrarse como *ejemplo* del uso de estupefacientes.

Capítulo II

ASOCIACIÓN ILÍCITA

§ 1618. *El bien jurídico protegido.* – La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido.

§ 1619. *Las reformas.* – La figura básica de este delito (art. 210) no había sido modificada por la ley 21.338; por tanto, su texto y la pena asignada son los correspondientes al original, con la modificación de la pena por la ley 20.642. También permanece incólume la agravante del párr. 2° del art. 210 para los jefes y organizadores que había introducido la ley citada en último término.

Pero la ley 23.077 ha derogado el sistema agravatorio que la ley 21.338 traía en los arts. 210 *bis* y 210 *ter*, y la reducción de pena del art. 210 *quater*, introduciendo un régimen de agravantes distinto bajo la numeración 210 *bis*.

A) *Figura básica*

§ 1620. *El texto legal. Variaciones legislativas. Banda y asociación.* – El art. 210, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con prisión o reclusión de tres a diez años, al "que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación".

En realidad, en el texto actual, la expresión *banda* no pasa de ser un sinónimo de asociación ilícita, un modo diferente de denominar la misma realidad, que supervive en la ley desde los antiguos códigos y proyectos (Proyecto Tejedor, Código 1886), donde aparecía como una especial forma de participación, carácter que actualmente ha perdido.

§ 1621. *Acción típica.* – La conducta es, pues, la de *tomar parte en la asociación*. Se requiere, pues, la existencia de la asociación que, como es lógico, debe formarse mediante acuerdo o pacto de sus componentes, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos. Como cualquier acuerdo, puede ser explícito o implícito; el primero constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación (p.ej., gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismos medios; división de tareas delictivas a través de diversas actuaciones, etcétera).

Pero no cualquier acuerdo en torno a la comisión de delitos asumirá carácter de asociación ilícita, sino el que sea indicativo de una relativa permanencia, y se forme con la voluntad de los intervinientes de moverse dentro de un cierto grado de organización.

§ 1622. *La permanencia.* – La convergencia de voluntades hacia la *permanencia* de la asociación es lo que distingue la asociación ilícita de la convergencia transitoria –referida a uno o más

hechos específicos– propia de la participación. No se trata de una permanencia absoluta (*sine die* o con plazos determinados), sino relativa, exigida por la pluralidad delictiva que es el objetivo de la asociación, que no se puede conseguir sin una actividad continuada y que, como tal, podrá estar determinada, en cada caso, por la tarea delictiva que se haya propuesto la asociación. No se trata, pues, de una mera cuestión de tiempo.

§ 1623. *La organización.* – También requiere la doctrina una medida de *organización*, expresión que puede dar lugar a ciertos equívocos, ya que no se trata de la organización de una especial estructura de la asociación, sino de la mínima que requiere la cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes. Veremos que, cuando la organización asociativa adopta determinadas características, podremos hallarnos ante figuras calificadas.

§ 1624. *Objetivos del acuerdo.* – La finalidad del acuerdo es la de *cometer delitos*. Sólo a partir de la convergencia intencional sobre ese objetivo se da la figura del art. 210. Por eso, se reconoce la posibilidad de que una asociación lícita preexistente se convierta en ilícita cuando a sus finalidades de aquel carácter se agrega la enunciada por dicha disposición.

La expresión *delitos* está tomada en su acepción técnica. Por tanto, quedan excluidas de la figura las asociaciones cuya finalidad sea la de cometer contravenciones o la de perpetrar ilícitos no penales (p.ej., ilícitos puramente civiles), aunque esto último es singularmente difícil de concebir.

Por otra parte, esa misma expresión se refiere a una pluralidad de delitos, lo cual ha llevado a alguna doctrina a exigir la indeterminación de los delitos cuya comisión se propone la asociación como un requisito típico. Ello puede originar equívocos, puesto que no se trata de que los miembros de la asociación no sepan qué delitos van a cometer, sino que tengan en sus miras una pluralidad de planes delictivos que no se agote en una conducta delictiva determinada, con la concreción de uno o varios hechos; esto constituye la participación de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal. Lo indeterminado no serán los delitos, sino la pluralidad de delitos a cometer (p.ej., los empleados de una empresa que se proponen sustraer diez cajas de repuestos, participarán en hurtos reiterados, pero los que se propon-

gan sustraer repuestos, sin planificar determinadamente su actividad, emprenderán una asociación ilícita, aunque se trate de hurtos contra la misma víctima).

§ 1625. *El concepto de "tomar parte".* – Vimos que la acción típica es la de *tomar parte* en la asociación; en otras palabras, ser miembro de la asociación. Ello no exige, por sí, una actividad material, como más adelante diremos, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos.

Para ello basta el acuerdo, sin que sea imprescindible, como dijimos, ninguna forma corporal de expresión voluntaria; no es necesario el trato directo entre los asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí; es suficiente con que cada uno sepa que integra la asociación. No la integra quien se limita a prestarle ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella (p.ej., quien le suministra elementos materiales para cometer ciertos delitos), aunque conozca su existencia (p.ej., el receptador que adquiere los artículos provenientes de los delitos que comete la asociación), siempre que, por supuesto, su intervención no haya sido pactada, expresa o implícitamente, en orden a la pluralidad de delitos que es el objetivo de la asociación (p.ej., el receptador que se pone de acuerdo con los asociados para recibir todo lo que produzcan sus actividades delictivas, prácticamente se constituye en asociado, con una tarea determinada dentro de la estructura organizativa).

§ 1626. *Autoría y participación.* – Como toda asociación, requiere pluralidad de componentes, que el tipo penal fija en un mínimo de tres; es decir, requiere, por lo menos, *tres autores*. Se exige que se trate de tres sujetos que sean *penalmente capaces*, es decir, penalmente imputables; el número no podrá completarse con inimputables; la razón que se da para ello es que tales sujetos carecerán de voluntad para *asociarse con fines delictivos*. Sin embargo, una corriente de nuestra doctrina y jurisprudencia sostiene lo contrario: el número mínimo puede completarse con un inimputable, sin que ello elimine la vigencia de la punibilidad para los imputables, pues "la criminalidad del pacto no reside en la punibilidad de sus autores, sino en el peligro que implica el pacto en sí mismo" (Núñez); esto último

es exacto si el sujeto tiene *comprensión para pactar*, aunque sea inimputable. La tipicidad no admite, eso sí, que el número mínimo sea completado por quien carezca de esa capacidad de comprensión, pues él solamente podrá ser usado, a modo de instrumento, por terceros.

Dentro del orden de ideas generales que resuelve la cuestión anterior, se hace notar que, acreditada la pluralidad delictiva enunciada por el tipo, no es indispensable que la totalidad de quienes componen el número mínimo de asociados sea punible (puede ocurrir, según vimos, que alguno sea inimputable, o por causas de impunidad menos debatidas doctrinalmente, como es el supuesto de fallecimiento, o la prescripción de la acción respecto de uno o algunos de los miembros y no de los demás). Tampoco se requiere que todos los que integran el número mínimo sean punibles por delitos cometidos en cumplimiento de los objetivos de la asociación, ya que, en ese aspecto, como después veremos, rige estrictamente la responsabilidad individual de cada uno de los componentes. Algunos indican la necesidad de que la acción penal se haya dirigido por lo menos contra tres integrantes de la asociación, pero no es una exigencia que surja de la ley ni tiene nada que ver con la tipicidad (p.ej., en los casos de no punibilidad de ciertos asociados no se ve cuál pueda ser la razón de suscitar acción contra ellos).

Se habla de la posibilidad de encontrar *cómplices* del delito de asociación ilícita. Se trataría de quienes, sin pertenecer a la asociación, le prestan ayuda o la auxilian. Por tanto, eso no parece del todo admisible. En principio no es posible encontrar aquí otra participación que la de coautor o la de instigador, pues no debemos olvidar que la participación importa la convergencia intencional del partícipe sobre las finalidades de la autoría típica, y aquí esa autoría consiste en asociarse para *cometer delitos*, y quien decide auxiliar o ayudar a los asociados se integra en la asociación, tomando parte en ella. Distinto es que se participe como cómplice en determinados delitos cometidos por los miembros de la asociación, hipótesis muy común y a la que ya nos hemos referido. Sí es posible, como adelantamos, la participación por medio de la instigación, porque el instigador no quiere intervenir en el delito, sino que otros intervengan en él; la figura del promotor que fomenta una asociación ilícita sin tomar parte en ella es la de un instigador del delito y como tal debe punírsele. El único caso de complicidad en el delito mismo de asociación ilícita es cuando la ayuda se presta a la

asociación misma; por ejemplo, el caso del instructor que no es miembro de la asociación, a la que ya nos referiremos.

§ 1627. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con el acuerdo o pacto delictuoso, pues con él se *toma parte* y el individuo se convierte en miembro de la asociación. Estas características de la consumación vienen determinadas por la misma ley al prescribir la procedencia de la punibilidad "por el solo hecho de ser miembro de la asociación". Advertimos que, fuera de la existencia de dicho pacto, no se necesita ninguna otra actividad exterior para que se manifieste la consumación.

Trátase de un delito permanente cuya vigencia temporal abarca el lapso de existencia de la asociación respecto de cada miembro en particular; en otras palabras, la permanencia rige para cada autor separadamente por el tiempo que siga perteneciendo a la asociación; la acción cesa para cada uno en el momento en que él deja de ser miembro, aunque la asociación siga existiendo con otros componentes.

Este es un caso que no admite la tentativa.

§ 1628. *Confluencia de figuras.* – Existen delitos que reprimen, autónomamente, asociaciones constituidas para cometer delitos, como la conspiración para la traición, para la rebelión o sedición. En verdad son acuerdos para cometer un determinado delito, por lo cual no se los puede confundir con la asociación ilícita del art. 210. Puede ocurrir que en el desarrollo de las conspiraciones de los arts. 218 y 233 del Cód. Penal, mencionadas, y en torno al objetivo específico de ellas (la traición, la rebelión, etc.), se planifique la perpetración de una pluralidad delictiva; no cabe duda de que el acuerdo sobre esa pluralidad de hechos quedará incluido en la punición de los conspiradores, sin que pueda considerarse la vigencia independiente (concursal) de la asociación ilícita.

Pero sí se da un concurso real entre el delito de asociación ilícita y los que se cometan en cumplimiento del objetivo de aquélla. Respecto de esta temática se afirma que la asociación ilícita tiene *total autonomía*, lo cual implica: *a)* que no reconoce subsidiariedad alguna; la comisión de los delitos pluralmente planificados no desplaza la punibilidad instituida por el art. 210, ni siquiera por la circunstancia de que se hayan cometido todos los delitos que era materialmente posible cometer (p.ej., cuando la asociación ilícita se

constituyó para sustraer mercadería de una fábrica y ésta se queda sin *stock*), y *b*) que cada uno de los miembros de la asociación responde por los delitos en que haya intervenido, pero no por los que, cometidos en cumplimiento de los objetivos de la asociación, no hayan recibido su participación en cualquier nivel.

§ 1629. *Culpabilidad.* – Dadas las características del delito, su aspecto subjetivo llena, en gran medida, la totalidad típica: el acuerdo que es propio de la asociación requiere necesariamente en el autor el conocimiento, tanto de que se la integra como de sus objetivos; las notas estructurales de la asociación reclaman, además, el conocimiento de que está ella compuesta por el número mínimo requerido por la ley, aunque no sea indispensable que se sepa la identidad de los integrantes. Junto a tales conocimientos, el dolo se construye con la voluntad de ligarse por el pacto.

El error que recaiga sobre los objetivos del acuerdo o sobre la estructura asociativa (número de miembros) puede excluir la culpabilidad, pero no el que verse sobre la identidad o condiciones de los asociados o sobre las modalidades del plan delictivo.

§ 1630. *Jefes y organizadores.* – El art. 210 agrava la pena de la figura básica aumentando su mínimo para los jefes u organizadores de la asociación. *Jefes* son los que mandan a otros miembros de la asociación, sea a la totalidad de ellos o a una parte. Debe tratarse de un mando realmente ejercido; o sea, el autor debe recibir efectivamente obediencia en lo que atañe a los objetivos de la asociación de parte de sus miembros; no basta la simple invocación de una jefatura cuando falta el poder propio de ella. *Organizadores*, en el sentido típico, son los miembros de la asociación que han actuado en su establecimiento u ordenamiento; queda fuera de la figura quien organiza la asociación sin llegar a formar parte de ella, puesto que la punibilidad es para los que *toman parte* en la asociación; el organizador que no toma parte, sólo podrá ser punido como instigador del delito, pero no a título de autor.

B) Figuras agravadas

§ 1631. *Asociación ilícita agravada.* – El texto del art. 210 *bis* es el siguiente: "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a vein-

te años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

a) Estar integrada por diez o más individuos.

b) Poseer una organización militar o de tipo militar.

c) Tener estructura celular.

d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.

e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país.

f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.

g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior.

h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos".

La primera cuestión que nos plantea el tipo calificado es la de los sujetos, puesto que si para los miembros de la asociación (los que *tomaren parte*) trátase de una agravante, la ley considera una categoría de cómplices a quienes pune con la misma pena que la destinada a los autores; porque es evidente que cuando la ley menciona distintamente a los que *tomaren parte* y a los que *cooperaren* o *ayudaren*, se está refiriendo a sujetos y a conductas diferentes; estos últimos, dentro de los diagramas del art. 45, no pueden ser considerados *autores*, sino *cómplices* en el delito de asociación ilícita, en tanto y en cuanto no lleguen a formar parte de ella. Esta idea –aunque la terminología empleada puede crear cierta confusión– no deja de estar presente en el mensaje del proyecto del Poder Ejecutivo, cuando al referirse a la cooperación o ayuda, expresa que "se ha considerado necesaria esta última ampliación de la acción típica del art. 210 del Cód. Penal, pues las normas de la participación se refieren a una cooperación a la acción principal (tomar parte de la asociación) y no una promoción del objeto de esa acción".

Hemos expuesto antes nuestra opinión de que para la figura básica la complicidad no es imposible, en tanto la conducta del agente se concrete en una ayuda a la misma asociación, sin tomar parte en

ella; nos parece, pues, que la tesis ha sido aceptada legislativamente, de modo expreso, por la ley 23.077, pero con una limitación: no se trata de cualquier ayuda o cooperación, sino de las que se prestan para *formar* o para *mantener* la asociación, o sea, para organizarla (ya no se es el *organizador* que forma parte de la asociación) o para hacerla subsistir como tal; o sea, los que intervengan (sin *tomar parte*) en dichas tareas, tendrán la misma pena que los autores de la asociación ilícita agravada; en cambio, los cómplices cuya participación finque en actividades distintas de las enunciadas, serán castigados con la pena del art. 210 *bis*, pero de conformidad con las reglas generales de la participación (arts. 45 y 46).

Las circunstancias calificantes son de dos órdenes: generales y específicas. Las generales son que "la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional" y que a este peligro se sumen *por lo menos dos de las circunstancias específicas*; por consiguiente, cuando aquel peligro no se haya presentado o exista sin venir acompañado por las circunstancias específicas, o lo sea por una sola de ellas, saldremos de la agravante para quedar en la figura básica.

¿Qué deberá entenderse con la expresión "cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional"? En primer lugar, la referencia al peligro parece asignada a la misma acción constitutiva del delito de asociación ilícita. No pensaron así los autores del mensaje con que el Poder Ejecutivo acompañó el proyecto, cuando plantearon, como posible exigencia de la punibilidad agravada un *cuádruple encuadramiento típico*; en el tipo de la asociación ilícita simple, en el tipo de los delitos básicos que la asociación se hubiese propuesto cometer, en la agravante de esos delitos por poner en peligro la Constitución (art. 227 *ter*) y en la misma agravante de la asociación ilícita, con lo que parecería requerirse, para la procedencia de la agravante, que se hubiesen cometido uno o algunos de los delitos que pueden atribuirse a la asociación. La ley, evidentemente, no dice eso, puesto que al mencionar a "la asociación ilícita destinada a cometer *delitos* cuando *la acción* contribuya", etc., se está refiriendo a la acción constitutiva del tipo del art. 210, no a las *acciones de los delitos* que se cometan en cumplimiento de los fines asociativos. La idea pudo haber sido correcta con otra redacción (p.ej., "cuando las acciones de ellos contribuyan"), pero no con la que se ha dado a la norma,

sobre todo porque se ha quitado la calificación de *efectiva* a la contribución, que traía el proyecto.

Sin embargo, no parece exigible que necesariamente se trate de una asociación creada para cometer delitos de índole política, ya que la creada para cometer, en principio, delitos de otra índole, puede, perfectamente, contribuir al suscitamiento del peligro (p.ej., las que tengan por finalidad cometer homicidios por precio).

Por supuesto que las que presenten aquella finalidad quedarán forzosamente incluidas en el tipo agravado; pero éstas, aunque podrán plantear complejidades en orden a su tipicidad, no estarán de por sí excluidas, por el solo motivo del carácter de los delitos que los agentes han tenido o tienen en vista como objetivos propios de la asociación.

De acuerdo con la idea expuesta precedentemente, bastaría con que la existencia de la asociación ilícita haya *contribuido* a poner en peligro la vigencia de la Constitución; no sería necesario que ella misma haya creado originariamente dicho peligro, aunque claro está que si esto último es lo que ha ocurrido, con mayor razón se dará la agravante. Tiene que tratarse de un peligro cierto, efectivamente corrido, es decir, concreto –y como tal constatable–, que debe afectar a la *vigencia de la Constitución nacional*, o sea el ordenamiento jurídico fundamental que organiza la Nación, garantizando la preservación en plenitud de ciertos bienes jurídicos que dan el tono a dicha organización, y el peligro deberá cernirse sobre dicha plenitud marginándose de las regulaciones de aquel ordenamiento (p.ej., asociación que propugne idóneamente la eliminación de alguno de los poderes del Estado); nada tendrá que ver aquí el peligro de suscitar limitaciones personales o políticas previstas y reguladas, explícita o implícitamente, por la misma Constitución (p.ej., estado de sitio, de guerra, intervenciones federales en provincias, etcétera).

Tampoco quedará comprendida en la agravante la conducta asociativa que haya contribuido a poner en peligro la vigencia de una constitución provincial, salvo cuando pueda redundar efectivamente en un peligro para la vigencia de la Constitución nacional. La característica del particular peligro enunciado en el tipo, ha permitido a algunos considerarlo como describiendo un delito terrorista, calificación inexacta puesto que se trata, en realidad, de un delito subversivo, como veremos al estudiar los delitos previstos en el Título X (§ 1734 y siguientes).

Las circunstancias calificantes –de las cuales por lo menos dos deben adjuntarse a la general que dejamos explicada– son las siguientes:

a) Que la asociación esté *integrada* por diez individuos como mínimo. Es obvio señalar que la ley enuncia aquí a las personas que la forman, es decir: a las que toman parte actualmente en ella (o sea, cuando el peligro referido en el párr. 1° se ha concretado); el número mínimo no se compone con quienes, sin tomar parte en la asociación, le prestan alguna ayuda o cooperación.

b) Que posea una organización militar o de tipo militar. La referencia a la organización del tipo militar es conocida en nuestra azarosa vida legislativa penal (la ley 21.338 la había tomado de la ley 17.567), entendiéndose por ella la que hace imperar en la asociación una disciplina castrense que responde a una estructuración jerárquica de cuadros, aunque las nominaciones de los grados y el contenido de sus facultades de mando no sean asimilables a los de las fuerzas armadas; por lo cual, en principio, parecería que por *organización militar* tendrá que interpretarse aquella en que nominaciones y facultades se informan en igualdad de condiciones con las de las fuerzas armadas, de los cuerpos permanentes, de guardia nacional o de fuerzas asimiladas.

c) Tener estructura celular. Sistema de células es aquel en el que la asociación se compone de distintos grupos, formados separadamente, cuyos integrantes no tienen conocimiento de quiénes son los integrantes de los otros, aunque sea parcialmente (p.ej., que uno solo de los integrantes del grupo conozca a uno o a algunos de los integrantes de otro grupo), y quiénes, actuando separadamente, contribuyen a un objetivo común.

En el aspecto de la culpabilidad, esta agravante requiere el conocimiento de que se integra una asociación celular; el miembro que cree que integra exclusivamente su grupo y desconoce que ese grupo pertenece a una organización mayor, quedará comprendido en la figura básica o en otras agravantes, según corresponda, pero no en ésta.

d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.

e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país. Por jurisdicciones políticas se mencionan a las provincias y Capital Federal –actualmente "Ciudad de Buenos Aires"–. Es suficiente

para la calificante que, por lo menos, en dos de ellas, *opere* la asociación; o sea, esté constituida, tenga su sede principal o derivaciones (permanentes o transitorias). La norma no exige que las operaciones importen la comisión de delitos asignables a la asociación; en este sentido, puede decirse que la asociación ilícita opera cuando está funcionando como tal (cuando se ha producido y se mantiene la permanencia de la consumación del propio delito del art. 210), aunque no se hubiesen perpetrado algunos de los delitos que se había propuesto cometer.

f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad. Éstos deben *componer* la asociación, tomar parte en ella; otras formas de participación –como puede ser la del instructor que vende o presta sus servicios a la asociación sin integrarla– no alcanzan a instituir la agravante.

g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior. Aunque por *conexiones* no puede comprenderse una mera coincidencia de ideología, el espectro de ellas es amplio; va desde el apoyo de cualquier tipo –que no sea el puramente moral del aplauso o la publicitación–, hasta el mero cambio de informaciones útiles a la finalidad de la asociación (técnica de atentados, planificación operacional, etcétera). Dichas conexiones son *notorias* cuando resultan fácilmente detectables; no creemos que la ley haya empleado esta terminología con un sentido procesalista de notoriedad (carácter público de las conexiones), en una materia donde la normalidad es el secreto, por lo menos a nivel organizativo, y donde precisamente es el secreto el factor de mayor peligro para la vulneración de los bienes jurídicos.

h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos. Se da tanto en supuestos de complicidad del funcionario, cuanto en aquellos en que el funcionario tome parte *dirigiendo* (en su caso en función de jefe) a la asociación; según ello no sería suficiente con que el funcionario esté integrado como miembro de la asociación si es que en ella no realiza funciones de dirección; en este sentido, la redacción no parece muy feliz, pues si por apoyo y ayuda entendemos exclusivamente supuestos de complicidad, nos encontraríamos con que la agravante se daría en participaciones por complicidad de funcionarios, pero no cuando los funcionarios tomen parte –sin funciones de dirección– en la asociación. Parecería que la ley ha querido que, en ese caso, el funcionario preste a la asocia-

ción un *apoyo* de carácter distinto al que puede proporcionar como miembro de ella, para que se dé la calificante.

El artículo proyectado por el Poder Ejecutivo expresaba: "cuando la acción contribuya *efectiva* y *deliberadamente* a poner en peligro", calificaciones que han desaparecido por obra de los parlamentarios. Explicando el significado de *deliberadamente* –aunque con relación a otro delito– el mensaje con que se acompañó el proyecto decía que ese término estaba dirigido "a excluir la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual". Su exclusión, sin embargo, no significa otra cosa que desechar el peligro para la vigencia de la Constitución, como finalidad expresa y típicamente excluyente del agente en la formación de la figura; queda, por supuesto, la exigencia de la culpabilidad en los límites de la teoría general. Para quedar comprendido en la agravante, el autor debió haber tenido presente, cuando menos, dicho peligro como derivación de la actividad asociativa, además del conocimiento de las otras circunstancias de agravación.

CAPÍTULO III

INTIMIDACIÓN PÚBLICA

§ 1632. *LAS REFORMAS.* – Mientras el art. 211 (*intimidación pública propiamente dicha*) no ha sufrido cambios, y permanece en su versión según las leyes 15.276 y 20.642, el art. 212 ha tornado a la fórmula prevista por esta última ley, como incitación a la violencia colectiva.

§ 1633. *LA PROTECCIÓN LEGAL.* – Si las figuras anteriores atacaban la tranquilidad pública más que nada por el peligro que implicaban respecto de la comisión de otros delitos y la sensación de intranquilidad que podía derivarse del conocimiento de las conductas prohibidas por parte de los integrantes de la sociedad, las de este capítulo castigan actividades que directamente tienen la virtualidad de quebrar la tranquilidad pública, ya que están enderezadas, por su naturaleza misma, a afectar a los componentes de la sociedad.

I. INTIMIDACIÓN PÚBLICA PROPIAMENTE DICHA

A) FIGURA BÁSICA

§ 1634. *EL TEXTO LEGAL. SUS VARIACIONES.* – El art. 211, parte 1ª, del Cód. Penal reprime con prisión de dos a seis años al que "para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos".

El texto original del Código Penal punía al que "para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere gritos de alarma, hiciere estallar bombas o materias explosivas o los colocare con ese fin o amenazare con un desastre de peligro común". La ley 15.276 modificó aquella fórmula, sustituyéndola por otra similar a la ley vigente. La ley 17.567 cambió la expresión "hiciere estallar bombas..." del texto original por la de "provocare estruendos", y la de "delito de peligro común" por la de "desastre de peligro común". La actual ley sigue los lineamientos de la ley 15.276.

§ 1635. *ACCIONES TÍPICAS.* – Trátase de una figura dominada por el aspecto subjetivo, ya que las acciones previstas son típicas en cuanto fueren realizadas para conseguir alguno de los objetivos enunciados. Aquellas acciones, pues, no son más que medios para lograr estas finalidades; por eso, el tipo agrega el requisito de la idoneidad de ellas con respecto a ese logro.

Todas las acciones previstas constituyen medios materiales; las que no tienen ese carácter (prédicas, vaticinios, etc.), no quedan comprendidas en el tipo.

La enunciación circunstanciada de determinados medios en la ley es meramente ejemplificativa. *Hacer señales* es dar aviso o advertir por signos manuales o mecánicos (p.ej., tocar campanas o sirenas). Dar *voces de alarma* es hacer manifestaciones verbales, directamente o por medios de comunicación oral (radios, altavoces), en forma estrepitosa (dar "gritos de alarma" decía el texto original), previniendo de algo peligroso. *Amenazar con la comisión de un*

delito de peligro común es anunciar la realización de alguno de los delitos previstos en el título de los delitos contra la seguridad común u otros que puedan afectar a un número indeterminado de personas o bienes, aunque estén previstos en otros títulos (p.ej., homicidio calamitoso), como conducta que asumirá o hará asumir por otros, el autor del anuncio; no es suficiente el simple vaticinio de que ocurrirá un delito de ese carácter; éste debe aparecer como dependiente de alguna manera de la voluntad del agente. Debe tratarse del anuncio de un *delito*; no basta con que se amenace con la comisión de un *desastre de peligro común* (lo que ocurría en la fórmula de la ley 17.567), si éste no reúne las características de algún tipo penal.

Advertíamos que esta enunciación es meramente ejemplificativa, porque a continuación la ley menciona la punibilidad del empleo de *otros medios materiales* para conseguir las finalidades típicas, como puede ser la producción de estruendos por medios mecánicos (pues si se utilizan explosivos o materiales afines, si el delito no pasa a constituir un hecho contra la seguridad común, quedará comprendido en la agravante prevista por el art. 211, parte 2ª), deflagrar elementos en el cielo, proyectar sombras que pueden aparentar amenazas (p.ej., de aeronaves de raras apariencias en las nubes), etcétera.

§ 1636. *Idoneidad de los medios.* – Todos estos medios materiales, incluidos los enunciados circunstanciadamente, deben ser *normalmente idóneos* para producir los efectos de infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes. Lo esencial del delito no radica tanto en la utilización de los medios cuanto en la capacidad de ellos para lograr las finalidades que convierten en típica la conducta; el medio es normalmente idóneo en el sentido de la ley cuando une a la posibilidad de trascender públicamente, la aptitud –en sí, o por la forma y modo con que el agente los usa– de infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes. Cualquiera de esas características, si no va acompañada de la otra, deja la realización de las acciones objetivas fuera del tipo: utilizar el medio intimidatorio sin que éste tenga posibilidades de trascender públicamente, o utilizarlo públicamente cuando carece de aptitud para intimidar, no es suficiente para comprender al autor en el art. 211. La unión de esas dos características indica, como veremos más adelante, que si bien el delito no necesita para consumarse el logro de los resultados pro-

puestos, sí es necesario que la acción haya "creado la posibilidad de la alarma, del tumulto o del desorden", como "peligro que haya existido realmente" (Soler).

§ 1637. *Elemento subjetivo.* – Decíamos que la figura está dominada por el aspecto subjetivo. Los medios materiales deben haber sido empleados *para infundir un temor público* o *suscitar tumultos* o *desórdenes*. Si se los emplea con distintas finalidades no se estará en el art. 211. Como se ve, todos esos objetivos tienden a influir sobre el *público*, es decir, sobre un número indeterminado de personas. Carecerán, por tanto, de tipicidad, las acciones que están destinadas a influir en el ánimo de una o más personas determinadas, aunque se utilicen los medios enunciados y se dé trascendencia pública a la amenaza (p.ej., amenazar públicamente con un delito de peligro común a un funcionario para que actúe o deje de actuar funcionalmente podrá ser un *atentado*, pero no constituirá *intimidación pública*).

Infundir un temor público es atemorizar o inducir miedo a un número indeterminado de personas; crear en el ánimo de una colectividad o grupo no determinado de ella el temor a la ocurrencia de algo que puede tener consecuencias lesivas para sus componentes, lo cual puede ser determinado (como es el caso de la amenaza de un delito de peligro común) o indeterminado (como ocurrirá con las voces de alarma o las señales intimidantes).

Suscitar tumultos es provocar el movimiento desatinado y confuso de una multitud (p.ej., el acometimiento de parcialidades en un estadio deportivo; corridas multitudinarias).

Suscitar desórdenes es provocar actos que quiebren la normalidad de la vida social, el acostumbrado discurrir de la vida en relación.

§ 1638. *Consumación.* – Se consuma con la idónea utilización de los medios tendientes a lograr las finalidades típicas, aun cuando las mismas no se concreten; la consumación se da igualmente aunque el público no se atemorice o aunque no se produzcan los tumultos o los desórdenes que se había propuesto suscitar el autor. Pero, como ya se hizo notar, la utilización idónea a que la misma ley hace referencia exige la existencia de un peligro cierto de que aquellos objetivos se logren.

Aunque se ha hablado de tentativa, todos los ejemplos en que es posible pensar no pasan de ser actos preparatorios y, como tales, impunes, sin perjuicio de que puedan constituir otros delitos.

§ 1639. *Culpabilidad.* – El elemento subjetivo, de tanta importancia en la figura, requiere el dolo directo, rechazando cualquier posibilidad de recepcionar el eventual.

B) Figura agravada

§ 1640. *El texto legal. Sus variaciones.* – El art. 211, parte 2ª, eleva la pena a la de prisión de tres a diez años, "cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública".

Es la ley 15.276 –que sigue la ley vigente– la que conforma la agravante en base a la calidad de los medios utilizados. La ley 17.567, por el contrario, prefirió determinar la figura agravada en consideración a los resultados (grave daño o muerte de alguna persona) producidos por el tumulto suscitado por la conducta del agente, con lo cual la figura agravada pasó a ser un tipo de resultado (producción del tumulto), y, a la vez, calificado por resultados sobre las personas; lo cual no ocurre en la agravante vigente (sigue siendo un delito de peligro).

§ 1641. *Medios agravantes.* – La expresión *explosivos* está empleada por la ley –así se infiere de la referencia a los delitos contra la seguridad común– como toda materia que en determinadas circunstancias puede dar origen a una liberación súbita y violenta de energía por transformaciones químicas; o sea, como explosivos propiamente dichos (pólvora, dinamita, etcétera). La ley no utiliza el término para mentar cualquier objeto que cause *explosiones* (que pueden ocurrir por medios mecánicos, como ocurre con la compresión del vapor que queda comprendida en la figura agravada como *materia afín*). Por supuesto que el tipo no abarca la liberación de energía que no se realice mediante explosiones, según el contenido indicado.

Los *agresivos químicos* son las sustancias o productos de esa naturaleza que pueden utilizarse para causar daños a personas o co-

sas (gases tóxicos, sustancias inflamables, pesticidas vegetales, etcétera).

Materias afines, tanto de los explosivos como de los agresivos químicos, son aquellas que sin poseer tales naturalezas, pueden producir resultados similares (p.ej., explosiones por compresión de vapor, que ya citamos, salitre como agresivo vegetal, etcétera).

§ 1642. *Subsidiariedad.* – Toda la materia de la intimidación pública tiene carácter eminentemente subsidiario respecto de los delitos contra la seguridad común. La utilización de los medios enunciados por el art. 211, aunque se lo haga con las finalidades típicas, cuando constituyen uno de los delitos contra la seguridad común, queda desplazada de la intimidación pública para punirse mediante estos últimos. Tal subsidiariedad está expresamente determinada por la parte 2ª del artículo, atendiendo a que precisamente los medios del tipo calificado son los normalmente idóneos para perpetrar delitos contra la seguridad común.

II. Incitación a la violencia colectiva

§ 1643. *El tipo legal.* – El art. 212 es uno de los que ha recibido los más variados contenidos; pero lo que ahora nos interesa es cotejar el nuevo texto con el de la ley 21.338.

Ésta sancionaba a quien "por cualquier medio difundiere, divulgare o propalare comunicaciones o imágenes provenientes o atribuidas a asociaciones ilícitas o a personas o a grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o de terrorismo". Tales conductas han quedado desincriminadas, salvo cuando integran otros tipos distintos (p.ej., una amenaza pública de rebelión).

El vigente art. 212 reprime con prisión de tres a seis años al que "públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación". Un tipo parecido pero más amplio, traía la ley 21.338 en el art. 209, párr. 1º, parte 2ª, ya que punía con igual pena al que "incitare a cometer delitos, o a la violencia colectiva". La circunstancia de la desaparición de la *incitación a cometer delitos*, aunque no haya eludido del todo el pro-

blema de distinguir la incitación de la instigación, aminora su gravedad, y posiblemente la desincriminación no acarree grandes consecuencias prácticas porque, como decíamos comentando la ley 21.338, "serán muy pocos los casos de incitación a la violencia que no contengan también incitación a cometer delitos".

En verdad, el concepto de *incitación* se puede lograr –en nuestra ley, ya que en alguna doctrina extranjera aparece una sinonimia que en la legislación argentina es inadmisible– por su diferencia con la instigación. Ésta siempre tiene un significado de determinación que requiere una excitación directa, mientras que la incitación da idea de una estimulación en cuya provocación pueden emplearse medios indirectos (Núñez, *Manual. Parte especial*, p. 344, cree que son indispensables estos medios, pero no era ésa su opinión en *Derecho penal*, t. VI, p. 183. Millán, por su parte, distinguía la instigación de la incitación por el carácter de la relación que se establece entre los sujetos predominantemente moral en una, predominantemente material en otra. Ver Fontán Balestra, Carlos - Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal*, p. 183; tesis inexacta como lo señala Núñez).

La incitación debe ser a la *violencia colectiva*, o sea, al empleo de fuerza física por parte de un conjunto al menos relativamente indeterminado de personas; es decir, se debe incitar a la violencia grupal. Está excluida la incitación dirigida a personas determinadas (que normalmente quedará tipificada a través de la instigación del art. 45). Con la fórmula vigente, tanto cabe en el concepto de violencia colectiva el ejercicio de fuerza, aunque en sí no constituya delito (cosa difícil, como dijimos), cuanto la incitación a la comisión de delitos indeterminados que impliquen violencia (a matar, a destruir, etc.; Núñez).

Tiene que tratarse de una incitación *pública*. La ley 21.338, apartándose de la línea de los precedentes, había desechado ese requisito, con lo que permitía introducir en el tipo la incitación privada dirigida a personas determinadas, siempre que estuviese destinada a conseguir, por medio de ellas, el suscitamiento de situaciones de violencia colectiva.

Pero, actualmente, para ser típica la incitación, tiene que realizarse de un modo que posibilite su captación por un número indeterminado de individuos (Núñez), aunque, en concreto, no se haya alcanzado a lograr ese conocimiento masivo.

La violencia colectiva a la que se incita, tiene que pretenderse que recaiga sobre *grupos de personas o instituciones.* En los primeros están los conjuntos de personas, individualizados o identificados grupalmente por características o razones de variado carácter: religiosas, étnicas, raciales, profesionales, políticas, de nacionalidad, escolares, etc. (el art. 213 *bis*, inc. 3°, según ley 16.648, las restringía a las de "otra religión, origen étnico o color"). Dentro de las instituciones cabrían todas las que puede abarcar su significado vulgar: organizaciones estatales, asociaciones privadas como clubes, fundaciones, etcétera.

El texto vigente también declara la punibilidad de la conducta por la sola incitación que aquí –no estando la figura en relaciones de conflicto con la instigación– no puede tener otro significado que el de remarcar el carácter de delito de peligro que aquélla asume, y determinar su momento consumativo en su mera realización, sin requerir resultado alguno; ni el de un peligro concreto de obtener éxito, ni siquiera –como vimos– que haya alcanzado la publicidad efectiva sobre sus destinatarios.

III. PUNICIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS

§ 1644. *POSIBILIDAD DE CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – La ley 23.592 reprime con prisión de un mes a tres años a "los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma", y la misma pena se prevé para "quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecusión o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas" (art. 3°).

La posibilidad de concurso aparente entre la incitación a la violencia colectiva del art. 212 del Cód. Penal y la particular tipología de actos discriminatorios que contiene el párr. 2° del art. 3° de la ley 23.592 es difícil de imaginar porque una cosa es incitar a la *violencia* y otra la de incitar a la *persecusión* (que puede no asumir el carácter de *violencia*) o *el odio*. Se puede dar entre ambas figuras un pro-

blema de concurso real y aun ideal, pero difícilmente una hipótesis de concurso aparente.

CAPÍTULO IV

APOLOGÍA DEL CRIMEN

§ 1645. *LAS REFORMAS.* – El retorno al texto original del Código mantiene la figura básica del art. 213, aunque modificando la pena respecto de la determinada por la ley 21.338 (que era de seis meses a dos años de prisión), volviendo a ser ahora la de un mes a un año de prisión, pero deroga las agravantes, a saber: la que tenía por base la calidad del autor y la que se fundaba en el delito objeto de la apología y el tipo autónomo de apología de imputados. Esta última conducta ha quedado desincriminada, aquéllas integran ahora la figura básica.

§ 1646. *FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD.* – La tranquilidad pública es atacada por el enaltecimiento de aquellos procederes que son, precisamente, los que se oponen a la normalidad de las relaciones sociales.

§ 1647. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 213 del Cód. Penal, reprime con prisión de un mes a un año, al "que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito".

Esta figura ha sido considerada como una *instigación indirecta*; así el art. 414, § 3, del Código italiano, que contiene un tipo similar al nuestro, es interpretado por la Casación en el sentido de que exige que la acción "integre un comportamiento concretamente idóneo para provocar la comisión de delitos", lo que quizá parezca exagerado, pero admitamos que, por lo menos, debe existir la posibilidad de que la alabanza suscite imitaciones para que el bien jurídico se vea realmente amenazado.

§ 1648. *ACCIÓN TÍPICA. OBJETO DE LA APOLOGÍA.* – La acción prohibida es *hacer la apología*, esto es, la alabanza, la ponderación,

la exaltación de algo, presentándolo como meritorio, digno de defensa y aceptación por todos.

La apología típica puede ser de un delito o de un condenado por delito.

La ley toma la expresión *delito* en un sentido técnico, como hecho (conducta) tipificado y punido como tal por la ley penal. Quedan marginadas de la tipicidad las apologías que se hagan de contravenciones o de conductas socialmente desviadas y perniciosas para la sociedad que no estén penalmente sancionadas, como el suicidio, vicios, la propugnación de ideas nihilistas o disolventes, salvo, por supuesto, que el autor haga revertir la apología sobre delitos relacionados con ellos (en los casos citados, alabar la instigación al suicidio, el tráfico de drogas o la asociación ilícita con fines terroristas).

Se ha discutido si la apología debe versar sobre un hecho delictuoso realmente ocurrido o puede hacerlo sobre un delito en abstracto, o sea, no cometido efectivamente (p.ej., alabar el *robo* o el *homicidio*). La circunstancia de que el antiguo Código italiano –que fue la fuente de nuestra norma– se refiriera a *hecho* y no a *delito* (el actual lo hace a este último) hizo pensar a algunos (Moreno, Díaz, Malagarriga) que en nuestra ley tanto era típica la apología referida a un delito concretamente cometido como a delitos abstractamente considerados; pero se sostiene, en contrario, que siendo la apología del delito una *instigación indirecta*, como la figura más grave de la instigación a cometer delitos del art. 209 se refiere a delitos determinados, es sistemáticamente inaceptable que la menos grave del art. 213 se refiera a delitos en abstracto. El argumento no es terminante, puesto que arranca del carácter de *instigación indirecta* que se otorga a la segunda figura, lo cual es opinable y discutible y, entre nosotros, no pasa de ser una vaga descripción *institucional* o genérica; pero sí es definitiva como apoyo de la última tesis interpretativa, la consideración de que la apología del delito *en abstracto* no sería la *apología de un delito* –como lo expone la descripción típica– sino, fundamentalmente, la censura a la ley que punió el delito abstractamente alabado, y el derecho penal no castiga "las opiniones, juicios o teorías sobre la dañosidad o beneficiosidad de las incriminaciones hechas por la ley" (Núñez). La apología, pues, tiene que referirse a un hecho, tipificado por la ley como delito, que históricamente haya ocurrido.

No es necesario, sin embargo, en esta forma de apología del crimen, que el hecho ensalzado haya sido jurisdiccionalmente declarado delito, ni siquiera que se haya perseguido a su autor (algunas expresiones de la doctrina parecen dar a entender algo distinto), puesto que lo típico es alabar el hecho delictivo, cuya calidad preexiste a cualquier declaración jurisdiccional o a cualquier actividad tendiente a hacer efectiva la responsabilidad de sus autores.

Por tanto, todo lo dicho demuestra, además, que mientras pueda afirmarse con certeza el carácter delictivo del hecho alabado, la circunstancia de la impunidad de sus autores por causas extrañas a la propia delictuosidad de la acción (p.ej., que la apología verse sobre un delito cuyo autor no sea punible por beneficiarse con una excusa absolutoria, o cuya acción haya prescripto o que haya sido amnistiado) carece de toda importancia en orden a la exclusión de la tipicidad.

Pero no ocurre así cuando la apología versa sobre *un condenado por delito*, puesto que, entonces, así se requiere una declaración jurisdiccional afirmativa de la responsabilidad penal del exaltado y que, a la vez, contenga la atribución de una pena que haya pasado en autoridad de cosa juzgada; si esto último no ocurre, podremos estar ante una apología del delito, si se dan sus caracteres, pero no ante la de un condenado. Es verdad que alguna doctrina (Fontán Balestra) sostiene que al no formular la ley distinción alguna, puede tratarse de "condena pronunciada en cualquier instancia, sin que sea preciso que se encuentre firme", pero lo que ocurre es que la ley distingue perfectamente al hablar de *condenado*, y quien no tiene sobre sí el peso de la cosa juzgada, no es un condenado, sino un *procesado*.

En esta forma de apología debe tratarse de la alabanza de una persona determinada porque ha cometido un determinado delito, cualquiera que haya sido el grado de participación que hubiese tenido en él (autor, cómplice, instigador). La alabanza, insistimos, tiene que hacerse a la persona porque ha cometido el delito; nada tiene que ver con la tipicidad la alabanza que se le otorga en virtud de otras facetas de su personalidad o por otras actividades que haya desplegado. No constituyen apología del delito –porque no constituyen la exaltación del condenado– las expresiones de crítica a la sentencia de condena, puntualizando errores o atacando la severidad de la pena que impuso, aunque el fundamento de la censura esté directa-

mente relacionado con la persona del condenado (p.ej., afirmando que no es responsable del hecho o que su personalidad no justifica la pena impuesta).

§ 1649. *La publicidad. Medios.* – La ley pune la apología realizada por *cualquier medio* (oral, escrito, etc.), pero se exige que se la haya hecho *públicamente*; o sea, que tenga la posibilidad de llegar a un número indeterminado de personas, lo cual indica que el medio utilizado sólo abrirá el camino de la tipicidad si tiene aptitud para *publicitar* la apología (no la tendrá, por ejemplo, la carta dirigida a una o más personas determinadas, pero sí la que se publique en un periódico).

§ 1650. *Consumación.* – Consúmase el delito con la realización pública de la apología, sin que sea necesario que haya ella alcanzado una determinada trascendencia. No es fácil concebir la tentativa.

§ 1651. *Culpabilidad.* – Es delito doloso. Para que se dé la culpabilidad se necesita en el autor el conocimiento de que lo que se exalta es un delito o condenado por delito. El error sobre tales circunstancias, aun el *error iuris* (creer que lo exaltado no constituía delito o que la condena no había recaído por delito), hace desaparecer aquélla.

Volitivamente no es indispensable el dolo directo; es suficiente el eventual. Éste se puede dar cuando lo que se trata de hacer no es directamente la apología de un delito, pero las expresiones utilizadas importan su realización (p.ej., comentarios periodísticos sobre la personalidad de un condenado). Son indiferentes, por tanto, los móviles que hayan podido guiar al autor, los que hasta pueden ser de carácter ético.

§ 1652. *La apología del delito y la ley 23.737.* – Vimos que se ha pretendido ver como especie de apología del delito los tipos del art. 12 de la ley 23.737 (de estupefacientes y psicotrópicos), cuando con más propiedad se tiene que hablar de una particular especie de instigación pública al delito. A la apología del delito con relación a los reglados con dicha ley se le aplica, pues, el tipo del art. 213 del Cód. Penal.

CAPÍTULO V

OTROS ATENTADOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

I. AGRUPACIONES PARA LA COERCIÓN IDEOLÓGICA

§ 1653. *EL ARTÍCULO 213 "BIS".* – La ley mantiene la figura del art. 213 *bis*, según la redacción que le otorgó la ley 20.642 –que no fue cambiada por la ley 21.338–, en la que se castiga a las llamadas *agrupaciones* para la coerción ideológica.

El mensaje que acompañó el proyecto de reformas que se convirtiera en la ley 23.077, introduce un factor que puede perturbar la determinación del texto vigente, al decir: "el ámbito de prohibición que estructuran los tipos penales propuestos, se complementa con el art. 213 *bis* del Cód. Penal, según la redacción de la ley 16.648, pues esta norma sanciona conductas que sin llegar a poner en peligro la estabilidad constitucional traduce graves formas de intolerancia ideológica, racial o religiosa, incompatibles con la República democrática que pretendemos". Pero como en dicho proyecto no se toca para nada ese artículo ¿habrán pensado los autores del mensaje que el artículo que estaba vigente cuando lo redactaron era el 213 *bis* según la ley 16.648? Si es así erraron, porque la vigencia de él, que había recobrado por imperio de la ley 20.509 el 6 de junio de 1973, la perdió el 6 de febrero de 1974, cuando empezó a regir la ley 20.642 que ha permanecido hasta ahora y que la ley 23.077, como vimos, respetó.

§ 1654. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El art. 213 *bis* del Cód. Penal, castiga con prisión de tres a ocho años al "que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el art. 210 de este Código, tuvieren por objeto principal o accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación".

La figura, que integra por sí sola el capítulo, fue incorporada en nuestra legislación a través de la ley 16.648, que introdujo en el

inc. 1º del art. 213 *bis*, la punición de los que "participaren en agrupaciones permanentes o eventuales que, sin estar comprendidas en el art. 210, tuvieren por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación". El artículo había sido derogado por ley 17.567, y aunque posteriormente recuperó vigencia por ley 20.509, fue la ley 20.642 la que dio a la figura su forma actual, como ya hemos dicho.

§ 1655. *Acciones típicas.* – Como se advierte, la ley prevé dos acciones: la de *organizar* y la de *tomar parte*. En la figura que ahora examinamos, la conducta de *organizar* está prevista autónomamente y se puede organizar algo sin llegar a formar parte de ese algo. El art. 213 *bis*, por consiguiente, no exige que el organizador haya pasado a ser miembro de la agrupación; por el contrario, la previsión autónoma de la conducta evita que la interpretación excluya de la punibilidad al organizador por el hecho de no ser miembro de la organización.

Pero *tomar parte* tiene aquí el mismo significado que en la asociación ilícita: el de ser miembro de la agrupación. Como en aquel delito, debe darse en el autor de éste la voluntad de unión a la agrupación, dentro de los posibles límites temporales de ella. No comete el delito quien en una ocasión, o esporádicamente, participa en las actividades de la agrupación sin ser miembro de ella.

§ 1656. *Agrupaciones comprendidas.* – Las agrupaciones que según el tipo se deben organizar o en las que se debe tomar parte, son las que *tienen por objeto, principal o accesorio, imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor.*

Agrupación es toda unión de personas cohesionadas por finalidades o intereses comunes, con carácter más amplio que el de asociación, puesto que, por imperio de la misma ley, tanto puede tener vocación de permanencia, como ser constituida con carácter transitorio.

La finalidad de imponer ideas o combatir ideas ajenas por la fuerza o el temor excluye del marco de la tipicidad las agrupaciones que únicamente procuran imponer por la violencia un liderazgo o primar en ciertos sectores sociales, sin responder a un ideario (p.ej., las llamadas *patotas*). Dicha finalidad puede ser *principal* o *acce-*

soria. Por tanto, es principal cuando la agrupación existe para ella, y accesoria cuando existiendo para otra distinta (p.ej., confesiones religiosas, defensa de principios morales o estructuras sociales), admite la utilización de los medios violentos para imponer sus convicciones, juntamente con otros medios (p.ej., propaganda).

La agrupación, como vimos, puede ser *permanente* o *transitoria*. Permanente es la que se ha constituido con intenciones de subsistir por un tiempo más o menos prolongado. La transitoria puede ser eventual o temporal; eventual es la que nace para imponer una idea o para combatir la ajena en una coyuntura social dada, y desaparece cuando cesa esa coyuntura; la temporal tiene un significado todavía más restringido: es la que se constituye para intervenir en acontecimientos relacionados con la idea (p.ej., campaña electoral), sin pretensiones de subsistir después de él.

§ 1657. *Confluencia de figuras. Subsidiariedad.* – Taxativamente la ley determina que el tipo es subsidiario del de asociación ilícita (*sin estar comprendido en el art. 210*). Por supuesto que el problema de subsidiariedad no se plantea respecto de la agrupación transitoria, pero sí con las permanentes.

No siempre la imposición o el combate de las ideas por la fuerza o el temor importará la comisión de delitos, pero, además de ello, la distinción fundamental entre las agrupaciones permanentes que pune el art. 213 *bis* y las asociaciones ilícitas de los arts. 210 y 210 *bis* radica en que éstas son asociaciones *para* cometer delitos, mientras que aquéllas no se forman con esa finalidad, aunque sus miembros acepten la posibilidad de cometerlos como un procedimiento más para ejercer la fuerza o suscitar el temor. Pero no cabe duda de que cuando una de esas agrupaciones permanentes se constituye proponiéndose la comisión de delitos como medios únicos o principales por imponer o combatir ideas, el art. 213 bis quedará desplazado por los arts. 210 ó 210 *bis*.

§ 1658. *Consumación.* – Cuando la acción es la de *tomar parte* en la agrupación, el delito se consuma lo mismo que el de asociación ilícita, es decir, por el solo hecho de hacerse miembro de la agrupación; bajo esa forma el delito no admite la tentativa. Pero cuando la acción es la de *organizar* –que, como señalamos, en este tipo adquiere autonomía–, el delito quedará consumado cuando la

agrupación quede organizada, es decir, constituida, con lo cual, en principio, sería admisible la tentativa, ya que se pueden dar actos ejecutivos guiados por la finalidad de organizar la agrupación, sin que se haya llegado a conseguir su constitución por causas ajenas a la voluntad del agente.

§ 1659. *Culpabilidad.* – En el aspecto subjetivo, el delito ofrece similitudes con el de la asociación ilícita: la acción de *tomar parte* tiene que estar conformada por el conocimiento de los fines de la agrupación y la voluntad de constituirse en miembro de ella. El error sobre las finalidades puede plantear situaciones de inculpabilidad.

La acción de *organizar* debe estar guiada por la finalidad de constituir la agrupación para los cometidos fijados por la norma. En cualquiera de los dos casos, el delito es incompatible con el dolo eventual.

§ 1660. *Organizaciones comprometidas en actos discriminatorios.* – Pese a la especialidad de la ley respectiva, este es el lugar adecuado para dar noticia de los tipos introducidos en la legislación penal argentina por el art. 3° de la ley 23.592, el que pune con prisión de un mes a tres años a "los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma". Además el párr. 2° del mismo artículo castiga con igual pena a "quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas", al cual ya nos hemos referido en particular.

Se diagraman en la norma tres tipos distintos. Uno, cercano al del art. 213 *bis*: *participar en una organización* que realice "propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color", en cuanto esas ideas o teorías "tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma". Los otros dos aparecen más cercanos a los de incitación a la comisión de delitos y a la violencia colectiva, y son los de realizar

propaganda de aquellas ideas o teorías y de alentar o incitar a la persecución y al odio.

La redacción de la norma no es del todo correcta. Tal como está dará pie a dificultades de orden constitucional, porque una interpretación extensiva a los tipos (aun sin llegar a ser analógica) puede hacer peligrar la integridad de la prohibición de punir las ideas y, por otro lado, puede volverse en contra de la protección pretendida por el legislador.

II. FORMACIÓN DE GRUPOS PARA LA VIOLENCIA DEPORTIVA

§ 1661. *TIPIFICACIÓN.* – No sería inexacto relacionar los delitos que acabamos de ver con el previsto por el art. 5° de la ley 24.192, que reprime con prisión de uno a seis años al que "instigare, promoviere o facilitare de cualquier modo, la formación de grupos destinados a cometer alguno de los delitos" según los arts. 3°, 4° y 6° a 9°, y los agravados del art. 2° de dicha ley.

TÍTULO IX

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN

§ 1662. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Los delitos comprendidos en este título protegen la incolumidad de la Nación dentro de las relaciones que mantiene con otros Estados soberanos. Lo hacen procurando evitar daños de su integridad territorial y soberanía, y cualquier conflicto internacional que pueda redundar en detrimento de su personalidad en el orden internacional. En el primer capítulo del título se reúnen los delitos que tratan de cumplir la primera de esas funciones, y en el segundo los que tratan de preservar la incolumidad y normalidad de las relaciones exteriores de la Nación, aunque últimamente se han agregado algunos que poco tienen que ver con ese modo de proteger el bien jurídico, como lo explicaremos.

CAPÍTULO I

TRAICIÓN

I. TRAICIÓN CONTRA LA NACIÓN

A) FIGURA BÁSICA

§ 1663. *EL TEXTO LEGAL.* – La vuelta lisa y llana al texto original del art. 214: "Será reprimido con reclusión o prisión de diez

a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este Código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro", ha planteado nuevamente un cuestión que la legislación trató de superar repetidamente a partir del decr. ley 788/63.

El art. 214 vigente no es igual al art. 119 de la Const. nacional, que define expresamente el delito de traición; esa definición importa una garantía constitucional que el legislador no puede traspasar ni deformar. La norma constitucional dice: "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro"; de acuerdo con esta disposición las acciones típicas son dos: *a*) tomar las armas contra la Nación, y *b*) unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. Pero el texto vigente prevé tres conductas distintas: la de tomar las armas contra la Nación, la de unirse a sus enemigos y la de prestarles cualquier ayuda o socorro; la distinción de estas dos últimas conductas es inconstitucional, razón por la cual las acciones punibles siguen siendo únicamente las previstas por el art. 119 de la Constitución.

La figura básica es, por tanto, la descripta por este artículo, y es a su reconstrucción dogmática a la que se debe atender.

La traición atenta contra la seguridad exterior de la Nación, aumentando la capacidad bélica del enemigo.

§ 1664. *Presupuesto del delito: guerra internacional.* – La circunstancia de que la acción sea la de tomar las armas contra la Nación o apoyar los esfuerzos bélicos del enemigo, plantea, como presupuesto del tipo, la *existencia de guerra internacional*, es decir, de guerra entre la Nación y uno o más Estados (el enemigo), aunque esa guerra se haya circunscripto, por voluntad del enemigo, a una determinada provincia argentina, o a una determinada parte del territorio nacional. Pero no constituye guerra internacional el ataque restringido a personas o grupos de nacionales en el país o en el extranjero (que puede ser el motivo de una guerra, pero no lo es todavía, salvo que se realice dentro del marco prospectivo de un conflicto bélico internacional). La guerra internacional existe cuando se la ha declarado formalmente, según las disposiciones constitucionales

y del derecho internacional, o cuando se han producido hostilidades que ya importan la guerra, aunque no se la haya declarado formalmente (el Código de Justicia Militar fija también, como término inicial, el "decreto de movilización para la guerra inminente" –ver art. 882–; pero allí no hay todavía guerra internacional) y termina cuando se ordena el cese de las hostilidades, aunque permanezca vigente el estado de guerra hasta la celebración formal de la paz. El delito sólo se puede dar entre el comienzo y el final de la guerra.

§ 1665. *Acciones típicas.* – La expresión *tomar las armas* contra la Nación significa, en general, adoptar la postura bélica del enemigo, para lo cual se puede proceder de diversas maneras: formar parte de cuerpos combatientes, regulares o irregulares del enemigo, aunque no se haya llegado efectivamente a combatir; tomar parte en acciones ofensivas o defensivas, en el frente o en la retaguardia, contra la Nación, aun sin integrarse a las fuerzas armadas del enemigo. El concepto de *tomar las armas* no expresa, en puridad, la acción material de estar armado (esgrimir armas): también *toma armas*, en el sentido del tipo, el que, sin estar armado, integra las fuerzas enemigas o interviene en acciones con contribuciones bélicas que no exigen el uso personal de armas (p.ej., en funciones de planificación).

La otra acción punible, esto es, la de *unirse al enemigo prestándole ayuda y socorro*, no requiere ni el encuadramiento del agente en las fuerzas enemigas combatientes, ni el despliegue de una actividad propiamente bélica. *Unirse* al enemigo es incorporarse a él, participando intencionalmente de sus objetivos bélicos, sumando a ello los actos materiales de ayuda y socorro, sin que importe el lugar en que esos actos se realicen (pueden serlo el territorio de la Nación, el del Estado enemigo o el de un país neutral). Aquella convergencia intencional sin estos actos materiales no basta para el tipo; así, no caen dentro de él las simples expresiones de adhesión al enemigo. Estos actos, sin aquella convergencia, tampoco bastan; por ejemplo, vender víveres a las fuerzas enemigas para lucrar, sin intención de ayudarlos a conseguir sus objetivos, y sin que esa finalidad esté presente por lo menos con carácter eventual, podrá constituir otro ilícito, pero no el de traición.

Los actos de *ayuda* y *socorro* están constituidos por todas las actividades que favorecen o cooperan al esfuerzo bélico enemigo, y

que pueden ser de la más variada índole: provisión de materiales, servicios de guía, médicos, espirituales o religiosos, etcétera. Una gran parte de la doctrina excluye de la traición los servicios médicos o religiosos prestados al enemigo, incluso los prestados a las fuerzas armadas enemigas; pero es evidente que tales servicios, suministrados con finalidades u objetivos bélicos (p.ej., sanidad militar, apoyo moral a la tropa) constituye un aporte logístico de importancia. Quizá no alcance a ser traición prestar colaboración sanitaria o dar servicios religiosos a la población civil enemiga (y ello hasta será muy relativo en ciertos casos), pero sí lo será –sin duda alguna– prestar esos servicios encuadrándose en sus fuerzas armadas o adjuntándose a ellas (p.ej., en carácter de médicos militares o capellanes castrenses).

Claro está que la adhesión que se manifiesta con la ayuda y socorro tiene que ser espontánea: el cumplimiento de las órdenes de las fuerzas armadas enemigas en los territorios nacionales ocupados por ellas, no constituirá traición, aunque constituya favorecimiento de su esfuerzo bélico, siempre, claro está, que no importe la acción de *tomar las armas*.

§ 1666. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la realización de cualquiera de las acciones previstas, aunque no se obtengan los objetivos perseguidos por ellas (p.ej., que la ayuda y socorro no hayan favorecido el esfuerzo bélico enemigo).

Es perfectamente admisible la tentativa en cualquiera de las formas de traición. Se pueden realizar actos ejecutivos de tomar las armas o de unirse al enemigo prestándole ayuda y socorro sin que se logre hacerlo por causas ajenas a la voluntad del agente.

§ 1667. *Autor.* – Sujeto activo es el *argentino*. Se ha discutido si esa calidad típica la tiene el *ciudadano argentino* o también el argentino que no posea la ciudadanía (por haberla perdido); evidentemente, es la calidad de ciudadano argentino la propia del agente del delito, puesto que la traición es un quebrantamiento de la lealtad que se debe a la Nación y que obliga a *armarse* en su defensa (art. 21, Const. nacional); obligación que no tiene quien ha perdido la ciudadanía. Claro está que sigue siendo ciudadano argentino quien únicamente ha perdido el ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, sin mengua de su carácter de ciudadano (p.ej., el inhabilitado).

No interesa si la nacionalidad se posee por ser nativo o se la ha obtenido por opción o por naturalización; esta última también constituye al ciudadano en posible autor de traición, aunque la haya cometido en beneficio de su país de origen.

El carácter de ciudadano argentino debe poseerlo el autor en el momento de observar la conducta típica. No es indispensable –como algunos piensan– que ya la hubiese poseído antes del inicio de las hostilidades.

Dadas las características del delito, que implica violación de las obligaciones inherentes a la ciudadanía, la calidad de ciudadano argentino deben poseerla también los partícipes (instigadores, cómplices) para ser punibles por aquél.

§ 1668. *Justificación.* – Se insiste en que el estado de necesidad puede concurrir en muchos casos, particularmente en los hechos que se cometen en territorio ocupado por el enemigo. Pero los ejemplos que en tal sentido se han presentado son casos de atipicidad, pues falta en ellos la espontaneidad de la adhesión (cumplimiento de órdenes), y, en otros, son supuestos de inculpabilidad.

§ 1669. *Culpabilidad.* – Es delito doloso cuya culpabilidad está constituida por el conocimiento de la existencia de guerra exterior (declarada o de hecho), de la naturaleza del acto y del favorecimiento que puede él importar para el enemigo. Volitivamente es suficiente el dolo eventual. Esto último indica que no es necesario un ánimo especial, ni siquiera el llamado *animus hostilis*; la traición es compatible con otros ánimos del agente (p.ej., con el de lucro, al integrar como mercenario las fuerzas armadas enemigas).

Tanto el error sobre las circunstancias típicas, como la coacción que menoscaba la libertad en la adhesión al enemigo, pueden eliminar la culpabilidad.

B) Figuras agravadas

§ 1670. *Los textos legales. Variaciones.* – El texto original nuevamente vigente del art. 215 es el siguiente: "Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1) Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad.

2) Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República".

El texto según la ley 21.338 sólo traía ajustes gramaticales sin incidencia reformadora de los tipos que, a diferencia de lo que había hecho el decr. ley 788/63, los consideró delitos independientes, lo cual es correcto, pues si la del inc. 1° se constituye en una particular finalidad de la acción, la del inc. 2° suma otra actividad a la de figura básica.

§ 1671. *Presupuesto de las agravantes.* – No cabe duda de que, consideradas estas figuras como agravantes de la anterior, para que el autor se haga acreedor a la punibilidad prevista por el art. 215 debe haber realizado alguna de las conductas previstas por el art. 214: haber tomado las armas contra la Nación o haberse unido a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro, en cuyas actividades debió estar inspirado por el propósito previsto en el inc. 1°, o sumar a ellas una participación determinada en el proceso que ha llevado a la guerra exterior, según el inc. 2°.

§ 1672. *Sometimiento de la Nación.* – Según el art. 215, inc. 1°, los actos de traición previstos por el art. 214 deben haber tenido como finalidad someter a la Nación, total o parcialmente, al dominio extranjero o a menoscabar su independencia e integridad. Trata de *someter*, según la expresión típica, el que intenta que la Nación desaparezca como ente autónomo y soberano de la comunidad internacional, anexionando la totalidad de su territorio y población a otros Estados o, por lo menos, que parte del territorio y población se desprenda de la Nación para integrarse a otro u otros Estados.

§ 1673. *Menoscabo de la integridad e independencia.* – Trata de menoscabar la independencia e integridad de la Nación el que pretende que se concedan a otros Estados atribuciones sobre la dirección política de ella (p.ej., dirección de la política exterior, injerencia del Estado extranjero en el gobierno de sectores de población, etc.), o que se desmembre de la Nación parte de su territorio

o población (p.ej., independencia de una provincia, autonomía política de sectores de población), o que se disminuyan las posibilidades de uso y goce de parte de su territorio o riquezas (p.ej., concesión de arrendamientos de parte del territorio a Estados extranjeros, de derechos de servidumbre, etcétera).

§ 1674. *Consumación.* – Trátase de direcciones subjetivas del autor, por lo cual el delito agravado se consuma con la realización de los actos de traición guiados por los propósitos mencionados, aunque éstos no puedan realizarse.

§ 1675. *Promoción de guerra contra la Nación.* – No pocas dudas planteó a la doctrina el art. 215, inc. 2°. Se llegó a considerar la agravante como un delito imposible de ser concebido conceptualmente (Gómez), puesto que si el país tiene que estar en guerra para *que el autor sea traidor, "no tiene sentido que se induzca o decida* a hacer algo que ya está hecho" (Fontán Balestra). Pero la censura no tiene razón de ser, pues se trata de una circunstancia agravante que de hecho preexiste a la asunción del carácter de traidor por parte del autor; éste interviene, en primer lugar, en el desencadenamiento de la guerra contra la Nación, en cuyo transcurso toma las armas contra aquélla o se une al enemigo prestándole ayuda y socorro. La agravante presupone, pues, la suma de ambas acciones.

Induce el que ha llevado al Estado extranjero a hacer la guerra contra la Nación; *decide* el que, en la duda, ha provocado que aquel Estado se pronunciara por la guerra. Ambas son formas de instigación, pero importan, de alguna manera, haber logrado la conformidad o el acuerdo para hacer la guerra a la Nación por parte del Estado extranjero. No se pune la instigación por sí y con sentido puramente objetivo y autónomo, sino la efectiva intervención del autor en la preparación o suscitamiento del conflicto: si la guerra se ha decidido al margen de esa intervención, por causas totalmente ajenas a la actividad del autor, no se da la agravante, y quedaría la figura básica si posteriormente se produce traición. Aunque algunos parecen opinar lo contrario, la agravante no pune también la *inducción sin éxito*; esta tesis cae por sí, tan pronto como se considera que la preexistente inducción o intervención en la decisión debe haber provocado la guerra para que se posibilite la autoría de la traición que se agrava.

§ 1676. *Punibilidad.* – Aunque el art. 215 sólo menciona la pena de *reclusión o prisión perpetua*, también se aplica la inhabilitación absoluta perpetua prevista por el art. 214, ya que, tratándose de una agravante, la pena de ella no puede ser menor que la de la figura básica. Lo que el art. 215 pretende con aquella enunciación es eliminar la posibilidad de que se aplique la pena divisible (de diez a veinticinco años de reclusión o prisión), por la que puede optar el juez en el caso del art. 214; ahí estriba precisamente el agravamiento del art. 215.

II. Conspiración para la traición. Excusa absolutoria

§ 1677. *El texto legal y sus modificaciones.* – El texto vigente del art. 216 reprime con reclusión o prisión de uno a ocho años, al "que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución".

La ley 21.338 preveía este delito en el art. 218, párr. 1º (el último del capítulo), reprimiendo con aquella pena al "que tomare parte en una conspiración de tres o más personas, para cometer el delito de traición".

Las diferencias, pues, pueden fincar: *a*) en la amplitud del tipo; *b*) en el número necesario de sujetos activos, y *c*) en el elemento circunstancial del momento en que la conspiración fue descubierta.

a) Aunque la ubicación del tipo ha cambiado, la extensión de la actividad de conspiración como conducta prohibida, con respecto a todos y a cada uno de los otros tipos del capítulo, también se da con el sistema vigente por imperio del nuevo art. 218, que contempla la traición contra potencia aliada y la punibilidad de los extranjeros residentes, haciendo aplicables en esos casos "las penas establecidas en los artículos anteriores", con lo que la conspiración para cometer tales delitos también resulta punible por la norma que estamos comentando; el cambio del orden de los tipos no ha redun-

dado, pues, en la modificación de las finalidades de las conductas conspirativas.

b) Para el texto vigente es suficiente el acuerdo de dos personas, tendiente a cometer alguno de los delitos del capítulo; la ley 21.338 requería el acuerdo de tres, cuando menos.

c) También requiere el texto vigente que la conspiración *haya sido descubierta antes de empezar la ejecución* de los distintos delitos de traición. Trátase de una exigencia dogmáticamente lógica, ya que cuando el acto preparatorio significado por la conspiración ha pasado de esa fase para penetrar en una ejecutiva, la punibilidad tendrá que adquirir la dimensión de otros tipos del capítulo (Núñez); en este aspecto no parece distinta la conclusión a la que podía llegarse con la fórmula de la ley 21.338, aunque ella no mencionara expresamente tal elemento circunstancial. Sin embargo, el vocablo *descubierta puede acarrear algunas confusiones; en realidad* lo que la ley ha querido decir es que la actividad conspirativa se haya detenido en la conspiración, *sin que ella haya pasado a la faz ejecutiva*, como se puntualizó.

§ 1678. *Carácter del delito.* – De acuerdo con lo dicho, la ley extiende la punibilidad a un acto preparatorio del delito de traición. Cuando de la simple actividad preparatoria de la traición se ha pasado a realizar actos ejecutorios de aquel delito, la conspiración queda consumida por la tentativa de él, y, con más razón, por el delito consumado.

§ 1679. *Acción típica.* – La acción es la de *tomar parte en una conspiración.* La conspiración comienza a partir del acuerdo del número mínimo enunciado por la ley para cometer el delito de traición; antes de que se llegue a ese acuerdo, o sea la mera resolución manifestada o proposición de uno o dos agentes a uno o más terceros, para tratar de acordar la comisión del delito de traición, no llena todavía el tipo.

§ 1680. *Aspecto subjetivo.* – El acuerdo debe lograrse en torno al objetivo de cometer *el delito de traición.* A diferencia de lo que ocurre en la asociación ilícita, debe tratarse de un delito de traición *determinado*, o sea especificado en el modo y en el tiempo, aunque no se hayan delimitado sus pormenores: el acuerdo para *co-*

meter traición, sin determinación alguna (*esta traición*), no es suficiente. Aunque, por supuesto, la determinación no tiene por qué ser necesariamente explícita; puede estar implícita en el acuerdo por las circunstancias en que se realiza la conspiración (p.ej., dada una específica situación de guerra, conspirar para tomar inmediatamente las armas contra la Nación).

§ 1681. *Consumación.* – El delito se consuma con el hecho de tomar parte en la conspiración, es decir, de integrar el acuerdo para cometer el delito de traición. No es necesario que aquél trascienda a una etapa organizativa del acto de traición. Puesto que lo que se pune es un acto preparatorio del delito que exige una mera actividad, no es admisible la tentativa.

§ 1682. *Autores.* – Como el acuerdo debe versar sobre el *delito de traición*, al menos uno de los intervinientes en la conspiración debe ser sujeto activo posible de los arts. 214 y 215; o sea, debe tratarse de un ciudadano argentino o de un extranjero residente en el país. Pero dándose esa posibilidad (es decir, que uno de los conspiradores pueda cometer el delito de traición, siendo la conspiración un delito autónomo del de traición), parece correcto que la punibilidad se extienda a los extranjeros no residentes que intervienen en los actos preparatorios que la constituyen, ya que la norma no restringe la autoría, aunque la conspiración se lleve a cabo fuera del territorio del país o de los lugares sometidos a su jurisdicción, por aplicación del principio real o de la defensa.

§ 1683. *Culpabilidad.* – Se trata de un delito fundamentalmente configurado por el aspecto subjetivo, puesto que como elemento del tipo se exige que el concierto se realice *para cometer el delito de traición*. La conspiración que no tenga esa finalidad (p.ej., la que se realice para menoscabar el esfuerzo bélico del país de un modo distinto de los previstos por el art. 214) quedará cubierta por otros tipos, pero no por el que ahora estudiamos.

En el aspecto cognoscitivo, en cada uno de los agentes tiene que darse el conocimiento de la finalidad que persigue la conspiración, pero si alguno carece de ese conocimiento, su ignorancia sólo a él lo beneficiará, pero no a quienes intervinieron en el acuerdo conociendo aquella finalidad.

En el aspecto volitivo, dicho elemento subjetivo elude la admisión de cualquier dolo que no sea el directo.

§ 1684. *Excusa absolutoria.* – El texto vigente del art. 217 declara "eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento". En la ley 21.338 la materia era contemplada en el párr. 2° del art. 218 que declaraba "exentos de pena los que desistieren voluntariamente antes del comienzo de la ejecución del hecho propuesto y antes de iniciarse el proceso por conspiración, y los que espontáneamente impidieran la realización del plan".

En esta última norma se consideraban, pues, dos situaciones distintas: la de un desistimiento propiamente dicho producido antes del comienzo de los actos ejecutivos del delito propuesto por los conspiradores y, también antes de que se hubiese iniciado el proceso por conspiración que se planteaba como acto estrictamente objetivo, la de un arrepentimiento eficaz mediante el impedimento (exitoso) del plan de traición. Contrariamente, el texto actual determina la excusa en una actividad limitadamente específica: la de revelar la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento; o sea, el agente tiene que comunicar el hecho conspirativo a la autoridad antes de que ésta haya iniciado el procedimiento (desplegando, por lo menos, una actividad investigativa) para determinar la existencia de la conspiración y la responsabilidad de los conspiradores (Núñez).

Las cuestiones que se nos replantean, al estar limitada la excusa del modo que hemos visto, es saber qué ocurre con quien ha desistido voluntariamente a seguir en la actividad conspirativa y con quien, mediante su intervención, aborta el plan de la traición, pero sin revelarlo a la autoridad antes de que ella comience a actuar. Alguna doctrina es terminante en el sentido de rechazar la exención en tales casos: "el art. 217 no admite, respecto de la conspiración, como causa de liberación de pena, el desistimiento voluntario de los conspiradores, sino que exige la delación individual" (Núñez); la disposición tendría, pues, el efecto de borrar para la conspiración la disposición de la parte general relativa al desistimiento (art. 43). Sin embargo, Soler opina que tienen que distinguirse dos situaciones: la conspiración en curso actual, en los términos del art. 216; y la conspiración ya extinguida, que no ha pasado de ser acto prepa-

ratorio y que ha cesado de estar en curso; en este caso, teniendo en cuenta que el art. 216 declara punible como conspiración la descubierta *antes de empezar la ejecución* de la traición, para él la única interpretación posible de esta norma es que los conspiradores sean descubiertos *conspirando*, ya que, de lo contrario, tendría un "absurdo sentido probatorio". Como se ve, al fin Soler no hace tampoco en este caso una aplicación del art. 43, sino que trae un problema de tipicidad.

Pero hay razones que hacen dudar seriamente sobre la exactitud de esta última solución. La expresión del art. 216: "si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución", no sólo puede ser interpretada como él dice (para no tomarla como "absurda exigencia probatoria"), sino que implica una limitación de la tipicidad de la conspiración y resuelve el problema de los partícipes en ella que no intervienen personalmente en la ejecución de los actos de traición (que igualmente serán punidos como traidores y no como conspiradores en virtud de dicha norma). Por supuesto que aquí es inaplicable el art. 43, puesto que la conspiración es un delito que se consuma por el acuerdo, más allá del cual no se puede *desistir* de conformidad con los límites de dicho artículo; pero es precisamente por eso que la revelación es lo que aquí la ley presenta como excusa absolutoria autónoma, sin relación alguna con el desistimiento de la tentativa. En resumen, en la conspiración para la traición no funciona el desistimiento según las pautas del art. 43, ni en su forma de abandono voluntario de la acción de la tentativa inacabada, ni en la forma de frustración de los efectos del delito por medio del arrepentimiento eficaz; estas formas podrán eximir de pena al agente con referencia a la tentativa de traición, pero no por la conspiración que antes haya consumado si es que no la reveló a la autoridad conforme lo establecido por el art. 217.

III. TRAICIÓN CONTRA POTENCIA ALIADA

§ 1685. *REUBICACIÓN.* – El art. 218 vigente dispone que "las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo co-

mún". La ley 21.338 regulaba la materia en el art. 216. Como el contenido es, prácticamente, el mismo, la doctrina redactada respecto de este último es totalmente aplicable.

§ 1686. *PRESUPUESTO DEL DELITO.* – El tipo requiere, como presupuesto, que la Nación actúe como aliada del Estado agraviado por el delito, en un conflicto bélico contra un enemigo común y que, dentro de ese conflicto, se produzcan los actos previstos por el art. 214, o que, eventualmente, tales actos se den con las circunstancias agravantes del art. 215. El autor, pues, debe tomar las armas contra la potencia aliada o unirse al enemigo prestándole ayuda y socorro. Se entiende que cualquiera de esas acciones debe tener lugar o influir en el teatro bélico donde actúa la potencia aliada, pero no donde lo hace la Nación, pues si esto último ocurre se estaría, sin más, bajo el tipo del art. 214 del Cód. Penal.

§ 1687. *APLICACIÓN DE AGRAVANTES.* – Lo mismo ocurre con las agravantes del art. 215, en el funcionamiento del art. 218. Las acciones de tomar las armas o unirse al enemigo prestándole ayuda y socorro deben estar guiadas por el propósito de someter total o parcialmente a la *potencia aliada* al dominio extranjero, o a menoscabar la independencia o integridad de *dicha potencia*, o el autor debe haber inducido o decidido al enemigo común a hacer la guerra *contra la potencia aliada*. En este último caso, si tenemos presente que la circunstancia agravante es previa a la guerra, tal circunstancia puede darse aun antes que la alianza se concrete: por ejemplo, que estando la Nación en guerra, el autor induzca o decida a la potencia enemiga a hacer la guerra contra un tercer Estado que después se alía con la Nación para luchar contra aquélla; siendo entonces que el autor realiza los actos previstos por el art. 214 contra ese tercer Estado.

IV. TRAICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

§ 1688. *REACTUALIZACIÓN DE LA LEY 16.648.* – El texto que la ley 16.648 había insertado como párrs. 2° y 3° del art. 218 ("se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino,

salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el art. 44") es de contenido similar al que traía la ley 21.338 en su art. 217.

§ 1689. *Sujetos comprendidos.* – Si para cometer el delito de traición el autor debe ser ciudadano argentino, el art. 218, párr. 2°, extiende la punibilidad de los arts. 214, 215 y 218, párr. 1° –aunque reduciendo la intensidad de la pena– a los *extranjeros residentes en territorio argentino*; en otras palabras, a las personas que residiendo en el territorio de la Nación no tengan la calidad de ciudadanos.

§ 1690. *La residencia.* – La residencia puede obedecer a una radicación permanente o temporal, siempre que esta segunda implique verdaderamente residencia: no tiene ese carácter quien está de tránsito o como simple visitante; sí lo tiene quien realiza un trabajo, aunque sea de temporada (p.ej., cosecheros). Cuando se trata de una radicación permanente, el simple hecho del alejamiento temporal no quita al extranjero la calidad de residente. Por ello existe la posibilidad de que el extranjero cometa los actos de traición en el extranjero y caiga, igualmente, dentro de la tipicidad de los arts. 214 y 218, y bajo la jurisdicción de los tribunales argentinos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1°, inc. 1°, del Cód. Penal.

La residencia pudo haberse obtenido de derecho o de hecho. Quien reside en el territorio del país sin haber observado las formalidades de entrada y permanencia dispuestas por las leyes y reglamentos, no por eso deja de ser residente: la irregularidad de la residencia no elimina el carácter a los efectos típicos.

§ 1691. *Exclusiones.* – La ley deja fuera de la punibilidad a los funcionarios diplomáticos y a los nacionales de los países en conflicto, respetando las garantías que les haya otorgado el derecho internacional por medio de los tratados o las reglas de las costumbres internacionales (el *derecho de gentes* dice el artículo). Depende, pues, de las cláusulas convencionales internacionales o de los principios que rigen las relaciones internacionales, que tales personas queden marginadas o no de la punibilidad a que se refiere el art. 218.

CAPÍTULO II

DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Y LA DIGNIDAD DE LA NACIÓN

§ 1692. *LA PROTECCIÓN LEGAL.* – La mayoría de los hechos previstos en el capítulo ponen en peligro la paz exterior de la Nación o atacan el decoro de las relaciones internacionales que ella mantiene con otros Estados soberanos. Pero se han introducido en él delitos que hubiesen merecido tratamiento en un capítulo autónomo, pues si bien atentan contra la seguridad exterior de la Nación menoscabando su potencial bélico (incitación al incumplimiento de obligaciones militares, revelación de secretos, espionaje, etc.), muy remotamente puede columbrarse en ellos un ataque a la paz y dignidad.

I. ACTOS HOSTILES

A) FIGURA BÁSICA

§ 1693. *EL ACTUAL ARTÍCULO 219.* – La ley de reforma ha introducido un nuevo texto: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el Gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero.

Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión".

Como se ve, en lo que se refiere a la figura básica, el texto vigente (ley 23.077) se aparta del de la ley 21.338 con respecto a la penalidad que, siguiendo al texto original, limita a la de uno a seis años de prisión (en aquélla era de dos a ocho años), pero en lo que refiere a la figura agravada toma el texto de la ley 21.338, ya que el original del Código decía: "Si de dichas hostilidades resultare la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión".

La confección de un nuevo artículo impidió la restauración del art. 3° de la ley 13.569 que había insertado en el art. 219: "Comete también delito y será castigado con prisión de seis meses a un año: *a*) el que publique o difunda por cualquier medio manifestaciones que pongan en peligro la neutralidad de la Nación frente a otras potencias en conflicto bélico o las relaciones amistosas con países extranjeros; *b*) el que publique o difunda por cualquier medio doctrinas o manifestaciones encaminadas a sustituir la soberanía nacional por otra extranjera, a derrocar el gobierno o a destruir o reemplazar la libertad establecida en la Constitución por un régimen de fuerza". La idea de negar dicha restauración se originó en el Senado y así lo explicó el miembro informante (senador De la Rúa): "La redacción que se da al art. 219... tiende a evitar que recupere su vigencia –lo que ocurría con la sanción que vino en revisión de la Cámara de Diputados– un agregado al texto original del Código Penal que disponía... el art. 3° de la ley 13.569, que podría interpretarse como el restablecimiento de lo que alguna vez se calificó como *delito de opinión*", temperamento que fue aceptado por la Comisión en la Cámara de Diputados.

§ 1694. *Acción típica.* – La acción, pues, es la de *dar motivos* –o sea, crear– a los peligros enunciados por la disposición, mediante la realización de actos hostiles.

Según su acepción etimológica, acto hostil es el acto de la *hueste*, es decir, un acto de guerra. Sin embargo, no parece que el concepto de la ley se detenga ahí; acto hostil, para la norma, será todo acto propio de enemigo, aunque no llegue a poseer los caracteres de una acción bélica: lo será atacar un sector del territorio de un Estado extranjero, o apoderarse de un buque de su bandera, así como impedir el paso de alimentos destinados a él al margen de las reglamentaciones legales, etcétera. Se ha dicho que el carácter hostil de un acto responde a un "sentido objetivo de hostilidad", con lo cual se quiere significar que debe tener la entidad necesaria para hostilizar, y para ello no es suficiente con que el Estado extranjero "se dé por ofendido" (Soler).

El tipo recaba que se trate de *actos materiales*, que se manifiesten por vías de hecho. No son típicas las expresiones verbales o escritas, por más ofensivas que sean para el Estado extranjero. No cabe duda de que la *ofensividad* de ellas puede, muchas veces,

dar lugar, con tanta o más idoneidad, a los peligros que la ley procura evitar, pero actualmente son impunes (la ley 16.648 ha derogado el párr. 3° del art. 219 como delito autónomo, consistente en publicar o difundir por cualquier medio manifestaciones que pusieren en peligro la neutralidad de la Nación frente a potencias en conflicto bélico o sus relaciones amistosas con países extranjeros, pero no volvió a ser incorporado por la posterior legislación).

§ 1695. *Elemento normativo.* – Los actos materiales hostiles *no deben haber sido aprobados por el Gobierno nacional*. Trátase de un verdadero elemento normativo del tipo, puesto que se refiere a la aprobación que legítimamente puede conceder el gobierno nacional, lo cual está taxativamente enunciado en la Constitución nacional: actos de guerra y represalias, que se autorizan al presidente de la Nación (art. 99, inc. 15), con la aprobación del Congreso mediante la ley respectiva (art. 75, inc. 26). No parece posible otro tipo de *aprobación*, aunque alguna doctrina (Núñez) ha extendido la posibilidad a casos de *aprobación implícita*, pero ello no se infiere de la imprescindible interpretación sistemática. Por tanto, lo que puede considerarse aprobación por medio del silencio o la inactividad del Gobierno, aun a raíz de que éste facilite ciertos procedimientos con su pasividad, no llenaría la referencia típica, y el hecho cometido con esa *aprobación tácita* seguirá siendo delito. Es más, el funcionario responsable de la inactividad podría quedar comprendido en una participación o en otro delito (relativo al incumplimiento de sus deberes). La autorización, para excluir la tipicidad, debe preexistir al acto hostil y mantenerse cuando él se realiza. La autorización posterior al acto hostil no elude la tipicidad; ni siquiera tiene ese efecto la ratificación expresa del acto por parte del Gobierno nacional, asumiendo la responsabilidad por él mismo. Además, para no ser típico, el acto material hostil debe realizarse dentro de los límites de la autorización; si la excede, desaparece la razón de la atipicidad. Ya hemos indicado, sin embargo, que compromisos internacionales asumidos por la Nación han limitado aquella potestad.

§ 1696. *Resultados.* – Hacíamos notar que la acción típica no se agota en la realización de los actos materiales hostiles, sino en *haber dado motivos*, realizándolos, al *peligro de una declaración*

de guerra, o que los *habitantes de la Nación experimentasen vejaciones o represalias*, o haber producido la *alteración de las relaciones amistosas del Gobierno argentino con uno extranjero.* Estamos, pues, ante un delito de resultado; ese resultado es un peligro concreto en los dos primeros casos y una lesión en el tercero, pues las relaciones amistosas deben haberse visto alteradas efectivamente. El tipo quiere que esos resultados hayan sido causados por el acto hostil; la simple concomitancia entre éste y aquéllos no basta, si no se da la secuencia causal.

El *peligro de una declaración de guerra* hace referencia a la declaración del Estado extranjero contra la Nación, no a la declaración de ésta contra aquél. Si el peligro ha existido efectivamente, no basta para eludir la tipicidad la circunstancia de que se lo haya conjurado por la actitud de la Nación (que da explicaciones o satisfacciones) o por propia decisión del gobierno extranjero. Lo mismo ocurre con las *vejaciones* (molestias, malos tratos con trascendencia de índole moral, etc.) y *represalias* (retribución del daño producido por el acto hostil), respecto de los cuales basta el concreto peligro de ocurrencia, aunque los destinatarios de ellos hayan conseguido evitarlos; tanto las vejaciones como las represalias deben estar dirigidas a los *habitantes de la Nación* (sean argentinos o extranjeros residentes), en cualquier lugar en que se encuentren (aun en el territorio del país contra el cual se llevó a cabo el acto hostil), ya recaigan o se trate de hacer recaer sobre sus personas o sobre sus bienes. Señala la doctrina que las vejaciones y represalias deben tener un sentido de hostilidad contra la Nación, o sea, ser demostrativas de enemistad internacional, no siendo suficientes aquellos que pueden realizar ciudadanos privados del país extranjero, a título personal, sin trascendencia en el orden internacional. De más está aclarar que si el tipo se conforma con el peligro de la ocurrencia de las vejaciones o represalias, su efectiva concreción con mayor razón da pie a la aplicación de la figura. No así la efectivización de la declaración de guerra, que da lugar a la figura agravada.

La *alteración de las relaciones amistosas con el gobierno extranjero* reclama, claro está, la preexistencia de esas relaciones amistosas. Basta con su alteración; no es necesaria la interrupción o suspensión de las relaciones (que *a fortiori* también quedan comprendidas). Es suficiente, pues, la disminución del carácter amistoso que tenían las relaciones, dándole otro distinto, expuesto en actos

materiales o en omisiones o en simples manifestaciones oficiales de los gobiernos que son partes de la relación (la demostración de la alteración puede también residir en actos del gobierno de la Nación).

§ 1697. *Confluencia de figuras.* – El acto material hostil puede constituir, en sí mismo, otro delito, que funcionará en concurso real con el del art. 219, párr. 1º (p.ej., delitos contra las personas, contra la propiedad, contra la seguridad común). Pero hay actos materiales hostiles que están específica y autónomamente considerados como delitos, como la violación de los fueros diplomáticos, figuras que, entonces, desplazan por especialidad a la que venimos considerando.

§ 1698. *Consumación.* – Trátase, como dijimos, de un delito de resultado, de peligro concreto en dos de sus formas, y de lesión en la tercera; es, pues, con la ocurrencia de tales resultados como se lo consuma. Admite tentativa, constituida por la realización del acto hostil sin que dichos resultados se hayan conseguido por causas extrañas a la voluntad del agente.

§ 1699. *Autor.* – Cualquier persona puede ser autor, sin que interese su nacionalidad. Como para algunos no sólo la respuesta al acto hostil debe tener trascendencia internacional, sino que ese mismo acto ha de ser revelador de *enemistad internacional,* les resulta a ellos difícil concebir al simple particular como autor, pensando que únicamente algunos funcionarios podrían serlo; pero aquélla no es una exigencia del tipo (sí debe serlo de la eventual respuesta al acto hostil, insistimos) y, por otra parte, ciertos particulares pueden realizar actos hostiles con singular idoneidad para producir los resultados típicos, aunque hay que reconocer que normalmente serán funcionarios quienes estén en mejores condiciones para ser autores. El delito admite cualquiera de las formas y grados de la participación.

§ 1700. *Culpabilidad.* – Es delito doloso. El contenido cognoscitivo de la culpabilidad se conforma en el conocimiento del carácter del acto que se realiza y de su ilegitimidad, o sea, de la falta de su aprobación por el Gobierno nacional; el error excluye la culpabilidad, pero la duda sobre la legitimidad equivale al conocimiento

de la ilegitimidad. Casi unánimemente la doctrina se conforma, en cuanto al contenido de la voluntariedad, con el dolo eventual; basta querer realizar el acto hostil no autorizado, aunque no se persiga (y sólo se acepte) la concreción de los resultados típicos.

B) Figura agravada

§ 1701. *El texto legal.* – El art. 219, párr. 2º, del Cód. Penal eleva la pena a la de tres a quince años de reclusión o prisión, "si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra".

§ 1702. *Resultados agravatorios.* – El delito se agrava, pues, cuando de los actos hostiles no autorizados resultaren hostilidades o la guerra.

Aquí sí, *hostilidades* está tomado en sentido de acciones propias de beligerantes, aunque no medie situación o estado de guerra.

Tanto la guerra como las hostilidades sin estado de guerra tienen que haber sido producidas por el acto hostil. Si reconocen su origen en una causa distinta, aunque contemporáneamente se hubiese dado el acto hostil, no funciona la agravante. Pero no es indispensable que el acto hostil del agente haya sido la *causa única* de las hostilidades o de la guerra; puede haber integrado un plexo de causas; es decir, también estaremos en la agravante cuando a la conducta del agente se hayan sumado otras causas para provocarlas.

II. Violación de tratados, treguas, armisticios y salvoconductos

§ 1703. *Los textos.* – El texto ahora vigente del art. 220 impone "prisión de seis meses a dos años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes de mar o tierra o los salvoconductos debidamente expedidos", en tanto que la fórmula de la ley 21.338 se remitía "a las mismas penas del artículo anterior" para el "que violare una tregua o armisticio acordados entre la Nación y una potencia enemiga o

entre sus fuerzas beligerantes, o los salvoconductos debidamente expedidos".

§ 1704. *Las diferencias de penalidad y sus consecuencias.* – La remisión del texto derogado a las penas del artículo anterior suscitaba el complejo problema de la aplicación de las agravantes previstas en el art. 219 sobre las figuras básicas del art. 220, cuestión que al independizarse su penalidad ha desaparecido: la ley no reconoce figuras agravadas de las básicas.

Pero si se ha descartado este problema se ha presentado otro, *ya debatido durante la vigencia anterior del texto original, puesto* que las violaciones previstas en este art. 220 pueden constituirse en acto hostil que, eventualmente, podría caber en el art. 219. Se ha creído distinguirlos diciendo que aquí se trataría del simple incumplimiento de obligaciones pactadas, "no efectuadas expresamente como acto de hostilidad", por lo que en el tipo del art. 220 quedarían comprendidas las "acciones imprudentes" (Soler), lo que no es exacto ya que se trata de un delito doloso (Núñez). En realidad, el *acto hostil* asume un concepto material y una significación subjetiva que van más allá de las simples violaciones previstas por la ley en el art. 220, una cosa es desconocer un tratado, los términos de una tregua, dejar de observar un armisticio, negar la facultad que confiere un salvoconducto, y otra *realizar hostilidades* en el sentido del art. 219; en ocasiones la cuestión no será sencilla de solucionar prácticamente, y tendrá que resolverse por los principios del concurso de leyes, pero la diferencia típica no es imposible de discernir.

§ 1705. *Referencias a las fuerzas beligerantes de "mar o tierra".* – En tanto que el texto de la ley 21.338 se refería sólo a *las fuerzas beligerantes*, el texto vigente (que data de la época en que la Fuerza Aérea no estaba constituida como tal, sino que formaba parte del Ejército), menciona expresamente las fuerzas beligerantes de *mar o tierra*, lo cual no significa una exclusión de los acuerdos alcanzados con intervención de las fuerzas del aire en operaciones bélicas; a su inclusión se llega sin agobios por medio de la interpretación progresiva sistemática de la ley.

§ 1706. *Objetos de la violación.* – Los objetos de la violación son los tratados, la tregua, el armisticio y los salvoconductos.

Tregua es el acuerdo de suspensión de hostilidades por un tiempo determinado, realizado entre las fuerzas beligerantes, generalmente atendiendo a circunstancias especiales (cuidado de heridos, festividades, etcétera). El *armisticio* es el acuerdo de suspensión de toda actividad bélica, por tiempo indeterminado, con la finalidad de realizar negociaciones de paz, y normalmente se firma entre los representantes de los gobiernos de los Estados en conflicto. El *salvoconducto* es la autorización concedida a integrantes de las fuerzas beligerantes o a terceros para transitar por la zona de guerra o realizar en ella determinados actos; no requiere, necesariamente, acuerdo entre los beligerantes, ya que puede concederlo unilateralmente uno de ellos. Como se ve, en todos los casos se presupone la existencia de un estado de guerra internacional.

§ 1707. *La violación de tratados.* – Ni el proyecto de 1960 (art. 268), ni la ley 17.567 que lo siguió, explicaron en las respectivas exposiciones de motivos la exclusión del tipo de violación de tratados, que ahora reaparece. Quizá la exclusión se haya debido al deseo de evitar superposiciones con el artículo anterior, haciendo mérito de los esfuerzos de la doctrina que sostuvo que en el tipo del art. 220 quedaban incluidas las violaciones de tratados "que en modo alguno puedan representar ni un acto hostil ni un peligro para las relaciones pacíficas... debe tratarse de la violación de algún tratado de paz y amistad que no constituya propiamente un acto hostil" (Soler).

§ 1708. *Acción típica.* – La acción punible es la de *violar* los tratados, la tregua, el armisticio o el salvoconducto; o sea, no cumplir con todas o algunas de las cláusulas del acuerdo o de la autorización, aunque ese incumplimiento no asuma las características de acto hostil. Tanto puede consistir en reanudar las hostilidades antes de la expiración del término de la tregua, como en no retirar las tropas a las líneas establecidas por el armisticio, como en desconocer la vigencia del salvoconducto o impedir la realización del acto para el que fuera concedido.

§ 1709. *Consumación.* – El delito queda consumado, por consiguiente, con el hecho de la violación de lo pactado o lo concedido, aunque la violación no produzca otras consecuencias. La violación

puede estar constituida tanto por una acción como por una omisión. Aunque algunos admiten la tentativa (Núñez), no es fácil concebirla.

§ 1710. *Autor.* – Cualquier persona puede ser autor del delito, aunque como delito propio de situaciones de guerra y, en cuanto se cometa en el escenario bélico, la esfera autoral no dejará de estar restringida, ya que los componentes militares de las fuerzas beligerantes de la Nación quedarán cubiertos por las disposiciones específicas del Código de Justicia Militar (p.ej., art. 741).

§ 1711. *Culpabilidad.* – Aunque alguna vez se pensó que quedaban comprendidas las acciones imprudentes (Soler), no es eso exacto. Es un delito doloso que exige el conocimiento de la existencia de un tratado de la tregua, armisticio o salvoconducto, y que los actos realizados impliquen violarlos, junto con la voluntad de quebrantar aquéllos y desconocer a éste. Es suficiente, eso sí, el dolo eventual.

III. Violación de inmunidades

§ 1712. *El texto legal.* – El art. 221 del Cód. Penal determina pena de seis meses a dos años de prisión para el que "violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera".

§ 1713. *Acción típica.* – El art. 221, pune, pues, al que "violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera".

Inmunidades son aquellos privilegios o exenciones de jurisdicción reconocidos por los tratados o por el derecho internacional a los jefes de Estado o representantes diplomáticos de otras naciones, que se encuentran en la República.

Las *viola* el que las desconoce. O sea que el ataque al sujeto pasivo debe revestir las características de un ataque a la función. No es típico, por tanto, el menoscabo de bienes jurídicos de aquél a quienes no se les pueda otorgar el significado de constituirse en desconocimiento de aquellas exenciones o privilegios (p.ej., una es-

tafa o un hurto en su contra). No es necesario que el acto violatorio tenga la forma de una figura penal; un acto lícito respecto de otros sujetos puede convertirse en violatorio respecto de aquéllos (p.ej., un interrogatorio policial).

La violación debe ocurrir en el territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción, pues es en ellos donde los sujetos gozan de las inmunidades. Pero no es imprescindible la presencia física del sujeto pasivo en el territorio cuando la violación ocurre, como parece inferirse de alguna opinión: el juez que impone una prisión preventiva contra el jefe del Estado extranjero cuando él no se encuentra ya en el territorio de la Nación, también comete el delito.

§ 1714. *Consumación.* – Éste se consuma con la realización del acto que importa el desconocimiento de la inmunidad o privilegio, sin que sea necesario que llegue a incidir efectivamente sobre la persona del sujeto pasivo; por ejemplo, igualmente se da el tipo cuando se imparte una orden de detención, aunque no llegue ella a hacerse efectiva. Tampoco es necesaria para la consumación la producción de cualquier otro resultado en el orden internacional (p.ej., perturbación de las relaciones de la Nación con el Estado extranjero).

Puede asumir la forma de la comisión por omisión (p.ej., la omisión del superior que no detiene la realización del acto violatorio de inmunidades cuando puede hacerlo).

Trátase de un delito de actividad, pero no obstante ese carácter, en algunos casos podría darse tentativa (p.ej., el agente policial que, sin orden judicial o del superior trata de detener al jefe del Estado extranjero sin conseguirlo, por la intervención de terceros).

§ 1715. *Autor.* – No cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, sino aquel que puede desconocer las inmunidades y privilegios jurisdiccionales del sujeto pasivo. Por tanto, será muy difícil concebir la autoría del particular, puesto que sólo quien ejerce plena o parcialmente una facultad con implicancias jurisdiccionales puede verdaderamente atacar las inmunidades en su trascendencia funcional. Admite todas las formas de la participación.

§ 1716. *Sujetos pasivos.* – Sujetos pasivos son los *jefes de Estado extranjero* o *los representantes de potencias extranjeras en la*

República. En cuanto a los primeros, atendiendo al bien jurídico protegido, son los jefes de aquellos Estados con representación internacional, aunque no sean plenamente soberanos (en la actualidad la pauta de aquel carácter puede ser dada por el reconocimiento del Estado en los organismos internacionales); no están cubiertos por la protección del tipo los jefes de los Estados que forman una federación, sino sólo el jefe de la federación; cualquiera que sea la naturaleza del poder que ejerce, su nominación oficial (rey, presidente, primer ministro, etc.) o la forma por la cual haya accedido a la jefatura (*de iure* o *de facto*), siempre que esté a la cabeza del Estado y, como tal, actúe en el orden internacional. Tampoco interesa la extensión de sus poderes políticos dentro de su propio Estado, siempre que actúe con aquella representación (p.ej., el rey de ciertas monarquías constitucionales cuyos poderes políticos son muy restringidos). Por lo común, el jefe de Estado extranjero conserva sus inmunidades y privilegios, aunque no transite o permanezca con carácter oficial dentro del territorio del país o lugares sujetos a su jurisdicción.

Por lo contrario, los representantes de potencias extranjeras a que el tipo se refiere, son exclusivamene los que están acreditados como tales en el país; o sea, quienes tienen carácter diplomático, cualquiera que sea el grado de la representación que ejerzan (jefes de misión, secretarios, etcétera). No quedan comprendidos los funcionarios del país extranjero, aunque realicen misiones relacionadas con sus intereses, si carecen de aquel carácter (p.ej., cónsules no diplomáticos). En cuanto a los familiares de los diplomáticos, que en virtud de tratados o de la costumbre internacional, pueden quedar abarcados por las inmunidades, no son sujetos pasivos posibles (ya que no son *representantes*); pero en ciertos casos, el desconocimiento de sus inmunidades puede quedar comprendido en el delito, si importa un ataque a las inmunidades del representante.

§ 1717. *Culpabilidad*. – Es delito doloso, que requiere en el agente el conocimiento del carácter de la persona respecto de la cual se realiza el acto y el efecto de éste en cuanto desconocimiento de inmunidades; pero en este último aspecto la duda equivale al conocimiento. Exige, conjuntamente, la voluntad de realizar el acto desconocedor, aunque las finalidades perseguidas por el autor no fueren, específicamente, las de desconocer las inmunidades; admite, por consiguiente, el dolo eventual.

§ 1718. *Desincriminación de las ofensas a jefes de Estado o representantes de potencias extranjeras.* – La ley vigente ya no contiene el inc. 2° que traía el texto de la ley 21.338, que provenía de los proyectos de 1941 y 1960 (similar al art. 297 del Código italiano) y que había sido consagrado legislativamente primero por el decr. ley 788/63 –aunque con distinta fórmula– y más tarde por la ley 17.567 en los mismos términos que el proyecto de 1960.

Ante la falta de una norma semejante, en parte bajo el influjo de doctrina vertida sobre otros sistemas que contemplan expresamente este particular atentado, se había llegado a sostener durante la anterior vigencia del texto ahora revivido que, dentro de la violación de inmunidades, quedaban abarcados todos aquellos actos "que importen un allanamiento de fueros, o una *agresión u ofensa a la persona*" (Soler), y que los particulares –aun careciendo de posibilidades jurídicas de desconocer las inmunidades– cometen el delito en cuanto "atenten contra la preservación material o funcional de la inmunidad" (Núñez), lo que parece una extensión indebida del tipo tal como ahora quedó.

El verdadero *desacato por extensión* que significaba el art. 221, inc. 2°, de la ley 21.338 (similar al del art. 297 del Código italiano), y que colocaba en situación de igualdad al funcionario extranjero con el del país, ya no existe; por tanto, las ofensas contra la persona de aquél que no constituyan una violación de inmunidades, en el sentido técnico-jurídico de ellas, irán a parar a las injurias, a las calumnias o a constituir la materialidad de otros delitos; por ejemplo, lesiones, si se dan los requisitos subjetivos de aquellos tipos; pero no se puede forzar el art. 221 para introducirlas en él.

IV. Atentados contra la seguridad de la Nación

§ 1719. *Vigencia de la ley 13.985.* – Se sostiene que la ley 13.985, del 11 de octubre de 1950, sin derogar expresamente los artículos que regulaban la materia en el Código Penal, asignando distintas penalidades a figuras de espionaje y sabotaje, luego de las derogaciones que sobre ella practicó la ley 16.648, ha sustituido y modificado implícitamente las regulaciones de aquellos artículos (arts. 222 a 224), por tratar de la misma materia que ellos y ser

posterior (Núñez). Sería, pues, la ley 13.985, reformada por la ley 16.648, la que está vigente, por lo que es conveniente establecer el cotejo con las normas del Código Penal, para determinar la extensión de su derogación implícita.

§ 1720. *ESPIONAJE.* – Bajo tal epígrafe la ley 13.985 trata los siguientes delitos: *a*) violación de secretos; *b*) intrusión; *c*) reproducciones prohibidas, y *d*) divulgación de secretos.

a) *VIOLACIÓN DE SECRETOS.* Hay que distinguir las figuras básicas de las agravadas.

1) *FIGURAS BÁSICAS.* El art. 2° de la ley 13.985 reprime con prisión de uno a diez años al que "procurare, buscare, revelare, remitiere o aprovechare noticias, documentos, informaciones u objetos de orden político, social, militar o económico que deban permanecer secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación".

Siendo la norma relativamente más amplia, comprende en ella la materia que regulaba el art. 222 en su versión original, que reprimía con reclusión o prisión de uno a seis años al que "revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación" y al "que obtuviere la revelación del secreto". Dicha materia, en cuanto al primer aspecto, estaba reglamentada de la misma manera (salvo en la pena) por el texto del art. 222, párr. 1°, según la ley 21.338, y en su segundo aspecto por el art. 223 según la misma ley, que castigaba al "que procurare u obtuviere indebidamente informaciones secretas políticas o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación".

2) *FIGURAS AGRAVADAS.* El art. 3° de la ley 13.985 reprime con prisión de dos a quince años al que cometiere los delitos anteriores "sirviéndose de su empleo, función, estado o misión", y con pena de ocho a veinticinco años de prisión, o prisión perpetua, al agente que "actuare al servicio o en beneficio de una potencia extranjera", normas que no aparecen ni en los textos originales del Código ni en los de la ley 21.338.

b) *INTRUSIÓN.* El art. 4° de la ley 13.985 reprime con prisión de uno a ocho años al que "con cualquier ardid o engaño o mediante efracción o escalamiento se introdujere en una obra cualquiera de

defensa, puesto, servicio, depósito, almacén, construcción de defensa nacional, o en todo otro establecimiento militar; o en un barco, aeronave, vehículo, servicio o establecimiento industrial organizado o empleado por la autoridad competente en el interés de la defensa nacional". Esta materia la regulaba el texto original del art. 224 reprimiendo con prisión de seis meses a dos años al que "se introdujere... clandestina o engañosamente" en los lugares mencionados en él, "cuando su acceso estuviere prohibido al público", pero requiriendo la finalidad del levantamiento de reproducciones prohibidas. Por su parte, el art. 224 *quater* de la ley 21.338 castigaba al "que se hallare dentro de zonas o áreas de terreno, que por razones de seguridad nacional o en interés de las fuerzas militares, de seguridad, policiales o penitenciarias, hayan sido prohibidas al acceso, uso o tránsito público, siempre que la prohibición esté debidamente señalada o difundida", y aumentaba la pena para quien, hallándose en esas zonas o áreas, "buscare u obtuviere cualquier información relativa a la seguridad nacional o las fuerzas especificadas".

c) *Reproducciones prohibidas.* El art. 5° de la ley 13.985 pena con prisión de un mes a cuatro años al "que careciendo de permiso de autoridad competente, tomare fotografías, ejecutare dibujos, operaciones topográficas, geológicas o reproducciones, por cualquier medio o método, de zonas, obras o materiales situados dentro de un radio prohibido por la autoridad en razón de la defensa nacional", y con igual sanción al "que copiare, imitare, vendiere, distribuyere, publicare o retuviere dichas reproducciones".

El art. 224 del Cód. Penal, según el texto original, reprime con prisión de seis meses a dos años al "que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares", en tanto el mismo artículo, según la ley 21.338, castigaba al "que indebidamente levantare planos, croquis o bocetos, o tomare, trazare o reprodujere imágenes de fortificaciones, buques, aeronaves, establecimientos, vías u obras militares, o de las fuerzas de seguridad, policiales o penitenciarias", y al que "tuviere en su poder planos, croquis, bocetos, imágenes, datos o informes relativos a las fuerzas militares, de seguridad, policiales o penitenciarias, si no denunciare de inmediato tal circunstancia a la autoridad competente".

d) *Divulgación de datos no destinados a la publicación.* La ley 24.198 derogó el art. 6° de la ley 13.985 que punía la publicación o

divulgación de datos *no destinados* a ser publicados o divulgados, con lo que se ha vuelto a la situación anterior a la ley 23.077; dichas conductas ya no quedan reguladas como atentados a la seguridad de la Nación y su punibilidad sólo podrá aparecer si se dan los tipos del art. 157 o de algunas de las figuras de los delitos contra la Administración.

§ 1721. *Sabotaje.* – El art. 7° de la ley 13.985 pune con prisión de uno a veinticinco años al "que por cualquier medio desorganizare, destruyere, deteriorare o inutilizare, en todo o en parte, temporal o definitivamente, documentos, objetos, materiales, instalaciones, servicios o industrias de cualquier naturaleza, con el propósito de perturbar, retardar o impedir el desarrollo militar, económico, financiero, social, científico o industrial de la Nación", agregando que "cuando los actos fueran realizados al servicio o en beneficio de una potencia extranjera, se podrá imponer al culpable prisión perpetua". El texto original no contenía una reglamentación específica de esta materia; lo hacía, muy parcialmente, el del art. 225 *bis*, párr. 3°, de la ley 21.338, que reprimía con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al "que, encontrándose la Nación en guerra, dañare instalaciones, vías, obras u objetos necesarios o útiles para la defensa nacional, con el propósito de perjudicar el esfuerzo bélico".

§ 1722. *Delitos culposos.* – El art. 10 de la ley 13.985 reprime con prisión de un mes a cinco años, o con multa de cien a diez mil pesos (de la vieja moneda, la de la época de la ley 16.648, que el legislador no cuidó de poner al día, posiblemente por no haber tenido presente la recuperación de vigencia de esta ley) al "que por imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos permitiese o facilitase la comisión de cualquiera de los actos previstos por esta ley". Más restringidamente el texto original del art. 223 del Cód. Penal, penaba con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo al "que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio"; por su parte, el art. 222, párr. 2°, según la ley 21.338, castigaba con prisión de seis meses a dos años al "que, hallándose en posesión de dichos secretos en virtud de su empleo, oficio o de un contrato oficial, por imprudencia o negligencia, diere ocasión a que sean conocidos".

§ 1723. *PUNIBILIDAD ESPECIAL Y EXCUSA ABSOLUTORIA.* – La ley 13.985 parifica en su art. 12, inc. *e*, la pena de la tentativa en los casos de espionaje y sabotaje con la de la autoría, regulando en el art. 13 de modo particular las penas de inhabilitación especial y absoluta, y declara en el art. 14 "exento de sanción penal" a quien "habiendo incurrido en los actos calificados como delito por esta ley, los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado", facultando para declarar exento de pena al que "luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices".

§ 1724. *SUBSIDIARIEDAD.* – La ley ha preferido disponer expresamente que cuando cualquiera de las acciones que tipifiquen los delitos por ella previstos "constituyan ayuda y socorro a los enemigos de la Nación, serán calificadas de traición cuando hubieren sido cometidas por argentinos o por cualquier persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública" (art. 1°); hay pues, una remisión al texto del art. 214, pero se tiene que señalar que tal subsidiariedad legal se dará sólo en cuanto en la perpetración de los ilícitos aparezcan los presupuestos típicos del delito de traición según el art. 119 de la Const. nacional, como se ha dicho al explicar aquel artículo.

V. ULTRAJES A SÍMBOLOS NACIONALES

§ 1725. *VIGENCIA DEL AGREGADO DE LA LEY 16.648.* – Aunque, como dijimos, el texto original del art. 222 puede considerarse implícitamente reformado por la vigencia de la ley 13.985, ha recuperado vigencia su párr. 3°, según el agregado de la ley 16.648: "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".

El lugar poco propicio en que es insertado un delito que poco tiene que ver en realidad con la seguridad de la Nación, llevó al legislador de la ley 21.338 a trasladarlo al título siguiente, ubicándolo en el art. 230 *bis*, que castigaba, con la misma pena, al "que menospreciare públicamente los símbolos nacionales o provinciales

argentinos", lo que ya había hecho la ley 17.567, pero con una norma más circunstanciada, al estilo de la ley 16.648 que, en el caso de los nacionales, excluye del tipo otros símbolos que no sean los taxativamente enunciados (p.ej., la escarapela).

Desde el punto de vista de la acción parecería que el *ultraje* deja también fuera del tipo algunas conductas pasivas que, sin mayor esfuerzo, podrían considerarse como de menosprecio.

VI. INFIDELIDAD DIPLOMÁTICA

§ 1726. *LA REFORMA.* – Se retorna al texto original del art. 225: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el Gobierno argentino de una negociación con un Estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones".

La ley 21.338, siguiendo a la ley 17.567, agregaba "o con una organización internacional". En la Exposición de motivos de ésta se explicaba que el agregado obedecía a que "hoy es tan importante como la negociación con otro país". Con el texto ahora vigente, ni siquiera por la vía de una interpretación progresiva sistemática parece posible que los casos de negociaciones con organizaciones internacionales queden incluidos en el artículo sin incurrir en analogía, salvo que esa negociación importe, a su vez, una negociación con los Estados miembros de la organización.

§ 1727. *ACCIÓN TÍPICA.* – La conducta típica es conducir la negociación de un modo perjudicial para la Nación, apartándose de las instrucciones recibidas.

La conducta debe, pues, adoptarse en una *negociación*. Tiene que tratarse de una negociación de carácter internacional y que sea concerniente a intereses públicos del Estado nacional. Lo primero exige que sea una negociación en que la Nación forme parte juntamente con otra u otras naciones.

No quedan, pues, comprendidas en el tipo aquellas negociaciones en las que son partes las provincias, aunque se las realice con naciones extranjeras (caso bastante hipotético para nuestro país); ni las que se realicen entre la Nación con entidades privadas, aunque

éstas tengan, por su amplitud o por su estructura, carácter internacional; ni aquellas en que interviene la Nación, pero atañen a intereses privados (p.ej., una operación comercial de una sociedad del Estado).

Pero dándose el carácter público del interés en juego, cualquiera puede ser su naturaleza. Tanto está protegido el interés que atañe a la seguridad e integridad territorial o jurídica de la Nación, como otros de distinta índole: financiera, comercial, intelectual (p.ej., patentes), etcétera.

§ 1728. *El apartamiento de las instrucciones.* – El agente tiene que *apartarse de las instrucciones que le han dado atinentes a la negociación.* Típicamente es imprescindible que existan instrucciones y que ellas hayan sido impartidas por la autoridad competente para hacerlo. Si aquéllas no existen o han sido dadas por autoridad incompetente, la tipicidad se torna imposible. Son instrucciones las órdenes que restringen o condicionan la libertad del agente para decidir por sí en la negociación; no tienen, por tanto, ese carácter los consejos o sugerencias si no restringen esa libertad. Su forma es indiferente: pueden ser escritas o verbales, transmitidas directamente o por terceros. Y deben referirse a la negociación en sí; no sirven para la tipicidad las que no están directamente relacionadas con ella, aunque hayan sido impartidas al representante con oportunidad de ella (p.ej., instrucciones sobre aspectos meramente protocolares). Se aparta de las instrucciones el que deja de observarlas total o parcialmente.

§ 1729. *El perjuicio.* – El apartamiento de las instrucciones debe haber perjudicado el interés de la Nación. El perjuicio debe haber sido producido por la inobservancia; o sea, tiene que ser el resultado de la negociación llevada a cabo sin atender a las instrucciones. Si el perjuicio tuvo origen en una circunstancia extraña al giro de la negociación así llevada, no se dará el tipo, aunque surja contemporáneamente con ella.

§ 1730. *Autor.* – Autor es el *encargado de la negociación.* Puede tratarse de un encargo específico para una determinada negociación o genérico, es decir, para un número indeterminado de negociaciones, como ocurre con los agentes diplomáticos permanentes.

Dicho encargo puede haberse otorgado pública o secretamente, pero en cualquier caso debe tratarse de una designación oficial. Los representantes oficiosos o personales de los funcionarios, que cumplen su tarea como verdaderos gestores de negocios, sin representación oficial, no son autores del delito, puesto que no pueden obligar a la Nación.

Debe, pues, tratarse de un funcionario público, aunque tenga dicho carácter sólo respecto de la negociación. Son aplicables las reglas de la participación, incluso en el aspecto de la complicidad (p.ej., la intervención dolosa del auxiliar del encargado).

§ 1731. *Consumación.* – Aunque es delito de acción, se lo puede cometer tanto por medio de una acción positiva (realizar algo que no estaba contemplado en las instrucciones) como adoptar la forma de la comisión por omisión (no hacer lo que ordenaban las instrucciones). Pero se consuma con la producción del perjuicio para la Nación; no basta, pues, el peligro –como en los delitos anteriores–, ni siquiera en su dimensión de peligro concreto. Lo cual demuestra que no llena el tipo la sola circunstancia de apartarse de las instrucciones; pero ella puede constituir tentativa, si es que el autor la encaró con la finalidad de producir el perjuicio (conf. Núñez, Millán).

§ 1732. *Culpabilidad.* – Es delito doloso. La característica de la conducta prohibida, que es la de *conducir la negociación de un modo perjudicial*, pero exclusivamente por medio del *apartamiento de las instrucciones recibidas*, indica que el dolo exige en el autor, además del conocimiento del carácter propio de la negociación y de las instrucciones, la voluntad de apartarse de ellas; debe pues, tratarse de una apartamiento *a sabiendas*: ni la duda, ni el error culpable completan la culpabilidad de este delito. Sin embargo, en lo que atañe al perjuicio, que también debe estar comprendido por la voluntariedad del agente (no estamos ante un delito calificado por el resultado), no es indispensable el dolo directo; basta con el eventual: quien quiso apartarse de las instrucciones, afrontando deliberadamente el riesgo de irrogar el perjuicio con dicho apartamiento, se encuentra dentro de la culpabilidad típica, tanto como el que quiso directamente producirlo, es decir, el que no observó las intrucciones para perjudicar.

VII. DEROGACIONES

§ 1733. *EXTENSIÓN.* – El retorno a los textos originales ha producido varias derogaciones de normas penales de la ley 21.338 que se habían incluido en este capítulo, con la consiguiente desaparición de varios tipos, además de los que ya señalamos.

a) *MENOSPRECIO DE SÍMBOLOS EXTRANJEROS.* Siguiendo el proyecto de Peco de 1941 y el de 1960 –que lo habían tomado del art. 299 del Código italiano–, primero el decr. ley 788/63 y luego la ley 17.567 castigaron la conducta como delictuosa. La ley 21.338, al incluirlo en el art. 221 *bis*, al contrario de aquéllos, dio una forma no enunciativa de la figura, refiriendo la pena al que "públicamente menospreciare los símbolos nacionales oficiales de una nación extranjera". Ahora ha quedado desincriminada, al menos en su tipicidad autónoma.

b) *INCITACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES MILITARES.* El delito había sido introducido por la ley 21.338 como art. 221 *ter*, tomándolo de la ley 18.953, castigando al que "incitare a un ciudadano a no cumplir con las obligaciones legalmente establecidas concernientes al servicio militar de conscripción". Recordemos que esta norma, ahora derogada, inadecuadamente ubicada, traía una penalidad incoherente si se la comparaba con la del Código de Justicia Militar.

c) *ORGANIZACIÓN PARA EL ESPIONAJE.* La ley 21.338 penaba al "que organizare o a sabiendas tomare parte en una organización destinada al espionaje o colaborare con ella" (art. 224 *bis*), figura sobre la que sostuvimos que resultaba inexacto equipararla a una "asociación ilícita especializada por su finalidad".

La desincriminación de estas conductas por medio de un tipo autónomo las deja o en la asociación ilícita (básica o agravada) o en algunos de los tipos de la ley 13.985 que hemos visto, en cuanto reúnan los elementos de las respectivas tipicidades.

d) *ATENTADOS CONTRA MEDIOS Y OBJETOS PROBATORIOS.* El art. 224 *ter*, tomado por la ley 21.338 de la ley 17.567, castigaba al que "destruyere, inutilizare, modificare, desplazare o hiciere desaparecer ob-

jetos o medios de prueba destinados a establecer derechos o fundar intereses de la Nación con respecto a otra". Su desaparición legal nos enfrenta con la necesidad de remitir varias de las acciones posibles a los delitos de *daño* o de *falsedades documentales*; por supuesto que las que no completen las tipicidades de ellos quedarán desincriminadas.

e) *Incumplimientos de contratos de interés militar.* Como una forma particular de sabotaje contemplaba la ley 21.338 esa figura, en el art. 225 *bis*, distinguiendo el incumplimiento doloso ("el que, encontrándose la Nación en guerra, no cumpliere debidamente obligaciones contractuales relativas a necesidades de las fuerzas armadas" –párr. 1°–) del culposo ("si el hecho ocurriere por imprudencia o negligencia" –párr. 2°–). Quizás algunas de las conductas que tenían cabida en aquélla, podrían tenerla en la norma, tan general, del art. 7° de la ley 13.985, aunque no todas ellas.

f) *Ayuda económica para finalidades ideológicas ilícitas. El artículo 12, inciso d, de la ley 13.985.* Prácticamente original de la ley 21.338 era el art. 225 *quater* que, en orden a la ayuda para lograr finalidades de postulados ideológicos que propugnasen "alterar o suprimir ilegítimamente el orden institucional o la paz social de la Nación", contemplaba tres figuras: *1*) entrega de medios económicos; *2*) consentimiento para la disposición de fondos, y *3*) omisión de denuncia. En su momento sostuvimos que poco tenían que ver ellas con la seguridad externa de la Nación y que eran más propias del título siguiente; en este sentido, la derogación introduce orden en la materia.

Ahora está vigente el art. 12 de la ley 13.985, que dispone las mismas penas que para los autores de espionaje y sabotaje, para "el que apoye, financie o contribuya a financiar la ejecución" de aquellos delitos, agregando que "si se tratare de una persona jurídica será pasible del retiro de la personería, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los miembros culpables" (inc. *d*). Con lo que se ve que, fuera de algunas semejanzas en la materialidad de los hechos, poco tienen que ver los tipos de esta ley con los previstos en el derogado art. 225 *quater*.

TÍTULO X

DELITOS CONTRA LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

§ 1734. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Si los delitos del título anterior –al menos en su generalidad– atentaban contra la seguridad exterior de la Nación, los de este título atentan contra su seguridad interna, afectando su organización política o atacando a los poderes que la representan.

CAPÍTULO I

ATENTADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA

§ 1735. *EL CAMBIO DEL RUBRO Y EL SISTEMA DE LA LEY 23.077.* La reforma ha comenzado por cambiar el rubro del capítulo –que tradicionalmente fue el de *rebelión*–, si atendemos a su contenido con buenas razones, porque muchos de los tipos que en él aparecen salen del marco de la rebelión propiamente dicha en cuanto *alzamiento en armas*; pero he aquí que no ha sido esa razón tan escuetamente técnica la que motivó al legislador, sino un argumento de magia del lenguaje y profundamente sentimental, aunque con vistas sociológicas, porque ya en el mensaje del Poder Ejecutivo se indicaba que el reemplazo se proponía "con el fin de privar a esta aberrante conducta de la connotación heroica y romántica que posee el término *rebelión*"; ese criterio fue expuesto igualmente por el miem-

bro informante del Senado (De la Rúa) donde se propuso restringir el epígrafe al de *atentado contra la vida democrática* (lo que no prosperó en la Cámara de Diputados), aun reconociendo la subsistencia en el Código de "alguna alusión a la rebelión".

El cambio de rubro del capítulo es aceptable por lo dicho sobre su contenido, y aun al margen del argumento de los reformadores, que al dogmático puede suscitarle cierta perplejidad, pero no creemos que ello sea suficiente para variar la denominación del delito del art. 226, que es la rebelión propiamente dicha, en cuanto alzamiento en armas con determinados fines, denominación arraigada en nuestra doctrina, cuyo mantenimiento nos permitirá entender sin agobios otras disposiciones de la ley que se refieren a esta institución.

De acuerdo con ello tendríamos que el sistema actual del capítulo es el siguiente: *a*) rebelión (alzamiento en armas): *1*) figura básica (art. 226, párr. 1°); *2*) figuras agravadas por las finalidades (art. 226, párr. 2°) y por la calidad de los autores (art. 226, párr. 3°); *b*) amenaza de rebelión (art. 226 *bis*); *c*) concesión de poderes tiránicos (art. 227); *d*) consentimiento del estado de rebelión (art. 227 *bis*, párr. 1°); *e*) colaboración en el estado de rebelión (art. 227 *bis*, párr. 2°); *f*) agravante genérica por contribución a la rebelión (art. 227 *ter*), y *g*) violación de patronato (art. 228).

I. Rebelión (alzamiento en armas)

§ 1736. *Figura básica.* – La rebelión propiamente dicha, como alzamiento en armas a nivel nacional, mantiene la tipicidad tradicional que se ha perpetuado en nuestra ley penal, aunque la ley 23.077 ha elevado la pena (lo que ya había hecho la ley 23.642) a la de prisión de cinco a quince años y cambia la expresión *temporalmente* por la de *temporariamente.*

§ 1737. *El texto legal.* – El art. 226 del Cód. Penal reprime con prisión de cinco a quince años a "los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facul-

tades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales".

§ 1738. *Acción típica.* – La acción punible es la de *alzarse en armas*. El alzamiento supone actividad grupal, movimiento relativamente organizado, al menos con relación a determinadas finalidades. Si bien no requiere imprescindiblemente que sea *popularmente tumultuoso*, ni que se constituya en un *tumulto público* (contra: Núñez), tiene que tratarse de una irrupción violenta, con uso de la fuerza; mientras ello no ocurra, las otras actividades que no impliquen ese uso no pasarán de la etapa de la conspiración. La irrupción violenta puede informarse en cualquier manifestación de fuerza que signifique hostilidades contra los poderes públicos nacionales (ocupación de lugares y edificios, apoderamiento de armas, destrucciones; ver CSJN, *Fallos*, 54:432). No basta la simple desobediencia a una disposición de la autoridad (a menos que ella misma asuma la forma de rebelión), ni la simple manifestación verbal en tal sentido.

El alzamiento debe ser *en armas*. Quienes se alzan tienen que disponer de armas para afectarlas al levantamiento, aunque en los actos de fuerza realizados no hayan llegado a utilizarlas, por ejemplo, por no haber tenido oportunidad de hacerlo; en otras palabras, el alzamiento debe apoyarse en la disposición de armas por los alzados o por parte de ellos. No constituye rebelión el uso de la fuerza física por parte de un grupo que no está armado, según el sentido expuesto anteriormente, aunque la utilice con las finalidades propias del delito (en todo caso quedará configurada como motín), aunque alguna doctrina parece opinar en forma distinta.

Pero si bien el alzamiento en armas propio de la rebelión no tiene por qué estar representado por un tumulto público, tiene que ser *público*, en el sentido de actividad masiva de un grupo y con idoneidad, por el número que forma aquél o por las armas de que dispone, para oponerse a las fuerzas del gobierno en hostilidad abierta. Teniendo ello en cuenta, se procura distinguir la rebelión de los actos singulares de terrorismo o subversión que, aun cuando sean realizados por una pluralidad de autores, no tienen las características de hostilidades abiertas.

El alzamiento en armas se tipifica como rebelión cuando persigue las finalidades enunciadas por la ley. Son elementos subjetivos

del tipo que, como tales, deben estar presentes en el momento del alzamiento.

a) *Cambiar la Constitución.* Refiérese la ley, por supuesto, a la Constitución de la Nación. El cambio puede importar tanto la sustitución total como la alteración parcial. No es necesario que dicho cambio trate de ser impuesto por el alzamiento mismo en forma directa; basta con que lo condicione a la realización de determinados procedimientos para llevarlo a cabo, aunque se trate del procedimiento constitucionalmente establecido para realizarlo (art. 30, Const. nacional), puesto que el alzamiento no es la vía legítima para ponerlo en marcha (contra, aparentemente, Núñez); o que asuma la forma de una presión sobre los constituyentes que están operando la reforma para que el cambio se opere, o se lo realice de una determinada manera. Con relación a esta última situación se advierte que se entra en el tipo cumpliendo con el elemento subjetivo, al insertar la fuerza en los procedimientos reformadores legítimos, siempre que se propugne el *cambio*; no constituirá rebelión –sin perjuicio del carácter delictivo del acto por otros tipos– alzarse en armas para impedir el cambio de la Constitución.

b) *Deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional.* La acción debe estar dirigida a despojar del cargo a las personas que ejercen la representación del poder. No se trata de un ataque a la organización institucional del poder (p.ej., eliminar de esa organización uno de los poderes del Estado), sin perjuicio de que ello quede comprendido por la finalidad anterior.

Se extiende a todos los poderes del Estado nacional, incluido el Judicial con respecto a toda su estructura funcional como poder (incluso los tribunales inferiores, Núñez; contra: Soler, Fontán Balestra, que sólo comprenden la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

c) *Arrancar a los poderes públicos nacionales alguna medida o concesión.* Lo que se pretende lograr mediante el alzamiento es que los titulares del órgano del poder adopten determinadas resoluciones, impartan determinadas órdenes u otorguen algo. Es indiferente que la medida o concesión que se trata de lograr sea, en sí misma, lícita o ilícita: lo que se pune es la ilicitud del medio utilizado; también es indiferente su naturaleza o importancia (contra: Soler). Puede sostenerse que la rebelión producida en pos de esta finalidad

es una forma muy particular del atentado, cuyo modo de comisión (alzamiento armado) lo quita de los delitos contra la Administración para volcarlo a estos delitos contra los poderes públicos.

d) *IMPEDIR A LOS PODERES NACIONALES, AUNQUE FUERA TEMPORARIAMENTE, EL LIBRE EJERCICIO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES.* Es decir, procurar que los representantes legales de los órganos del poder dejen de ejercer las facultades que constitucional o legalmente (la ley en cuanto reglamentación de la norma constitucional) les han sido asignadas, sea con relación a un número indeterminado de supuestos o con relación a casos determinados. La ley no exige necesariamente que lo que se trate de impedir sea la "función en general" (contra: Soler, Fontán Balestra); basta con que se quiera impedir el ejercicio de la función en un caso específico por medio del alzamiento armado. No se trata, eso sí, de querer suprimir las facultades –o alguna de ellas– como propias de la competencia de un determinado poder (p.ej., trasladar la función legislativa al Poder Judicial), pues ello importaría un cambio constitucional que nos trasladaría a otro supuesto típico.

e) *IMPEDIR LA FORMACIÓN O RENOVACIÓN DE LOS PODERES NACIONALES EN LOS TÉRMINOS Y FORMAS LEGALES.* Se trata de impedir que asuma el poder quien legítimamente debe desempeñarlo, o lograr que continúe en él quien debe cesar, u oponerse a que se realicen los procedimientos constitucionales necesarios para formar o renovar los poderes del Estado (elecciones, Núñez; prestación de acuerdo para los jueces).

§ 1739. *CONSUMACIÓN.* – El delito se consuma con el alzamiento en armas, sin que sea necesario que se logren las finalidades propuestas. En su estructura lógica admite tentativa, pero, entre nosotros, ella se pune autónomamente, por medio del delito de conspiración.

§ 1740. *AUTOR.* – Cualquier persona puede ser autor, pero ya vimos que la autoría reclama, necesariamente, una pluralidad de agentes. El número que esa pluralidad debe componer no está especificado por el tipo. El que es apto para la conspiración no es aquí suficiente (Soler), por lo cual este último tipo no se puede tomar como pauta interpretativa sistemática del que nos ocupa. Evi-

dentemente, debe ser una pluralidad compuesta por una reunión de personas que pueda oponerse idóneamente a las fuerzas del gobierno o requiera una represión de cierta magnitud.

§ 1741. *Justificación.* – Da pie al tratamiento de causas de justificación. En esa esfera se habló del derecho de resistencia del pueblo, que operaría como una legítima defensa en los casos en que los representantes del poder lo ejerzan al margen de la Constitución, esto es, en una forma abusiva que desconozca la garantías consagradas por aquélla. También se lo ha justificado con el estado de necesidad, cuando lo que se procura con la rebelión es impedir la alteración de los principios constitucionales propugnada por los que ejercen el poder (Núñez), o cuando la Nación ofrezca un panorama de crisis institucional que ponga en peligro la paz social, la soberanía o la vida internacional del Estado.

§ 1742. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que exige en el autor el conocimiento de que interviene en un alzamiento armado en procura de alguna de las finalidades típicas. Pero el error sobre esas finalidades no excusa cuando el agente actuó en procura de otra finalidad distinta de la que movía a los demás integrantes del grupo, si es que la que él tuvo en cuenta también era típica. La primacía del elemento subjetivo excluye toda posibilidad de compatibilizar el delito con un dolo que no sea el directo.

§ 1743. *Figuras agravadas.* – Las introduce la ley de reformas presentando dos especies distintas.

a) *Agravantes por las finalidades.* Las encontramos en el párr. 2º del art. 226: "Si el hecho descripto en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión".

Tal como está redactada la disposición se distinguen en ella dos clases de finalidades que no plantean los mismos efectos dogmáticos: las finalidades subversivas y la finalidad de entrega económica;

las primeras tienen que informarse con una vocación de *permanencia*, la otra puede ser planteada como cambio con características de *temporario*. Dado que la redacción no es del todo feliz, esta distinción puede presentar algunas dificultades, sobre todo porque el legislador parece adscribir el cambio de modo permanente sólo al "sistema democrático de gobierno"; sin embargo, aquella distinción se impone porque la característica de *temporariedad* únicamente se asigna a la supresión o menoscabo de la "independencia económica de la Nación", con lo que quedaría claro que todas las otras finalidades enunciadas en la norma deben responder, en la subjetividad del autor, a un sentido de permanencia. De acuerdo con ello tendríamos.

1) *Agravantes por finalidades con sentido de permanencia (cambiar el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, etcétera).* Aquí se engloban supuestos de hechos *subversivos*, más o menos como lo comprendía el art. 1º de la ley 20.840 (hoy derogado por la misma ley 23.077), que vendrían a responder al concepto de *eversione dell'ordine democratico* del art. 289 *bis* del Código italiano (decr. ley 59/78, ley 191/78), distinto del concepto de *terrorismo* con el que viene confundido por algunos (incluso por el legislador argentino, como veremos luego), puesto que, mientras los *delitos terroristas* son los "dirigidos contra un Estado en los cuales la finalidad o la naturaleza es la de provocar el terror sobre personalidades determinadas, grupos de personas o en el público" (Convención de Ginebra para la Prevención y Represión del Terrorismo, 1937), aquella *eversione* es la subversión (modificación, cambio, ruptura violenta) del "orden público basado en el respeto de los métodos democráticos en todas las manifestaciones políticas..., particularmente, en la obligación de seguir los canales democráticos para alcanzar los propios fines políticos" (Seminara), y si bien el terrorismo puede ser un medio procedimental de la subversión, no se debe confundir una cosa con la otra. El legislador argentino lo ha hecho: la ley 21.338 y muchas otras de los últimos tiempos, trataron de reducir el terrorismo a la subversión (todos eran *delitos subversivos*); los autores –a todo nivel– de la ley 23.077 parecen reducir la subversión al terrorismo; ésta es la idea que da el mensaje del Poder Ejecutivo cuando –aunque motivando otro delito– se refiere al plexo de nuevos tipos propuestos, e indica que intentan reprimir los hechos "que son comúnmente caracterizados como de te-

rrorismo", lo que fue recogido por los legisladores (p.ej., senador Castro). Y puede llegar el momento en que la solución de los casos concretos dependa, de modo mayúsculo, de la correcta caracterización del delito, según la distinción que hemos explicitado.

Tales finalidades son, según la ley 23.077: *a*) cambio permanente del sistema democrático de gobierno. En realidad la categorización de un gobierno como democrático, puede resentirse por el significado polifacético del término, lo que puede confundir y permitir interpretaciones políticamente descontroladas; el sistema argentino de gobierno es democrático dentro de los límites de nuestro ordenamiento constitucional, fundamentalmente como sistema republicano que reconoce determinados derechos políticos a los ciudadanos; ése es el objeto de la protección más intensa de la figura agravada; *b*) supresión permanente de la organización federal; *c*) eliminación permanente de la división de poderes por medio de los cuales constitucionalmente se estructura el gobierno del Estado, y *d*) abrogación permanente de los derechos de la persona humana, según los principios constitucionales que los garantizan, teniendo en cuenta las leyes y tratados que sirven para interpretar dichas garantías, en cuanto no contradigan esos principios (p.ej., Convención Americana sobre Derechos Humanos).

2) *AGRAVANTE POR FINALIDAD NO PERMANENTE.* La última parte del párr. 2° del nuevo art. 226, agrava la rebelión cuando ella tenga por finalidad *suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación*, es decir, poner en manos de otras potencias o de terceros que no sean los representantes de los órganos de gobierno del Estado, las decisiones políticas sobre la planificación económica del país, bien de modo total (*suprimir*) o bien, en aspectos parciales o en determinadas áreas (*menoscabar*). O sea, es la integridad del poder político sobre la vida económico-financiera de la Nación lo que aquí se protege.

b) *AGRAVANTES POR LA CALIDAD DEL AUTOR.* El párr. 3° del art. 226 dispone que cuando la rebelión (en su figura simple del párr. 1°, o en la agravada del párr. 2°) fuere perpetrada "por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio".

Según lo informado en el Senado, tal resolución se adoptó "para adecuar el texto a las normas vigentes del Código de Justicia Mi-

litar" y teniendo en cuenta "el mayor deber de disciplina que tiene el agente" (senador De la Rúa).

De acuerdo con ello, para la interpretación de la calidad a que se refiere la norma, hemos de acudir, en principio, a los arts. 872 y 873 del Código citado. Según el primero, "la expresión *militar* comprende todas las personas que, de acuerdo con las leyes orgánicas del ejército, la marina y la aeronáutica, tienen estado, empleo o asimilación militar" (párr. 1°). Tienen, pues, *estado militar* quienes formen los cuadros permanentes de las fuerzas armadas de la Nación, incluso en situación de retiro y "las personas que, conforme a las mismas leyes, formen parte de las reservas de las fuerzas armadas, mientras se hallen prestando servicio" (párr. 2°). Tienen *asimilación militar* los componentes de "la Gendarmería Nacional, así como todo otro cuerpo militarizado que, por sus leyes orgánicas o estatutos, se hallen sometidos a la jurisdicción militar" (párr. 3°); los otros cuerpos militarizados que existen son la Prefectura Naval Argentina y la Policía Aeronáutica.

La interpretación no parece tan sencilla con referencia a los casos de *empleo militar*. Por su amplitud no basta el concepto penal de *empleado*, como todo aquel que realiza una actividad laborativa en relación de dependencia; pero también parece pecar, aunque por restringido, el concepto que brinda el Código de Justicia Militar, cuyo art. 873, inc. 2°, dispone que "serán considerados como militares... durante el estado de guerra, o el de su peligro inminente, los ciudadanos, empleados y obreros de las reparticiones militares y de aquellas dependencias oficiales o privadas, que el Poder Ejecutivo haya militarizado, para la mayor eficacia de los servicios". Conforme con ello, parecería que la integración sistemática del art. 226, párr. 3°, del Cód. Penal, reduce la rebelión agravada de quienes tienen *empleo militar* a los casos en que se produzca en circunstancias de guerra o de peligro inminente de ella; teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la razón de ser de su mayor protección por esta figura agravada (que no es sólo la de mayor disciplina, como se dijo, sino también la que implica las mayores facilidades que tienen estos autores para alzarse en armas), podría muy bien pensarse –sin caer en analogía– que aquí se ha intentado comprender a aquellos empleados que tienen empleos militares específicos que los colocan en situación de constituirse en factores de mayor peligro para el bien jurídico, aunque no se esté en una situación de guerra

(en ese sentido no es igual la rebelión de la oficinista civil de una tesorería de unidad, que la del encargado civil de un arsenal, si ello se diese).

Deberá tenerse presente, con respecto a esta norma, que en los supuestos de rebelión de jefes o miembros de las fuerzas públicas que incurran en el delito "empleando u ostentando las armas o materiales que se les hayan confiado en tal carácter", la pena deberá establecerse conjugando la del art. 226, párr. 3°, con lo establecido por el art. 235, párr. 3°, puesto que no son agravantes que se excluyan; por tanto, cuando aquella circunstancia se dé, el mínimo de la pena se incrementará en un tercio (art. 226, párr. 3°) y el máximo se elevará al doble (art. 235, párr. 3°).

II. AMENAZA DE REBELIÓN

§ 1744. *LA DISPOSICIÓN ORIGINAL DE LA LEY 23.077.* – El actual art. 226 *bis* reprime con prisión de uno a cuatro años al que "amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el art. 226".

Amenazar con la comisión es manifestar la voluntad del agente de perpetrar o concurrir a perpetrar el delito de rebelión en cualesquiera de sus formas.

La amenaza tiene que ser *pública*, o sea, realizada de un modo que pueda alcanzar a un número indeterminado de personas, aunque la difusión no se haya concretado efectivamente (estamos ante un delito de puro peligro).

Y tiene que ser *idónea*. El concepto de idoneidad de la amenaza, en este tipo penal, no creemos que pueda establecerse con el criterio de idoneidad propio de las amenazas como delito contra la libertad que se relaciona con la capacidad de la acción para amedrentar o atemorizar, al menos no en su total comprensión. Más bien intenta expresar el criterio de seriedad de la amenaza, que depende de las posibilidades de efectiva ocurrencia de la rebelión amenazada y, conjuntamente, de que esa ocurrencia sea *gobernable* por el autor de la amenaza, o sea, que *ex ante* pueda mostrarse la rebelión (al menos parcialmente) como dependiente de la voluntad de

quien formula la amenaza, sea porque aquélla dependa de su propia acción, sea porque pueda asignarse a la acción de un tercero supeditado voluntariamente a él.

Tiene que tratarse de una verdadera amenaza en el sentido antes expresado; no bastará, pues, con la mera publicación o difusión de "doctrinas o manifestaciones encaminadas... a derrocar el Gobierno o a destruir o reemplazar la libertad establecida en la Constitución por un régimen de fuerza", que punía el art. 3° de la ley 13.569 mediante la ampliación del texto original del art. 219 del Cód. Penal (que, como vimos, no recobró vigencia a raíz de la nueva redacción que en la ley 23.077 se ha dado a dicho artículo); ello, por supuesto, sin perjuicio de la punibilidad de tales conductas como instigación pública a cometer delitos. Ésta era la idea del senador Martiarena que, considerando vaga e imprecisa la expresión *amenazare*, además de indicar que "es hasta ingenuo suponer que alguien va a amenazar con un alzamiento en armas", propuso incorporar en el art. 226 *bis* la represión del que "intente o preconice suprimir o modificar el orden constitucional por vía no establecida por las disposiciones normativas que organiza la vida política, económica y social de la República".

III. CONCESIÓN DE PODERES TIRÁNICOS

§ 1745. *EL TEXTO LEGAL. LA PROTECCIÓN.* – El art. 227 del Cód. Penal dispone que: "serán reprimidos con las penas establecidas en el art. 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (art. 29, Const. nacional)".

El Código Penal trae en el art. 227 la punibilidad de los actos previstos por el art. 29 de la Const. nacional, que vulnera la organización misma de la forma republicana de gobierno, desconociendo los límites y destruyendo el equilibrio establecido constitucionalmente entre los distintos poderes del Estado.

§ 1746. *Acciones típicas.* – La regulación del Código Penal no contiene la misma estructura típica que el art. 29 de la Const. nacional, que agrega el siguiente párrafo: "Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria"; o sea, pune, además de la *concesión* de las facultades extraordinarias, las acciones de *formular, consentir y firmar* actos de tal naturaleza, y como es un delito consagrado constitucionalmente, el Código Penal no puede innovar el tipo de ese origen; las acciones punibles son, pues, todas las previstas por el art. 29 de la Const. nacional.

Son, repetimos, las de *conceder, formular, consentir* o *firmar. Concede* el que otorga los poderes extraordinarios; *formula* el que propone el acto legislativo; *consiente* el que teniendo poder jurídico para oponerse a la concesión de los poderes extraordinarios, no lo hace (el veto del Poder Ejecutivo; la declaración de inconstitucionalidad por los jueces); *firma* el que, en su calidad de funcionario del órgano legislativo, refrenda el acto legislativo para proseguir con el trámite de su sanción (pase a otra Cámara, remisión al Poder Ejecutivo).

Lo que se pune es el acto jurídico legislativo (referente a la formación y sanción de las leyes), judicial (consentimiento por omisión en la declaración de inconstitucionalidad) o administrativo (omisión del uso del veto por el Poder Ejecutivo) que otorga o admite el otorgamiento de las facultades (poderes) extraordinarias. El abuso en el ejercicio del poder, o sea, la asunción de las facultades extraordinarias de hecho, aun cuando esté facilitada por la inactividad legislativa o judicial, no queda comprendido en este tipo.

El otorgamiento de los poderes extraordinarios puede ser expreso o implícito. Esto último ocurre cuando las facultades que se otorgan importan la concesión de los poderes que constituyen aquéllas. Puede ser motivo de uno o más actos legislativos; cuando el otorgamiento de las facultades extraordinarias a la misma persona se consolide por medio de una pluralidad de actos, podemos hallarnos ante un delito simple (cuando la reunión de todas las facultades concedidas por los distintos actos constituyan las facultades extraordinarias) o ante una hipótesis de continuación (cuando cada uno de los actos considerados autónomamente constituya la concesión de esas facultades), pero no ante una pluralidad delictiva.

§ 1747. *Objeto.* – Los poderes extraordinarios que son objeto de la conducta punible están enunciados por la ley. *Facultades extraordinarias* son aquellas que no corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincia; pueden ser facultades que la Constitución ha colocado dentro de la esfera de otro poder del Estado (p.ej., el ejercicio de facultades jurisdiccionales), o que no han sido reconocidas como propias de ningún poder (p.ej., autorizar al Poder Ejecutivo a ocupar la propiedad privada sin forma alguna de juicio, en época de paz). La *suma del poder público* importa concentrar en el destinatario toda la competencia que la Constitución otorga a cada uno de los poderes del Estado; en virtud del acto típico aquél ejercerá, a la vez, las facultades ejecutivas, legislativas y judiciales, aunque sea por tiempo limitado. *Sumisiones* significa la circunstancia en que se somete un poder del Estado a los demás poderes, o dos de ellos a uno, haciendo depender la estructura o integración del poder sometido a la discrecionalidad de otro, al margen de los mandatos constitucionales (p.ej., que el Congreso lo formen personas designadas por el presidente de la República). *Supremacías* se dan en las circunstancias en que un poder se constituye en superior jerárquico de otro, fuera de aquellos mandatos (p.ej., que la ejecución de las sentencias judiciales necesite la conformidad del presidente o gobernador). En todos los casos, pues, se da la concesión de poderes extraordinarios, sea, como vimos, por una transferencia indebida de la competencia funcional de un poder a otro, sea por la creación de una competencia que la Constitución no ha previsto.

Pero, para que se conjugue la tipicidad, es necesario que, en virtud de los poderes extraordinarios concedidos, *la vida, el honor* o *la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno* o *de alguna persona*; en otras palabras, las facultades otorgadas que constituyen los poderes extraordinarios deben implicar tal posibilidad. Cuando esa posibilidad no exista, quedaremos fuera del tipo, aunque el acto legislativo ataque la división de los poderes (p.ej., otorgar al presidente la facultad de dictar leyes de amnistía), sin perjuicio, por supuesto, de la comisión de otros delitos. Los bienes protegidos son la vida, el honor (buen nombre) o la fortuna (patrimonio) de los argentinos, no de todos los habitantes de la Nación: el tipo no protege a los extranjeros, aunque habiten en el territorio; cuando son los bienes de éstos los que pueden afectarse, se darán

otros delitos, pero no el estudiado. Tampoco cabrá en el tipo la concesión de poderes extraordinarios que puedan afectar bienes jurídicos que no sean de los enunciados, aunque estén constitucionalmente garantizados (p.ej., la libertad, salvo cuando su amenguamiento importe una tacha al honor, como sería por medio de la imputación de delitos). La posibilidad que el tipo toma en cuenta es que los bienes enunciados queden a merced (dentro de facultades discrecionalmente ejercidas) de un gobierno (el Poder Ejecutivo) o una persona (el representante del órgano que ejerce ese poder). Puesto que también la tipicidad exige que los poderes extraordinarios que se conceden recaigan en el *Poder Ejecutivo nacional* o en los *gobernadores de provincia*.

§ 1748. *DESTINATARIOS DE LOS PODERES EXTRAORDINARIOS.* – La concesión de poderes extraordinarios a otras ramas del poder público (p.ej., a los legisladores o a los jueces) no constituye el delito, sin perjuicio de su tipificación por medio de los abusos funcionales.

§ 1749. *CONSUMACIÓN.* – El delito se consuma con la concesión de los poderes extraordinarios o con la inactividad de quien, debiendo oponerse o impedirla, no lo hace, aun cuando aquéllos no se lleguen a ejercer, o la ley quede abortada por el veto del Poder Ejecutivo. Pero la concesión, para consumarse, debe recorrer los pasos necesarios para estructurarse como ley. Un simple proyecto, aun con media sanción por parte de una de las cámaras legislativas, no alcanza la consumación, aunque puede reunir las características de la tentativa, que es posible.

§ 1750. *AUTOR.* – Los autores son, en primer lugar, los miembros del Congreso nacional o los legisladores provinciales que intervienen como tales en la ley que concede los poderes extraordinarios. Lo son, también, los funcionarios que refrendan con su firma el acto legislativo o el que, teniendo facultades para hacerlo, propone el pertinente proyecto –aunque el delito de éste se consuma también cuando se lleva a cabo el acto legislativo de concesión; antes, sí queda incurso en tentativa–; asimismo, los funcionarios que teniendo competencia para declarar la ineficacia constitucional de la ley (p.ej., los jueces), la consientan al no declararla cuando tienen oportunidad de hacerlo. Se le ha negado carácter de autor al que

acepta los poderes extraordinarios que le son concedidos (Fontán Balestra); mas si se trata de un funcionario con competencia para oponerse a la ley (p.ej., por medio del veto), no se puede dudar de su autoría como *consentidor*.

§ 1751. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento del carácter de los poderes que se otorgan, se formulan, firman o consienten y la voluntad de otorgarlos, formularlos, etcétera. El error y la coacción pueden llegar a excluir la culpabilidad del autor; el primero tendrá, en casi todos los casos, las características del *error iuris*, pero la duda queda a cargo del agente y equivale al conocimiento. Difícilmente será compatible con un dolo que no sea el directo.

IV. Consentimiento del estado de rebelión

§ 1752. *El texto legal.* – El art. 227 *bis* –incorporado por la ley 23.077– castiga en su párr. 1°, "con las penas establecidas en el art. 215 para los traidores a la patria, con la disminución del art. 46", a "los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el art. 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes".

§ 1753. *Elemento circunstancial.* – El tipo presenta un elemento circunstancial que, a su vez, es presupuesto de la acción prohibida, que se haya producido una rebelión, en cualquiera de las formas previstas por el art. 226, que habiendo triunfado, tenga como resultado la concreción de alguna de estas dos finalidades: la modificación de la Constitución o la deposición de alguno de los poderes públicos. No quedarán, pues, comprendidas en el tipo, las rebeliones donde las finalidades propuestas y logradas sean otras distintas (p.ej., arrancar de los poderes públicos alguna medida o concesión).

La ley ha empleado la expresión *por la fuerza*, que no puede interpretarse más que como una reafirmación del concepto legal de re-

belión que, en cuanto alzamiento en armas, típicamente no puede dejar de implicar fuerza.

§ 1754. *Acción.* – La conducta prohibida, genéricamente descripta, es la de consentir en la permanencia de los efectos de la rebelión que se ha producido con las consecuencias antes expresadas.

Mas no cualquier expresión del consentimiento basta para la tipicidad; la ley limita los modos de dicha expresión a tres actitudes: *a*) consentir continuando en las funciones que el agente desempeñaba al producirse la rebelión; *b*) consentir asumiendo las funciones propias de miembro de cualquiera de los tres poderes, tanto puede asumir el que no estando en funciones en el momento de consumarse la rebelión ocupa los cargos luego de producida, como quien, habiendo cesado en su cargo por obra de la rebelión, lo reasume mientras no ha cesado el estado creado por la rebelión, y *c*) consentir haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes hayan usurpado los poderes del Estado a raíz de la rebelión; si pensamos que, en principio, la facultad de hacer cumplir esas medidas dependerá de la competencia formal que tenga el agente, será difícil imaginar esta manifestación de consentimiento en quien no haya continuado o asumido funciones en los poderes del Estado, tanto más cuanto la ley limita el tipo de agentes que sean miembros de esos poderes; en realidad esta conducta hubiese sido más propia del tipo siguiente.

§ 1755. *Autor.* – Los sujetos activos enunciados por la disposición son los *miembros de alguno de los tres poderes de la Nación* o *de las provincias*, es decir: presidente y vicepresidente de la Nación, gobernadores y vicegobernadores de provincias, legisladores nacionales y provinciales y jueces, cualquiera fuese su competencia. Esa calidad, como vimos, la pueden tener antes de la rebelión (para consentir continuando la función) o adquirirla luego de producida (para consentir asumiendo la función).

Es evidente que este tipo queda desplazado por el propio de la rebelión del art. 226, por lo que, por ejemplo, el autor de la rebelión que fuese un miembro de los poderes del Estado, podría recibir, en ciertas circunstancias, menos pena que los consentidores de su rebelión.

V. COLABORACIÓN EN EL ESTADO DE REBELIÓN

§ 1756. *EL TEXTO LEGAL.* – El párr. 2° del art. 227 *bis* aplica de "uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales". Agrega el párr. 3° del artículo que "si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales".

§ 1757. *RELACIONES CON EL TIPO DEL PÁRRAFO 1°.* – La remisión a los *casos previstos en el párrafo anterior* está requiriendo el mismo elemento circunstancial de la exigencia de un estado de rebelión en el que se ha logrado alguna de las finalidades enunciadas en aquel tipo.

Pero la conducta prohibida, por la misma naturaleza de las funciones de los posibles sujetos activos enunciados, ya no puede ser la de consentir el estado de rebelión, sino la de colaborar dentro de él. Por ello la conducta típica genérica indicada por el tipo es la de *aceptar colaborar con las autoridades de facto* mediante dos

de los modos ya vistos en el delito anterior: continuando en las funciones que el agente ya desempeñaba al producirse la rebelión o asumir las funciones correspondientes a los cargos enunciados durante la vigencia del estado de rebelión.

En cuanto a los sujetos activos, como en el caso anterior, la calidad que requiere la propiedad del tipo, puede tenerse antes de producida la rebelión o adquirirse luego de su triunfo. La enumeración de la ley es profusa pero limitativa; sin embargo, el párr. 3° introduce un procedimiento de relativa apertura autoral del tipo que no dejará de presentar ingentes dificultades interpretativas en la práctica.

VI. AGRAVANTE GENÉRICA POR CONTRIBUCIÓN A LA REBELIÓN

§ 1758. *EL TEXTO.* – El art. 227 *ter* dispone que "el máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional.

Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

§ 1759. *EXTENSIÓN DE LA AGRAVANTE.* – La disposición funciona como agravante de cualquier delito, no sólo de los relacionados con el título que estamos viendo; un delito contra las personas, contra la libertad, contra la propiedad y, por supuesto contra la seguridad común, puede recepcionar esta agravante. Así cuidó de aclararlo el mensaje del Poder Ejecutivo: "Se trata de una agravante de cualquier delito, lo que reconoce el hecho de que el fenómeno terrorista [ya expusimos nuestros reparos a tal calificación] adquiere múltiples modalidades. Ese fenómeno puede instrumentarse no sólo a través de los hechos de violencia, sino también de fraudes, apoderamientos, abusos de confianza, desviaciones de la función pública, etcétera", aunque difícilmente se dé en "hechos ajenos a la conducta usualmente calificada como terrorista. Por ejemplo, un homicidio sólo se subsumirá en la agravante cuando por las carac-

terísticas de la víctima, sus repercusiones sociales, el contexto en que es cometido, etc., es de temer, fundadamente, que esa muerte incremente el riesgo de que ocurra, por ejemplo, un golpe de Estado, o una toma del poder por grupos facciosos o la desprotección generalizada de ciertos derechos, o una abstención o renuncia de ejercer actos propios de la función pública que hacen centralmente a la eficacia de la Constitución".

Por supuesto que, tratándose de una agravante, exígese un "doble encuadramiento típico... No basta atacar la vigencia de la Constitución, debe hacerlo a través de un acto que constituya delito con independencia de aquel resultado" (mensaje del Poder Ejecutivo).

§ 1760. *Limitación objetiva de la tipicidad agravada.* – La agravante reconoce una doble limitación. Una de carácter objetivo: el delito debe haber *contribuido a poner en peligro la vigencia de la Constitución*; se trata de un dato objetivo, como lo reconoce el mismo legislador, por tanto "es un rasgo de la acción que debe establecerse sobre la base de datos adicionales a las creencias o actitudes del agente, aunque ellas puedan ser un factor que influya en el carácter efectivamente peligroso de la acción. Un sujeto puede pretender cometer un delito para deteriorar la vigencia de la Constitución y su acción ser, sin embargo, inconducente a ese objetivo" (mensaje del Poder Ejecutivo). Queda, pues, perfectamente claro que no basta la mera posibilidad *formal* (de normalidad) de la creación de peligro por la perpetración del delito, sino que es necesario que la conducta delictuosa de que se trata haya efectivamente contribuido a crear peligro para la vigencia de la Constitución; es decir, debe haberse insertado –cuando menos– como factor en el suscitamiento de un peligro concreto de subversión del orden constitucional, de su mantenimiento o de su intensificación. La medida de ese aporte es algo que queda librado a una estimativa de normalidad; puede no haber dudas de que no se intenta aquí castigar "aportes triviales a un riesgo que se origina en otros actos", en cuanto su misma trivialidad les quite idoneidad típica en orden al bien jurídico protegido por la intensificación de la penalidad, pero no es posible calificar *a priori* esa idoneidad, exigiendo, por ejemplo, "que sea significativa".

La agravante se conforma con el peligro concretamente corrido, sin que sea "necesario que ocurra efectivamente" el resultado daño-

so, pero, de serlo, el delito entra con mayor razón en la fórmula agravada. El peligro significase en "el estado de cosas" que importan la pérdida de vigencia, total o parcial, de la Constitución nacional. "Esta pérdida de vigencia puede manifestarse a través de hechos tales como una extendida inobservancia de derechos y garantías que la Constitución consagra, en la designación o remoción de funcionarios o en la sanción de normas por métodos ajenos a los que la Constitución establece" (mensaje del Poder Ejecutivo).

§ 1761. *Limitación subjetiva de la tipicidad agravada.* – La otra limitación es de carácter subjetivo, puesto que no derogando la norma los principios generales de la culpabilidad en los tipos calificados, la circunstancia de agravación debe haber estado presente en la conciencia del autor del delito al cometerlo, sea como ulterior finalidad agotadora de su acción delictiva, sea –por lo menos– como conocimiento de la probabilidad de ocurrencia del peligro agravatorio.

El proyecto remitido por el Poder Ejecutivo era más exigente en esta materia; optando políticamente por una restricción de la esfera de represión, requería que la contribución fuese *deliberada*, con lo cual sólo se daba la agravante en el primero de los supuestos cognoscitivos precedentemente enunciados, ya que "la inclusión de un elemento subjetivo... está dirigida a excluir la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual". La exclusión de dicho elemento en la ley sancionada ha dejado las cosas como lo expresamos precedentemente.

VII. Violación de patronato

§ 1762. *La reforma. Remisión.* – El art. 228 ha retornado a su texto original: "Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del Gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase". La ley 21.338, siguiendo a la ley 17.567, había preferido introducir aquí una prohibición más ge-

nérica que comprendía a todo acto "de autoridad de un país extranjero", entre los cuales estaban, por supuesto, las conductas ahora prohibidas.

Parece innecesario insistir en las críticas que se formularon en la redacción hasta ahora vigente. En las fórmulas constitucionales anteriores, los criterios interpretativos que permitían especificar el contenido del tipo, se enunciaban en el art. 86, inc. 9°, de la Const. nacional, que no dejaba de ofrecer dudas sobre la constitucionalidad del concordato del 10 de octubre de 1966 (ley 17.032); pero en el actual texto constitucional, después de la reforma de 1994, dicha norma desapareció en el nuevo art. 99 de la Const. nacional (reemplazó al art. 86). Lo que queda parcialmente vigente es el anterior art. 67, inc. 19 (actual art. 75, inc. 22). Pero si aquél otorgaba competencia al Congreso, al decir: "Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación", la nueva disposición, en su párr. 1°, dice: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Con esto, el ejercicio del *patronato* desapareció de nuestro derecho público, con lo cual el art. 228 del Cód. Penal ha quedado implícitamente derogado.

CAPÍTULO II

SEDICIÓN

§ 1763. *ELIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 230 "BIS".* – Como los textos de las normas de este capítulo, luego de las reformas introducidas por la ley 16.648, no habían sufrido cambio alguno con la ley 21.338, salvo la inserción del art. 230 *bis* que reprimía el público menosprecio de los símbolos nacionales y provinciales argentinos, la única reforma es, justamente, la eliminación de éste, cuya materia pasó a formar parte del art. 222, párr. 3°, aunque con una fórmula distinta; con lo que el bien jurídico protegido (el orden institucional) ha ganado en coherencia.

I. SEDICIÓN PROPIAMENTE DICHA

§ 1764. *EL TEXTO Y LA PROTECCIÓN LEGALES.* – El art. 229 del Cód. Penal castiga con prisión de uno a seis años a "los que, sin rebelarse contra el Gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidos en la ley".

El art. 229 del Cód. Penal procura preservar el orden institucional provincial: tanto el que se establece en las relaciones interprovinciales, como el interno de cada provincia. Cuando la actividad está lanzada más allá de dicha esfera, o sea, cuando el movimiento, aunque realizado dentro de una provincia y atacando directamente su orden institucional, tiene como objetivo el ataque al orden institucional de la Nación, no estaremos ya en la sedición, sino en el delito de rebelión. Así lo establece, por su parte, específicamente la ley con la expresión "sin rebelarse contra el Gobierno nacional".

§ 1765. *FIGURAS CONTEMPLADAS.* – El art. 229 prevé dos figuras distintas de sedición: la de armar una provincia contra otra y la de alzarse en armas para lograr, dentro de una provincia, cualquiera de las finalidades propias del delito de rebelión.

A) ARMAMIENTO DE UNA PROVINCIA CONTRA OTRA

§ 1766. *LA PROTECCIÓN LEGAL.* – En la primera figura se pune al que *armare una provincia contra otra.* Se trata de proteger la organización institucional federal, preservando las autonomías provinciales, sus esferas de competencia en los territorios que les son propios y los poderes reservados para cada una de ellas dentro del régimen constitucional argentino; en una palabra, la norma ampara la integridad de cada provincia como ente político dentro de la organización nacional.

§ 1767. *Acción típica.* – Aunque de las expresiones literales podría inferirse que basta la acción de *pertrechar* fuerzas, con los elementos necesarios o útiles de una provincia con la finalidad de atacar a otra (Vázquez Iruzubieta), la generalidad de la doctrina sostiene que la expresión "armar una provincia contra otra" es *metafórica* (Soler). La verdad es que, como vimos, estos tipos deben interpretarse y aun completarse con las disposiciones constitucionales, y así la acción de "armar una provincia *contra otra*" no se conforma con el pertrechamiento militar de una provincia para atacar a otra –hecho que no pasaría de constituir conspiración–, sino que requiere *hostilidades de hecho* de una provincia contra otra (ver art. 127, Const. nacional), con invasión (art. 6°, Const. nacional) o sin ella.

Las hostilidades de una provincia contra otra importan que aquélla actúe como entidad política al atacar a ésta, ya que si quienes atacan son particulares, sin relación alguna con la provincia como entidad pública, podremos encontrarnos, en todo caso, con la otra figura de la sedición, pero no con el armamiento de una provincia contra otra.

§ 1768. *Aspecto subjetivo.* – Parte de la doctrina requiere que en la acción de armar el autor persiga alguna de las finalidades que se enuncian como elementos subjetivos de la otra figura de sedición, que son los mismos que para la rebelión (Fontán Balestra, Malagarriga); pero tal afirmación no es exacta: de la estructura típica se infiere que son exigencias exclusivas de esa otra figura de sedición; pero, por supuesto, mientras en las hostilidades de hecho la provincia que la lleve a cabo actúa como entidad política, nada obsta a que los autores hayan perseguido aquellas finalidades; éstas no son típicamente imprescindibles.

§ 1769. *Consumación.* – El delito se consuma con la realización de las hostilidades de hecho: los actos anteriores a esa faz ejecutiva (como puede ser el pertrechamiento de fuerzas, según dijimos) podrán ser actos de tentativa, pero que, en la especie, se punen autónomamente como conspiración (§ 1677).

§ 1770. *Culpabilidad.* – El dolo exige el conocimiento de las circunstancias en que se llevan a cabo las hostilidades (particularmente en lo que atañe a la intervención de la provincia como entidad

política) y la voluntad de realizarlas. Aunque se exige el dolo directo, las finalidades que guíen al autor son indiferentes, siempre que quiera hostilizar a una provincia actuando a través de otra como entidad de derecho público.

B) Alzamiento en armas

§ 1771. *Remisión.* – Es la figura de la rebelión trasladada a la órbita del orden institucional provincial. Todas las referencias objetivas y subjetivas que se han formulado con referencia a dicho delito mantienen aquí su valor.

§ 1772. *Distinciones con la figura anterior.* – Autor puede ser cualquier persona; pero, si como hemos visto, aquél actúa a través de otra provincia como entidad política, el hecho se traslada a la primera figura, aunque las finalidades perseguidas por el agente sean algunas de las enunciadas para esta figura. Por tanto, ésta se la puede describir negativamente: es el alzamiento en armas contra el orden institucional provincial, sin trasladarse al nacional y sin que importe hostilidades de una provincia contra otras en cuanto entidades políticas.

II. Motín

§ 1773. *El texto y la protección legales.* – El art. 230 del Cód. Penal reprime con prisión de uno a cuatro años a "*1*) los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22, Const. nacional); 2) los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este Código".

Aunque el motín –en las dos formas previstas por el art. 230– no ataca directamente a la estructura de los poderes constitucionalmente constituidos, quiebra el orden institucional al deformar los canales de petición, desconociendo el sistema representativo u oponiéndose a la ejecución de las leyes o resoluciones legítimamente

sancionadas por los poderes públicos. El delito comprende, como ya lo adelantamos, tanto la esfera nacional como la provincial.

A) Atribución indebida de los derechos del pueblo

§ 1774. *Acción típica.* – La que se pune en el art. 230, inc. 1°, es una conducta compuesta: atribuirse los derechos del pueblo y peticionar a nombre de éste.

Aunque, a diferencia de lo que pasa en el art. 230, inc. 2°, la ley no habla aquí de *alzamiento*, la doctrina está de acuerdo en que el levantamiento es una nota común a ambas figuras de motín, exigible, por consiguiente, también en la hipótesis del inc. 1°. La razón es que no es la simple petición lo que se pune, ni siquiera la petición que se hace invocando la representación del pueblo por parte del que demanda, sino la petición hecha junto con esa invocación que reviste un determinado grado de imposición fundado en la calidad o en la naturaleza del grupo que formula el pedido, pues sólo así puede amenazar al orden institucional, colocando en posibles dificultades a los organismos públicos para oponerse a lo solicitado y mantener el orden ante la actividad grupal. Cuando la eventualidad de difícil o complejo control no se da, por la exigüidad del grupo o por la calidad de los elementos de que dispone, no estando amenazado realmente el bien jurídico protegido, no parece que pueda operar el tipo.

La acción típica debe ser, por tanto, un abuso del derecho de peticionar que poseen los componentes del pueblo de la República, al invocarse indebidamente su gestión, usurpando así el ejercicio de su soberanía y un abuso del derecho de reunión, al utilizarse el levantamiento colectivo como un modo de imponer la petición a las autoridades. Éste es, por otra parte, el claro sentido del art. 22, Const. nacional, cuya segunda parte trae el tipo transcripto por el art. 230, inc. 1°, del Cód. Penal.

§ 1775. *Objeto de la petición.* – Cuando se dan esas características de la acción típica, no interesa el objeto de la petición, la que puede constituirse en algo lícito o ilícito, ni la finalidad que persigue. Aunque alguna doctrina (Malagarriga) pretende que aquélla esté constituida por alguno de los objetivos enunciados por la figura de la rebelión, no se trata de una exigencia típica.

§ 1776. *Consumación.* – Es delito de actividad que se consuma con la petición, sin que se necesite la obtención de resultado alguno. No es concebible la tentativa: los actos preparatorios del motín quedan incluidos en la conspiración, según el art. 233 del Cód. Penal (Soler) y los ejecutivos ya importan consumación.

§ 1777. *Autor.* – Autores son los integrantes de las fuerzas armadas o que componen la reunión de personas. Entiéndese por *fuerzas armadas* los cuerpos militarizados de cualquier carácter, en cuanto sean públicos, pertenezcan a la Nación o a las provincias (fuerzas armadas de la Nación, de seguridad, policiales o penitenciarias). Para la autoría basta con la pertenencia a la fuerza, aunque en el motín no se utilicen armas.

Reunión de personas es el grupo con entidad para levantarse con la efectividad que enunciamos precedentemente.

La autoría requiere la intervención personal en el levantamiento con el que se formula la petición, aunque no es indispensable que sea *corporal* (como cree Soler): interviene en el motín quien integra el grupo de personas que actúa físicamente en el levantamiento, como quien lo dirige a distancia (p.ej., por medio de comunicaciones radiales).

No es fácil pensar en supuestos de complicidad; en cuanto a la instigación, sostiene la doctrina que "la instigación sin participación material debe asumir la forma de promoción del art. 233 para ser punible" (Soler).

§ 1778. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, que requiere el conocimiento de que se interviene en un levantamiento a fin de peticionar en nombre del pueblo y la voluntad de hacerlo de ese modo. Sólo funciona el dolo directo; el eventual es incompatible con la culpabilidad típica.

B) Alzamiento público

§ 1779. *Carácter del delito.* – Si en el tipo del art. 230, inc. 1°, teníamos una suerte de atentado, ya que se trataba de imponer algo a la autoridad, aquí tenemos una suerte de resistencia, pues se trata de oponerse a la ejecución de leyes u órdenes de la autoridad pública.

§ 1780. *Acción típica.* – La acción es la de *alzarse públicamente*; o sea, manifestarse grupal y públicamente, organizándose de ese modo para perseguir la finalidad típica. Ya vimos cuál es el concepto de alzamiento; en cuanto al de carácter público, es aquel que, sea por su naturaleza colectiva o por los medios que se utilizan para manifestarse, puede extenderse o al menos ser conocido por un número indeterminado de personas.

El alzamiento puede ser o no armado. Si se trata de un alzamiento armado, sólo será aplicable el art. 230 cuando la oposición a la ley u órdenes no esté inspirada en alguna de las finalidades propias de la rebelión o de la sedición, ya que, en tales supuestos, serán aplicables los arts. 226 y 229; así lo impone, por otra parte, la cláusula final del art. 230.

§ 1781. *Presupuesto del delito. Consumación.* – La oposición a la ejecución de las leyes u órdenes es un elemento subjetivo del tipo; por lo tanto, el delito se consuma con el alzamiento público, aunque aún no se haya llevado a cabo otro acto de efectiva oposición (como sería, p.ej., la expulsión de los funcionarios públicos del lugar donde van a ejecutar la orden); pero si esto ocurre, el delito no se multiplica, salvo los que puedan cometerse contra las personas o los bienes en el curso de la oposición. Mucho menos es necesario para la consumación, que se haya conseguido la no ejecución de la ley o de la orden. No parece posible la tentativa. Los actos preparatorios pueden constituir conspiración.

Pero la finalidad de la acción típica plantea la necesaria existencia de una ley en curso de aplicación o de inminente aplicación, o de una orden en ejecución o de inminente ejecución. No hay motín cuando la actividad se dirige a impedir que prospere un proyecto de ley o que un funcionario imparta una orden; en todo caso, constituirán delitos contra la Administración (p.ej., atentado).

§ 1782. *Autor.* – Autor puede ser cualquiera persona, como en el caso anterior, si integra un grupo con posibilidades de coaccionar a la autoridad. No es concebible el *motín* de individuos aislados, cualesquiera que fueren los medios de que dispongan.

§ 1783. *Culpabilidad.* – El dolo está constituido por el conocimiento de que se interviene en un alzamiento público y la voluntad

de hacerlo con las finalidades típicas. También aquí sólo es posible el dolo directo; el eventual lo elimina la consideración del particular elemento subjetivo que integra el tipo.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

§ 1784. *ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES.* – Estas *disposiciones comunes* pueden clasificarse en cuatro grupos, según las finalidades de su reglamentación. Además, hay que aclarar que si bien en los distintos artículos se mencionan la *rebelión* y la *sedición*, también queda comprendido el *motín*, forma de la sedición (ver § 1763 a 1772).

I. REGULACIÓN DE SITUACIONES ESPECIALES CON RELACIÓN A LA REBELIÓN, SEDICIÓN O MOTÍN

§ 1785. *LOS TEXTOS LEGALES.* – El art. 231 del Cód. Penal dispone que "luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello.

Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos.

No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas".

Por su parte el art. 232 del Cód. Penal, establece que "en caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito".

§ 1786. *CARÁCTER DE LAS DISPOSICIONES.* – Los arts. 231 y 232 del Cód. Penal no contienen meras reglas de procedimiento, como algunos parecen haber entendido, sino que, formando una normativa unificada, regulan aspectos de la punibilidad de los delitos de rebelión, sedición y motín, consagrando una excusa absolutoria para los simples intervinientes y una disminución de pena para los promotores o directores, cuando la manifestación de la rebelión, sedición o motín, no ha pasado de ser un tumulto que sólo ha perturbado el orden, sin que los sublevados, rebeldes o amotinados hayan hecho uso de las armas, sea que el tumulto se haya disuelto por propia determinación de aquéllos, sea que ello haya ocurrido en razón de las intimaciones de la autoridad formuladas según lo dispuesto por el art. 231.

§ 1787. *EXCUSA ABSOLUTORIA Y DISMINUCIÓN DE PENA.* – Al disponer la ley en el art. 232 que en tales casos *sólo serán enjuiciados los promotores* o *directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito*, está consagrando, implícitamente, bajo la forma de una disposición procesal, una excusa absolutoria para los autores o partícipes que no tengan aquellos caracteres y, a la vez, una disminución de la pena para los que los tengan.

El requisito para la procedencia de la excusa absolutoria o de la disminución de la pena es que el tumulto *se disuelva* sin haber producido otro resultado que la perturbación del orden público (originado en el tumulto mismo) y sin que los rebeldes, sediciosos o amotinados hayan hecho uso de las armas.

Trátase de la disolución del tumulto, no de un arrepentimiento individual que, en las circunstancias descriptas por la ley, carece de virtualidad excusante, puesto que cuando se ha suscitado el tumulto se está en la esfera de la consumación del delito. Debe, pues, tratarse de la disolución del grupo rebelde, sedicioso o amotinado, es decir, de un "abandono colectivo" (Soler); no se da, por consiguiente, cuando sólo hay retiros individuales de algunos componentes o parciales de un sector del grupo. Tampoco lo constituye la disolución del grupo en un lugar, para reagruparse y trasladar el tumulto a otro distinto.

Es un abandono colectivo realizado después de manifestado el tumulto; el desistimiento anterior a la producción de él se rige por

los principios generales (art. 43, Cód. Penal), en conjugación con lo dispuesto por el art. 233 sobre el delito de conspiración.

§ 1788. *CONDICIONES PARA LA ATENUACIÓN Y EXCUSA DE LA PUNIBILIDAD.* – Para que la disolución del tumulto alcance virtualidad de atenuante o excusante, los autores no deben haber hecho *uso de las armas* (arg. art. 231 *in fine*); o sea, no deben haberlas hecho funcionar para apoderarse de lugares, atacar a las fuerzas leales o para atemorizar a la población; la sola exhibición de las armas no constituye uso de ellas (Laje Anaya) y, por consiguiente, no quita a la disolución del tumulto aquellos efectos.

Éstos no se producen cuando el tumulto ha originado *otros males*, distintos del constituido por la perturbación misma del orden público, como ocurre cuando en aquél se han producido otros delitos (contra las personas, contra la propiedad, etc.), o cuando se han conseguido las finalidades propuestas (apoderarse de un gobierno provincial, conseguir que la autoridad acceda a la petición coercitiva que motivó el motín, etc.), o se produjeron entorpecimientos o impedimentos en el normal desarrollo de las funciones de la autoridad pública. Se afirma que los delitos o resultados producidos por la acción "individual, causal y anímicamente independiente del tumulto" no constituyen el "otro mal" que impida la efectividad de la excusa o atenuación (Núñez); esto puede ser exacto, pero no excluye que la simple causación individual de los resultados pueda constituir el *otro mal*, en el sentido de la ley, si procede de una actuación *en el tumulto* (p.ej., la lesión que produce uno de los individuos del grupo amotinado al arrojar elementos contundentes contra los transeúntes, o los daños que ocasiona en las propiedades que dificultan el paso del grupo); en la práctica, la distinción entre ambas situaciones no dejará de ser sutil y plantear dificultades.

§ 1789. *INTIMACIÓN DE LA AUTORIDAD.* – Vimos que la disolución del tumulto para funcionar como excusa o atenuación se puede producir, o espontáneamente por la acción colectiva de los partícipes del alzamiento o a instancias de la autoridad. Esto es lo que está regulado por el art. 231, disponiendo que la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello, y si los sublevados no se retiran

inmediatamente después de la segunda intimación, entonces la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos, aclarando que estas intimaciones no serán necesarias cuando aquéllos hayan hecho uso de sus armas.

La *autoridad nacional* a que se refiere la ley es la autoridad encargada del orden público, sea federal o provincial, pues esta segunda, en el caso, actúa dentro del marco institucional de la Constitución nacional. No es autoridad, a los fines de la disposición, la que –aun teniendo ese carácter en la órbita administrativa– no ejerce las funciones de preservar ese orden (p.ej., un rector universitario). El problema que aquí se puede plantear es el de saber qué ocurre si la autoridad disuelve por la fuerza el tumulto sin realizar las intimaciones en la forma dispuesta: la afirmación –bastante común– de que entonces aquélla consuma un abuso de autoridad, es bastante relativa, ya que, en principio, ante el tumulto es inmediatamente ejercitable la fuerza para reprimirlo; trataríase, en todo caso, del ejercicio del deber propio del cargo. Pero lo que aquí nos interesa dilucidar es si operan las atenuantes y la excusa con la disolución (o retiro) del tumulto ante la represión sin intimaciones, cuando aquél no ha causado otro mal que la perturbación del orden público. La respuesta afirmativa se impone: las atenuaciones y la excusa absolutoria funcionan como tales cuando se reprimió sin intimar, como si se hubiese tratado de una disolución o retiro a raíz de las intimaciones legalmente formuladas; la ausencia del procedimiento ordenado por la ley como presupuesto de aquéllas no puede perjudicar a los agentes. La intimación, para que su desatención tenga como efecto excluir las atenuantes y la excusa, debe ser suficiente, esto es, adecuada para llegar a los rebeldes, sediciosos o amotinados; no lo será la que carezca de idoneidad para cumplir con ese objeto (p.ej., la intimación formulada de viva voz desde un lugar que no puede ser escuchada).

§ 1790. *Sujetos.* – Dijimos que si la disolución del tumulto en las condiciones de los arts. 231 y 232 funciona como excusa absolutoria para los partícipes en la rebelión, sedición o motín que no tengan otro carácter, sólo lo hace como atenuante (*la mitad de la pena señalada para el delito*) para los que reúnan las calidades de promotores o directores. El concepto de promotor no es propiamente el de instigador de la parte general del Código; promueve el que

adelanta los planes rebeldes o sediciosos, por cualquier medio que importe la creación o formación del grupo y la provisión de los instrumentos necesarios o útiles para el alzamiento: comprometiendo a determinadas personas, procurando aumentar el número de agentes, adquiriendo armas, etcétera. En el caso de que su tarea se realice sobre las personas, el promotor se diferencia del simple instigador porque la actividad de éste se realiza sobre determinadas personas para que ellas intervengan o lleven a cabo el delito, en tanto que la de aquél persigue el objetivo de la formación del grupo para producir el alzamiento con él; por otro lado, el simple instigador queda fuera de la actividad organizativa, al paso que el promotor actúa en esa actividad. *Director* es quien manda o dispone sobre el alzamiento, su realización, oportunidad y procedimientos; como quien suministra planes o imparte instrucciones para su consumación, aunque no posea directamente mando sobre la totalidad o parte del grupo; el director, por tanto, puede actuar en ese carácter tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución del delito. Es indiferente que los mismos hayan intervenido o no corporalmente en el tumulto disuelto: en cualquier caso les es aplicable el art. 232. Claro está que si el tumulto no ha llegado a manifestarse, la única punibilidad que cabrá a los directores o promotores será la de conspiración del art. 233.

Los simples ejecutores del tumulto –en cuanto acto ejecutivo de cualquiera de los delitos comprendidos–, disuelto en las circunstancias de los arts. 231 y 232, que no son ni promotores ni directores, resultan impunes, ya que no pueden ser *enjuiciados*, según el art. 232, lo cual, como vimos, constituye un modo elíptico de consagrar la excusa absolutoria.

II. DELITOS RELACIONADOS CON LA REBELIÓN Y LA SEDICIÓN

§ 1791. *CARÁCTER DE LAS FIGURAS.* – Dentro del Capítulo III se contemplan ilícitos que, aunque están finalmente unidos a la rebelión, la sedición o el motín, presentan tipicidades autónomas, ya por referirse a actos preparatorios que de otro modo resultarían impunes, ya por punir conductas que importan actividades muy específicas.

A) Conspiración

§ 1792. *El texto legal.* – El art. 233 del Cód. Penal dispone que "el que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuese descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar".

§ 1793. *Acción típica.* – La acción es la de *tomar parte en una conspiración como promotor* o *director. Conspirar* significa deliberar de acuerdo para cometer una rebelión, sedición o motín. No conspiran, en el sentido de la ley, los que simplemente deliberan acerca de las posibilidades de cometer el delito, sino quienes, estando de acuerdo en cometerlo, deliberan sobre los procedimientos, oportunidad o medios para llevarlo a cabo. Hay que insistir, pues, en que el tipo de conspiración exige un presupuesto: el acuerdo de los conspiradores para cometer el delito.

La conspiración es punible como tal en cuanto no ha pasado de ser acto preparatorio del delito de que se trate. Cuando la actividad de los agentes ha trascendido al comienzo de ejecución del alzamiento constitutivo de aquél, la punibilidad se traslada a cada uno de los tipos que los conspiradores pudieron haber tenido en cuenta (rebelión, sedición o motín), bajo la forma de consumación o de tentativa, según los casos. Tal es la correcta interpretación de la expresión legal *si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución.*

§ 1794. *Consumación.* – El hecho se consuma con la deliberación conspirativa, sin que se requiera ulterioridad alguna de ella, ni siquiera que se haya puesto en marcha el plan organizativo del delito, pero el desarrollo de ese plan sigue manteniendo la conducta dentro de la conspiración, en tanto no se haya llegado al comienzo de ejecución del alzamiento.

§ 1795. *Autores.* – Autores del delito sólo pueden ser los promotores o directores de la conspiración. No lo son aquellos que intervienen en la conspiración como simples partícipes sin alcanzar esas calidades; para éstos el acto conspirativo es impune.

La punibilidad requiere la intervención de dos o más personas en la conspiración; la sola ideación o deliberación unipersonal, o hasta la tarea organizativa unipersonal sin el acuerdo con terceros, no llena las características típicas. Pero no es necesario que la pluralidad esté formada por directores o promotores; basta con el acuerdo y la posterior deliberación conspirativa de dos personas, aunque una sola de ellas asuma alguna de dichas calidades y la otra sea un mero partícipe; aquélla será igualmente punible aunque ésta no lo sea.

§ 1796. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, que exige el dolo directo, ya que la deliberación conspirativa requiere, necesariamente, la dirección de la voluntad en orden a la comisión de determinado hecho.

B) Seducción de tropas y usurpación de mando

§ 1797. *El texto legal.* – Dispone el art. 234 del Cód. Penal que "el que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar.

Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos".

Puesto que el único artículo que había sido modificado por la ley 21.338 era el 234, éste es también el único que ha sufrido cambios con la ley 23.077, que suplanta la frase "de una aeronave, buque o vehículo de guerra, de una plaza fuerte" por la "de un buque de guerra, de una plaza fuerte".

La usurpación del mando de una aeronave o de un vehículo de guerra, si no implica, a la vez, la penetración en la ejecución típica de las otras conductas previstas en el título, quedarán al margen de la penalidad y la responsabilidad emergente cubierta, en su caso, por el derecho penal especial, cuando se diesen las circunstancias personales o circunstanciales de su aplicación.

§ 1798. *Acciones típicas.* – Las acciones punibles, unidas por el mismo elemento subjetivo, son tres: seducir tropas, usurpar el mando y retener ilegalmente el mando.

La *seducción de tropas* ha sido contemplada como una forma calificada de conspiración, ya que el agente, en ese caso, conspira promoviendo la rebelión, sedición o el motín, apoderándose del medio para ello, es decir, disponiendo de la tropa con la finalidad de utilizarla en la comisión de aquellos delitos (Soler, Laje Anaya).

Seduce el que convence a la tropa predisponiendo su ánimo para la comisión de cualquiera de aquellos delitos; éste es el concepto común en nuestra doctrina. También se ha sostenido uniformemente que no basta la simple *proposición*, esto es, la mera invitación a la tropa a cometer el delito. Pero en lo que no se ha puesto de acuerdo la doctrina es en determinar qué punto debe haber alcanzado el acto de convencimiento; para algunos, cuando la proposición toma forma de actos directos de seducción (*arengas, conversaciones con oficiales y clases con promesas y halagos*), se da el delito, aunque no se haya llegado a convencer (parece ser ésta la postura de Soler); para otros es necesario haber llegado a convencer, puesto que lo que se pune es haber seducido, no tratar de seducir (Núñez); de acuerdo con ello no alcanzarían tipicidad los actos de seducción que no hubieran tenido el efecto de convencer a la tropa. Ésta parece ser la interpretación correcta de la ley argentina: los actos de seducción que no han tenido respuesta en la tropa, sólo se podrán punir como actos de tentativa o, hasta cierta altura, como conspiración, si se dan los caracteres de dicho tipo.

El objeto de la seducción es la *tropa*. La ley designa *tropa* al conjunto de individuos con estado militar (por lo menos cinco, según el Código de Justicia Militar) o policial. No lo es el conjunto de individuos armados que carecen de estado militar o policial; por lo tanto, la seducción de ellos queda al margen del tipo, como también la seducción de individuos aislados de la tropa, por más que por su intermedio se trate de lograr el concurso de otros (p.ej., la seducción de un jefe de regimiento para que actúe con él); esos actos sólo podrán ser punidos, también, por la vía de la conspiración en su caso. Pero lo que el tipo no exige es que la tropa sea seducida *en conjunto*; queda comprendida en él la conducta de quien seduce al conjunto por medio de actos de seducción individual de sus componentes.

Usurpa el mando el que ejerce ilegítimamente el poder que lo constituye y que él no poseía, sea desplazando a quien lo ejercía, sea ocupando un cargo que estaba vacante. No es suficiente que se invoque falsamente el desempeño del cargo que atribuye el poder del mando; es necesario que lo ejerza, al menos asumiéndolo, aunque no se haya hecho uso del mando por medio de actos concretos de poder.

La usurpación debe recaer sobre el mando de tropa –cuyo concepto ya hemos visto–, aeronaves, buques o vehículos de guerra (quedan excluidas del tipo las usurpaciones de mando de buques mercantes, vehículos o aeronaves comerciales o civiles en general), plazas fuertes o puestos de guardia, entendiéndose por tales aquellos que están ocupados militarmente por personal de las fuerzas armadas o militarizadas (fuerzas de seguridad o policiales).

El medio utilizado para perpetrar la usurpación es indiferente: puede ser la fuerza, el fraude, la connivencia con el que legítimamente ejerce el mando, etcétera.

Retiene ilegalmente el mando el que, habiéndolo ejercido y cesado en él por disposición de la ley o de la autoridad competente, sigue ejerciéndolo sin solución de continuidad (si ésta se diere entre la cesación en el mando y el ejercicio ilegítimo posterior de él se estaría ante la otra forma de la usurpación).

El mando retenido puede ser *político* o *militar*; político es el que ejerce el gobierno del Estado nacional o provincial mediante el ejercicio de los poderes de ejecución o disposición (la retención típica sólo puede recaer sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo, pero no sobre el Judicial); militar es el que se ejerce sobre individuos con estado militar (art. 872, Cód. de Justicia Militar), sobre cosas o lugares sujetos a la autoridad militar.

§ 1799. *Elemento subjetivo.* – Las tres formas del delito se unen, dijimos, en el elemento subjetivo, puesto que todas las acciones típicas deben ser cumplidas *para cometer una rebelión* o *una sedición* (esta última comprensiva del motín). No se da el tipo cuando el autor no actúa con esa finalidad.

§ 1800. *Confluencia de figuras.* – Este elemento subjetivo, que es, precisamente, el que condiciona la colocación del delito en este título, hace que él desplace, por especialidad, a todos los otros

que importan, también, usurpación de autoridad y que necesariamente el agente debe cometer para usurpar o retener ilegítimamente el mando.

Es el elemento subjetivo el que otorga al tipo la característica de constituir la punición de actos preparatorios de la rebelión, la sedición y el motín que, en cuanto tales, quedan consumidos por el comienzo de ejecución de cualquiera de dichos delitos. La ley cuida de puntualizar este principio al disponer que si llegare a tener efecto la rebelión o sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos. No se trata, pese a la equívoca formulación, de una agravante de la pena del delito que estudiamos; puesto que si así fuese se aplicarían autónomamente ambas penas: la de este delito y la del delito de rebelión, sedición o motín ejecutados, lo cual no ocurre; se trata, insistimos, de la reafirmación legal del principio de consunción en el caso.

§ 1801. *Consumación.* – El delito se consuma con el logro de la seducción de la tropa, la usurpación o la retención del mando sin que sea necesario otro efecto ulterior. Aunque en sí son todos ellos, como vimos, actos preparatorios de otros delitos, la figura de la seducción de tropas admite tentativa, pues ya hemos dicho que la tesis correcta es aquella que considera el delito como de resultado (lograr la seducción); sin embargo, como lo adelantamos, la tentativa de este delito se dará en los casos en que no sea aplicable el tipo de conspiración, pues si esto ocurre, el delito perfecto (*conspiración*) consumirá al imperfecto (*la tentativa de seducción*).

§ 1802. *Autor.* – Autor puede ser cualquier persona. No se ve la razón por la cual algunos (Fontán Balestra) opinan que es poco probable que un civil pueda usurpar un mando militar (piénsese, p.ej., en un supuesto de fraude). Lo que sí no es posible es que un civil pueda retener ilegítimamente un mando militar. Pero es indudable que la autoría de algunos de estos delitos por parte de agentes con carácter militar, planteará delicados problemas de competencia con relación a la figura de rebelión tipificada por el Código de Justicia Militar.

§ 1803. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que, dada la vigencia de un elemento subjetivo típico, exige ineludiblemente el dolo

directo. En la forma de retención del mando requiere el conocimiento de la ilegitimidad de la retención, sin que la duda equivalga a él: el que duda aquí, no conoce y, por tanto, actúa inculpablemente.

C) Infracción al deber de resistencia

§ 1804. *El texto legal.* – El art. 235, párr. 2°, del Cód. Penal ordena que "los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años".

§ 1805. *Acción típica.* – La acción es la de *no resistir*, o sea la omisión de cumplir con el deber de oponerse al alzamiento mediante una actividad o una inactividad (p.ej., no prestar obediencia a los alzados).

La resistencia tiene que ser ejercida por el funcionario *por todos* los medios a su alcance; debe resistir, por tanto, del modo que por su calidad y los medios con que cuenta, puede alcanzar. La resistencia insuficiente, o sea, aquella en que no se emplearon todos los medios de que el funcionario disponía y, con más razón, la mera apariencia de resistencia, no eluden la omisión típica y, por tanto, engendran punibilidad. Contrariamente, cuando no existe para el funcionario posibilidad de resistir, la omisión es atípica por falta de acción, ya que el agente no pudo asumir la conducta debida.

§ 1806. *Presupuesto del delito.* – Para que se pueda hablar de omisión típica se necesita la existencia actual de un alzamiento. No se pune por medio de este delito la omisión de desbaratar los actos preparatorios de una rebelión, sedición, o motín, sin perjuicio de que esa omisión constituya otros ilícitos (p.ej., de los catalogados en los delitos contra la Administración como omisiones funcionales).

§ 1807. *Confluencia de figuras.* – Si bien el tipo no contiene ningún elemento subjetivo, se descarta en el delito la omisión que constituye complicidad en el alzamiento. Lo que aquí se pune es la omisión de resistir el alzamiento; cuando esa omisión la consuma el autor como un modo de contribuir al alzamiento, lo que se aplica son las reglas sobre participación en la rebelión, sedición o motín.

§ 1808. *Autor.* – Autor es, en principio, el funcionario público. Pero no basta esa calidad para convertirlo en autor de este delito; es necesario que, dentro de su función y en el caso concreto, se dé el deber de resistir, ya porque el alzamiento esté dirigido contra la propia función desempeñada por el agente, ya porque la resistencia es uno de los objetivos propios de la competencia funcional de él (p.ej., los integrantes de las fuerzas públicas).

§ 1809. *Justificación.* – Puede plantear problemas de antijuridicidad, especialmente en lo que se refiere al estado de necesidad, los perjuicios que en ciertos casos puede causar la resistencia podrían superar de tal manera a los originados en su omisión, que el agente se vea colocado en una situación de justificación.

§ 1810. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento de la vigencia del deber de resistir y de la disposición de los medios para hacerlo, en relación con la magnitud del alzamiento (el error sobre estos aspectos puede engendrar inculpabilidad) y la voluntad de omitir la resistencia. Dándose tales extremos, poco importan las motivaciones de la omisión: el temor, la posibilidad de obtener ventajas personales, el resentimiento contra la autoridad constituida, etc.; cualquiera de ellas puede ingresar sin dificultad en la culpabilidad típica.

III. Punibilidad especial de los funcionarios públicos

§ 1811. *El texto legal. Carácter de la norma.* – El art. 235, párr. 1°, del Cód. Penal dispone que "los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena". Y el párr. 3° del mismo artículo aumenta "al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad".

La función del art. 235, párrs. 1° y 3°, del Cód. Penal es la de agravar la punibilidad para los funcionarios públicos que participen, con cualquier carácter, en algunos de los delitos del título.

§ 1812. *PRESUPUESTOS DE LA AGRAVANTE PARA FUNCIONARIOS.* – Por el art. 235, párr. 1°, se suma a la pena correspondiente a cada delito en particular, la inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena, para los funcionarios que hubieren *promovido* o *ejecutado* el delito. Lo que agrava es la *promoción* del delito, cualquiera que sea la forma que ella adopte; aquí la ley no se refiere al *promotor*, como lo hizo, por ejemplo, en el art. 233, sino a toda clase de promoción, es decir, de actividad encaminada a que alguien cometa el delito; incluso cabe aquí la instigación en su carácter de participación, según el art. 45 *in fine*. También se agrava la *ejecución* del delito por el funcionario público, cualquiera que fuere la calidad de partícipe que asuma, aun la complicidad en cualquiera de sus grados, siempre que ella importe intervenir en las actividades propias del alzamiento. Las restricciones que alguna doctrina (Núñez) sostiene con referencia a determinadas formas de participación, no parecen coincidir con el sentido de la ley, fuera de que serían injustas.

§ 1813. *PRESUPUESTOS DE LA AGRAVANTE PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.* – La agravante del art. 235, párr. 3°, atiende al uso u ostentación de las armas y materiales ofensivos provistos en razón de la función. Los *usa* quien los utiliza efectivamente en el momento del alzamiento, aplicándolos a sus finalidades, según la particular naturaleza de cada objeto. Los *ostenta* quien los exhibe, portándolos a la vista (no basta portarlos ocultos) o esgrimiéndolos.

Las armas y materiales ofensivos cuyo uso u ostentación condicionan la aplicación de la agravante, son aquellos que se han *confiado* al agente en su calidad de *jefe* o *agente de la fuerza pública*, sin que importe a quién pertenezca la propiedad de ellos. La agravante no se da, por tanto, cuando las armas o materiales no son los encomendados a los autores en su carácter de integrantes de la fuerza pública, sino otros distintos (p.ej., los provistos por terceros a los fines del alzamiento).

Lógicamente, la agravante sólo es compatible con aquellos delitos cuya conducta es la del alzamiento en armas o que, cuando menos, pueden realizarse por ese medio; no lo es con aquellos cuya acción típica no plantea ni la necesidad ni la posibilidad de esa especie de alzamiento (arts. 227, 228 y 233, Cód. Penal).

Sujetos de la agravante son los *jefes* –cualquiera que sea su grado y la extensión del mando que tengan– y *agentes* –integrantes sin mando– que componen las *fuerzas públicas*, o sea, los cuerpos militares o militarizados, cualquiera que fuere su esfera de competencia (nacionales o provinciales; entre estos últimos incluso las fuerzas policiales provinciales).

§ 1814. *Confluencia de agravantes.* – Por supuesto que esta agravante se agrega a la del art. 235, párr. 1º, en su caso, puesto que los jefes y agentes tienen, necesariamente, la calidad de funcionarios públicos.

IV. Aplicación de reglas concursales

§ 1815. *El texto legal.* – Según el art. 236 del Cód. Penal, "cuando al ejecutar los delitos previstos en este título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles".

Algunos han tildado la disposición de "absolutamente innecesaria" (Gómez), ya que, igualmente, por aplicación de los principios generales, no existe otra solución para la cuestión que reglamenta. Pero su existencia en la ley ha planteado a la doctrina la tarea de señalarle una razón de ser.

§ 1816. *Carácter de la disposición.* – Se ha sostenido que lo que la ley pretende al introducirla es excluir la aplicación de las reglas del concurso real (ya que habla de *delitos* en plural; es decir, distintos) entre los delitos que integran el título, aceptando su aplicación entre estos delitos y otros que pertenecen a los demás títulos del Código. Pero ni eso lo dice la ley ni es una afirmación exacta, puesto que nada impide que se dé un concurso real entre los delitos del título, salvo en aquellos casos en que se trate de infracciones progresivas, como ocurre con actos preparatorios que, aunque punidos autónomamente, quedan consumidos por el delito fin, si éste se perpetra (p.ej., conspiración y rebelión).

También se ha dicho que aquí la ley se refiere a los delitos que, aunque se realizan al mismo tiempo que el alzamiento y por los eje-

cutores de éste, son ajenos a sus finalidades, no aparecen como medios necesarios o útiles para realizarlo, ni son consecuencias imprescindibles de él (Núñez, Fontán Balestra), lo cual sin duda es algo relativo: tampoco dice eso la ley ni parece haber sido ésa la intención del legislador, y aunque hay que reconocer que responde a nuestra doctrina tradicional, en algunos casos será una solución dogmática poco aceptable.

Más bien parece que lo que la ley ha pretendido es asegurar la aplicación de las reglas del concurso, que podían ser rechazadas por la interpretación, dado el carácter de alguno de los delitos del título, que importan el desarrollo de procedimientos que, en sí mismos, pueden constituir delitos tipificados de modo autónomo (p.ej., lesiones, daños, etcétera).

TÍTULO XI

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 1817. *LA PROTECCIÓN PENAL. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, FUNCIÓN PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO.* – La protección penal del título se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, cuanto a las otras funciones del Estado (legislativa y judicial); por lo tanto, el concepto penal de *Administración pública* es aquí algo muy lato: es el gobierno del Estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas, pero en cumplimiento de finalidades públicas. Puede decirse, pues, que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente los administrados y sobre éstos, como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la Administración.

CAPÍTULO I

ATENTADO Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

§ 1818. *COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS.* – El sistema del capítulo en la ley 21.338 era el siguiente: *a*) figuras básicas: *1*) de aten-

tado (art. 237), y *2*) de resistencia (art. 238); *b*) figuras agravadas de atentado y resistencia (art. 239, párr. 1°); *c*) determinación del funcionario equiparado (art. 239, párr. 2°); *d*) desobediencia (art. 240); *e*) desobediencia procesal fraudulenta o fraude procesal (art. 240 *bis*); *f*) atentados turbatorios o leves (art. 241); *g*) violación de fueros (art. 242), y *h*) abstención de testigo, perito o intérprete (art. 243).

Tal sistema, con el retorno a los textos originales dispuesto por la ley 23.077 ha quedado así: *a*) figuras de atentado: *1*) básica (art. 237), y *2*) agravadas (art. 238); *b*) resistencia y desobediencia (art. 239); *c*) determinación del funcionario equiparado (art. 240); *d*) atentados turbatorios o leves (art. 241); *e*) violación de fueros (art. 242), y *f*) abstención de testigo, perito o intérprete (art. 243). Resalta en este sistema, con relación al anterior, la desaparición de agravantes para la resistencia y la derogación del tipo de desobediencia procesal fraudulenta o fraude procesal.

I. ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

§ 1819. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 237 vigente dice: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones".

Aunque en lo que hace a la conducta prohibida la fórmula no ha cambiado (se trata de diferencias gramaticales), además de la modificación de la pena de prisión, que era de dos meses a tres años en la versión de la ley 21.338, ésta no traía la cláusula: "o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal"; las razones que se dieron para la supresión –en oportunidad de sancionarse la ley 17.567– no eran del todo convincentes, tanto es así que Soler, luego de operada aquélla y comentando la ley citada, siguió considerando a estos sujetos como posibles destinatarios de la fuerza o intimidación propia del atentado.

§ 1820. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Lo que inmediatamente menoscaba el delito es la libertad de determinación del oficial pú-

blico, su libertad de decisión en el ejercicio de la función: la acción del agente se vuelca sobre el funcionario público para anonadar la determinación de su voluntad y sustituirla por la de él; lo que quiere el agente es vaciar el contenido del acto funcional de las direcciones intencionales del funcionario para llenarlo con las suyas.

§ 1821. *ACCIÓN TÍPICA.* – Desde el punto de vista objetivo, la acción consiste en emplear *intimidación* o *fuerza*, y, desde el punto de vista subjetivo, en hacerlo para *exigir* una determinada actividad o una determinada omisión de carácter funcional (la acción no es la de *atentar*, como erróneamente se ha sostenido).

El artículo emplea la expresión *fuerza* en el sentido de violencia física que se despliega, directa o indirectamente sobre el sujeto pasivo, en tanto que la *intimidación* tiene el sentido de *coerción moral*. No es indispensable que la violencia implique un despliegue muscular del agente; también lo es la provocada con procedimientos que no requieran la conjunción temporal de la actividad física del autor con el agravio corporal al funcionario (p.ej., la realizada por medio de aparatos mecánicos predispuestos para impedir su actividad); cuando ese agravio se realiza por medio del ejercicio físicamente personal de la fuerza por parte del agente, veremos las dificultades que se plantean para distinguir la figura básica de la agravada del art. 239, inc. 4°, al tratar de esta última. En cuanto a la intimidación, su contenido es el común que varias veces hemos explicado: toda actividad del agente destinada a influir psíquicamente en la víctima para doblegar su voluntad, amenazando con dañar bienes jurídicos que le son propios o de terceros. Insiste la doctrina en que la amenaza tiene que ser *grave, seria e inminente*; lo que dijimos al referirnos al delito de coacciones tiene aquí valor, debiéndose agregar que la inminencia no se refiere tanto a la inmediatez cuanto a la eventual certeza –por parte del sujeto activo– de la realización del mal, cuya causación se le presenta como dominada por el agente, en un futuro "no remoto" (Tozzini). El mal amenazado no tiene por qué ser intrínsecamente injusto: basta con que lo sea con relación "al fin que se pretende obtener" (Manzini, p.ej., aplica al funcionario una ley de prescindibilidad en la que puede estar encuadrado, pero cuya aplicación depende de la discrecionalidad del autor del atentado). *La fuerza sobre las cosas* puede quedar incluida como medio típico cuando se resuelve en una intimidación sobre el fun-

cionario (p.ej., destrozarle el automóvil para demostrarle lo que podría ocurrirle) o en una violencia sobre su persona (*matarle su* caballo para que no siga su camino; ejemplo de la jurisprudencia alemana, citado por Manzini), pero no en otros supuestos, porque la enunciación de medios es taxativa, quedando excluido de la tipicidad cualquiera no mencionado (el engaño, la persuasión, el halago, el pacto venal, sin perjuicio de que constituyan otros delitos, como el de cohecho activo, por ejemplo).

§ 1822. *Elemento subjetivo.* – El tipo contiene un particular elemento subjetivo volitivo: el autor debe emplear la intimidación o la fuerza *para exigir al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones*. Lo que se debe tratar de imponer es un *acto propio de la función*; quedan fuera de la tipicidad los casos en que el agente pretenda del funcionario un hacer o un omitir que nada tenga que ver con su función; el acto pretendido, pues, debe ser de competencia del funcionario; además, tiene que tratarse de un acto de autoridad, no de simple gestión (impedir a un funcionario que lleve a cabo una "conferencia de prensa" no es atentado, pero sí impedirle que publique la ley que tiene que publicar); el acto funcional pretendido puede ser lícito o ilícito, siempre y cuando este último sea un acto que aunque sustancialmente ilícito pertenezca a la competencia del funcionario (p.ej., una privación de libertad inmotivada requerida a un agente de la fuerza pública; contra: Argibay Molina y Fontán Balestra, pero con distinto concepto sobre la competencia); si el acto ilícito requerido es un delito, el autor del atentado puede responder como autor o como autor mediato de él.

§ 1823. *Consumación y tentativa.* – Se trata de un delito instantáneo que se consuma con la utilización de los medios típicos para la finalidad prevista por la ley; es delito de peligro, que no exige que la actividad del agente se corone con el logro de dicha finalidad; sin embargo, la consumación requiere que la fuerza o la intimidación hayan recaído efectivamente sobre el funcionario, lo cual, por otra parte, indica que no es admisible la tentativa: los actos anteriores a esa incidencia no pasarán de ser actos preparatorios.

§ 1824. *Confluencia de figuras.* – Ya vimos que cuando el autor del atentado impone al funcionario la comisión de un delito,

tiene que responder por éste, funcionando en concurso real con el atentado.

Cuando éste se perpetra con fuerza (violencia) en las personas, los resultados dañosos sobre ellas concurren idealmente con aquél. Cuando se lo perpetra por medio de intimidación, es indudable que el atentado nos ubica ante un supuesto de coacción; sin embargo, la subsidiariedad de esta última hace que el atentado desplace la figura del art. 149 *bis*, párr. 2°; con todo, no es de fácil solución el problema de confluencia entre el atentado y la coacción agravada del art. 149 *ter*, inc. 2°, *a* (cuando las amenazas tienen como propósito "la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos"), pero aun en ese caso pesa la subsidiariedad del delito de coacciones, que quedará desplazada cuando la imposición constituya un atentado; en última instancia, será el carácter funcional del acto y la competencia del funcionario coaccionado lo que determinará si se está ante una coacción agravada o ante un atentado (amenazar al presidente de la República para que ponga en libertad a un procesado que se encuentra a disposición de un juez será una coacción agravada, pero amenazar al juez será un atentado).

§ 1825. *Sujetos.* – Autor puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo es el funcionario sobre quien recae la imposición por los medios típicos; la relación funcional debe subsistir en el momento del hecho, aunque el sujeto no esté actualmente ejerciendo la función (p.ej., que se halle en uso de licencia). Ya vimos que reaparece en el texto vigente la figura del *asistente* del funcionario.

§ 1826. *Justificación.* – El delito puede plantear cuestiones atinentes a la justificación. La doctrina habla del derecho de resistencia contra el acto de autoridad ilegítima, y es posible pensar en supuestos de legítima defensa en esos casos; otras justificantes –como puede ser el estado de necesidad– pueden operar aun respecto de la actividad legítima del funcionario.

§ 1827. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso que exige en el autor el conocimiento de la calidad del sujeto pasivo y del carácter funcional del acto que procura imponer por medio de la intimidación o la fuerza. El error de hecho o el *error iuris* (sobre el último as-

pecto de ese conocimiento) puede excluir la culpabilidad. El elemento subjetivo que opera en el tipo sólo permite la consideración del dolo directo como típico.

II. FIGURAS AGRAVADAS DE ATENTADO

§ 1828. *EL TEXTO LEGAL: ANTECEDENTES.* – El art. 238, parte 1ª, del Cód. Penal agrava la pena del atentado elevándola a la de seis meses a dos años de prisión: "*1*) si el hecho se cometiere a mano armada; *2*) si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas; *3*) si el culpable fuere funcionario público; *4*) si el delincuente pusiere manos en la autoridad".

Las circunstancias de agravación previstas por el actual art. 238, son las mismas que contenía el art. 239 de la ley 21.338; sin embargo, aquél vuelve a prever, de modo específico, una pena de inhabilitación especial para el agente que fuese funcionario público ("en el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena"), que no figuraba en el texto suplantado y cuya ausencia había suscitado polémica.

§ 1829. *EMPLEO DE ARMA.* – La mayor intensidad de la pena en el atentado o en la resistencia a mano armada toma en cuenta el poder intimidante del medio utilizado, pero indudablemente confluye aquí la consideración del mayor peligro que corre el sujeto pasivo, lo cual indica que no es arma a los fines de la calificante el arma simulada, que si bien puede influir con un mayor grado de intimidación, carece de posibilidades de aumentar aquel peligro, como también que el tipo agravado requiere que el arma haya sido utilizada como medio de intimidación, aunque para ello no sea imprescindible emplearla directamente contra el sujeto pasivo (abocándosela, esgrimiéndola contra él) y mucho menos acometerlo con ella, siendo suficiente con que el agente la ponga de manifiesto o exhiba de tal modo que aquél vea representado en ella el mayor peligro. De lo dicho se infiere, además, que si bien las armas propias y las equiparadas a ellas pueden comprenderse sin esfuerzo en la agravante, no ocurre lo mismo con las impropias, respecto de las cuales sólo podrán considerarse aquí las que, por su carácter, puedan re-

presentar el aumento del poder intimidatorio y constituir un peligro para la integridad de la víctima (emplear una guadaña cae en la agravante, pero no parece que ocurra lo mismo si el agente esgrime una ligera fusta en contra del funcionario). Lógicamente, si el arma se utiliza contra la víctima (disparando contra ella, acometiéndola), los delitos que así se perpetren concurrirán idealmente con el atentado o la resistencia (contra: Fontán Balestra, que cree que se trata siempre de un concurso real), pero el concurso será de carácter material cuando se le haya infligido con ella lesiones (que no sean leves) o muerte (que constituye un plus respecto de la utilización del arma como medio para atentar).

§ 1830. *PLURALIDAD DE AGENTES.* – En el inc. 2° el fundamento de la agravante estriba en que la pluralidad de agentes facilita más la vulneración del bien jurídico protegido. El hecho tiene que haber sido cometido *por* la reunión; no es suficiente que los medios comisivos se desplieguen *en una* reunión de personas. La pluralidad tiene, pues, que obrar con el objetivo común de atentar o resistirse; en otras palabras, en cada uno de los agentes debe darse el elemento subjetivo propio del tipo del art. 237, aunque el tipo agravado no requiere un concierto previo, bastando la mera reunión accidental en pos de los objetivos típicos; además, es indispensable que sea la pluralidad de personas la que actúe, que todas y cada una de ellas intervengan en la producción de la intimidación o de la fuerza. Cumpliéndose ese requisito en el número exigido por la ley (más de tres), es indiferente que ese número sea completado por personas que no puedan ser perseguidas penalmente.

§ 1831. *EL FUNCIONARIO PÚBLICO COMO AUTOR.* – La agravante del inc. 3° toma en cuenta que la administración se ve doblemente ofendida: por la lesión propia del delito y por la lesión del deber de respetar los procedimientos de aquélla que tiene el funcionario. De esta motivación se infiere una doble consecuencia dogmática: bastando la calidad de funcionario para que se dé la agravante, no es necesario que el agente, al atentar actúe en el ejercicio de sus funciones, o sea, no es necesario que el acto que trata de imponer o la omisión que trata de lograr se refieran a sus propias funciones (un funcionario de Salud Pública puede atentar contra un funcionario policial respecto de la detención de un tercero); además sólo puede

ser considerado a los fines de la agravante quien es funcionario público en los términos del art. 77, párr. 4°, del Cód. Penal, pero no el particular equiparado de acuerdo con el art. 239 (ésta es una equiparación que sólo atañe al sujeto pasivo del delito).

§ 1832. *PONER MANOS EN LA AUTORIDAD.* – La agravante de poner manos en la autoridad toma en cuenta tanto el mayor peligro físico que corre la víctima como "la mayor significación ofensiva del hecho para la autoridad" (Núñez). La expresión *poner manos* es metafórica, entendiéndose por tal todo contacto físico directo entre el autor y el sujeto pasivo por medio del cual aquél ejerce fuerza sobre éste; tanto pone manos quien golpea con las suyas al funcionario como quien lo saca a empujones del lugar donde se encuentra o lo inmoviliza, sentándose sobre él. Tiene que ser un contacto físico directo, sin mediación instrumental (en este segundo caso la calificante podría conducir al uso de armas). La consagración legislativa de esta agravante ha planteado a la doctrina un problema de no fácil solución; es el de saber si siempre que el agente emplea su propio cuerpo contra el funcionario se dará la calificante, o si ésta requiere una especial aplicación de dicha fuerza; se pregunta cómo puede emplear la fuerza contra el funcionario sin emplear las manos, por lo cual el hecho, en esos supuestos, sería siempre un delito calificado; claro que en la mayoría de los casos de utilización de violencia contra el funcionario podemos estar en esta agravante, pero de ningún modo aseverar que el tipo básico quede vacío de todo contenido; habrá muchos casos de violencia que no caigan en la agravante, precisamente por falta del contacto físico directo que ella exige (p.ej., dejar caer una red sobre la víctima, la que no puede considerarse arma). También se han planteado problemas de confluencia de figuras, particularmente en lo que concierne a las lesiones de carácter leve, que normalmente pueden derivarse del hecho de poner manos; para una parte de la doctrina (Soler), las lesiones de ese carácter quedan absorbidas por la conducta agravada que venimos estudiando, lo cual, en algunos casos, vendrá a ser una solución arbitraria; puede haber lesiones de carácter leve que signifiquen un *plus* (que no resulten imprescindiblemente necesarias al modo de poner manos) que, por tanto, cobren significación en un hecho que si no es distinto merece superar el simple concurso aparente (p.ej., golpes repetidos); en esos casos bien se puede afirmar que nos ha-

llaríamos ante un concurso ideal entre ambos delitos: el de lesiones leves y el de resistencia.

III. RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

§ 1833. *RESISTENCIA. LA PROTECCIÓN LEGAL.* – En tanto el art. 239 vigente reprime con prisión de quince días a un año al "que resistiere... a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones", la ley 21.338, siguiendo la pauta de la ley 17.567, había preferido describir con precisión lo que consideraba un hecho de resistencia, acudiendo en su art. 238 a términos similares a los de la descripción del atentado: "el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público..., para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones".

La resistencia lesiona el orden de la Administración, atacando la libre acción del funcionario público.

§ 1834. *ACCIÓN TÍPICA.* – A diferencia de lo que ocurre en el atentado, como la acción tiene que estar destinada a trabar el ejercicio de un acto funcional, son requisitos esenciales de la resistencia la existencia de una decisión funcional que haya originado una orden ejecutable contra alguien y el actual ejercicio de la actividad de un funcionario público encaminada al cumplimiento de dicha orden. La resistencia importa siempre una oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del agente, por lo cual la acción típica sólo es posible durante el desarrollo de él, pero no antes de su comienzo ni cuando ya ha cesado.

La utilización de una expresión genérica como la de *resistir* –si bien en general la doctrina le había dado una interpretación que se adecuaba a la descripción de la ley derogada– permite referir los medios de la acción con relativa mayor amplitud y no reducirlos estrictamente a los de fuerza e intimidación.

§ 1835. *ASPECTO SUBJETIVO.* – El aspecto subjetivo del tipo está constituido por la finalidad de impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de la función; tiene que emplearse como medio el despliegue de *resistencia* para lograrlo.

Si bien la fórmula vigente no lo enuncia expresamente como un elemento subjetivo, la exigencia no puede ser distinta en ella.

Aunque se ha dicho que mientras en el atentado el agente puede exigir una acción o una omisión, en la resistencia tan solo podría exigir una omisión, lo cual sólo parcialmente es exacto; así ocurre cuando el autor procura impedir la ejecución del acto, pero no cuando lo que procura es trabar su ejecución, pues en ese trabamiento puede caber la imposición de que el acto se realice no como quiere practicarlo el funcionario, sino como el agente quiere que se realice, con lo cual puede exigir una determinada acción, no una simple omisión del acto funcional.

Si bien aquí la ley extiende la posibilidad de la acción al empleo de la fuerza o intimidación sobre un tercero ajeno a la Administración que colabora con el funcionario, de cualquier modo aquélla tiene que estar dirigida contra la persona del funcionario, en su carácter de tal, o contra el tercero en cuanto presta ayuda a dicho funcionario y como reacción contra la actividad funcional de aquél. Finalidades distintas (p.ej., vengar una ofensa) pueden llegar a excluir la tipicidad, aunque la conducta del agente repercuta sobre el acto funcional. Por supuesto que no ocurre así cuando a la finalidad distinta se agrega la típica. Esto demuestra que la ley requiere que la conducta se dirija contra el acto de autoridad, no bastando que se lo haga contra un acto funcional que no tenga ese carácter. Además, el acto de autoridad debe ser propio del legítimo ejercicio de las funciones del sujeto pasivo, lo cual requiere que pertenezca a su competencia, que se hayan llenado las formalidades exigidas por las leyes y reglamentos y que no sea abusivo; es decir, debe reconocer una causa legítima y ser ejecutado dentro de los límites prescriptos por las leyes y reglamentos o impuestos por la necesidad. La conducta que importa una resistencia contra un acto que no reúne esas características, no puede ser típica, aunque el texto vigente no contenga la exigencia de manera expresa, dado el bien jurídico protegido.

§ 1836. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con el empleo de los medios con los que se realizan las actividades de resistencia contra el funcionario público o el tercero que le presta ayuda, con la finalidad de oponérseles, aunque no se haya alcanzado a impedir o trabar el acto funcional. Lo cual demuestra que, en

principio, la tentativa es difícil de admitir, ya que todos los actos que se plantean como tales o son meramente preparatorios o constituyen una ejecución que coloca el delito dentro de los límites de la consumación.

§ 1837. *Sujetos.* – Autor puede ser cualquier persona; tanto puede serlo el destinatario del acto funcional como un tercero: cualquiera puede impedir o entorpecer el acto funcional, aunque no lo afecte a él.

Sujeto pasivo puede serlo tanto el funcionario público en su actual ejercicio, como el particular que la ley reputa funcionario público, según veremos, como el tercero que presta ayuda a aquél.

§ 1838. *Justificación.* – En materia de justificación muy difícilmente se podrá pensar en una hipótesis de legítima defensa, puesto que el acto funcional tiene que ser legítimo; pero sí pueden caber las demás justificantes, como el estado de necesidad y el ejercicio del derecho o del deber.

§ 1839. *Culpabilidad.* – Como en el atentado, el delito de resistencia sólo es compatible con el dolo directo. Cognoscitivamente el autor debe saber la calidad que convierte al paciente de la fuerza o intimidación en sujeto pasivo del delito (que se trate de un funcionario público o de los particulares a los que nos hemos referido), así como el carácter funcional del acto al que se resiste y su legitimidad, aunque la duda sobre este segundo aspecto equivale al conocimiento; el *error iuris* sobre tales circunstancias puede llegar a excluir la culpabilidad.

§ 1840. *Desobediencia.* – El mismo art. 239 castiga ahora (con idéntica pena que para la resistencia) al que "desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal". El art. 240 de la ley 21.338 reprimía (con prisión de dos meses a dos años) al "que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención". Las diferencias entre las dos fórmulas se asientan, pues, sobre: *a*) la mención expresa al impartimiento de la orden, que no aparece en la vigente; *b*) la

mención de la desobediencia al que no siendo el funcionario competente, colabora con él, y *c*) la eliminación del supuesto de excusa en los casos en que la orden impartida sea la de la propia detención del agente, en el texto actual.

a) La circunstancia de que éste ya no refiera la desobediencia a la *orden impartida* no cambia el sentido de la tipicidad, ya que si faltase la orden no se daría una conducta a la que pueda caracterizarse como desobediencia: sólo puede *desobedecer* quien es destinatario de una orden (Núñez).

Sin embargo, la ubicación de la desobediencia en la misma disposición que la resistencia, perturba la correcta intelección del tipo, puesto que por ello mismo se otorga a la acción de desobedecer una tonalidad negativa (u omisiva) que no es del todo exacta, puesto que, aunque la desobediencia sea un delito de omisión, nada obsta a que pueda realizarse por medio de un *hacer*.

b) Sí puede cambiar la intelección del tipo la referencia a la desobediencia a la orden impartida por el particular asistente, que no contenía la fórmula de la ley 21.338. La razón de su eliminación en ésta nos pareció obvia, ya que, como en la desobediencia no se requiere que medie un despliegue de actividad en oposición a la ejecución de un acto funcional, indicábase como inoperante una tal referencia. Pero, tal como ha quedado el tipo, no podrá descartarse la posibilidad de que se dé una desobediencia de aquella clase: claro está, será muy difícil que el *desobedecido* no sea el mismo funcionario que requirió ayuda del particular, pero no es imposible (p.ej., orden impartida originariamente por el particular que presta ayuda al funcionario en una situación de conmoción pública).

c) No modifica la interpretación corriente la ausencia de una mención expresa sobre la exención en los casos en que la desobediencia (como pura desobediencia) refiere a la orden de detención del propio agente, si nos atenemos a la doctrina mayoritaria que siempre consideró a la hipótesis marginada del tipo (Soler). Pero la cuestión no es tan clara, y las dudas superadas por las leyes 17.567 y 21.338 vuelven a plantearse.

§ 1841. *FIGURA ESPECIAL DE RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA.* – El art. 6° de la ley 24.192 ha creado una figura especial para estos delitos, cuando ellos se cometan con motivo o en ocasión de un espec-

táculo deportivo, reprimiendo con prisión de un mes a dos años al "que resistiere o desobedeciere a un funcionario público encargado de la tutela del orden, o a la persona que le prestare asistencia" en dichas circunstancias.

IV. EL FUNCIONARIO EQUIPARADO EN EL ATENTADO, LA RESISTENCIA Y LA DESOBEDIENCIA

§ 1842. *EL TEXTO LEGAL. CASOS COMPRENDIDOS.* – El art. 240 del Cód. Penal dispone que para los efectos de "los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito".

Según la letra de la ley, se trataría de remisiones a los delitos de resistencia y desobediencia y de atentados agravados, pero esto último debe entenderse como remisión genérica a cualquiera de los tipos de atentado de los arts. 237 y 238.

Ya no se trata del particular que presta ayuda al funcionario en la hipótesis de resistencia a requerimiento de él o en cumplimiento de una obligación legal, lo que constituye una situación distinta, sino de un particular que actúa por sí, sin relación alguna con un funcionario público.

§ 1843. *CONCEPTO DE "DELINCUENTE".* – Es indudable que la ley no utiliza aquí la expresión *delincuente* en su acepción técnica, sino en una vulgar: basta que se trate de quien se considera que está cometiendo o acaba de cometer un delito (Millán). Por otra parte, para que se dé la equiparación de la ley, el particular tiene que actuar cuando el delincuente se encuentre en flagrancia, concepto regulado por los códigos procesales, que determinan como tal una serie de circunstancias (persona sorprendida en el momento de cometer un delito o inmediatamente después, o mientras es perseguida por esa comisión o cuando exhibe rastros o tiene objetos que hacen presumir la comisión).

§ 1844. *POSIBILIDADES RESPECTO DE LOS MODOS DE COMISIÓN.* – Si bien la ley hace extensiva la situación de este funcionario equi-

parado tanto al atentado como a la resistencia, es menester aclarar que si bien cualquiera de las situaciones previstas como posibilidades de actuación del particular que obra como funcionario público cabe en la resistencia y en la desobediencia, puede no sostenerse lo mismo con relación al atentado. Con respecto a este último, el delito contra el particular sólo es concebible bajo la forma de exigencia de omisiones (p.ej., el particular que manifiesta su intención de aprehender al delincuente, procurando el agente impedírselo por medio de intimidación o violencia), no cabe para él la imposición de la ejecución de un acto funcional.

V. La desobediencia procesal fraudulenta o fraude procesal

§ 1845. *Derogación del artículo 240 "bis".* – La figura llamada desobediencia procesal fraudulenta o fraude procesal, y también fraude paraprocesal (Chiapini), era lo que punía el artículo derogado (ley 23.077), castigando al "que, con el fin de inducir a engaño a una autoridad judicial, en el curso de una diligencia procesal o ante la inminencia de ella, cambiare o alterare maliciosamente el estado de lugares, cosas o personas".

Si tenemos en cuenta que el principio de subsidiariedad operaba en esta figura respecto de otras muchas, con relación a las cuales las conductas enumeradas podían aparecer como medios comisivos de éstas, es lógico pensar que el campo de impunidad que puede producir la derogación va a quedar restringido a un número relativamente moderado de supuestos: aquellos en que no se dé la relación de medio a fin, a la vez que hará desaparecer algunos de concurso ideal, como el que se daba entre la figura del art. 240 *bis* y la del art. 255.

VI. Atentados turbatorios o atentados leves

§ 1846. *El texto legal. Caracteres.* – Por el art. 241 del Cód. Penal, será reprimido con pena de quince días a seis meses de prisión "*1*) el que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos

legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones; 2) el que sin estar comprendido en el art. 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones".

Aunque estos delitos participan de algunos caracteres del atentado, se diferencian de él en que, en ninguno de los casos previstos, el agente pretende imponer su voluntad a los funcionarios; de ahí la denominación que se les ha asignado.

A) Perturbación al ejercicio de funciones públicas

§ 1847. *Protección legal.* – El atentado leve previsto por el art. 241, inc. 1º, lesiona la Administración al menoscabar el orden necesario para el normal ejercicio de sus funciones.

§ 1848. *Acción típica.* – Es la de perturbar el orden, es decir, producir inquietud, molestias o disturbios que quebranten el orden dentro del cual el acto funcional puede desenvolverse normalmente; en este sentido no se requiere una entidad determinada de la perturbación; basta con que ella desordene el acto funcional, comprometiendo de ese modo su normal desarrollo; por supuesto que no cabrá en la tipicidad el *simple desorden* que no alcanzó a producir aquella perturbación y que, en todo caso, podrá perseguirse con sanciones de índole administrativa.

La perturbación del orden es típica cuando se produce en las sesiones de los cuerpos legislativos, en las audiencias de los tribunales de justicia o en cualquier lugar donde la autoridad esté ejerciendo sus funciones. En todos los casos, pues, es imprescindible que el orden sea perturbado durante el desarrollo del acto funcional, o sea, mientras la autoridad ejerce sus funciones. Faltará la tipicidad si la perturbación se produce fuera de esas circunstancias (p.ej., alterar el orden de una sala de audiencias cuando aún no ha dado comienzo la audiencia).

§ 1849. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma, por tanto, con la efectiva perturbación del orden. No alcanza a ser consumado cuando, desplegada la actividad enderezada a la perturba-

ción, ésta no llegó a producirse; pero no es necesario que la perturbación haya tenido como resultado impedir, total o parcialmente, la ejecución del acto funcional. Trátase, pues, de un delito de resultado que admite tentativa, que se configura con los actos ejecutivos encarados por el agente con la finalidad de perturbar el orden sin que lo haya logrado (p.ej., el que trata de hacer estallar una bomba de estruendo en una sesión legislativa sin conseguirlo por la rápida intervención policial).

§ 1850. *Autor.* – Autor puede ser cualquier persona, aun quien pertenezca al cuerpo que realiza el acto funcional (p.ej., el legislador que hace disparos al aire para desordenar una sesión).

§ 1851. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso, que requiere el conocimiento de la calidad funcional de los actos cuyo orden se perturba; el error puede llegar a determinar situaciones de inculpabilidad. Aunque algunos han sostenido que en el aspecto volitivo basta que el autor sepa que perturba el orden con su conducta (*Oderigo*), parece necesario, para la culpabilidad típica, que este resultado se quiera expresamente como consecuencia de aquélla.

B) Impedimento o estorbo al acto funcional

§ 1852. *Protección legal.* – Pese a lo dicho precedentemente, el atentado leve del art. 241, inc. 2°, que estamos estudiando, atenta de algún modo contra la libertad en el ejercicio de la función pública, ya que la dificulta o entorpece, vulnerando de ese modo la eficacia o normalidad de su desenvolvimiento. En el delito anterior se atacaba el orden en el lugar del ejercicio de la función; aquí se ataca el acto funcional mismo.

§ 1853. *Acción típica.* – La acción consiste en impedir o estorbar un acto funcional. Como según la misma expresión de la ley se trata de una figura subsidiaria de la del atentado ("sin estar comprendido en el art. 237"), el concepto de la acción se especifica negativamente: este atentado leve es todo impedimento o estorbo al acto funcional que no se haya realizado con los medios previstos para el atentado y la resistencia. Así, se ha considerado que, comúnmente, los medios comisivos serán astucias, ardides, trampas

(p.ej., inducir a error al funcionario sobre el lugar donde se celebra el acto funcional para que no concurra a él) que, como vimos, de ningún modo caben en los atentados o en las resistencias típicas.

§ 1854. *Consumación y tentativa.* – Es un delito de resultado: la acción tiene que haber logrado el impedimento o constituido un verdadero estorbo para el acto funcional. Como en el caso anterior, es admisible la tentativa, configurada por medio de actos ejecutivos destinados a lograr esos resultados sin conseguirlos.

§ 1855. *Autor.* – Autor puede ser cualquier persona. Lo dicho en el delito anterior tiene aplicación aquí. Sujeto pasivo es el funcionario público que procura ejecutar o está ejecutando el acto que se impide o estorba, pero es sujeto pasivo en cuanto esté cumpliendo o vaya a cumplir un acto propio de su competencia (funciones), no otro distinto, que nada tenga que ver con ella (impedirle a un juez que realice una inspección ocular puede constituir el delito, pero no impedirle que realice una *reunión de prensa*); como la ley no pide que se trate de una *autoridad*, quedan comprendidos hasta los funcionarios que hacen una simple gestión (p.ej., notificación de una cédula).

§ 1856. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso; el agente tiene que conocer el carácter del sujeto pasivo y la naturaleza funcional del acto que impide o estorba; el error sobre tales circunstancias puede dejar de lado la culpabilidad. Volitivamente es indispensable el dolo directo.

VII. Violación de fueros

§ 1857. *El texto y la protección legales.* – El art. 242 del Cód. Penal reprime con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de uno a cinco años, al "funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas".

Las constituciones y las leyes consagran ciertas exenciones con relación a determinados funcionarios para ponerlos a cubierto de persecuciones que, aunque formalmente presenten visos de legalidad, pueden constituir presiones que reduzcan la libertad funcional; es precisamente esta libertad la que trata de preservar la norma garantizando por ese medio el normal funcionamiento de la Administración.

§ 1858. *Acción típica.* – Lo correcto es definir la acción típica como la de arrestar a un funcionario público en el caso de que esté cubierto por la inmunidad o formarle causa contrariando la misma; en eso se resuelve, al fin, la condición negativa expresada en la descripción de "no guardar la forma prescripta". Trátase, por tanto, de un delito de acción, no de omisión como parece a primera vista.

Aquí la expresión *arresto* indica la detención de la persona con o sin encierro; comprende, pues, cualquier privación de libertad que no tenga por objeto el cumplimiento de una condena firme: desde el simple arresto en averiguación de antecedentes hasta la detención en cumplimiento de una prisión preventiva, pasando por la simple detención para lograr la declaración del funcionario. Cuando la ley se refiere a las *formas legales*, lo hace tanto a los requisitos formales especiales que deben cumplirse para proceder a la detención del funcionario, como a la prohibición de la procedencia del arresto; tanto viola esas formas el que incumple los requisitos formales para detener al funcionario, como quien lo arresta cuando la ley prohíbe expresamente que se lo haga.

Formar causa significa someter a proceso penal al funcionario, aun por un hecho que constituya una falta. Someter a proceso penal importa tanto como dirigir actos procesales contra el sujeto (llamarlo a declarar en situación en que pueda considerársele imputado, allanarle el domicilio para secuestrar documentación que pueda incriminarlo, etc.); no es la simple información sumaria que algunos códigos autorizan precisamente para determinar si se deben cumplir las formalidades para proceder al enjuiciamiento.

§ 1859. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la realización de cualquiera de las acciones previstas. La tentativa sería inadmisible, como ocurre en muchos de los tipos con elementos negativos (aunque no sean de omisión).

§ 1860. *Sujetos.* – Autor sólo puede serlo el funcionario público con competencia para realizar los actos de arrestar o formar causa. En cuanto al arresto, tanto puede ser autor de él un magistrado, empleado policial de cualquier jerarquía, como otro funcionario que, sin pertenecer al Poder Judicial o a las fuerzas de seguridad, tenga otorgada por la ley competencia para detener. En lo que atañe a la formación de causa puede ser autor tanto un magistrado, como otro funcionario judicial a quien la ley autorice a proceder (p.ej., un fiscal que actúe como instructor), como un funcionario policial que actúa como preventor, o cualquier otro funcionario que tenga legalmente esas atribuciones.

Sujeto pasivo es el funcionario que goza de la inmunidad. Así ocurre con la inmunidad de arresto de que gozan los legisladores nacionales (art. 69, Const. nacional) y que también prevén algunas constituciones provinciales expresamente, que por lo común sólo se excepciona en los casos de flagrancia, en cuyo supuesto la detención debe comunicarse inmediatamente a la Cámara; tanto queda comprendido en el tipo quien arresta fuera de ese caso, como el que, arrestando en él, no hace la comunicación a la Cámara (art. 69, Const. nacional); también en muchas legislaciones están exentos del arresto los magistrados judiciales, salvo el caso de flagrancia, con lo cual su situación es la misma que en el caso anterior. En cuanto a la formación de causa gozan de la inmunidad aquellos miembros de los poderes públicos que no pueden ser perseguidos penalmente sin remover obstáculos legales como el desafuero, juicio político o enjuiciamiento (arts. 53, 59 y 60, Const. nacional, y correlativos provinciales y leyes de enjuiciamiento de magistrados).

En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha sostenido que las inmunidades dispuestas por leyes provinciales tienen valor en las provincias, incluso con referencia a las autoridades nacionales, como asimismo su validez extraterritorial (de una provincia en otra).

§ 1861. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso, que requiere el conocimiento del carácter del funcionario a quien se arresta o se forma causa. Difícilmente se podrá pensar en posibilidades de dolo eventual, ya que el agente debe actuar con voluntad de arrestar o formar causa, dejando de observar las formas que reclama la ley para esos actos.

VIII. ABSTENCIÓN DE TESTIGO, PERITO O INTÉRPRETE

§ 1862. *EL TEXTO Y LA PROTECCIÓN LEGALES.* – El art. 243 del Cód. Penal reprime con prisión de quince días a un mes, al que "siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva", disponiendo, además, que en el caso del perito o intérprete se impondrá "inhabilitación especial de un mes a un año".

El delito –que también se ha denominado impropiamente "violación de deberes procesales" o "desobediencia a citación judicial"– retarda u obstaculiza la actividad de la función pública que debe utilizar el testimonio, el peritaje o servirse de la interpretación.

§ 1863. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es un delito de omisión, ya que con él se viola un mandato que impone una determinada conducta, no realizándola. Las omisiones típicas previstas por la ley se refieren, cada una de ellas, a dos etapas distintas del cumplimiento de las obligaciones del agente: no comparecer o, habiendo comparecido, no prestar la declaración o exposición para cuya realización ha sido convocado. Se *abstiene de comparecer* el que no se presenta en el lugar, día y horas fijadas en la convocatoria. Se *abstiene de prestar la declaración* o *exposición respectiva* el que, habiendo comparecido, se niega a prestarse al acto de la declaración o a declarar una vez iniciado el acto, y el intérprete o perito que se niegan a realizar la interpretación o a producir el dictamen; esta negativa puede referirse a la totalidad de los puntos sobre los cuales versa el interrogatorio, la interpretación o el dictamen, o a alguno de ellos en particular (una determinada pregunta o punto del dictamen o interpretación); la negativa puede ser directa o indirecta; esto segundo ocurre cuando el agente se niega a observar las formas del acto sin cuyo cumplimiento sería nulo (p.ej., testigo que se niega a prestar juramento).

§ 1864. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la abstención de comparecer o de declarar o exponer en cualquiera de las formas y modos indicados. Obvio es señalar que una vez consumado el delito, éste no desaparece por la actividad del propio agente que decide cumplir con su deber (p.ej., el perito que se

arrepiente de su actitud y posteriormente concurre a producir el dictamen), y menos aun por la actividad de terceros que fuerzan la observancia de la conducta obligada (p.ej., testigo que, no habiendo comparecido, es conducido por la fuerza pública).

§ 1865. *Confluencia de figuras.* – De más está decir que este delito, por su especificidad, desplaza al de desobediencia. Pero si algún problema complejo plantea la cuestión de la confluencia de figuras es la distinción con el falso testimonio, cuando éste se manifiesta en un callar parcialmente la verdad, en relación con la conducta típica de la figura que venimos estudiando, de negarse a declarar o exponer parcialmente sobre algunos de los puntos sobre los cuales el agente debe declarar o pronunciarse; en general, la distinción surge del hecho de que en el falso testimonio el testigo depone, el perito dictamina, el intérprete interpreta silenciando algo que conoce y que debe transmitir, mientras que en este delito el testigo no declara, el perito no dictamina, el intérprete no interpreta; se niega a hacerlo; en tanto que en el falso testimonio silencia lo que sabe, hay un callar, en aquél se da un negarse.

Lógicamente, la procedencia de la sanción penal por el delito del art. 243 es compatible con las sanciones disciplinarias que las leyes o reglamentos prevén para castigar los actos de inconducta procesal; generalmente las leyes procesales señalan que esas sanciones se imponen "sin perjuicio de las penales".

§ 1866. *Autor.* – Autor es el testigo, perito o intérprete. *Testigo* es el llamado a declarar como conocedor de los hechos investigados, debatidos o propuestos; *perito* es la persona con conocimientos especiales en una ciencia o arte, que es llamado a dictaminar sobre circunstancias que exigen tales conocimientos; *intérprete* es la persona llamada a interpretar o traducir declaraciones o documentos expresados en idiomas extranjeros, claves o signos (algunas leyes distinguen entre intérprete y traductor, pero en el tipo ambos están comprendidos en la misma expresión). Pero, para que esas personas puedan ser autores, tienen que poder ser legalmente citadas, lo cual implica que la orden haya sido dada dentro de la competencia del funcionario que la expidió y que la persona esté obligada a comparecer, ya que las leyes procesales eximen de esa obligación a algunos sujetos, a los que prohíbe llamar como testigos en

determinadas causas (p.ej., el cónyuge del imputado) o les otorga derecho a no comparecer (p.ej., enfermos, personas a las que la ley autoriza a producir sus testimonios mediante informes, como ocurre con ciertos funcionarios y magistrados); aunque, por supuesto, pueden ser autores las personas que, teniendo la facultad de abstenerse de declarar (p.ej., en supuestos de secreto profesional), no tienen correlativamente la facultad de abstenerse de comparecer y dejan de hacerlo.

§ 1867. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso que requiere el conocimiento cierto de la citación (no bastan las llamadas *notificaciones fictas*). El error sobre cualquiera de las circunstancias típicas puede conducir a la inculpabilidad. Es un delito, por otra parte, en que la intencionalidad no descarta las posibilidades del dolo eventual; sin embargo, habrá que procurar distinguir sus hipótesis de las de simple negligencia, que sólo son merecedoras de sanciones disciplinarias.

Capítulo II

FALSA DENUNCIA*

I. Desacato

§ 1868. *Regreso al texto original del Código y su derogación.* – La ley 23.077 había retornado al texto original del art. 244, reprimiendo "con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas".

La ley 24.198 derogó el art. 244 del Cód. Penal, con lo que la transferencia de delitos –contemplados por lo común en otros títu-

* A partir de la ley 24.198 (BO, 3/6/93) este capítulo se denomina "Falsa denuncia", anteriormente se titulaba "Desacato".

los–, en virtud del ataque que ellos pueden significar para la función, el de desacato queda sin efecto y las correspondientes conductas sólo podrán ser castigadas en orden a los tipos previstos en aquellos otros títulos o en el mismo Título XII que estamos examinando; así, la injuria en razón de la función tendrá que ser perseguida conforme a las modalidades prescriptas en el Título II, la provocación a duelo si se dieren las circunstancias de los arts. 98 o 99, las amenazas en los términos de los arts. 149 *bis* y 149 *ter*. En cuanto a los "otros modos de ofender" enunciados por el derogado art. 244, según la calidad de la acción, ellos podrán caber en figuras como la calumnia (art. 109) o los atentados turbatorios del art. 241.

II. Falsa denuncia

§ 1869. *La falsa denuncia del artículo 245.* – Este artículo había sido derogado por la ley 21.338 que, tal como hizo antes la 17.567, transfirió la regulación de la materia al Capítulo XII, recuperando su vigencia con la fórmula que en su momento le otorgara la ley 13.569, aunque con la pena de multa ajustada por la ley 23.077: "Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad". El delito –denominado por Núñez *simulación de delito*– requiere, como presupuesto típico, que no se trate de una atribución a persona determinada, ya que si ello se da, se podrá estar en un supuesto de calumnia judicial que ahora queda incluido en el art. 109.

La acción es la de *denunciar*. Aunque pensamos que al referirse a una *denuncia*, el legislador ha empleado la expresión en su sentido técnico, la cuestión ha sido discutida (Ure). Por supuesto que no está comprendida la *querella*, ya que ésta siempre debe estar dirigida contra alguien –por lo menos determinable–, lo que colocará a la conducta en el terreno de la calumnia (Núñez).

Lo denunciado falsamente tiene que ser un *delito*. Claro está que, para que sea *denunciable*, tiene que tratarse de un delito de acción pública, aun cuando fuere dependiente de instancia privada, doloso o culposo. Quedan fuera los delitos de acción privada, ya que ellos sólo son perseguibles por querella (Gavier).

La denuncia es *falsa* cuando en el autor media el conocimiento –correspondido objetivamente– de que el delito que denuncia no ha existido, o ha existido con modalidades que cambian totalmente su especie y que él deforma al denunciar (Núñez).

Debe señalarse que de las conductas que preveía la ley 21.338 en los arts. 276 *bis* (denuncia o acusación calumniosa) y 276 *ter* (simulación de delito), la única que queda ahora claramente abarcada por el art. 245 es la de la *afirmación falsa* ante la autoridad de que se ha cometido un delito de acción pública (art. 276 *ter*, parte 1ª, ley 21.338), siempre y cuando aquella afirmación reúna las características de *denuncia*.

CAPÍTULO III

USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS U HONORES

§ 1870. *LOS BIENES PROTEGIDOS.* – Puede decirse que, genéricamente, se protege en estos delitos el buen funcionamiento de la Administración, en cuanto requiere la legalidad de la función, una de cuyas bases es la autoridad estatal para otorgar facultades de decisión o ejecución a determinadas personas y distinguir distintas esferas de competencia entre los funcionarios. La ley, sin embargo, ha incluido en el capítulo delitos que atacan otros aspectos, como son el monopolio estatal de los títulos y honores, y la normalidad del uso de los signos de la autoridad.

I. USURPACIÓN DE AUTORIDAD

§ 1871. *EL TEXTO LEGAL. HIPÓTESIS CONTEMPLADAS.* – El art. 246 del Cód. Penal, dispone pena de prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo para: "*1*) El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente.

2) El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas.

3) El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo".

El bien jurídico protegido, que es el que mencionamos en primer término en el parágrafo anterior, se ampara aquí a través de tres figuras distintas: la primera es una usurpación de funciones por parte de quien no ha tenido ni tiene la facultad de realizarlas; la segunda, una usurpación que consiste en persistir en funciones que se han tenido y que ya no se tienen, y la tercera en una usurpación que extiende ilegalmente la competencia de quien es funcionario a funciones no comprendidas en ella; son tres tipos perfectamente independientes entre sí.

A) Asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas

§ 1872. *Acciones típicas. Asunción de funciones públicas.* El art. 246, inc. 1°, contempla la punibilidad de dos conductas distintas: la de asumir la función y la de ejercerla. *Asume funciones públicas* el que asume el cargo, o la comisión que entraña la facultad de ejercer una función pública; el cargo en cuanto oficio o empleo que asigna la función según una competencia establecida por la ley o el reglamento. La comisión en cuanto encargo que autoriza el ejercicio de la función en uno o más casos determinados. La asunción requiere la toma de posesión del cargo o comisión de un modo efectivo, por medio de cualquier acto, público o privado. Si la ocupación del cargo no ha podido efectivizarse completamente no se podrá hablar de asunción y habrá delito sólo cuando haya existido ejercicio funcional, con lo cual se estará en la segunda hipótesis delictiva, pero no en la que ahora exponemos, en la que basta la asunción del cargo aunque no se hayan ejercido efectivamente actos relacionados con él. Habiéndose dado la ocupación, no importa la forma como se la haya logrado, ni el tiempo que dure: puede ser violenta, fraudulenta o no, prolongarse en el tiempo o no, pero tiene que ser una verdadera ocupación y no una simple simulación de ocupación, que podría acuñar otros delitos diferentes (p.ej., simular la toma de po-

sesión de un ministerio para defraudar); menos es suficiente para el tipo, por supuesto, el simple hecho de que otro designe al agente con el tratamiento reservado para el cargo, aunque él acepte ese tratamiento (p.ej., decirle *su señoría* a quien no es juez), porque en cualquiera de esos casos falta la efectiva ocupación.

§ 1873. *Ejercicio de funciones públicas.* – Ejerce funciones públicas ilegítimas el que efectivamente desempeña el cargo o comisión, realizando actos que son propios de ellos. Tampoco aquí es suficiente la mera invocación de ser titular sin serlo; es necesario, además, que el agente sume a esa atribución la realización de actividades funcionales pertenecientes a la competencia del cargo o comisión. Pero tampoco basta la realización de esos actos sin que el agente se autoatribuya la calidad de funcionario (quien, como simple particular, manda derribar un edificio en ruinas, sin autoatribuirse el cargo de intendente de una ciudad, no comete este delito; diferente sería que lo mandase autoatribuyéndose esa calidad). Dándose, pues, ambas condiciones (autoatribución y realización del acto funcional), no interesa si el acto mismo se cumple legal o ilegalmente, por lo cual es indiferente que el acto ejercido no pertenezca a la competencia de la función que se usurpa, mientras la exhiba como si efectivamente lo fuera (p.ej., quien autoatribuyéndose la calidad de jefe de la policía de seguridad manda derribar un edificio por razones de salubridad pública).

§ 1874. *Carácter de la función.* – Lo que se debe asumir o ejercer es una función pública como expresión de la voluntad del Estado; no cualquier tarea que haya asumido la Administración será función pública en el sentido del tipo; en éste no es suficiente para caracterizarlo la noción de servicio público (el que barre la calle frente a su casa asumiendo una función propia de la municipalidad, no comete el delito). Por otro lado, para que se dé el tipo, la función pública debe existir legalmente en el momento en que se observa la conducta: si no ha existido o ha dejado de existir, el hecho no será delictivo, a menos que se dé un supuesto distinto de punibilidad.

§ 1875. *Arbitrariedad.* – La tipicidad requiere, en su aspecto fundamental, que la asunción o ejercicio mencionados sean arbitrarios. Esa arbitrariedad surge de la *falta de título* o *nombramien-*

to expedido por autoridad competente en el agente. Nombramiento en cuanto designación legal realizada por la autoridad para que una persona ocupe un cargo o asuma una comisión. Título, en los casos en que la investidura de la función depende de otros procedimientos de designación, como es el electivo (aunque la doctrina ha hesitado sobre este concepto, no parece posible dudar acerca de él).

Para excluir al agente de la responsabilidad delictiva, el título o nombramiento deben haber sido expedidos u otorgados con las formalidades legales por la autoridad competente y existir con anterioridad a la ocupación o al ejercicio funcional; el otorgamiento o la adquisición de ellos con posterioridad, no legitima la anterior conducta del autor; el nombramiento expedido por autoridad incompetente no elimina el carácter arbitrario de la ocupación o ejercicio, pero no se puede decir exactamente lo mismo del título defectuoso o del nombramiento con vicios formales, pero expedidos por la autoridad competente, que pueden dar lugar a la figura del llamado *funcionario de facto*, que no es un usurpador.

§ 1876. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la actividad de asumir o con la de ejercer, sin que se requiera la producción de daño alguno; es prácticamente un delito de peligro abstracto. Se ha sostenido la admisibilidad de la tentativa; como en la mayoría de estos delitos, es difícil detectar actos ejecutivos que no constituyan ya consumación.

§ 1877. *Autor y participación.* – Autor puede ser cualquier persona, aunque tenga los caracteres de idoneidad requeridos para el cargo y los requisitos legales para su designación (p.ej., el abogado que reuniendo las condiciones requeridas para ser juez ejerce arbitrariamente esa función); son admisibles las reglas generales de la participación.

§ 1878. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, cuya culpabilidad exige el conocimiento de la falta de título o nombramiento válido y del carácter de función pública correspondiente al cargo que arbitrariamente asume o cuyas funciones ejerce, y por supuesto, la expresa voluntad de realizar esas actividades con ese carácter. El error, aun el *error iuris* (p.ej., sobre la validez del título), puede eliminar la culpabilidad.

B) Continuación arbitraria de la función pública

§ 1879. *Acción típica.* – En el art. 246, inc. 2°, la acción es la de ejercer funciones públicas de un cargo que el autor legalmente ha dejado de desempeñar; es, pues, una prosecución ilícita de la función pública. Ésta debe corresponder a la competencia del cargo en que el agente ha cesado, pues si no correspondiere a él, estaríamos en la hipótesis del inc. 1° y no en este inc. 2°.

Pero para que el ejercicio ilegítimo de esa función sea típico, tiene que haberse dado sin solución de continuidad con el anterior ejercicio legítimo; en otras palabras, el autor no debe haber dejado el cargo en el que ha cesado; si ello ocurrió, también estaríamos en la hipótesis del art. 246, inc. 1°.

§ 1880. *Ilegitimidad.* – Para que la continuación en el ejercicio de la función se torne ilegítima, el autor debe haber cesado en el cargo por ministerio de la ley o por cesantía o suspensión. Cesan por *ministerio de la ley* los funcionarios a quienes se les asigna taxativamente un período determinado para ocupar el cargo (tal el caso de los legisladores), o se lo hace implícitamente (p.ej., los designados en comisión por el Poder Ejecutivo durante el receso legislativo, cuando no se les presta acuerdo en el tiempo de la reunión legislativa subsiguiente, art. 99, inc. 19, Const. nacional), como los contratados (cuando el régimen administrativo admite que sean designados por ese medio), cuando expira el contrato. Por *cesantía* se entiende la terminación del desempeño del cargo por directa disposición de la autoridad competente o por la aceptación de la renuncia presentada por el funcionario, y por *suspensión* el retiro funcional del cargo en forma temporal, con carácter preventivo (p.ej., durante una investigación) o como medida disciplinaria (no tiene ese carácter la licencia); tanto la cesantía como la suspensión deben ser legítimas, formal y sustancialmente. Pero el delito sólo se perfecciona cuando el agente sigue actuando funcionalmente en el cargo después de haber recibido de la autoridad competente *comunicación oficial de la resolución* en la que se ordenó la suspensión o cesantía; si tales son los supuestos de cesación, trátase de un elemento imprescindible del tipo. Aunque el agente tuviera conocimiento de la cesantía o suspensión por cualquier otro medio, su

actividad en el cargo con posterioridad a ese conocimiento no será delictiva hasta que no haya recibido la comunicación oficial expedida según las formas legales.

Puesto que la acción consiste en la continuación del ejercicio de la función pública, supone la subsistencia de la función dentro de la Administración pública. Si la función ha sido suprimida junto con la cesación en el cargo por el funcionario (p.ej., cesantía por supresión de la función), no se da el delito, y si la función se asigna a otro cargo en el mismo momento, la continuación en su ejercicio por el agente que ha cesado, constituirá una hipótesis que se encuadra dentro del inc. 1° del art. 246.

§ 1881. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la ejecución de cualquier acto funcional correspondiente al cargo en el cual el autor ha cesado, sin que se requiera daño alguno en el servicio, ni siquiera un peligro concreto de que se produzca. Admite la doctrina la tentativa, aunque los ejemplos se ofrecen más como posibilidades académicas que prácticas.

§ 1882. *Autor.* – Sólo puede ser autor del delito el agente que desempeñaba el cargo en que ha cesado o en el que está suspendido y cuyas funciones sigue ejerciendo. No puede serlo quien detentaba el cargo ilegalmente, ya que entonces también estaríamos en la hipótesis del art. 246, inc. 1°.

§ 1883. *Justificación.* – Pueden darse supuestos de justificación en aquellos casos en que el funcionario que ha cesado continúa ejerciendo la función a fin de evitar daños en el servicio; no se trata simplemente de los "servicios urgentes" (Díaz), que sólo atañen al buen orden y efectividad de la función, sino de aquellos cuya falta puede producir un mal grave e inminente según los principios del estado de necesidad (Soler), como ocurre con el director del hospital de campaña que, en ausencia de su reemplazante, sigue cumpliendo los deberes de su cargo en ocasión de grave epidemia.

§ 1884. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, que requiere en el agente, como vimos, el conocimiento de que ha dejado de ocupar legalmente el cargo y la voluntad de seguir desempeñándolo a pesar de esa circunstancia. El error y la ignorancia sobre la cesación, aun

los suscitados en razón de su propia culpa –incluido el *error iuris* sobre la legitimidad de la cesación–, pueden excluir la culpabilidad.

C) Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo

§ 1885. *Acción típica.* – Consiste en ejercer funciones correspondientes a un cargo distinto del que ocupa el agente. Ejercer funciones implica realizar actos funcionales propios del cargo que no ocupa; no basta la simple invocación u ostentación del cargo ajeno, ni la sola asunción del cargo extraño sin ejercer las funciones que le corresponden. Lo que en realidad castiga el art. 246, inc. 3°, es la asunción arbitraria de la competencia ajena. Por ello, el delito necesita que las funciones ejercidas estén legal o reglamentariamente asignadas a un cargo distinto del que desempeña el agente. Por supuesto que queda comprendido en el tipo el ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo por delegación ilegítima de éstas, aunque haya sido dispuesta por el titular del cargo extraño.

§ 1886. *Consumación y tentativa.* – Es un delito de peligro abstracto, que se consuma con la realización del acto funcional correspondiente a la competencia del otro cargo y sólo admite la consumación por medio de una actividad; no exige ni la materialidad de un daño, ni siquiera la concreción de un peligro para la Administración o para terceros: hasta es compatible con el beneficio que puede obtener el servicio a causa de la actividad del funcionario incompetente (p.ej., las ventajas económicas que benefician a la Administración a causa de la adjudicación de una obra realizada por el funcionario incompetente). Aquí también los ejemplos de tentativa son más académicos que reales.

§ 1887. *Autor.* – Autor es el funcionario público que ocupa un cargo distinto de aquel cuyas funciones ejerce, aun en el supuesto de que esté suspendido temporalmente en sus funciones, ya que ello no le sustrae su calidad de funcionario, y aunque se trate de un funcionario que ocupa un cargo de mayor jerarquía que aquel en cuya competencia se introduce arbitrariamente (p.ej., el juez de cámara que se pone a instruir una causa penal, ejerciendo funciones de juez de instrucción).

§ 1888. *Culpabilidad.* – El dolo reclama el conocimiento de la correspondencia del acto funcional que se ejerce a la competencia de otro cargo ajeno y la voluntad de ejercerlo. Tanto el error y como la ignorancia, aun el error y la ignorancia *iuris*, incluidas las dudas del agente sobre su competencia, pueden excluir la culpabilidad.

II. Usurpación de grados, títulos y honores

§ 1889. *El texto y la protección legales.* – El art. 247 del Cód. Penal reprime con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) al que "públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren".

Se dice que lo que en realidad protege el art. 247 es el monopolio estatal de la facultad de conferir autoridad, títulos u honores, por lo cual los objetos del delito (el distintivo, el grado, el título o el honor) deben tener carácter oficial, es decir, corresponder a un cargo público o proceder de la Administración, nacional, provincial o municipal; no lo son los correspondientes a cargos no encuadrados en algún sector de la Administración y que procedan de instituciones particulares, ni los de procedencia extranjera, por más que en el país de origen tengan carácter oficial.

§ 1890. *Acciones típicas.* – La norma prevé dos acciones distintas y autónomas: la de llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce y la de arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores que no le corresponden.

§ 1891. *Insignias y distintivos.* – Lleva la insignia o distintivo el que se los pone o porta, y lo hace públicamente quien los ostenta de tal forma, que el conocimiento del hecho de la colocación o portación pueda compartirlo un número indeterminado de personas; no se da el tipo ni con la portación secreta u oculta, ni con la exhibición a personas determinadas, aunque pueda ser sorprendida por terceros al margen de la voluntad del autor. Pero no es exacto

que el tipo requiera la notoriedad de la portación ni que la insignia o distintivo deban ser llevados necesariamente en un lugar público; la publicidad también se satisface con la ostentación de los objetos en un lugar privado, al que puedan acceder personas indeterminadas.

En cuanto a la *insignia* es la señal o divisa honorífica constituida por objetos que pueden o no usarse sobre el cuerpo (anillos, chapas, etc.), en tanto que el *distintivo* tendría en la ley un sentido más amplio, ya que comprendería cualquier objeto que sirva para distinguir de los demás a la persona que ejerce el cargo (p.ej., un uniforme –que no sea militar– que se utilice como distintivo de un cargo y no por meras razones estéticas de decoro o higiene). La insignia o distintivo debe ser el signo exterior de un cargo público que importe el desempeño de una función pública; no quedan comprendidos los distintivos de un servicio no estatal o de un simple servicio público o de cargos que no asignen funciones administrativas (p.ej., el uniforme de ordenanza de la Casa de Gobierno). Tienen que ser *oficiales*, según lo que hemos dicho precedentemente; es decir, deben corresponder legal o reglamentariamente a un cargo administrativo.

§ 1892. *Grados, títulos y honores.* – Se arroga grados académicos, títulos u honores, el que se los autoatribuye sin poseerlos; basta esta autoatribución, no es necesario el ejercicio de la profesión correspondiente al título ni el efectivo goce de los grados u honores (p.ej., es indiferente que los terceros se nieguen a conceder al agente el tratamiento correspondiente). Al contrario, el simple ejercicio de la profesión correspondiente al título, no importa, por sí, la comisión del delito si a la vez no la acompaña la atribución de aquél (sin perjuicio de otros delitos que se pueden cometer, p.ej., contra la salud pública con el llamado *curanderismo*). De acuerdo con lo dicho, el delito sólo es comisible por medio de una acción; la omisión queda descartada, no usurpa el título, grado u honor el que se limite a aceptar pasivamente la atribución de ellos por parte de terceros. Cualquier medio de arrogación cabe en la conducta típica (utilización de membretes, placas, anuncios periodísticos, etc.), siendo suficiente la utilización de la denominación que en el uso común se hace corresponder al título, aunque no sea correcta (p.ej., llamar doctor al que es abogado). El agente puede arrogarse el título, grado

u honor, adscribiéndolo a su propia identidad o adoptando una falsa, aun haciéndose pasar por la persona a quien efectivamente corresponden. La arrogación también debe ser pública, ya que esta exigencia es común a ambas acciones, según la expresa letra de la ley.

En cuanto a los objetos, *grado académico* es el título máximo que otorgan los institutos de enseñanza superior, que, por lo común, no habilitan profesionalmente (p.ej., doctor), aunque esto último no sea imprescindible, aun cumpliendo los estudios pertinentes o con carácter excepcional (el doctorado *honoris causa* es un honor, pero no deja de ser un grado académico); el *título profesional* es la habilitación para ejercer un determinado arte, ciencia, oficio o actividad, concedido oficialmente por las autoridades del país o convalidado por ellas; el *honor* es la distinción conferida por el Estado a una persona por su representación o sus méritos; es la distinción en sí misma y puede estar representada por cualquier medio o signo (condecoraciones, proclamación pública, diplomas, premios o recompensas de carácter económico, etc.); según vimos, debe tratarse de un honor oficial; no es típica la arrogación de honores que no existan en nuestro sistema jurídico (p.ej., títulos nobiliarios), ni las distinciones otorgadas por gobiernos o entidades extranjeras (p.ej., el premio Nobel).

§ 1893. *Consumación y tentativa.* – En cualquiera de los dos hechos previstos, para la consumación bastan las acciones de llevar o arrogarse, sin que sea necesario ningún resultado, ni la concreción de un peligro para la función administrativa. No sería admisible la tentativa en ninguno de los supuestos.

III. Derogaciones

§ 1894. *Figuras derogadas.* – La ley 23.077 ha derogado los arts. 247 *bis* (tenencia ilegítima de insignias, documento de identidad, distintivos o uniformes), 247 *ter* y 247 *quater* (agravantes genéricas por uso con fines delictivos de insignias, distintivos, uniformes o documentos de identidad de fuerzas armadas) contenidos en la ley 21.338.

CAPÍTULO IV

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 1895. *BIEN PROTEGIDO.* – Los tipos previstos en este capítulo protegen a la Administración pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración.

I. ABUSO DE AUTORIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

§ 1896. *EL TEXTO LEGAL. HIPÓTESIS PREVISTAS.* – El art. 248 del Cód. Penal reprime con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, al "funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere".

La punibilidad proviene, pues, del hecho de actuar el funcionario cuando la ley no le permite hacerlo, de no actuar cuando le obliga a hacerlo o de actuar de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella. Esta última circunstancia no menoscaba el principio de reserva, ya que la actividad administrativa es una actividad reglada estrictamente, y la que no está contemplada reglamentariamente es, en principio, prohibida, lo cual explica, por otra parte, el carácter subsidiario de la figura, que únicamente funciona cuando el abuso no es la acción propia de un tipo distinto.

§ 1897. *ACCIONES TÍPICAS.* – La fórmula prevé tres conductas típicas distintas: dictar resoluciones u órdenes contrarias a las cons-

tituciones o a las leyes; ejecutar las órdenes contrarias a dichas disposiciones, y no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario.

§ 1898. *DICTADO DE RESOLUCIONES U ÓRDENES.* – En su primera forma se viene señalando, desde Carrara, que el acto de dictar resoluciones u órdenes es abusivo en dos supuestos: cuando ello importa una facultad que ni las constituciones ni las leyes atribuyen al funcionario, porque expresamente ha sido prohibida o no ha sido concedida a funcionario alguno y cuando la actividad del funcionario, si bien se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto se la ejerce arbitrariamente, por no darse los presupuestos de hecho requeridos para su ejercicio. Para sintetizar, se ha dicho que en el primer caso la resolución o la orden es jurídicamente imposible, mientras que en el segundo es arbitraria. La enunciación legal de resoluciones u órdenes ha planteado a los tratadistas la necesidad de distinguirlas: aunque ambas son actos administrativos de igual naturaleza, la *resolución* en el art. 248 expresa la existencia de un acto instrumentado en función de una reglamentación o de la decisión de un caso particular al margen de ella, mientras que la *orden* es una conminación a que se actúe o se deje de actuar de una determinada manera.

§ 1899. *EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES U ÓRDENES.* – La segunda forma típica, como vimos, es la de ejecutar las resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes. *Ejecutar* significa llevar a cabo, realizar, material o jurídicamente, el contenido de la orden, es decir, concretarla en los hechos, sobre las personas o las cosas. Ejecuta el que opera sobre el sujeto pasivo el hecho que la orden o resolución importa. Y como constituye un tipo relativamente autónomo dentro de la fórmula legal, la conducta de quien ejecuta la orden o resolución arbitraria se autonomiza de la de quien resuelve u ordena: no se trata, pues, de un supuesto de participación necesaria, sino de autoría independiente.

§ 1900. *NO EJECUCIÓN DE LAS LEYES.* – La tercera forma pune la conducta omisiva de no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario; al tratarse de un tipo omisivo, no comete este abuso de autoridad el funcionario que realiza actos contrarios a las

disposiciones de la ley. Aquí el abuso consiste en la decisión de no ejecutar la ley, es decir, de no aplicarla, prescindiendo de ella como si no existiera, por lo cual, cuando lo que importa la inejecución de la ley es una actividad (p.ej., dictar una resolución cuando no corresponde hacerlo), ya no estaremos en este caso, sino ante algunos de los abusos previstos en las formas anteriores. Dentro del concepto de omisión de la ejecución de la ley, queda comprendido el retardo indebido de su cumplimiento: el no ejecutar es no ejecutar cuando se debe ejecutar, de manera que tanto comete el delito quien deja de ejecutar la ley como quien la ejecuta fuera de la oportunidad en que debía hacerlo.

§ 1901. *La expresión "ley" en el tipo.* – Se ha discutido si en la expresión *ley* de la figura quedaba sólo comprendida la ley en sentido formal (Moreno) o si también entraban sus reglamentaciones y las ordenanzas municipales (Núñez, Laje Anaya). Aunque esto último, en principio, sería exacto, no se puede sostener que cualquier reglamento u ordenanza quede comprendido entre los objetos de la violación, sino sólo los que delimitan la competencia de los funcionarios, es decir, determinan lo que el funcionario debe o puede hacer como tal, expresando la voluntad del Estado en actos sobre los administrados que no sean de orden estrictamente interno de la Administración (constituirá este delito la oposición de un funcionario a un reglamento que establezca las facultades de los ministros del Poder Ejecutivo, dictado en función de una ley de ministerios, pero no la inobservancia de un reglamento sobre vestimenta).

§ 1902. *Oposición a la ley inconstitucional.* – Una cuestión que ha suscitado dudas es la oposición del funcionario a la ley inconstitucional; la jurisprudencia parece entender que, aun en ese caso, el hecho acarrearía punibilidad en cuanto la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma no le quita vigencia, ya que ésta subsiste y la norma debe ser cumplida mientras no se la derogue. Pero, desde el punto de vista penal, ésta parece ser una solución extrema; aunque no cualquier funcionario tiene la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley, sería irrazonable condenar al que no ejecutara una ley abiertamente inconstitucional, ya que, en todo caso, si la ejecutara, violaría a su vez la Constitución; sería, por lo tanto, muy difícil afirmar que cometió un

delito quien no hizo más que adecuar su conducta a la ley suprema que la ley no ejecutada desconocía; sin embargo, no es un problema que se resuelve en la esfera del tipo, sino en la de la antijuridicidad o, en último extremo, en la de la culpabilidad.

§ 1903. *El abuso funcional.* – El abuso de autoridad del art. 248 sólo puede existir en la propia función; requiere, por consiguiente, como lo hemos adelantado, que el funcionario actúe como tal, ya que para el tipo no basta el acto abusivo meramente yuxtapuesto a la calidad de funcionario (el funcionario que molesto porque un grupo de jóvenes hace ruido frente a su casa, le prohíbe detenerse frente a ella, actuando como simple particular, no comete el abuso típico, pese a su calidad de funcionario). Requiere, además, que el agente asuma la conducta en la función que jurídicamente le es propia: el abuso típico es el mal empleo de la autoridad que la función que ejerce otorga al funcionario. De manera que no cualquier funcionario puede cometerlo, sino únicamente el que posee autoridad en orden a alguna de las tres formas previstas: autoridad para resolver, autoridad para ordenar o autoridad para ejecutar; el funcionario que *abusa* de una autoridad que no le es propia, comete otro delito (p.ej., el del art. 246, inc. 3°, Cód. Penal), pero no el del art. 248.

§ 1904. *Consumación y tentativa.* – Debemos descartar que estemos ante delitos que exijan daños materiales: la sola realización de la actividad o la mera adopción de la omisión lesionan ya el orden administrativo. La omisión se consuma en el momento en que, habiendo debido ejecutarse la ley, no se observa la conducta esperada; la de dictar resoluciones cuando la resolución se dicta, es decir: cuando se integra como acto *jurídicamente válido*, aunque no haya alcanzado la *firmeza* requerida para ser ejecutada; la de dictar órdenes, cuando la orden es dada válidamente, o sea, por los medios y los modos formalmente idóneos para que se la acate; la de ejecutar órdenes y resoluciones, cuando el funcionario ejecutor materializa sus contenidos sobre sus objetos.

La tentativa, por supuesto, no es admisible en la forma omisiva, ni lo sería tampoco en el abuso constituido por el dictado de resoluciones u órdenes ilegales, ya que éstos son actos unitarios, temporalmente inescindibles, lo cual no ocurre en la ejecución de órde-

nes o resoluciones, pues allí sí el procedimiento ejecutivo admite un acto que tenga esa calidad y no constituya todavía la consumación del delito.

§ 1905. *Autor.* – Prácticamente, al hablar de las acciones, hemos dado cuenta de las características del autor: únicamente el funcionario que actúa en el ejercicio del propio cargo y que en él posee autoridad, en el sentido que ya hemos explicado, puede ser sujeto activo del delito.

§ 1906. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que en sus formas activas requiere el conocimiento de la oposición a la ley, de la resolución o la orden y, en su forma omisiva, el conocimiento de que en la órbita de competencia del agente está la ejecución de la ley que no se ejecuta. En el aspecto volitivo, el agente debe querer oponerse a la ley, desconociéndola; no se trata, pues, de la aplicación incorrecta de la ley por una viciosa interpretación de ella; el tipo, pues, sólo se conforma con el dolo directo. No es exacto, sin embargo, que exija una determinada forma de malicia, como lo ha sostenido cierta doctrina.

Por supuesto que el error, particularmente el *error iuris* sobre los contenidos de la ley, puede llegar a excluir la culpabilidad.

II. Omisión de deberes del oficio

§ 1907. *El texto y la protección legales.* – El art. 249 del Cód. Penal, reprime con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de un mes a un año, al "funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".

Se protege aquí el correcto funcionamiento de la Administración pública, procurando el eficiente desenvolvimiento de los servicios que son propios de ella.

§ 1908. *Acciones típicas.* – Las tres acciones típicas previstas denotan omisiones; en dos de ellas la estructura omisiva es clara (omitir, retardar); la otra requiere una actividad (rehusar) que, al ser

corroborada por una inactividad, viola el mandato que impone la realización de una determinada conducta. Omite el acto del oficio el funcionario que no lo lleva a cabo; rehúsa hacerlo quien, ante un pedido u orden legítimos, se niega a realizarlo; lo retarda el que no lo realiza en la oportunidad determinada por la ley. De las tres, la que puede plantear algún problema es la de rehusarse a hacer: no se trata aquí de la pura omisión del acto, sino de la omisión precedida de la negativa en respuesta a la interpelación; quien se rehúsa a hacer, hace algo más que limitarse a no hacer, lo cual puede adquirir importancia en orden a la consumación. Por supuesto que tampoco en el de retardar el acto se da un puro omitir, ya que, como hemos visto, ello importa que el acto se realice, pero no en la oportunidad en que debió realizarse.

Lo que el autor debe omitir, rehusar o retardar, es un *acto del oficio*, o sea, un acto propio de sus funciones. Pero, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos contra la Administración, la ley no contempla aquí los actos de autoridad, sino que comprende cualquier clase de tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación de servicios del agente.

§ 1909. *Elemento normativo.* – La ley requiere que las omisiones sean ilegales. Es un elemento normativo del tipo que hace avanzar la antijuridicidad, descartando la tipicidad, no sólo en los casos en que la reglamentación no impone la obligación de realizar el acto, sino también en todos aquellos en que el autor deja de obrar justificadamente por cualquier causa (p.ej., por una situación de estado de necesidad).

§ 1910. *Consumación y tentativa.* – Es un delito de simple actividad que se consuma con la omisión, el retardo o el rehusamiento, sin que se necesite la producción de resultado dañoso alguno.

La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el "tiempo útil para que produzca sus efectos normales" (Fontán Balestra). El retardo, por el contrario, implica la realización del acto, pero fuera del plazo legalmente determinado o dentro del cual viene a ser útil. El rehusamiento se consuma, en principio, con la negativa explícita a realizar el acto ante un requerimiento legalmente formulado, pero cuando ha sido seguida de su omisión y no se trata de una negativa

meramente formal por lo que podríamos afirmar que el momento consumativo se correría a esta segunda instancia omisiva necesaria (el tipo no se dará si el autor, aunque rehusando formalmente la realización del acto, igualmente lo realiza en término); hay que aclarar que no importa esta forma de delito la llamada *negativa implícita* (no realizar el acto, realizarlo fuera de término, realizar un acto distinto del requerido), pues todas ellas son hipótesis de meras omisiones o de retardo. Lógicamente que la estructura típica rechaza toda posibilidad de reconocer la viabilidad de la tentativa.

§ 1911. *Autor.* – Es el funcionario o empleado público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa. Es un delito de propia mano, en el que es prácticamente imposible que sean de aplicación los principios de la complicidad, aunque sí los de la instigación y, en algunos casos, los de la coautoría.

§ 1912. *Confluencia de figuras. Distinción con el delito del artículo 248.* – No es fácil distinguir las figuras omisivas del art. 249 de la de "no ejecución de las leyes" del art. 248, puesto que el funcionario que no ejecuta la leyes cuyo cumplimiento le incumbe, puede considerarse que omite con ello un acto de su oficio. Una antigua jurisprudencia había sostenido que la forma omisiva del art. 248 se refiere al incumplimiento de las disposiciones expresas de la ley, mientras que el art. 249 lo hace al incumplimiento genérico de las funciones administrativas. Se ha señalado, sin embargo, que esa distinción no es clara y no permite resolver con sencillez y certidumbre los casos límite. Se ha sugerido también una distinción por vía de la culpabilidad que tampoco es aceptable, porque arranca de la exigencia de malicia en el art. 248, que ya hemos visto que no tiene carácter típico y construye la culpabilidad del art. 249 como si fuese un delito culposo (Soler). Parece que la omisión prevista por el art. 248 se refiere a la de aquellos actos que son de autoridad por parte de los funcionarios dotados de competencia para realizarlos, en tanto que en el art. 249 quedan comprendidas las omisiones de los actos administrativos que no importan propiamente actos de autoridad impuestos por las leyes.

§ 1913. *Culpabilidad.* – Aunque se ha llegado a considerar que este delito era una especie de delito culposo, afirmándose que

para él bastaría la incuria, la simple negligencia en el desempeño de la función (Soler), es en verdad un delito doloso, que requiere el conocimiento del carácter del acto omitido como propio del oficio y que se trata, por consiguiente, de una omisión ilegal, lo que debe ir acompañado de la libre voluntad de omitir, retardar o rehusar, por medio de un dolo directo. Claro está que, como en el tipo anterior, el *error iuris* cubrirá muchas hipótesis de inculpabilidad.

III. DENEGACIÓN DE AUXILIO

§ 1914. *EL TEXTO Y LA PROTECCIÓN LEGALES.* – El art. 250 del Cód. Penal castiga con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, al "jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente".

Se protege la marcha normal de la Administración, procurando evitar el riesgo de que se frustre el acto de la autoridad civil por falta del apoyo necesario de la fuerza pública. Es, al fin, una figura de desobediencia, puesto que la autoridad civil es la competente para requerir el auxilio.

§ 1915. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las conductas prohibidas son las mismas que hemos visto en el tipo anterior: se omite cuando no se presta el auxilio, se retarda cuando se lo presta fuera de la oportunidad debida, y se lo rehúsa cuando se rechaza formal y materialmente el requerimiento. Pero hay que aclarar que, en determinados casos, puede constituir omisión o retardo la prestación irregular de auxilio, cuando esa irregularidad llega a hacer irrealizable e ineficaz el acto administrativo respecto de sus finalidades.

§ 1916. *ELEMENTO NORMATIVO.* – El tipo requiere que la omisión, el retardo o el rehusamiento no obedezcan a causa justificada. La doctrina ha reconocido que esta referencia a la justificación no se limita a la vigencia de las causales enunciadas en el art. 34 del Cód. Penal, sino que también pueden darse situaciones, no perfectamente encuadrables en ellas, y que igualmente funcionen como

justificantes de la conducta; la falta de elementos para prestar el auxilio, la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos de auxilio pueden quedar comprendidos.

§ 1917. *El requerimiento de auxilio.* – Pero la omisión, el retardo o el rehusamiento sólo son típicos cuando ha mediado un requerimiento de auxilio, legalmente formulado por parte de la autoridad civil competente. Requerir es pedir, pero no en el sentido de una simple solicitud de auxilio (Núñez), sino de orden o intimación a su prestación. La legalidad del requerimiento requiere que responda a una motivación jurídicamente posible y sea realizado en la forma dispuesta por la ley; dentro de este último requisito queda comprendida la exigencia de que el requerimiento sea dirigido a la fuerza que legal o reglamentariamente puede o debe prestarlo.

El requerimiento tiene que ser formulado por la autoridad civil; es un requisito del tipo que descarta de él no sólo los requerimientos de la autoridad militar, sino también los que dirijan los jefes o agentes de la propia fuerza pública de que se trate a otros componentes de ella, casos que se resolverán a través de otros tipos penales distintos o en la esfera puramente disciplinaria. Por otra parte, la autoridad civil (correspondiente a cualquiera de los poderes del Estado, incluso a la autoridad municipal) tiene que ser la competente para recabar el auxilio, ya que ella únicamente es la facultada para peticionar obligatoriamente.

§ 1918. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la omisión, el retardo o el rehusamiento seguido de la omisión material de la prestación del auxilio. No es necesario que se dé un resultado frustratorio (total o parcial) del acto para cuya realización se requiere el auxilio. También aquí el carácter omisivo de las conductas rechaza la tentativa.

§ 1919. *Autores.* – Son los *jefes* o *agentes* de la fuerza pública. Los primeros son los integrantes de la fuerza que por su jerarquía funcional o porque eventualmente han sido comisionados para mandar, tienen mando sobre otros integrantes. Los segundos son los integrantes de la fuerza que ejercen funciones específicas (no lo son en el sentido del tipo, los que sólo desempeñan tareas ad-

ministrativas o meramente técnicas en ella; p.ej., contadores, laboratoristas). Por fuerza pública se entiende toda aquella cuyo cometido fundamental es la preservación de la seguridad común en sus aspectos de orden público (en nuestro país, reglamentariamente se enuncian como tales: Gendarmería Nacional, Policía Federal y Servicio Penitenciario Federal y, en la esfera provincial, las policías y servicios penitenciarios); quedan excluidas las fuerzas armadas, a no ser que se encuentren cumpliendo servicios propios de las otras fuerzas en el orden interno y en virtud de comisiones especiales.

§ 1920. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento de la existencia del requerimiento y de su legalidad y el propósito de rehusar, retardar u omitir la prestación del auxilio, sin que interesen las motivaciones que guían al autor. No es incompatible con situaciones de dolo eventual. El error exculpante puede asumir el carácter de *error iuris* cuando se refiere a la legalidad del requerimiento o a la obligación de prestar el auxilio.

IV. Requerimiento indebido de la fuerza pública

§ 1921. *El texto y la protección legales.* – El art. 251 del Cód. Penal pune con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, al "funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales".

Se protege el ordenado funcionamiento de la Administración contra la perturbación que puede causar en sus actos el empleo ilegal de la fuerza requerida.

§ 1922. *Acción típica.* – Como ocurría en el delito anterior, aquí tampoco el requerimiento es cualquier petición, sino la solicitud de asistencia formulada según los requisitos legales y que, como tal, reviste el carácter de intimación a prestar asistencia. Siendo la acción la de requerir, no queda comprendido en el tipo (sino en el de resistencia o desobediencia, según el caso) el funcionario que teniendo mando sobre la fuerza, le ordene de modo directo la resis-

tencia. Por otra parte, tiene que tratarse de un requerimiento de asistencia, o sea, de auxilio para realizar la particular finalidad típica.

§ 1923. *Elemento subjetivo.* – Esta finalidad tiñe la tipicidad de un especial carácter subjetivo: el requerimiento de asistencia debe formularse para oponerse a la ejecución de *disposiciones* u *órdenes legales de la autoridad* o *de sentencias* o *mandatos judiciales*. La legalidad exige que éstos hayan sido impartidos, dictados o dados por el magistrado o funcionario competente y con las formalidades requeridas por la ley. No será típico el requerimiento formulado para oponerse a órdenes, disposiciones, sentencias o mandatos jurídicamente inválidos por incompetencia del órgano o falta de las formalidades básicas de otorgamiento, pero no descarta la tipicidad el carácter sustancialmente injusto de ellos, aspecto que no puede examinar el autor.

§ 1924. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la formulación del requerimiento; es un delito de peligro que no necesita perfeccionarse con la efectiva prestación del auxilio por parte de la fuerza pública. Menos todavía con la efectiva frustración del acto, ni siquiera con la respuesta al requerimiento. No es indispensable que el acto se encuentre en vías de ejecución –como lo pretende alguna doctrina–, porque la acción no es la de resistirse, sino la de requerir, por lo cual nada obsta a que el requerimiento se formule para oponerse a un acto que va a realizarse, pero que todavía no comenzó ejecutivamente. Es inadmisible la tentativa.

§ 1925. *Autor. Participación.* – Autor sólo puede serlo el funcionario que tiene competencia para requerir el auxilio de la fuerza pública (no lo es el que tiene mando y actúa sobre ella, como vimos). Es un delito propio, que admite los principios generales de la participación; pero no asumen el rol de cómplices los jefes o agentes de la fuerza pública que prestan la asistencia requerida, sin perjuicio de otros delitos que pueden cometerse en la prestación del auxilio (p.ej., atentados, resistencia).

§ 1926. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso que necesita el conocimiento de la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato y de su legalidad y, volitivamente, el dolo directo

de querer requerir el auxilio para oponerse a la ejecución de ellos. También aquí adquirirá importancia el *error iuris* como excluyente de la culpabilidad.

V. ABANDONO DE DESTINO

§ 1927. *EL TEXTO Y LA PROTECCIÓN LEGALES.* – El art. 252 del Cód. Penal reprime con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de un mes a un año, al "funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público".

Se protege la incolumidad del servicio público, tratándose de evitar la vacancia *contra legem* de los cargos creados para atender sus necesidades.

§ 1928. *ACCIÓN TÍPICA.* – Como ocurre en el art. 249 del Cód. Penal, estamos aquí ante un incumplimiento de los deberes de funcionario público, pero si para aquél bastaba la omisión de un único acto del servicio, en el art. 252 se requiere la dejación total del servicio, quebrando el vínculo que unía al agente con la Administración. La conducta típica es la de abandonar el destino (el cargo), fuera de los casos en que la ley lo permite u obliga a su dejación, produciendo daño en el servicio. La acción no es la de dañar el servicio abandonando el cargo, lo cual adquiere gran importancia, tanto en materia de acotación de la tipicidad, como en el aspecto de la culpabilidad. Aquí el abandono tiene el significado de retiro o dejación del cargo con el ánimo de no seguir desempeñándolo; no se trata del incumplimiento de ciertos y determinados actos del servicio (por más numerosos que sean) que, como vimos, es una conducta que queda comprendida en el art. 249; abandonar es dejar el cargo sin voluntad de retornar a él; no es suficiente la voluntad de dejarlo temporalmente, sino la de dejarlo definitivamente.

Cuando la ley habla de *destino*, se refiere al cargo público de cualquier naturaleza que fuere (de autoridad o gestión, rentado o no) y el delito se comete cuando el agente lo deja *sin habérsele admitido la renuncia*, lo cual es una expresión metafórica de la ley, que com-

prende tanto la situación del que deja el cargo después de presentar la renuncia y antes que le sea aceptada, como el que deja el cargo sin haber presentado la renuncia y sin haber cesado legalmente en él; lo prohibido es abandonar el cargo aunque se haya presentado la renuncia, por lo cual el delito también existe cuando el agente ni siquiera la ha presentado (Soler).

§ 1929. *El daño al servicio.* – Para que el abandono sea punible, tiene que haber producido daño al servicio público; es, pues, una condición de punibilidad que el daño se haya originado en el abandono mismo; ello no ocurre cuando reconoce una fuente causal distinta preponderante (p.ej., el daño que produce el empleado inexperto que reemplazó al abandonante). El daño puede ser de cualquier carácter (material o moral, como puede ser el retraso de la instrucción que se imparte en una escuela), pero tiene que tratarse de un daño real, no de un daño futuro o potencial, por más certeza que se tenga de que va a ocurrir; tiene que ser un daño del servicio público, es decir, que repercuta externamente en la Administración, que trascienda el organismo administrativo (no bastan las meras dificultades internas en la organización del servicio que no hayan influido en la prestación de él a los administrados). De acuerdo con lo dicho al tratar de la acción, la producción de este daño no es un elemento de la conducta típica, sino una condición de punibilidad: el abandono se pune si se produce el daño.

§ 1930. *Consumación y tentativa.* – Estamos, pues, ante un delito de peligro, no estrictamente de daño, por lo cual se consuma con el abandono, aunque la punibilidad requiera una trascendencia dañosa. No admite tentativa, "pues el acto ejecutivo del propósito de realizarlo, ya implica consumación" (Núñez), lo cual muestra con mayor claridad aun que la consumación se da con el solo abandono; si lo fuera cuando ocurre el daño, el abandono sin daño no importaría tentativa, sino un hecho típico impune.

§ 1931. *Autor.* – Es el funcionario que se encuentra en el legítimo ejercicio del cargo, aunque eventualmente se halle suspendido de él por goce de licencia o medidas disciplinarias, ya que también puede abandonar el cargo quien en el momento del abandono no está prestando efectivamente servicios.

§ 1932. *Culpabilidad.* – El dolo requiere los conocimientos comunes de los distintos elementos típicos. El aspecto voluntario requiere el dolo directo, que es el único que se compadece con la voluntad de desvincularse definitivamente del servicio y que, como vimos, es el elemento indispensable de la acción de abandonar. Pero no requiere voluntad de perpetrar el daño del servicio.

VI. Incitación al abandono colectivo del trabajo

§ 1933. *Derogación del párrafo 2º del artículo 252.* – La ley 21.338, tal como lo había hecho antes la ley 17.567, incluyó como párr. 2º del art. 252, la punición (con prisión de tres meses a dos años) del "que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos", conducta que ha quedado desincriminada por la ley 20.509.

VII. Nombramientos ilegales

§ 1934. *El texto y la protección legales.* – El art. 253, párr. 1º, del Cód. Penal impone multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al "funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales". Se protege al funcionamiento de la Administración contra los peligros que puede originar la falta de idoneidad de las personas que ocupen el cargo por no reunir los requisitos que tienden a seleccionar los funcionarios.

§ 1935. *Acción típica.* – La acción es la de *proponer* o *nombrar* para un cargo público. Nombrar es designar. Proponer es el procedimiento administrativo por medio del cual un funcionario debe nominar ante otro –que es el que designa– a la persona que puede ser nombrada para el cargo; no lo es la simple recomendación o evacuación de consultas, ni siquiera la decisión del funcionario que juz-

ga la idoneidad científica o técnica del candidato para el cargo (p.ej., un tribunal de concurso). El nombramiento o la proposición debe ser para un cargo público, o sea, un cargo que esté encuadrado dentro de la Administración, en cualquiera de sus ramas.

La designación o proposición tienen que estar comprendidas dentro de la competencia del funcionario que las realiza y ser llevadas a cabo con las formalidades legales, recayendo sobre una persona en quien no concurrieren los requisitos legales para ocupar el cargo, es decir, las condiciones personales que la ley exige (nacionalidad, edad, residencia, etc.); no se trata de la capacidad o idoneidad de la persona para desempeñar el cargo (pese a que los requisitos en último extremo tienden a lograrla), aunque en ocasiones la ley fija requisitos que se refieren a esa idoneidad (p.ej., exigencia de título habilitante), pero en esos casos se cumplen con la acreditación formal de la calidad. Pero, para que se dé el tipo, el designado o propuesto no debe tener los requisitos; no basta que haya dejado de acreditarlos antes de los actos administrativos del nombramiento o la proposición (si se prueba que los poseía efectivamente en el momento del acto administrativo). Por supuesto que dentro de los requisitos legales queda comprendida la capacidad de derecho: el inhabilitado carece de un requisito legal, por más que tenga los enunciados por la ley o el reglamento.

§ 1936. *Consumación y tentativa.* – La consumación se produce cuando se lleva a cabo la designación o la propuesta en la forma legalmente dispuesta; basta con que en ese momento el designado carezca de los requisitos, siendo indiferente cualquier acto posterior: que el sujeto admita o rechace el nombramiento o la propuesta, que no sea designado por la autoridad que recibió la propuesta, que se haga o no cargo del puesto; que reúna posteriormente los requisitos, incluso antes de tomar posesión del cargo. Es inadmisible la tentativa.

§ 1937. *Autor. Aplicación de los principios de la participación.* – Sólo puede ser autor el funcionario público con competencia para designar o proponer. Es un delito propio que admite los principios generales de la participación, pero ésta no se da en la simple realización de la materialidad del nombramiento o la proposición; es necesario que el partícipe posea aquella competencia (p.ej., el legislador que vota en favor de un acuerdo para quien carece de

los requisitos para ser juez), interviniendo legalmente en la designación o proposición.

§ 1938. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento de la ausencia de requisitos legales en el designado o propuesto y la voluntad de designar o proponer, pese a ese conocimiento. También aquí se puede dar, además del hecho, un *error iuris* exculpatorio (sobre la extensión de la exigencia de los requisitos por la ley). Sólo es compatible con el dolo directo.

VIII. Aceptación ilegal de cargos

§ 1939. *El texto legal. Carácter del delito.* – El art. 253, párr. 2°, castiga con la misma pena del párrafo primero al "que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales". Como esta conducta sólo difícilmente podría considerarse de participación en el delito anterior, la ley ha optado por punirla autónomamente en una figura distinta, aunque el bien jurídicamente protegido es el mismo que en la primera parte de la norma.

§ 1940. *Acción típica.* – La acción es la de aceptar el cargo para el que no se tienen los requisitos legales; debe tratarse de la aceptación formal por medio de los actos administrativos reglamentariamente dispuestos a tal fin (toma de posesión, juramento, etcétera). Lo que se acepta es el cargo; no es típica, pues, la simple aceptación de ser propuesto para él. Ello indica que es presupuesto necesario del delito que haya mediado una designación hecha por autoridad competente y con las formalidades requeridas para su validez.

§ 1941. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma, pues, con la aceptación del agente después de producida formalmente la designación. Pero no requiere (salvo en casos de aceptación tácita con efectos administrativos) la efectiva toma de posesión o el ejercicio de actos propios del cargo, si es que existen procedimientos administrativos en los cuales la aceptación tiene una forma particular (p.ej., el juramento).

§ 1942. *Autor.* – Puede ser cualquier persona, hasta quien ya tiene la calidad de funcionario público cuando se lo designa para otro cargo.

§ 1943. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento de la designación y la ausencia de los requisitos legales; la aceptación con duda de que se los posea puede quedar comprendida en el conocimiento, pero ello no implica la vigencia de dolo eventual; como en el delito anterior, sólo funciona el directo.

Capítulo V

VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS

§ 1944. *El bien jurídico protegido.* – El Estado, para preservar derechos propios o de terceros, para decidir controversias sobre esos derechos o para asegurar la eficiencia del servicio público, se ve constreñido a amparar –otorgando certidumbre– la conservación o la identidad de determinadas cosas, registros o documentos, rodeándolos de ciertas seguridades. La preservación de los medios de seguridad utilizados por el Estado para cumplir esa función es la finalidad de la protección de los delitos que estructura la ley.

I. Violación de sellos

A) Figura básica

§ 1945. *El texto y la protección legales.* – El art. 254, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a dos años, al que "violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa". No es la cosa en sí lo que se protege, sino su inviolabilidad, a cuya preservación tiende la seguridad constituida por los sellos.

§ 1946. *La acción típica y su objeto.* – La acción típica es la de violar los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

Como objeto del delito, el *sello* no es una defensa material de la integridad de la cosa, sino que tiene el carácter de símbolo de la voluntad del Estado de asegurar su conservación o identidad; basta, pues, que el sello sea idóneo para cumplir con esta finalidad, aunque no lo sea para cumplir con la otra. Materialmente el sello de la descripción típica es la impresión practicada con un instrumento estampador sobre la cosa misma o sobre los objetos que la contienen (bolsas, cajas) o sobre fajas, papeles, hilos o cualquier otro sistema de cierre o preservación (p.ej., sobre los hilos con que se ata la cosa), cualquiera que sea el contenido estampado (palabras, signos, dibujos, etc.) y la materia con que se lo imprima (tinta, lacre, plomo, etcétera). Los sellos protegidos son los *impresos por la autoridad competente* (por el funcionario mismo o por su orden) *con la finalidad de asegurar la conservación* o *identidad de la cosa*; es decir, de asegurar la persistencia de la cosa o la certeza de que la cosa no podrá confundirse con otras distintas. Los sellos impuestos con cualquier otra finalidad (p.ej., acreditar el pago de impuestos), no son los aquí protegidos. Aunque no es indispensable que la imposición del sello esté reglamentariamente prevista (el funcionario puede disponerla como acto discrecional conveniente o útil), quedan fuera de la tipicidad las impresiones arbitrarias; o sea, las que hayan sido realizadas al margen de la competencia del funcionario.

§ 1947. *La violación del sello.* – El sello se *viola* quebrantando la seguridad de conservación o certeza que él implica, ya sea desconociendo su simbolismo por cualquier medio, ya sea atentando contra el sello mismo estampado, destruyéndolo total o parcialmente o alterando su colocación, o violando la seguridad sin atentar contra él, como sería introducirse en el espacio que simbólicamente cerraba por una vía distinta de la que clausuraba el sello (p.ej., abrir por un costado el sobre que está sellado en su parte media). El simple atentado contra el sello que no quebranta la seguridad que él significa, no completa el tipo (p.ej., arrojarle pintura que no lo desfigura).

§ 1948. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la violación del sello en el sentido expuesto, sin que sea nece-

sario ningún otro resultado, ni siquiera que se haya resentido efectivamente la conservación o la identidad de la cosa. Se reconoce la posibilidad de tentativa, salvo alguna opinión aislada.

En el aspecto cognoscitivo, el dolo requiere el conocimiento del simbolismo del sello, como seguridad oficialmente dispuesta y la voluntad de violarlo, es decir, de quebrantar la seguridad que él representa. Es admisible el dolo eventual.

B) Figura agravada

§ 1949. *El texto legal.* – El art. 254, párr. 2°, dispone que "si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo".

§ 1950. *Circunstancias agravantes.* – Como se ve, dos son las condiciones de agravación: una responde a la calidad del autor, la otra al modo de ejecución. El autor tiene que ser un funcionario público, expresión que no está tomada en sentido restringido sino comprensivo de cualquier persona que preste servicios dentro de la Administración. La violación del sello tiene que haberla ejecutado ese autor con abuso de su cargo: debe haberse servido de la función que desempeña para violar el sello, aunque no se requiere que el acto mediante el cual se realiza el delito sea propio de su competencia, bastando con que haga valer las posibilidades que le da la función como medio de facilitación o perpetración del delito; tanto lo comete quien se vale de la autoridad que le otorga su cargo (p.ej., ordenando el levantamiento del sello), como el que utiliza su investidura para posibilitar su acción (p.ej., el funcionario policial que invoca ese carácter para llegar donde está el sello).

C) Figura culposa

§ 1951. *El texto legal.* – El art. 254, párr. 3°, impone multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93), "si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público".

§ 1952. *IRREGULARIDAD DE LA FIGURA.* – Se destaca en la figura, en primer lugar, que el autor sólo puede ser un funcionario público en el amplio sentido expuesto con relación a la figura agravada y, en segundo lugar, que se trata, como delito culposo, de una figura irregular, ya que aquí no se pune la violación culposa del sello por parte del funcionario, sino la conducta culposa de quien facilita esa violación; lo punible es su conducta imprudente o negligente, que permite a un tercero consumar cualquiera de las acciones precedentemente expuestas. Con lo que se advierte que así como se requiere una estricta relación objetiva entre la culpa del funcionario y el hecho consumado por el tercero, tiene que descartarse toda relación subjetiva entre ambas conductas, pues si ocurriera lo contrario estaríamos en un supuesto de dolo como participación del funcionario en el hecho del tercero.

§ 1953. *RELACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA ENTRE LAS CONDUCTAS DEL AUTOR Y DEL TERCERO.* – La relación objetiva a que nos referimos tiene que haber operado en el caso concreto como una condición facilitadora de la conducta del tercero, aunque el tercero no la *aproveche* en el sentido de conocerla y, con tal conocimiento, utilizarla para sus fines; si facilitó su actividad, lo mismo se da el tipo culposo, aunque el tercero no se haya percatado de la circunstancia facilitadora.

§ 1954. *TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DEL TERCERO.* – La mención de la ley al *hecho* de las figuras anteriores, indica que el tercero tiene que haber cometido las conductas previstas en la ley en los párrs. 1° y 2° del artículo; su conducta violadora del sello que no pueda encuadrarse en esas tipicidades, no fundamentará la tipicidad de la conducta culposa del agente.

II. VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA, REGISTROS O DOCUMENTOS

A) FIGURA DOLOSA

§ 1955. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 255, párr. 1°, del Cód. Penal reprime con prisión de un mes a cuatro años, al que "sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prue-

ba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público", y agrega que "si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo".

§ 1956. *Acciones típicas.* – La de *sustraer* significa quitar la cosa de la esfera de custodia en que se halla, aunque no se la haga entrar en otra tenencia distinta; basta el desapoderamiento. *Ocultarla* es esconderla, de modo que no pueda ser hallada cuando deba ser utilizada, aunque no se la quite del lugar donde se encontraba y aunque con posterioridad a ese momento pueda encontrársela. *Destruirla* significa arruinarla materialmente, de tal modo que se la convierta en inservible para su destino de prueba o de servicio público. *Inutilizarla* es volverla inidónea para estos fines, quitándole las características que la hacían útil para ellos, aunque materialmente se la mejore (p.ej., restaurando una pieza que obraba como prueba de un delito de daño). Ni la destrucción ni la inutilización tienen, por tanto, una equivalencia estricta con las mismas acciones cuando son constitutivas del delito de daño, pues aquí sólo se tiene en cuenta el destino probatorio o de servicio de la cosa, no otras finalidades según su naturaleza y utilización.

§ 1957. *Objetos.* – En primer lugar son los *objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente*; es decir, cualquier cosa material que tenga esa finalidad probatoria, sea en un litigio, sea con referencia a cualquier acto administrativo (p.ej., pesas o medidas de control). También lo son los *registros* y los *documentos*; aquéllos son los elementos materiales (planillas, libros, etc.), en los que se hace constar la existencia de objetos o personas (inventarios, registros profesionales), o los actos pasados entre partes o dentro de la Administración, oficializados por oficiales públicos (p.ej., protocolos de escribanos); los documentos –cuyo concepto es el común que más adelante veremos al tratar el Título XII– pueden ser públicos o privados, verdaderos o falsos (p.ej., un expediente fraguado); puesto que aquí no es indispensable que estén destinados a servir como pruebas, basta con que *su custodia haya sido dispuesta en interés del servicio público.* La custodia oficial es un requisito común a todos los objetos típicos; éstos tienen que estar confiados a la custodia de un funcionario o a otra persona. En este

último caso se trata de una custodia concedida o dispuesta oficialmente (de otro modo no estaríamos en delitos contra la Administración), quedando descartada la que surge de una entrega del objeto en virtud de la particular confianza que merece el depositario (p.ej., el abogado que recibe en mesa de entradas un expediente, quedará comprendido en el tipo, pero no quien lo ha recibido de un colega en razón de la confianza que él le merece).

§ 1958. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la realización de las acciones enunciadas en cuanto hayan quebrantado la custodia en que la cosa se hallaba, sin necesidad de que se produzca perjuicio específico alguno.

§ 1959. *Autor. Agravante.* – Autor puede ser cualquier persona, particular o funcionario. Pero el delito se agrava (con el agregado de la pena de inhabilitación) cuando el agente ha sido el mismo depositario de los objetos, aunque no abuse de ese carácter para cometer el delito; es suficiente con esa calidad personal (tanto cae en la figura agravada el depositario que aprovecha la tenencia del objeto para destruirlo como el que siendo depositario juntamente con otro, y estando el objeto en poder del segundo, lo sustrae subrepticiamente).

§ 1960. *Culpabilidad.* – El dolo necesita el conocimiento del carácter de los objetos, de su destino y de la existencia de la custodia y, volitivamente, la voluntad de quebrar esta última por medio de las acciones típicas; son indiferentes las motivaciones que hayan guiado al agente, ni siquiera es necesario que haya sido impulsado por el deseo de lograr que los objetos no cumplan los cometidos para los cuales estaban en custodia.

B) Figura culposa

§ 1961. *Irregularidad de la figura.* – El art. 255, párr. 2º, dispone una multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93), "si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario".

También esta figura culposa muestra la estructura irregular que habíamos visto en la correspondiente al art. 254; no se trata de cas-

tigar a quien, siendo depositario, por negligencia o imprudencia, quebranta la custodia, sino al depositario que, por su culpa, permite que un tercero quebrante dolosamente la custodia que ejerce, con algunas de las acciones previstas en el art. 255, párr. 1°, por medio de las facilidades que aquella actitud brindó, aunque el autor del delito doloso no se haya *aprovechado* (subjetivamente) de ellas.

CAPÍTULO VI

COHECHO

§ 1962. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Los delitos que a continuación estudiaremos castigan la venalidad del funcionario público, procurando proteger el funcionamiento normal de la Administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de aquélla, sin consideración a la licitud o ilicitud del acto así motivado; la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.

§ 1963. *EL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN LA REFORMA DE 1994.* – Al comentar los delitos contra la propiedad hemos mencionado algunas de las cuestiones que atañen a la inclusión del párr. 5° del nuevo art. 36 de la Const. nacional; es evidente que su aplicación más específica ocupará el espacio de los delitos contra la Administración relacionados con la venalidad de los funcionarios públicos, los referidos al cohecho y en los capítulos VII, VIII, IX y IX *bis*, sin perjuicio de que se extienda a otros delitos de la misma naturaleza.

Como se advirtió (ver § 939), la referencia de la norma constitucional al tiempo de inhabilitación *que las leyes determinen* la tornan inoperante, en tanto la ley penal no tipifique expresamente esa pena para la concreta conducta prohibida. Pero como cualquier reforma futura tendrá que considerar el principio para enmarcarse en la norma constitucional, es conveniente determinar su contenido. La sanción de inhabilitación especial que se prevé ("para ocupar car-

gos o empleos públicos") es aplicable a los *delitos contra el Estado*; ello se entiende en el sentido de que sea el Estado el sujeto pasivo típico, o sea titular del bien jurídico comprometido por el delito, como organismo o como representante de la comunidad, en ciertos casos, no bastando con que pueda resultar damnificado sin reunir aquella característica. Se debe tratar de un *grave delito doloso*. Si tenemos en cuenta el argumento que puede extraerse del resto del texto, la *gravedad* del delito parece estar signada por la importancia del daño económico producido por él, que debe quedar librado al prudente arbitrio del juez.

El delito tiene que haber *conllevado enriquecimiento*; la expresión *conllevar* indica que el enriquecimiento tiene que ser una consecuencia (directa o indirecta, pero siempre de manera causal) del daño inferido al Estado. Ante la indiferenciación de la norma, el enriquecimiento puede ser para los autores u otros partícipes en el delito, así como para terceros.

I. Cohecho pasivo

§ 1964. *El texto legal.* – El art. 256 del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a dos años o reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años al "funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones".

§ 1965. *Acción típica.* – Estamos ante un delito de acción bilateral que presenta una codelincuencia necesaria, ya que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo, es decir, sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas en la ley. Pero la punibilidad de esta delincuencia está configurada en otra norma, la del art. 258; aunque ella se satisface con la acción propia del codelincuente en su significado material, no es imprescindible que su conducta sirva de sustento a una responsabilidad penal: el *codelincuente* pudo haber actuado inculpablemente y, sin

embargo, su actividad igual puede servir como presupuesto del cohecho pasivo.

Las acciones objetivamente descriptas en el tipo son de dos órdenes: recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa. *Recibe* el que entra en la tenencia material del objeto que se le entrega. *Acepta* quien admite recibir en el futuro lo que se le promete. Ambas acciones se configuran en una actitud pasiva: el funcionario que no se limita a recibir o aceptar, sino que requiere, impone o procura el ofrecimiento o la promesa, sale de este delito para entrar o en el capítulo de las exacciones o en los delitos contra la propiedad; sin embargo, la mera sugerencia o los actos tendientes a facilitar el ofrecimiento o la promesa no quedan comprendidos en esta última categoría y pueden dar pie al cohecho.

§ 1966. *Objetos que se reciben.* – El objeto que el funcionario recibe puede estar constituido por dinero o por cualquier otra dádiva. *Dinero* es el valor representado por la moneda de curso legal, nacional o extranjera, apta para el cambio monetario. *Dádiva* es cualquier otro objeto que pueda transferirse del dador al receptor, aunque se discute en la doctrina si el objeto que la constituye tiene que estar dotado, necesariamente, de valor económico; una gran corriente de la doctrina exige esta característica; otros, por el contrario, consideran que todo aquello que constituya beneficio, que se identifique con algo codiciable para el receptor, es una dádiva, aunque no se le pueda asignar un valor económico. En realidad, reducir la dádiva a los objetos dotados de valor económico implica dejar al margen de la punibilidad conductas tanto o más venales que otras, pero lo que no hay que olvidar es que la expresión *dádiva* indica la existencia de algo que se puede dar y recibir en sentido material; por lo tanto, si lo que se da son objetos que pueden darse y recibirse, estaremos ante la presencia de la dádiva típica, pero si sólo se suministra la satisfacción o el goce de ciertos deseos al margen de toda materialidad, no se podrá llegar a esta conclusión.

La entidad o medida de valor del dinero o de la dádiva es irrelevante a los fines de la tipicidad; no tiene por qué guardar proporción con la importancia del acto esperado del funcionario, respecto del cual puede ser ínfimo o absurdamente desproporcionado, ya que lo que interesa es que constituya el *precio* de la actividad o inactividad de aquél.

§ 1967. *ACEPTACIÓN DE LA PROMESA.* – Lo que se puede aceptar es una *promesa*. La doctrina parece haber llegado a la conclusión de que ésta no puede referirse más que a los objetos materiales antes mencionados, es decir, que el contenido de la promesa tiene que ser dinero u otra dádiva. La promesa puede ser directa o indirecta, según se la formule explícita o implícitamente (p.ej., la que sin estar dirigida a un determinado funcionario se formula indistintamente a cualquier funcionario que adopte una determinada actitud funcional).

§ 1968. *LA PERSONA INTERPUESTA.* – Las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario por *sí* o por persona interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero que aparezca como personero del funcionario, o como falso destinatario de lo ofrecido o prometido. La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material, sino una referencia en orden a la participación; quien no sea partícipe del agente no tendrá ese carácter; pero aun va más allá: tampoco es persona interpuesta el simple partícipe en grado de complicidad (p.ej., quien se limita a recibir el dinero para entregárselo al funcionario), sino el que se haga aparecer, a los ojos de terceros, como el destinatario del beneficio. La mención de la ley a la persona interpuesta remite, pues, a una forma muy especial de participación; de otro modo, dogmáticamente sería inútil, ya que bastaría aplicar los principios de la participación para comprenderla.

§ 1969. *EL ELEMENTO SUBJETIVO. LAS "FORMAS" DEL DELITO.* – El delito reclama un verdadero acuerdo –explícito o implícito– entre el oferente y el funcionario; el uno al dar u ofrecer y el otro al recibir o aceptar, tienen que tener en vista las mismas finalidades: que el funcionario haga o deje de hacer algo concerniente a sus funciones, o haga valer su influencia funcional ante otro funcionario para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Tal estructura del elemento subjetivo indica también que la convergencia de ambas voluntades tiene que hacerse sobre un acto u omisión futuros: se da y se recibe, se ofrece y se acepta, para actuar u omitir, no por haber actuado u omitido. La dádiva entregada para retribuir una conducta funcional yá adoptada por el funcionario no cae dentro de los límites del cohecho (a diferencia de lo que ocurre en otros derechos). Además, el acuerdo tiene que versar sobre he-

chos determinados; pero no se trata aquí de una solución terminante y absoluta, sino que requiere algunas precisiones: cuando la oferta aceptada o la dádiva recibida apunten a la realización de un hecho propio de la competencia funcional y debido según las leyes y reglamentos, es decir, formal y sustancialmente lícito, el principio será exacto; pero cuando el objeto o la entrega se refieran a la realización de actos sustancialmente ilícitos, no parece que sea correcto sostener idéntica apreciación. El funcionario que acepta una promesa o recibe algo para asumir conductas abusivas en cualquier ocasión que le toque actuar funcionalmente en uso de su competencia, aunque las tales no sean específicamente determinadas al concertarse el pacto, no quedará marginado de la punibilidad del art. 256.

El acto cuya realización o cuya omisión toma en cuenta el tercero al dar u ofrecer y el agente al recibir o aceptar, tiene que ser de la competencia material de este último; perteneciendo a ella, poco importa que se refiera a las relaciones de la Administración con los administrados o a las relaciones internas de la Administración, y que, dentro de esa competencia, se pretenda un acto lícito o uno ilícito (en otros derechos se distinguen dos tipos distintos según la licitud o ilicitud de lo pretendido).

La segunda posibilidad subjetiva del tipo se da cuando el acuerdo persigue la finalidad de que el funcionario haga valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, a fin de que él haga o deje de hacer algo referente a sus funciones. Se trata de que el autor *haga valer*, es decir, utilice ante el otro funcionario, *la influencia derivada de su cargo*, o sea el predominio moral que su cargo le otorga sobre el otro funcionario. Si lo que el agente hace valer no es ese predominio moral, sino su autoridad, en virtud de la cual puede ordenar el acto o la omisión, el caso puede quedar comprendido en la otra forma subjetiva, ya que entonces actuaría dentro de su propia competencia y, si lo que hace valer es la influencia de otras circunstancias que nada tienen que ver con el cargo (p.ej., la amistad), no se dará el tipo por falta de este elemento subjetivo. Demás está decir que esta forma del delito sólo se configura cuando el funcionario competente va a quedar excluido del acuerdo entre el receptor o aceptante y el tercero; si lo que se procura es que aquél entre en el acuerdo, entonces el receptor o aceptante no tendrá otro carácter que el de *persona interpuesta* o de simple cómplice, y estaríamos ante la otra forma del delito.

§ 1970. *Consumación y tentativa.* – Se ha dicho con exactitud que lo que pune el art. 256 es el pacto venal. Por lo tanto, la consumación se determina en el perfeccionamiento de ese pacto: en el momento en que se recibe el dinero o dádiva, o en el momento en que se acepta la promesa, con independencia de que el funcionario cumpla el acto o la omisión pretendida y, en el segundo caso, que el oferente cumpla con las daciones que había prometido; el cumplimiento de lo acordado por ambas partes no es más que un acto de agotamiento irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad del art. 256. En general, se ha negado la posibilidad de tentativa.

§ 1971. *Autor y participación.* – Sólo puede serlo un funcionario público con competencia para llevar a cabo el acto cuya realización u omisión se pretende, si se está en la primera de las formas del elemento subjetivo, lo cual hay que descartar cuando se trata de la segunda forma. Por otra parte, el hecho de la codelincuencia que informa este delito no implica que no sean aplicables a él los principios de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal.

§ 1972. *Culpabilidad.* – El dolo se determina en el acuerdo; requiere, pues, que el funcionario tenga conciencia del sentido de la dádiva que recibe o de la oferta que acepta y, consecuentemente, que la recepción o la aceptación se hagan teniendo presentes las finalidades perseguidas por quien da o promete: no es indispensable que el funcionario tenga la intención de omitir o realizar efectivamente lo pretendido por el codelincuente.

La recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa, con distinta finalidad, deja la conducta fuera del tipo (p.ej., simular el acuerdo para poder lograr la punición de quien da o promete).

II. Cohecho del juez

§ 1973. *El texto legal. Autonomía del delito.* – El art. 257 del Cód. Penal reprime con prisión de cuatro a doce años e inhabilitación absoluta y perpetua, al "juez que aceptare promesa o dádiva para dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia".

Aunque tradicionalmente se lo ha considerado un tipo derivado del anterior, las diferencias que se dan con él demuestran que es un tipo autónomo: tanto desde el punto de vista del sujeto activo, como del elemento subjetivo, esas diferencias avalan tal independencia.

Esta fundamentación nos permite señalar que las notas características de la figura son dos: la particular calidad del autor y la naturaleza de los actos sobre los cuales versa el acuerdo venal; el tipo del art. 257 requiere que ambas se den conjuntamente; por el contrario, si el cohecho lo comete un juez, pero con relación a un acto que no es una resolución o fallo jurisdiccional (p.ej., sobre un acto de superintendencia), no se traspasarán los límites del art. 256.

§ 1974. *Acciones típicas.* – Objetivamente, las acciones típicas se configuran en las de aceptar dádivas o promesas. No parece que la ley haya querido significar una conducta distinta de la prevista en el art. 256, particularmente si se tiene presente que aunque las palabras que se utilizan en la descripción no son similares, como la dádiva se acepta al recibirla (de lo contrario se estaría ante una promesa), aquella afirmación sería exacta.

Pese a que la ley no habla aquí de persona interpuesta, sostiene gran parte de la doctrina que esa omisión no importa vedar esa forma de consumación en el delito del art. 257.

§ 1975. *Elemento subjetivo.* – Pero donde comienzan a establecerse las diferencias entre ambos tipos es en el aspecto subjetivo; aquí el acuerdo venal tiene por objeto que el juez *dicte, demore u omita* pronunciar una resolución o fallo, en un asunto sometido a su competencia. La ley, al hablar de dictar, se refiere al pronunciamiento de la resolución o fallo en la forma requerida por ella, de modo que el acto jurisdiccional resulte válido; por eso cae en la hipótesis omisiva, prevista también por el tipo, el juez que acuerda dictar una resolución o un fallo con defectos que lo nulifiquen, ya que ello sería lo mismo que omitir su dictado. Si el acuerdo tiene por objeto la demora del acto jurisdiccional, ese retardo se refiere al momento en que el juez está en situación de pronunciar la resolución o fallo; no es indispensable que el acuerdo sea de la demora más allá de los plazos legalmente establecidos (tanto es cohecho la conducta del juez que acuerda dictar el fallo después de transcurrido

el plazo legal para hacerlo, como el que acuerda demorarlo algunos días y dictarlo cuando ese plazo no ha transcurrido todavía).

Los objetos del acuerdo son las resoluciones o fallos que importen decisiones con relación a la causa, aunque en el concepto de las primeras quedan comprendidos no sólo los autos que resuelven incidencias, sino también los decretos de trámite, pues ellos también importan decisiones jurisdiccionales; el acuerdo que verse sobre cualquier otro acto que no tenga carácter de resolución o fallo (p.ej., que el juez omita la realización de una inspección ya dispuesta) no habrá traspasado la figura del art. 256. Las resoluciones o fallos materia del acuerdo venal son las que deben dictarse en *asunto sometido a la competencia del juez*; con ello sólo se pretende significar que el asunto esté sometido al conocimiento del magistrado, aunque reglamentariamente no hubiese correspondido hacerlo; lo cual implica, por otra parte, que habiéndose consumado el acuerdo venal, la posterior declaración de incompetencia por parte del agente carece de toda influencia con relación a la responsabilidad penal. Tampoco es necesario que el acuerdo se extienda a un determinado contenido de la resolución o fallo; por eso es indiferente que se persiga una decisión justa o injusta, ajustada o no a la ley; se pune el acuerdo en cuanto ilícito, no la ilicitud de lo acordado.

§ 1976. *Autor.* – La otra nota básica del delito es la particular calidad del autor: tiene que ser un juez, es decir, un magistrado con jurisdicción, o sea con atribuciones para resolver litigios sometidos a su conocimiento, cualquiera que sea su competencia y categoría. Ese carácter puede ser permanente o temporal y relativo a un caso determinado (conjuez).

Mucho se ha discutido si los *árbitros* y los *arbitradores amigables componedores* quedan comprendidos o no en la previsión del art. 257. Los árbitros actúan, en realidad, como verdaderos jueces de derecho, mientras los arbitradores o amigables componedores no tienen obligación de observar ni las normas procesales ni los preceptos del derecho sustancial, y pronuncian sentencia "según su saber y entender" (art. 769, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Pero ninguno de ellos pertenece, ni eventual ni temporalmente, a la Administración, pues son designados por las partes del litigio o futuro litigio (art. 743, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), por lo cual mal podría vulnerarse el bien jurídico protegido con su venali-

dad; por otra parte, cuando la ley ha querido incluirlos en delitos en que los autores son jueces, lo ha hecho expresamente (p.ej., en el art. 269, Cód. Penal), lo cual no ocurre aquí, de manera que se puede concluir en que se trata de sujetos que no pueden ser autores del delito que nos ocupa.

§ 1977. *Culpabilidad.* – En cuanto al contenido del dolo, podemos remitirnos a lo dicho en la figura anterior.

III. Cohecho activo

§ 1978. *El texto legal. Estructura del delito.* – El art. 258 del Cód. Penal castiga con prisión de seis meses a seis años al que "directa o indirectamente, diere u ofreciere dádivas a un funcionario público, en procura de la conducta reprimida por el art. 256", agregando que "si la dádiva se hiciere u ofreciere a un juez", la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años, y "si el culpable fuere funcionario público" sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

A diferencia de lo que ocurre con el cohecho pasivo, el art. 258 no configura un tipo de codelincuencia necesaria, ya que el delito se puede consumar sin la contribución de un agente distinto: la dación o la oferta, guiadas subjetivamente por los designios típicos, bastan para la delictuosidad, sin necesidad de la concreción del acuerdo; por consiguiente, si bien el cohecho pasivo presupone un cohecho activo; por su parte, éste no presupone un cohecho pasivo.

§ 1979. *Acción típica.* – Objetivamente, la acción típica es la de dar u ofrecer dádivas: da el que entrega, ofrece el que promete, por lo cual se guarda un estricto paralelismo con las conductas previstas por el art. 256; paralelismo que se prolonga en cuanto al modo de la acción: la entrega o la promesa pueden concretarse directamente (explícitamente) o indirectamente (implícitamente) y ser llevadas a cabo personalmente por el agente o por intermedio de un tercero que actúe como su personero o simple cómplice. Pero, como vimos al tratar del cohecho pasivo, esos comportamientos del agente del cohecho activo deben ser libremente asumidos; si le son

exigidos por el funcionario, el agente vendría a ser víctima de exacciones ilegales o de delitos contra la propiedad.

§ 1980. *Elemento subjetivo.* – La dádiva debe darse u ofrecerse al funcionario público para que él observe la conducta reprimida por el art. 256, esto es, que reciba la dádiva o acepte la promesa para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones o haga valer su influencia ante otro funcionario, aceptando el acuerdo que se le propone. Por supuesto que también aquí el agente debe tener en cuenta actos futuros (ya vimos que en el cohecho no entra la retribución por actos realizados); sin embargo, la realización previa de la conducta que se pretende del funcionario no elude necesariamente la tipicidad (quien da u ofrece para que el funcionario haga lo que ya hizo, sin saber que lo había hecho, comete también el delito).

§ 1981. *Agravante.* – El delito se agrava cuando la dádiva se da u ofrece a un juez; aquí sólo se toma en cuenta la calidad del funcionario con quien se procura llegar al acuerdo venal, pero no se tiene presente la naturaleza de los actos que se pretenden de él. Tanto da, por consiguiente, que éstos sean de naturaleza jurisdiccional, como que se trate de cualquier otro acto de competencia del juez, aunque no tenga ese carácter (no es, pues, una situación similar a la de cohecho del juez del art. 257).

§ 1982. *Consumación y tentativa.* – Se consuma al dar (presentar) la dádiva o al formular la promesa (ofrecer); o sea, cuando esas circunstancias llegan a conocimiento del funcionario, siendo indiferente, según dijimos, la actitud que éste asuma frente a esas conductas: el delito se consuma tanto si acepta como si rechaza. Tampoco aquí es admisible la tentativa (opinión que no es unánime).

§ 1983. *Autor. Participación.* – Autor puede ser cualquier persona. Si es un funcionario, la pena se agrava con la inhabilitación especial. El tipo admite cualquiera de las formas de participación; incluso es posible la particular participación principal de la *interpósita persona*, como ya advertimos al tratar la acción.

§ 1984. *Culpabilidad.* – Volitivamente, el dolo se integra en la dirección subjetiva de la acción prevista por la ley (querer llegar

al acuerdo venal con el contenido de los arts. 256 ó 257). En el aspecto cognoscitivo vale lo dicho sobre el cohecho pasivo, según la particular situación, por supuesto, del agente del delito previsto por el art. 258.

IV. ADMISIÓN DE DÁDIVAS

§ 1985. *EL TEXTO LEGAL. LA PROTECCIÓN.* – El art. 259, párr. 1°, del Cód. Penal pune con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, al "funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo".

En todos los tipos de cohecho que hemos visto, el núcleo de la acción lo constituía el acuerdo venal; en el que ahora estudiamos no se da tal acuerdo; la venalidad aparece bajo un forma distinta; la ley cuida la "irreprochabilidad e insospechabilidad" (Soler) de los funcionarios, cuyo desconocimiento puede afectar, aunque sea indirectamente, la imparcialidad de los procedimientos administrativos.

§ 1986. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de admitir dádivas, lo cual equivale a recibirlas; el tipo requiere, pues, que la dádiva presentada por un tercero, sea recibida por el funcionario, personalmente o por medio de otro que actúe en connivencia con él (aquí no basta con aceptar una promesa). Como en el caso del art. 256, también se prevé un supuesto de codelincuencia; para que el agente admita la dádiva es necesario que alguien se la presente, pero también esa actitud del codelincuente se pune autónomamente en el párr. 2° del artículo mencionado.

§ 1987. *ASPECTO SUBJETIVO.* – Subjetivamente, el funcionario debe recibir la dádiva sabiendo que se la entregan en consideración a su oficio, lo cual requiere, por supuesto, que la dádiva haya sido entregada por el tercero, en consideración al oficio del receptor. Este elemento subjetivo se configura negativamente por medio de dos exclusiones: la recepción de la dádiva no debe estar vinculada subjetivamente con la adopción de una conducta funcional futura y específica, y tampoco debe estar vinculada a una circunstancia dis-

tinta del oficio del receptor (la amistad u otra relación marginada de ese oficio). La vinculación de la dádiva con el oficio puede responder a distintos criterios: que sea entregada porque el funcionario desempeña determinadas funciones o que lo haya sido por actos funcionales que ya ha realizado.

§ 1988. *Consumación.* – El delito se consuma con la recepción, por parte del funcionario –o de quien actúe por él– de la dádiva presentada. Es suficiente que la tome u ocupe, aunque no se hayan completado las formalidades exigidas para la transferencia de su dominio en casos particulares (p.ej., si lo que se da es un automóvil). No es admisible la tentativa.

§ 1989. *Autor.* – Autor es el funcionario público, *mientras permanezca en el ejercicio de su cargo*; la ley hace referencia a la permanencia del funcionario en los cuadros de la Administración, o sea, requiere que la dádiva sea admitida mientras el funcionario mantiene su calidad de funcionario, aunque no ejerza actualmente en forma efectiva (p.ej., si está suspendido). Pero no es autor quien ha dejado de ser funcionario, aunque la dádiva haya sido presentada en razón de su actividad como tal. Es admisible la participación en todos sus grados.

§ 1990. *Culpabilidad.* – El dolo se especifica en el conocimiento del carácter con que el tercero entrega la dádiva y en la consiguiente voluntad en él de recibirla.

V. Presentación u ofrecimiento de dádivas

§ 1991. *El texto legal. Estructura del delito.* – El art. 259, párr. 2°, castiga con pena de prisión de un mes a un año al "que presentare u ofreciere la dádiva".

Así como el cohecho pasivo pune la codelincuencia del que da u ofrece por medio de una disposición legal autónoma, aquí ocurre lo mismo, pero no se da el estricto paralelismo que aparece entre ambos cohechos, puesto que en este tipo la conducta de ofrecer no tiene relevancia alguna con referencia al tipo del párr. 1° (ya vimos

que no basta que el funcionario acepte una promesa de dádiva), pero sí la tiene en el del párr. 2°.

§ 1992. *Acción típica.* – La acción es la de *presentar* u *ofrecer*. Presentar es lo mismo que dar: es poner a disposición o hacer llegar la dádiva, mientras que ofrecer es proponer la entrega, ofertar, prometer la entrega de la dádiva.

§ 1993. *Aspecto subjetivo.* – Puesto que el tipo del art. 259, párr. 2°, se refiere a la dádiva presentada que permitiría la conducta prevista por el párr. 1°, es indiscutible que el elemento subjetivo contenido en esta figura opera también en la que estamos estudiando: la dádiva debe ser presentada u ofrecida por el agente en consideración al oficio del funcionario que se encuentra en el ejercicio del cargo.

§ 1994. *Consumación.* – Se consuma con la presentación o el ofrecimiento, sin necesidad de que la dádiva haya sido recibida o la oferta aceptada por el destinatario de ellas. Es inadmisible la tentativa.

§ 1995. *Culpabilidad.* – El dolo se especifica en el conocimiento del carácter que inviste la persona a quien se da u ofrece, juntamente con la voluntad de asumir las acciones teniendo en consideración el cargo que él ejerce.

Capítulo VII

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

§ 1996. *El bien jurídico protegido.* – Todos los delitos de que trata esta parte tutelan la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circuns-

tancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, todos ellos tienen en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello.

I. MALVERSACIÓN

A) FIGURA BÁSICA

§ 1997. *EL TEXTO Y LA PROTECCIÓN LEGALES.* – El art. 260, parte 1ª, del Cód. Penal reprime con inhabilitación especial de un mes a tres años, al "funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados".

También se ha denominado al delito *aplicación indebida de caudales públicos* o *destino indebido de fondos públicos*, puesto que el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la Administración; en otras palabras, es el ordenamiento patrimonial de la Administración lo que se protege.

§ 1998. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción típica es, pues, la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación distinta de aquella a que estaban destinados (sin sacarlos de la Administración).

Unánimemente reconoce nuestra doctrina que la voz *caudales* comprende toda clase de bienes (art. 2312, Cód. Civil); la expresión no reduce su contenido al dinero, aunque sí tiene que tratarse de objetos dotados de *valor* de naturaleza económica (los que tienen un valor de distinta índole están protegidos por otras disposiciones). También considera la doctrina que la voz *efectos* atañe a los documentos de crédito (*valores en papel*, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado nacional, provincial o de las municipalidades, que representan valores económicos y son negociables.

§ 1999. *CARÁCTER PÚBLICO DE LOS CAUDALES Y EFECTOS.* – Pese al silencio de la ley, la colocación del tipo (entre los delitos contra la Administración) y el carácter de la función del agente sobre ellos, indican que tanto los caudales como los efectos tienen que ser *públicos*. Pero, si eso no se discute, no se han puesto del todo de acuerdo los tratadistas para determinar el criterio para otorgar esa calidad. Para unos, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en las cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, sólo son públicos los que están afectados a fines administrativos específicos (*tesis del riesgo*; Soler). Para otros, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado (Manzini, Maggiore; *tesis de la pertenencia*) y no cabe duda de que, como lo que está en juego no es la protección de la propiedad (que es lo que tiene fundamentalmente en cuenta la tesis del riesgo), sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir los bienes, la segunda de las opiniones expuestas parece más adecuada a la noción actual de gestión administrativa. En concreto, bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos de que aquél puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Núñez); quedan excluidos, pues, aquéllos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador, pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines.

§ 2000. *AFECTACIÓN DE LOS BIENES.* – Por otro lado, la circunstancia de que la acción típica se constituya en un cambio de destino de los bienes que son aplicados al que no corresponde, requiere, primordialmente, que los caudales o efectos estén expresamente asignados por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, a un destino determinado, genérico (p.ej., para el Poder Judicial) o específico (p.ej., para compra de muebles). El destino se cambia afectando los bienes a otro distinto del legalmente determinado, pero sin salir de la esfera de la Administración (lo contrario sería ya peculado); es decir, dándole un destino administrativo diferente (p.ej., que la partida designada al Poder Judicial se emplee para adquirir vehículos destinados al Poder Ejecutivo). Normalmente el destino de los fondos lo determinan las llamadas *leyes de presupuesto*.

§ 2001. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto del asignado por la ley, el reglamento o la orden. Por aplicación de los fondos no se entiende el simple cambio de imputación de los bienes, pero tampoco en todos los casos sería imprescindible su inversión (es decir, el *gasto* de ellos); también hay una malversación cuando el oro asignado a necesidades financieras se destina para fundir una estatua que adorne un edificio público, por ejemplo. Esta aplicación de los fondos es, sin duda, un resultado material, en cuya consecución se pueden ofrecer distintas etapas ejecutivas, lo cual hace posible la tentativa.

§ 2002. *Autor.* – Autor es el funcionario público que *administra* los caudales o efectos que se aplican indebidamente; ese carácter de administrador se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente. No es administrador quien sólo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos (el cambio abusivo de la imputación a otro destino puede entonces constituir un abuso de autoridad), ni los simples custodios de los bienes. Ello no impide que los funcionarios que tengan cualquier facultad de decisión sobre los bienes –como es la de imputarlos– puedan aparecer como partícipes del malversador, cuando la aplicación ilegal se realizó mediando su actividad culpable.

§ 2003. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del destino de los bienes y la voluntad de disponer de ellos para un destino distinto. Tanto puede ser directo como eventual. El *error iuris* –p.ej., sobre el verdadero destino legal de los bienes– puede alcanzar relevancia exculpatoria.

B) Figura agravada

§ 2004. *El texto legal.* – El art. 260, parte 2ª, agrega una multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída, "si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados" los caudales o efectos.

§ 2005. *Circunstancia agravante.* – El *daño* es cualquier efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial; *entorpecimiento* es cualquier inconveniente en la prestación del servicio, según los programas establecidos o sus posibilidades normales. Tales resultados deben reconocer su origen en la indebida aplicación de los caudales o efectos; no basta que la mala aplicación haya contribuido a su producción, si es que ella reconoce una fuente causal preponderantemente distinta. Además, tienen que referirse al servicio al cual reglamentariamente estaban afectados; por eso, no desaparece la agravante por el hecho de que el desvío haya producido beneficios en otras esferas de servicios administrativos: no es la lesión patrimonial a la administración lo que aquí se pune específicamente, sino la inobservancia de la ley en orden al uso de los bienes.

II. Peculado

§ 2006. *El texto y la protección legales.* – El art. 261, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, al "funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo".

Aunque se puede reconocer que en el peculado son varios los bienes jurídicos comprometidos (la propiedad, la seguridad de la preservación de los bienes públicos, el normal funcionamiento patrimonial de la Administración), entre nosotros se ha hecho predominar la preservación de la seguridad de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, colocándose al delito en el cuadro de las malversaciones (ver § 1997 y siguientes).

§ 2007. *Acción típica.* – La acción reprimida es la de *sustraer*, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es

necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque sólo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. Por eso no es tan exacta la equiparación que alguna doctrina (Soler) ha formulado entre este delito y el del art. 173, inc. 2°. Pero, eso sí, la sustracción no se satisface con el *simple uso* del bien –por ilegítimo que sea–, sin que sea separado de la tenencia de la Administración; el bien tiene que ser consumido, destruido, transformado o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar la tutela pública en que se hallaba; claro está que, en ocasiones, el uso equivaldrá a la sustracción (como ocurre con el dinero o cosas consumibles), pero ello no ocurre siempre (p.ej., no pecula quien utiliza indebidamente un automóvil oficial, atendiendo al consumo de él con su propio peculio).

La esfera de custodia o tenencia de la cual tienen que separarse los bienes para que se dé el peculado es, dentro de la actividad patrimonial del Estado, la que representa el funcionario por pertenecer a su competencia según la ley, el reglamento o la orden. No comete el delito el funcionario que saca el bien que custodia o administra otro funcionario.

§ 2008. *Objetos.* – Los objetos materiales son los caudales o efectos cuya *administración, percepción o custodia le ha sido confiada al funcionario por razón de su cargo*; es obvio que tiene que tratarse de caudales o efectos públicos, según dijimos al hablar de la malversación. También al tratar de ese delito explicamos cuál es el concepto de *Administración*. *Percepción* es la función de recibir bienes para ingresarlos o regresarlos a ella, siempre y cuando lo sea para integrarlos en la pertenencia de la Administración, ya que sólo entonces adquirirán carácter de públicos (no basta una simple tenencia por razones de seguridad; p.ej., depósitos en garantía de particulares que no entran a ser pertenencia de la Administración). *Custodia* es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y se realiza como función administrativa; no lo es la mera actividad administrativa de vigilancia (p.ej., el cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública). La administración, la percepción y la custodia deben haber sido *confiadas al agente (funcionario) en razón de su*

cargo; aquí se suscita un interrogante, ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesario que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas? La doctrina en su gran parte se ha pronunciado en el sentido de que el tipo no se refiere a la entrega facultativa, sino a la impuesta o autorizada por las disposiciones administrativas, en cuanto otorgan competencia al funcionario para realizar dichas funciones; el funcionario incompetente no ingresa en el círculo del peculado, según lo dejamos dicho al hablar de la conducta típica.

§ 2009. *Consumación y tentativa.* – Dijimos que la acción de sustraer se constituye en la de separar o quitar el bien de la esfera de custodia en que se encuentra y que es ejercida por el propio autor; por consiguiente, en principio, el delito se consuma cuando el bien ha sido quitado de la esfera de la tenencia administrativa. Cuando se trata de caudales o efectos que el funcionario tiene en administración o custodia, la consumación se produce cuando aquél los saca de su propia administración o custodia sin dejarlos dentro de otras que se ejercen en la misma Administración, lo cual puede hacer por distintos procedimientos (entre otros el de transformar la administración o custodia que ejerce funcionalmente en otra a título privado). Por supuesto que el delito consumado no desaparece por la posterior restitución, aunque se la haga sin requerimiento alguno. Pero la solución no es tan sencilla cuando nos encontramos ante la figura del simple perceptor; una fuerte corriente de nuestra doctrina considera que la consumación del peculado se produce, entonces, con la omisión de ingresar los fondos en el tiempo debido según las reglamentaciones; sin embargo, si se piensa que, al ser percibidos, ya los bienes han sido ingresados en la Administración, ninguna dificultad habrá para que el delito se consuma mediante su separación, aun antes de que deban rendirse las cuentas pertinentes.

El peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial (pese a que numerosa doctrina sostiene lo contrario), ya que es indudable que la consumación se puede dar sin esa lesión (puede ocurrir que produzca un verdadero beneficio, y no un perjuicio de ese orden), pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la Administración. Lo cual indica que es perfectamente admisible la tentativa.

§ 2010. *Autor.* – Como lo hemos explicado, autor sólo puede serlo el funcionario que tiene competencia para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos. No lo es el usurpador que haya entrado en la tenencia de los bienes por medio de uno de los delitos previstos en el art. 246 del Cód. Penal, pues entonces no será un funcionario al que se le hayan confiado aquéllos por razón de su cargo. Admite cualquiera de las formas de participación.

§ 2011. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento, por parte del agente, del carácter de los bienes y de la relación funcional que lo une a ellos y la voluntad de separarlos de la Administración. El dolo eventual funciona típicamente.

III. Peculado de trabajos o servicios

§ 2012. *El texto y la protección legales.* – El art. 261, párr. 2°, reprime con la misma pena del párr. 1°, al "funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública".

Esta norma fue agregada al texto original por la ley 16.648, que vino a llenar una verdadera laguna de impunidad, ya que ni los trabajos ni los servicios podían considerarse como caudales. También en este particular peculado se procura tutelar "el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial del Estado" (Carrara) y su regularidad.

§ 2013. *Acción típica.* – *Emplear* es utilizar el trabajo o servicio, o sea, afectarlos a un determinado destino. Para que tal empleo sea típico, el trabajo o servicio tiene que estar destinado a satisfacer necesidades del agente que los dispone o de un tercero. Lo que se pune es la desafectación del trabajo o del servicio de su destino administrativo, desviándolo hacia un destino extraño a la Administración. Emplearlos en provecho propio o de terceros significa, por lo tanto, separarlos de la esfera administrativa, aunque el provecho no se traduzca en una ventaja económica para el agente o el tercero (p.ej., si pagan los servicios al precio que le hubieren pagado a cualquier prestador de ellos).

§ 2014. *Objetos. Trabajos y servicios.* – En lo que no se ha puesto de acuerdo la doctrina es en la distinción de los servicios y trabajos. No parece correcto excluir de la noción de *trabajos* los de naturaleza intelectual (pese al origen carrariano de la tesis); por tanto, serían todas aquellas tareas (físicas o intelectuales) que se emplean para la realización de una obra determinada (p.ej., la de los obreros o la del arquitecto contratados por la Administración para levantar una escuela). Mientras que los *servicios* son todas las tareas (también físicas o intelectuales) que, sin estar destinadas a una obra determinada, se prestan dentro de una situación o estado del sujeto que los realiza, y que se caracterizan por una cierta permanencia de la tarea con relación a la actividad administrativa. Así, generalmente, los empleados *prestan servicios*, los contratados para una obra *dan trabajo*, aunque nada obsta a que los servicios sean prestados por terceros (p.ej., servicios de comunicaciones).

Típicamente, el trabajo o servicio que se distrae tiene que ser *pagado por una administración pública*, es decir, por una repartición pública, mediante una contraprestación al dador del servicio o del trabajo, pudiendo ser sueldo, jornal o precio de obra; dándose esta circunstancia, su desvío entra en el tipo, aunque, como dijimos, el agente o el tercero pague, a su vez, el importe del servicio o trabajo que se le preste o se le dé.

Aunque la ley no lo establece expresamente, como ocurre en el párr. 1º del artículo, entre el funcionario y los trabajos o servicios que se emplean tiene que haber una relación funcional por la cual el destino de aquéllos dentro de la Administración esté a disposición de él; esto es así porque el concepto de peculado requiere una violación funcional que sólo puede darse cuando la función del peculador pone en sus manos la posibilidad de destinar o aplicar los trabajos o servicios y, por lo tanto, la posibilidad de desviarlos de la finalidad administrativa a la que están afectados.

§ 2015. *Aspecto subjetivo.* – La circunstancia de la acción punible, de que los trabajos o servicios se empleen en provecho del funcionario autor del delito o de un tercero, plantea una exigencia de índole subjetiva: el autor tiene que actuar persiguiendo el provecho propio o el de otro; o sea, tiene que querer destinar el trabajo o servicio a la satisfacción de necesidades o utilidades extrañas a la Administración, aunque no persiga una ventaja de carácter patrimo-

nial que, como dijimos, no es requisito objetivo de la utilización del trabajo o servicio. La voluntad de desviar el trabajo o servicio del destino que reglamentariamente le corresponde, pero sin sustraerlo de la esfera administrativa, no constituye este peculado (p.ej., poner a trabajar a los agentes de seguridad en la construcción del pavimento de una calle pública).

§ 2016. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con el desvío de los trabajos o servicios a la esfera particular, es decir, con su utilización en provecho de un agente o de un tercero; no basta aquí con que el trabajo o servicio haya sido separado de la Administración, si no se lo ha utilizado (p.ej., no comete peculado el funcionario que impide trabajar a sus empleados en la tarea administrativa que les corresponde), lo cual no implica que la consumación requiera que el trabajo o servicio haya llegado efectivamente a satisfacer la necesidad o utilidad del agente o del tercero, ni que produzca otro resultado perjudicial, salvo el consistente en la separación misma (p.ej., también pecula el funcionario que en las horas de la tarea administrativa hace pintar su casa por artesanos de la repartición que dirige, aprovechando que éstos no pueden trabajar en aquélla por carencia de materiales). No elude la consumación el hecho de que los servicios distraídos no sean efectivamente pagados por la Administración al comprobarse el desvío, ya que la norma enuncia los trabajos o servicios que *deban* ser pagados por aquélla, no que ella haya pagado (no estamos aquí en un delito contra la propiedad). Ninguna dificultad hay en admitir la tentativa.

§ 2017. *Autor.* – Sólo puede serlo el funcionario público, pero, según lo hemos adelantado, sólo el que dispone administrativamente de los trabajos o servicios (contra: Fontán Balestra, Carrara). El peculado, como cualquier otra malversación, nos pone ante la vigencia de un abuso funcional; malversa quien dispone de los bienes, y esta regla no cambia en el peculado de trabajos y servicios; no basta para ser autor la simple calidad funcional; es imprescindible que dentro de la función del agente esté comprendida la competencia para disponer de los trabajos o servicios; es decir, para afectarlos a la finalidades fijadas por las leyes, reglamentos u órdenes.

Son aplicables los principios de la participación, y hasta la ley se refiere a una particular figura de partícipe principal: el tercero que

puede aprovecharse de los trabajos o servicios, cuando, por supuesto, reúne las características subjetivas del partícipe.

§ 2018. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter del trabajo o servicio y la voluntad de desviarlo de su destino administrativo, empleándolo en provecho del mismo agente o de un tercero.

IV. Malversación culposa

§ 2019. *El texto legal.* – El art. 262 del Cód. Penal castiga con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, al "funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior" (es decir, en el art. 261, párr. 1º).

§ 2020. *Acción típica. Estructura irregular.* – Como en el caso de violación de sellos y documentos, también aquí aparece una figura culposa que tiene una estructura irregular, ya que el actuar culposo del agente no incide directamente produciendo el resultado, sino que lo que hace es facilitar la conducta dolosa de un tercero; no se castiga la sustracción (separación) culposa de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente.

Materialmente la conducta tiene que dar ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo, en administración o custodia o de cuya percepción está encargado. Y *da ocasión* quien pone una condición que facilita o permite consumar la sustracción; es decir, lo hizo quien creó una "oportunidad posibilitadora" (Núñez) para que el tercero sustrajese los caudales o efectos del modo como lo realizó. La conducta culposa del funcionario tiene que haber hecho posible la sustracción en el caso concreto. El concepto de sustracción es el mismo que hemos visto al hablar del art. 261, y, por otra parte, al referirse el art. 262 al tipo del art. 261, párr. 1º, lo está haciendo

exclusivamente a la sustracción dolosa realizada por un tercero; queda fuera del delito la conducta culposa del funcionario que haya dado lugar a la separación culposa de bienes de la Administración realizada por un tercero (p.ej., en un supuesto de confusión de cosas). Pero ello no indica que la sustracción del tercero tenga que constituir un peculado; toda sustracción dolosa, de cualquier naturaleza típica, queda comprendida (un hurto, una estafa, etcétera).

§ 2021. *Consumación.* – Como tipo culposo, la consumación requiere un resultado: éste es la consumación del delito doloso del tercero mediante la separación de los bienes y caudales; es cuando éstos han sido extraídos de la tenencia de la Administración que el delito culposo queda consumado.

§ 2022. *Autor.* – Lo dicho al referirnos a la acción describe al autor como el funcionario que tiene las características del autor del peculado; lo que allí expusimos en cuanto a la relación del funcionario con los bienes, tiene aplicación aquí.

§ 2023. *Aspecto subjetivo.* – Por supuesto que, en el aspecto subjetivo, el tipo descarta la connivencia del funcionario con el autor de la sustracción, porque si esa connivencia existe, el agente es autor de peculado (si el tercero obró por él) o es cómplice del autor de la sustracción dolosa realizada por el tercero.

V. Malversación de bienes equiparados

§ 2024. *El texto legal y sus equiparaciones.* – El art. 263 del Cód. Penal dispone que "quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".

Como se ve, el artículo formula una doble equiparación: se equipara la situación de las personas enunciadas a la del funcionario público que administra o custodia los bienes públicos y, además, se

equiparan bienes privados a los bienes públicos, procurando una mayor protección de ellos, a la que son merecedores por su destino, pertenencia o situación en que se encuentran.

§ 2025. *Acciones típicas.* – Las acciones son las propias de los arts. 260, 261, párr. 1°, y 262, pero queda excluida la del art. 261, párr. 2°, pues de ningún modo se puede hacer caber en el concepto de caudales los trabajos o servicios que deben ser pagados por la Administración.

§ 2026. Objetos. – Los bienes *pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia*, son los que pertenecen –en propiedad o en virtud de otro derecho real que les permite aplicarlos a los fines de la institución, como el comodato, la locación, etc.– a un establecimiento de instrucción pública o de beneficencia, pero de carácter privado, puesto que si estuviesen dentro de la Administración, aquellos bienes tendrían naturaleza pública y se aplicarían los tipos anteriores, sin pasar por la equiparación del artículo que comentamos.

En cuanto a los *caudales embargados, secuestrados o depositados*, es cualquier bien (incluso los *efectos* del art. 260 y ss., Cód. Penal) sobre los cuales la autoridad competente haya dispuesto esas medidas que, por supuesto, tienen que ser previas a la conducta típica, ya que son ellas las que dan carácter a la equiparación del art. 263; lógicamente, puesto que deben tratarse de actos de la autoridad, quedan marginados del tipo todos los casos en que la custodia de los bienes tiene origen contractual.

§ 2027. *Consumación.* – La consumación se da en los mismos momentos que hemos visto a propósito de la malversación, el peculado y la malversación culposa, según sea el caso. Y como ocurre en éstos, tampoco en el delito del art. 263 se requiere otro perjuicio que el constituido por la desafectación del bien del destino original o la vulneración de la esfera de tenencia en la que se encontraba.

§ 2028. *Autor.* – Los autores equiparados están específicamente enunciados por la ley. El concepto de *administrador* ya lo

hemos explicado, pero aquí la constitución de esa calidad se da según las reglas del derecho privado, con lo cual administrador es quien maneja los bienes de la institución con total o relativa autonomía (p.ej., cumpliendo órdenes de un consejo de dirección); su designación no requiere formalidad alguna, bastando el simple encargo o hasta, en ciertos casos, la asunción de la actividad de hecho, en virtud de la figura de la gestión de negocios que se realiza sin oposición de los habilitados para impedirla. *Custodio* es el que guarda los bienes, y en cuanto a su designación o constitución en esa calidad vale lo dicho precedentemente acerca del administrador. Pero eso no ocurre con los *administradores* y *depositarios de bienes embargados, secuestrados* o *depositados*, pues éstos deben haber sido constituidos como tales por la autoridad competente mediante un acto formalmente válido; no tiene, pues, tal carácter quien no ha sido designado como tal por la autoridad (p.ej., aquel a quien el depositario del bien, por comodidad, se lo da a guardar; quien, en todo caso, cometería un delito contra la propiedad).

§ 2029. *Culpabilidad.* – La culpabilidad requiere el conocimiento del carácter de los objetos y de su situación, y la voluntad dolosa de disponer arbitrariamente de ellos o la actitud culposa de no atender a las normas de cuidado que atañen a la preservación de su tenencia.

VI. Demora injustificada de pago

§ 2030. *El texto legal. El delito como figura de malversación.* – El art. 264, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con inhabilitación especial de uno a seis meses, al "funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente".

El hecho, si bien no cambia el destino de los bienes, como los anteriores, puede perturbar el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado, al impedir que los fondos cumplan el destino que les está asignado. Por eso se ha dicho que, desde el punto de vista del bien jurídico, el delito "participa de la esencia de la malversación" (Núñez).

§ 2031. *Acción típica.* – *Demora el pago* quien no lo realiza en el tiempo debido de acuerdo con la ley, el reglamento o la costumbre administrativa. La demora puede consistir en no efectuar el pago cuando es el mismo funcionario quien debe realizarlo, o en no dar la orden de pagar cuando lo tiene que efectuar otro, mediando ese requisito. Lo que se demora son los *pagos ordinarios* o los *decretados*: los primeros son los que la Administración efectúa periódicamente de acuerdo con un presupuesto u otra fijación previa (p.ej., sueldos), los segundos son los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas (pago a proveedores, pagos con certificados de obras, etcétera).

Por supuesto que para que se dé el tipo –como taxativamente lo dice la ley, por otra parte– el funcionario debe contar con fondos expeditos, es decir, con los que siendo suficientes para hacer el pago en el tiempo debido, están reglamentariamente afectados a él; por supuesto que no basta el hecho de que los fondos figuren en una imputación presupuestaria si no están efectivamente a disposición del funcionario.

§ 2032. *Elemento normativo.* – Pero aun existiendo fondos expeditos, la conducta del agente puede llegar a ser atípica si la demora está justificada por cualquier causa de las previstas en el art. 34, incluidos los casos fortuitos y la fuerza mayor; hasta puede serlo la orden del superior no discutible por él.

§ 2033. *Consumación.* – El delito se consuma con la omisión de pagar en el tiempo debido. No se necesita que medie interpelación o intimación previas de aquel a quien el pago le es debido, o de otra autoridad. Claro está que no admite tentativa.

§ 2034. *Autor.* – Autor es el funcionario público que tiene a su cargo hacer efectivo el pago o dar la orden para hacerlo, sea como tarea normal de su gestión administrativa, sea como encargo eventual encomendado por la autoridad competente.

§ 2035. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento de que se debe efectuar el pago y del tiempo en que debe hacerse y la voluntad de demorarlo arbitrariamente (sin causa justificada). Es incompatible con el dolo eventual.

VII. NEGATIVA A ENTREGAR BIENES

§ 2036. *EL TEXTO LEGAL. EL DELITO COMO FIGURA DE MALVERSACIÓN.* – El art. 264, párr. 2°, asigna la misma pena que para el delito anterior al "funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración".

Aunque el núcleo del tipo acerque la figura a la de desobediencia, el hecho en sí es una malversación, porque en este artículo no se protege el principio de autoridad, sino el normal ejercicio de la actividad patrimonial de la Administración.

§ 2037. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción típica es, pues, la de rehusarse a entregar una cantidad o efecto, que el autor administra o custodia, cuando ha mediado requerimiento de la autoridad competente para hacerlo. *Rehúsa* el que niega explícita o implícitamente (colocando el bien fuera del alcance de quien debe recibirlo) la entrega. Pero la tipicidad exige, como presupuesto, que una autoridad competente haya requerido (ordenado) la entrega de los objetos.

§ 2038. *OBJETOS.* – Los objetos son *cantidades* o *efectos*. En cuanto a cantidad, no refiriéndose la ley a caudales, como lo hacía en tipos anteriores, hay que concluir que no cualquier especie de bien material queda comprendida, sino aquellas en que los bienes pueden ser determinados por *cantidad*, no los determinables por unidad –aunque puedan constituir una universalidad–; puede, pues, cometer el delito el funcionario que se niega a entregar una cantidad de dinero o una cantidad de cereal, pero no el que se niega a entregar un bien unitariamente determinable (p.ej., un automóvil) o un conjunto de bienes determinables (v.gr., un hato de ganado), sin perjuicio de que puedan quedar comprendidos en otros delitos contra la Administración pública.

En cuanto a los *efectos*, la doctrina les asigna el mismo concepto que vimos al tratar el art. 260, lo cual, si bien puede ser exacto, reduce demasiado la efectividad de la punición.

Mas para que estos objetos ingresen en la tipicidad, tienen que hallarse depositados o puestos bajo la custodia o administración del

agente; los esquemas que al respecto vimos al exponer el art. 261 pueden aplicarse aquí, ya que, al fin, como dijimos, seguimos en el campo de las malversaciones.

§ 2039. *Consumación.* – Por supuesto que la consumación se da con el rehusamiento (negativa), formal y material, o sea la negativa debe ser corroborada por la no entrega. Pero no se requiere perjuicio autónomo alguno trascendente a la omisión misma. No admite tentativa.

§ 2040. *Autor.* – Es el funcionario que, en razón de su cargo, custodia o administra la cantidad o los efectos; no es autor el funcionario que los tiene, pero no en razón de su cargo, sino por otro motivo, aunque sea funcional (p.ej., un mera tarea de vigilancia).

§ 2041. *Culpabilidad.* – El dolo reclama el conocimiento de la situación de los bienes y del requerimiento formulado por la autoridad competente para su entrega y la voluntad de rehusar arbitrariamente, lo cual sólo permite el ingreso del dolo directo.

Capítulo VIII

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

§ 2042. *Razón de ser de la protección legal.* – La norma contenida en el art. 265, párr. 1º, del Cód. Penal tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la Administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a su codicia personal, que puede verse favorecida por la calidad en que actúa en aquellos negocios jurídicos; en tanto que el párr. 2º del artículo extiende la protección a situaciones que, si bien no entrañan peligro para bienes de la Administración, sino de los particulares, las especiales facultades de los posibles autores los colocan en situaciones

equiparadas a quienes desempeñan funciones públicas, con lo cual sus deberes de fidelidad e imparcialidad adquieren las mismas dimensiones que los que tienen los funcionarios.

I. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 2043. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 265, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo".

§ 2044. *ACCIÓN TÍPICA.* – La conducta punible es la de *interesarse* en el contrato u operación, o sea la de hacer intervenir en ellos un interés propio y particular, situarse ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración (por eso se habla de un *desdoblamiento* del agente). Interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros. No basta con ser parcial; es menester que se intervenga como parte; el agente que se limita a ser parcial en su actuación funcional en el negocio, pero no interviene en él como parte –aunque sea ocultamente, como veremos–, cometerá una falta administrativa u otros delitos de este título, pero no el de negociaciones incompatibles.

§ 2045. *EL INTERÉS PRIVADO.* – La mayor parte de nuestra doctrina sostiene que el interés que tiene que informar la intervención de parte en el negocio por el funcionario debe tener un contenido económico; su pretensión tiene que ser de carácter patrimonial; pero no se trata de una opinión uniforme, porque otros, siguiendo a la doctrina italiana, sostienen que para el tipo basta la injerencia de un interés particular, cualquiera que sea su naturaleza; es suficiente con

que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica (Sabatini). Pero es prácticamente imposible sostener la existencia de un contrato u operación que no tenga alguna trascendencia de índole económica, al menos en la esfera administrativa, por lo cual parece indispensable, típicamente, que el interés particular insertado en el negocio tenga, a su vez, contenido económico, cualquiera que sea la ulterior finalidad que haya perseguido el autor (que puede no ser puramente económica, como política, afectiva, etcétera).

No es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquélla (p.ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la Administración).

§ 2046. *Modos de comisión.* – La ley señala distintas formas de manifestación del interés privado en la negociación; su inserción puede ser directa, a título personal o por intermedio de mandatario, o indirecta, acudiendo a simulaciones que pueden ser relativas a la persona que declaradamente interviene como parte, lo cual ocurre cuando el funcionario actúa por persona interpuesta (la que simula actuar en su propio interés cuando lo hace por el funcionario), cuanto a los actos de intervención que pueden simularse representando aparentemente otro interés cuando, en verdad, no hacen sino propender al interés del funcionario (p.ej., que el funcionario haga intervenir a una persona jurídica inexistente, con la cual se extienda el contrato, en beneficio de él).

§ 2047. *El negocio jurídico sobre el que se inserta el interés.* – El interés particular se tiene que insertar en cualquier contrato u operación en que el funcionario intervenga *por razón de su cargo*; no se trata, pues, de cualquier acto de la Administración, sino de contratos en el sentido del art. 1137 del Cód. Civil, y operaciones en cuanto disposiciones de carácter económico en que la Administración actúa a título singular (p.ej., disponer un llamado a licitación). Pero deben ser actos legítimos; si son contratos u operaciones de índole ilegítima, el agente podrá quedar comprendido en otros delitos, pero no en las negociaciones incompatibles, pues sólo

en ellas pueden darse las incompatibilidades que se punen; aquí no se sancionan negocios prohibidos, sino negocios incompatibles (Millán, Núñez, Fontán Balestra). Además, como vimos, el contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor (por razón de su cargo, dice el tipo); o sea, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba –o por lo menos pueda– formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto. Es irrelevante la etapa del negocio en la cual se produce la inserción del interés privado del funcionario: puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquél (p.ej., en la etapa previa al llamado a licitación); mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última, hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etcétera).

§ 2048. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la acción de interesarse, es decir, cuando se produce en cualquiera de las formas previstas por la ley, la intervención como parte privada del funcionario en el contrato u operación que se viene a sumar a su intervención funcional; o sea, cuando se produce la yuxtaposición de ambas calidades respecto de la misma negociación. No constituye tal intervención la sola manifestación del interés, sino la asunción del carácter de parte. Pero es indiferente cuál de las dos cualidades preexista: tan típica es la conducta de quien, siendo funcionario y actuando en la operación, despliega después en ella la conducta de interesarse, como la de quien, siendo ya parte privada en el negocio, adquiere luego la calidad de funcionario con facultades decisorias o de complementación legal respecto de aquél, y no aparta de éste su interés particular y tampoco elude su actuación funcional en él (no se inhibe de actuar como funcionario). Pese a que la cuestión ha sido discutida, no parece que se pueda rechazar la posibilidad de tentativa.

§ 2049. *Autor.* – Es el funcionario o empleado público que tiene competencia para intervenir en la negociación, según lo dicho precedentemente; no es suficiente, pues, que el agente pertenezca a la misma repartición en que se realizó la negociación, si carece de esa competencia.

§ 2050. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que exige en el agente el conocimiento de la intervención que le cabe en el contrato u operación como funcionario competente, y la voluntad de tomar intervención como parte privada en ellos.

II. Negociaciones incompatibles por autores equiparados

§ 2051. *El texto legal y sus equiparaciones.* – El art. 265, párr. 2°, norma que la disposición del párr. 1° "será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarías o concursos".

La equiparación como autores de negociaciones incompatibles de quienes, sin revestir carácter de funcionarios públicos, desempeñan, sin embargo, *oficios* de naturaleza pública respecto de bienes de terceros, toma en cuenta, precisamente, esa particular naturaleza de sus intervenciones. Por tanto, la misma prescindencia que se puede exigir al funcionario público puede exigírsele a ellos, procurándose evitar los peligros que su deslealtad podría acarrear a los patrimonios con que operan.

§ 2052. *Estructura del delito: remisión.* – La equiparación se refiere tanto a la pena como al tipo, lo cual nos permite remitirnos, en lo que atañe a los distintos aspectos de la conducta punible, a lo que dijimos al estudiar el tipo anterior (§ 2043 a 2050), incluso con referencia a los modos de la toma de interés.

§ 2053. *Cuestión relativa al aspecto temporal.* – Si algún problema específico plantea la disposición es el relativo al aspecto temporal y proviene de la expresión *hubieren intervenido*, la que indicaría que la intervención como parte particularmente interesada de los peritos y contadores debe ser posterior a sus intervenciones en esas calidades en la tasación, partición o adjudicación, salvo que actúen por persona interpuesta (Fontán Balestra); de acuerdo con esa tesis, si el agente actúa directamente por sí, recién podría come-

ter el delito en operaciones ulteriores de las enunciadas por la ley, pero si actúa por persona interpuesta podría cometerlo también durante la realización de ellas, lo cual trae el inconveniente de que se deje de punir el mismo acto con características idénticas, en una circunstancia y no en la otra, y se coloque al perito o contador ante una prohibición *sine die* de realizar cualquier negocio sobre bienes que ha tasado, partido o adjudicado (p.ej., que mucho tiempo después de cesada su intervención adquiera de uno de los adjudicatarios uno de esos bienes); esas consideraciones han llevado a pensar que la expresión de la ley indica que el uso del pretérito no excluye la referencia al acto subsistente (Núñez); no tendría otro significado que el de señalar que la intervención como perito o contador en las operaciones ya ha comenzado y subsiste cuando se inserta el interés particular, lo cual parece lógico, tanto más cuanto que esta subsistencia es imprescindible para que se dé la duplicidad de intervenciones que requiere la negociación incompatible.

§ 2054. *Consumación.* – La consumación se produce en los mismos términos y condiciones que vimos al hablar del art. 265, párr. 1º, y casi está de más aclarar que la nulidad de los actos que consolidan el interés privado del autor, posteriormente declarada, no elimina la existencia del delito consumado.

§ 2055. *Autor.* – Es quien posee las calidades enunciadas en la ley y como tal interviene en las operaciones aludidas por ella. Pero también respecto de los peritos y contadores, la calificación de *particulares* ha dado pie a interpretaciones contradictorias; sin embargo, no parece que signifique otra cosa que la pretensión de excluir del tipo a los peritos y contadores que no actúan particularmente, sino que lo hacen como funcionarios administrativos, cuando interviniesen en ese carácter en el caso específico (p.ej., los contadores de reparticiones oficiales, tasadores de instituciones de crédito del Estado, etc.), cuyas conductas ilícitas quedarán cubiertas por otros tipos.

Es claro que, en todos los supuestos de la norma, el agente debe haber sido designado y aceptado el cargo de acuerdo con las formalidades legales, ya que de otro modo no habrá adquirido la calidad típica, sin perjuicio, por supuesto, de que, careciendo de ella, pueda haber cometido otros delitos (p.ej., delitos contra la propiedad).

CAPÍTULO IX

EXACCIONES ILEGALES

§ 2056. *CONCEPTO DE EXACCIÓN. ARBITRARIEDAD Y ABUSO.* – El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria, pero, como luego veremos, se trata de una exigencia que se configura por una petición para la Administración, aunque lo pedido se transforme en provecho personal del agente. La arbitrariedad puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera, el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente (lo *extorsiona* con un acto de autoridad abusivo); en la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una falaz procedencia jurídica de lo que exige, engañando a la víctima sobre la dimensión de su deber. Pero en ambas formas media un abuso de autoridad, ya que el funcionario, actuando como tal, plantea exigencias ilegales, y es precisamente ese actuar abusivo el que decide al legislador a colocar estos hechos entre los delitos contra la Administración, pese a que constituyen, a la vez, atentados contra la propiedad.

A) FIGURA BÁSICA

§ 2057. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 266 del Cód. Penal reprime con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años al "funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden".

§ 2058. *ACCIONES TÍPICAS.* – *Exigir* es reclamar, demandar; no exige el que solicita, sino el que "demanda imperiosamente" (Ramos Mejía); *hacer pagar* es hacer dar en pago dinero o documentos con poder cancelatorio (p.ej., cheques); *hacer entregar* es hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica (en el sentido de la figura, por supuesto); *cobrar* es percibir en pago.

§ 2059. *Elemento normativo.* – Tanto lo exigido, como lo pagado, lo entregado o lo cobrado, es algo no debido en su totalidad o no debido en la medida requerida por la ley (mayores derechos). Es indebido lo que carece de la correspondiente autorización legal o reglamentaria, sea por ausencia de facultades en el funcionario, sea porque el sujeto pasivo no debe lo que se le requiere, se le cobra o entrega.

§ 2060. *El abuso funcional.* – El agente tiene que realizar las acciones abusando del cargo que desempeña; debe, pues, plantear sus exigencias actuando en el carácter que inviste dentro de la Administración pública; cuando exige o cobra invocando funciones que no le corresponden, podrá cometer otros delitos contra la Administración (usurpación de autoridad) o contra la propiedad (estafa), pero no exacciones. En cuanto el agente actúe en función de la autoridad que inviste, las exigencias constituirán exacciones, aunque no queden comprendidas en la competencia de aquélla las facultades de exigir, cobrar, hacer dar, o pagar (ya vimos que esto puede ser uno de los factores de ilegitimidad). Por otra parte, el abuso requiere la actuación funcional; no basta la mera invocación de la calidad de funcionario público para menoscabar patrimonialmente a la víctima, si no se pone en juego el ejercicio del cargo mismo (p.ej., el agente de policía que requiere el reloj de la víctima para no llevarlo detenido en averiguación de antecedentes, puede cometer un robo o una extorsión, según los casos, o un cohecho, si la entrega surgió del dador, mas no una exacción).

§ 2061. *Objetos.* – Los objetos de las exacciones son las *contribuciones, derechos* o *dádivas.* Las contribuciones se refieren a impuestos, los derechos a prestaciones por pago de servicios (tasas), *sanciones (multas)* u obligaciones fiscales provenientes de otros actos de la Administración (p.ej., pago de permisos de instalaciones). Las dádivas no han dejado de plantear problemas; ya nos hemos referido a su concepto genérico, pero tenemos que admitir que, en materia de exacciones, la dádiva no es únicamente la retribución, por lo que debía hacerse gratuitamente, sino cualquier contribución graciable con contenido económico exigida por los funcionarios en nombre de la Administración, para satisfacer servicios o necesidades sociales que, consiguientemente, no es debida como impuesto ni co-

mo derecho. No han faltando quienes se resistieron a considerar la posibilidad de una dádiva destinada a la Administración (lo que repercute, como veremos, sobre la figura de concusión); sin embargo, no son pocos los casos en que se exigen aportes graciables para la Administración, con la finalidad de invertirlos en servicios públicos.

§ 2062. *Consumación y tentativa.* – La consumación no es idéntica en todos los supuestos típicos. Cuando la exacción se traduce en *exigir*, basta la exigencia, sin que sea necesario que el pago se produzca, el objeto se entregue, o la dádiva se dé; estamos, pues, frente a un delito de actividad y que no admite tentativa. *Hacer pagar* o *entregar*, por el contrario, es un delito de resultado, pues la actividad del agente tiene que haber provocado la conducta de sujeto pasivo que se determina en el pago efectuado o en la entrega realizada (por lo común son los casos en que la exacción se consuma a través de un error de la víctima). Y lo mismo ocurre en la forma del delito que importa *cobrar*, ya que el cobro se perfecciona con la percepción de lo excesivo. Y, en estas últimas formas, el delito sí admite la tentativa.

§ 2063. *Autor.* – Es el funcionario público; aunque alguna doctrina requiere que se trate de un funcionario público dentro de cuya competencia queden comprendidas las facultades de exigir, hacer pagar o entregar y cobrar, ya vimos que, siendo la exacción un abuso funcional, también queda comprendido el funcionario que actúe al margen de su competencia, pero haciendo valer su propia potestad de tal; aunque, eso sí, no puede ser autor quien usurpa una autoridad que no tiene (p.ej., el que se hace pasar por funcionario público, o el funcionario público que, al exigir, invoca un cargo que no posee).

§ 2064. *Culpabilidad.* – El dolo necesita el conocimiento del elemento normativo contenido en el tipo; el agente tiene que saber que actúa indebidamente; tiene que ser un conocimiento cierto que el error –aun el atribuido a la propia culpa del agente– excluye; o sea, el autor tiene que saber que actúa arbitrariamente y con la voluntad de hacerlo de ese modo, lo cual implica que sólo cabe aquí el dolo directo.

B) Figuras agravadas

1) Exacción agravada por los medios

§ 2065. *El texto legal. Caracteres agravados.* – El art. 267 del Cód. Penal eleva el máximo de la pena hasta cuatro años de prisión y seis de inhabilitación, "si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima".

Lo que en la figura básica es una exigencia, en la que ahora examinamos es una exigencia que se acompaña con una intimidación específica, y lo que en aquélla puede colocar en situación de error al sujeto pasivo, aquí se da a través de medios taxativamente determinados por el tipo. En consecuencia, va de suyo, pues, que tanto la exacción explícita como la implícita están agravadas por el artículo.

§ 2066. *Intimidación.* – La intimidación implica la amenaza de sufrir un mal relativamente determinado; no es suficiente, pues, que la víctima, ante la exigencia del autor, se plantee como posibilidad una eventual y futura acción de la autoridad en su contra; es necesario que el autor le presente, concretamente, la posibilidad de ocurrencia del mal futuro; aquélla no pasa de la exacción simple, ésta es la que constituye la agravada. Y aunque tradicionalmente se ha entendido que la intimidación procede aquí del anuncio de un mal que puede producir un acto de poder de la autoridad, como la ley no distingue, no parece que pueda quedar marginado el anuncio de otros males distintos que no importen el ejercicio de ese poder (p.ej., amenazar con castigos físicos).

§ 2067. *Engaño.* – El particular engaño que transforma la exacción en agravada, tiene que estar constituido por la invocación de orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima; ya no es necesario que el sujeto pasivo se mueva para evitar otras consecuencias perjudiciales para sus intereses; es suficiente que lo haga por creer que acata la orden de la autoridad: el autor se presenta falsamente como un intermediario ejecutor de la orden.

2) Exacción agravada por el destino del tributo (concusión)

§ 2068. *El texto legal.* – El art. 268 del Cód. Penal reprime con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua al "funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores".

§ 2069. *Acciones típicas.* – En realidad, prácticamente la norma contempla, más que una agravante, un delito de doble actividad; el agente tiene que haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los arts. 266 y 267, y agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas en su particular provecho o en el de un tercero.

Ya que *convertir* significa dar a lo detraído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detracción, es decir, no ingresarlo en la Administración haciéndolo entrar en el patrimonio propio o de un tercero, no convierte, pues, el que habiendo ingresado los fondos en la Administración los quita de allí para ingresarlos en patrimonios particulares; y si los obtuvo mediante exacciones estaremos, en todo caso, ante la exacción simple o agravada del art. 267, que concurre materialmente con el peculado.

§ 2070. *Objeto.* – Tanto la expresión *convertir* como la consideración de que se trata de lo obtenido por medio de exacción lo que se convierte, indican, con claridad, que el objeto tiene que haber sido exigido o percibido para la Administración. La prestación que el funcionario requiere para sí con conocimiento de la víctima de ese destino no es exacción, no puede ser convertida y no cabe en la tipicidad de la concusión. Pensando que la dádiva era incompatible con la exigencia para la Administración, algunos han opinado que esa exigencia no podría caber nunca en el delito del art. 268, sino que queda siempre en el art. 266, a través de un "tipo autónomo", implícitamente configurado en la ley (Ramos Mejía); lo cual es incierto, no sólo porque la ley penal no admite esa especie de tipos, sino porque, como ya hemos visto, ninguna dificultad hay para reconocer la posibilidad del requerimiento de dádivas para la Administración.

§ 2071. *Consumación.* – La concusión se consuma con la segunda actividad necesaria; es decir, con la conversión de lo obtenido

mediante la exacción, en provecho del agente o de un tercero, lo que implica, cuando menos, su transferencia a los patrimonios particulares (no basta la simple acción de no ingresar lo obtenido en la Administración; p.ej., el que destruye el bien ilegalmente logrado por medio de la exacción); tampoco basta, por supuesto, la actividad de exacción, aun la efectuada a fin de convertirla en provecho propio, mientras no se haya realizado la conversión (el acto quedará en exacción simple o en la agravada del art. 267); la tentativa de concusión es desplazada, en esos supuestos, por el delito de exacción que se haya consumado.

§ 2072. *Culpabilidad.* – El dolo se particulariza por la duplicidad de conductas; a la voluntad de exacción se debe sumar la de convertir lo obtenido en provecho propio o de tercero.

Capítulo IX *bis*

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

§ 2073. *Finalidades del capítulo.* – Se había advertido en el texto original del Código Penal la ausencia de tipos que puniesen el enriquecimiento de funcionarios que, aun reconociéndose su procedencia de un manejo ilegal en la función, no pudiera colocarse en uno de los tipos de corrupción administrativa que hemos visto. La ley 16.648 procuró llenar aquella laguna apoyándose en numerosos precedentes que no habían llegado a obtener sanción legislativa.

I. Utilización de informaciones y datos reservados

§ 2074. *El texto legal. Bien protegido.* – El art. 268 (1) del Cód. Penal castiga con la pena del art. 256 al "funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

Aunque la doctrina ha señalado distintos bienes jurídicos como objetos de la protección, es evidente que estos supuestos completan, en unión con los del art. 265, la protección de la imparcialidad de los órganos de la Administración frente a terceros, que se ve atacada por quienes se valen de los poderes que la función pone en sus manos, para lucrar con ellos o para hacer lucrar a terceros.

§ 2075. *La acción típica.* – Es la de *utilizar*, con fines de lucro, para sí o para un tercero, las informaciones o datos. Utilizar es valerse del dato o información con la finalidad lucrativa prevista por la norma, aunque, como veremos, la consumación no requiere que efectivamente el provecho se haya obtenido. Alguna doctrina requiere que esa utilización la realice directamente el funcionario por medio de la aplicación del dato o información en operaciones o negociaciones con las que espera obtener el lucro, pero ello no es una exigencia del tipo; tanto los utiliza para lucrar quien emplea en esa forma el dato o información, como el que los entrega a un tercero por un precio, ya que no cabe duda de que también los utiliza con fines de lucro en ese caso. Pero, por supuesto, eso no implica que necesariamente la utilización del dato o información importe su revelación a personas no autorizadas para conocerlo, puesto que, normalmente, el empleo directo por el funcionario no lo requiere (p.ej., el funcionario que sabiendo de una devaluación, adquiere por sí moneda extranjera).

§ 2076. *Informaciones y datos.* – Lo utilizable son *informaciones* o *datos*. Las unas son las noticias o conocimientos que adquiere el agente sobre decisiones o futuras actividades de la Administración; los otros son los elementos que sirven para completar un conocimiento o para hacerlo operativo (estadísticas, documentos, testimonios, etcétera). La información o el dato pueden ser o no de naturaleza económica, pero sí deben ser aptos para utilizarlos con finalidades lucrativas. Además tienen que ser de *carácter reservado*, o sea de los que sólo pueden estar al alcance de determinadas personas, dentro o fuera de la Administración; no basta con que no puedan publicarse, sino que es necesario que no se los pueda comunicar a terceros extraños a la esfera de personas autorizadas para conocerlos; este carácter reservado puede provenir de una orden explícita de la autoridad competente, de una disposición explícita o

implícita de la ley o reglamento, o hasta de la costumbre administrativa legalmente admisible. Además, tiene que tratarse de datos o informaciones que el autor haya conocido *en razón de su cargo*; es decir, que recepcione o maneje en virtud de su competencia funcional, lo cual implica que el conocimiento debe ser adquirido en el desempeño de la función; no es suficiente que el dato o información sea uno de aquellos a los que el agente *haya podido tener acceso por la función*, si no se trata de un conocimiento adquirido por razón funcional (éste lo tiene el ministro de Economía que conoce una información económica reservada, pero no el ministro de Educación que la sorprende, por tener el despacho contiguo al de aquél, al escuchar una conversación).

§ 2077. *Elemento subjetivo.* – Subjetivamente, la acción debe ir enderezada a la obtención de un lucro que beneficie al mismo funcionario o a un tercero; cualquier otra finalidad (política, racial, religiosa, etc.) colocará la conducta fuera del tipo, salvo, por supuesto, que coexista con ella la finalidad lucrativa.

§ 2078. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la aplicación (utilización) del dato o información, ya directamente en la operación con la que se piensa obtener el lucro, ya con la comunicación a un tercero extraño de quien se espera una retribución; pero, dándose la finalidad de lucro, es indiferente que el beneficio se haya obtenido o no efectivamente: lo que aquí se pune no es propiamente el enriquecimiento del autor, sino la utilización venal del dato o información; mucho menos es necesario que se haya producido algún perjuicio para la Administración. Muchos admiten la posibilidad de la tentativa.

§ 2079. *Autor.* – Autor es el funcionario público, cuya competencia funcional le haya proporcionado el conocimiento del dato o información. La estructura del tipo indica que el autor tiene que poseer la calidad, tanto al adquirir el conocimiento del dato o información reservados, como al utilizarlos; por consiguiente, no comete el delito quien utiliza el conocimiento cuando ya ha cesado de ser funcionario; pero no ocurre esto con quien, habiendo obtenido el conocimiento en su cargo, lo utiliza cuando ha pasado a ocupar un cargo distinto, puesto que entonces se cumplen ambos requisitos del

tipo: conocimiento en razón de la función y carácter de funcionario en el autor.

§ 2080. *Culpabilidad.* – El dolo se especifica por medio del elemento enunciado en el tipo; cognoscitivamente es menester que se conozca el carácter del dato o de la información, y voluntariamente que se los quiera utilizar con la finalidad típica, lo cual descarta cualquier posibilidad de reconocer el dolo eventual.

II. Enriquecimiento ilícito

§ 2081. *El texto y la protección legales.* – El art. 268 (2) reprime con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, al "que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público", agregando que "la prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto", así como que "la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años".

Lo que el delito trata de prevenir son aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario público por parte del agente.

§ 2082. *Acción típica.* – Muchas dudas ha suscitado a la doctrina la verdadera acción típica. Si nos atenemos a la letra de la ley, es la de *no justificar* la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable; sin embargo, se ha dicho que lo que se castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente y que la no justificación es una condición de punibilidad (Fontán Balestra) o un presupuesto de procedibilidad. Para Núñez, estamos en presencia de un delito complejo, que requiere el acto positivo de haberse enriquecido apreciablemente y el negativo de no justificar la procedencia de ese enriquecimiento. Pero si nos fijamos bien en la estructura típica, veremos que la conducta castigada es la de no justificar el enriquecimiento; éste es algo que preexiste a esa acción, pero no la integra;

es más, existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en el art. 268 (2).

Cuando la ley habla de no justificar, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimento, provenga de una negativa expresa o implícita (no contestar el requerimiento) o de lo insuficiente de la prueba de esa procedencia. Lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe "el origen lícito del incremento" (Ure, Orgeira); lo único que se requiere es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función. Por supuesto que se debe tratar de una justificación posible; la imposibilidad material originada al margen de la conducta del agente no nos situará en la hipótesis típica.

§ 2083. *El enriquecimiento patrimonial apreciable.* – Lo que no se debe poder justificar es un *enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo*; es decir, el incremento patrimonial (aumento del activo o disminución del pasivo), que será apreciable cuando resulte considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior a su cese anterior a la producción del requerimiento. Pero no está comprendido en el tipo el enriquecimiento anterior a la asunción del cargo, aunque haya tenido origen o se haya motivado en el posterior desempeño de él (p.ej., dádivas entregadas a quien va a ser funcionario, en consideración al cargo que va a ocupar).

§ 2084. *El requerimiento.* – Pero la omisión de justificar es típica si ha mediado un debido *requerimiento* para que se justifique el enriquecimiento; tiene que ser un requerimiento específico; no lo es reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de la procedencia de lo indicado como enriquecimiento; ese requerimiento puede formularse mientras el funcionario ocupa cargos públicos o en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función.

Alguna doctrina reconoce que la facultad la tiene la autoridad administrativa de la que depende el funcionario o quien lo fue, ciertos organismos administrativos encargados de examinar la conducta

de los funcionarios (como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas) o los cuerpos legislativos en función de investigadores de la actividad de los funcionarios. Pero, para muchos, la facultad sólo la poseen los jueces competentes para *investigar el delito*, lo cual nos plantea muy serias dudas, pues pensamos que reconocer esa competencia a dichos jueces implica violar los principios consagrados por los arts. 18 y 19 de la Const. nacional; téngase presente que la obligatoria investigación de hechos que puedan constituir delitos requiere la existencia de un *hecho anterior al proceso*, y si el requerimiento es un hecho circunstancial del tipo, indispensable para la consumación, reconocer aquella facultad judicial nos llevaría a consagrar la admisibilidad de un proceso previo al hecho justiciable.

§ 2085. *Reparos constitucionales.* – La doctrina también ha mostrado dudas de orden constitucional sobre la circunstancia de que el tipo se asentaría sobre una inversión de la carga de la prueba, que importaría una verdadera presunción de ilicitud del enriquecimiento; se crearía una presunción *iuris tantum*, en que la licitud debe ser demostrada por el imputado; mas si tenemos en cuenta que la acción típica no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, la ley no está consagrando una presunción, sino que está imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento. Lo cual no implica desconocer los vicios estructurales del tipo que plantea problemas y dudas como las que se exponen.

Estas dudas que ya se habían formulado cuando se debatió, en el Congreso nacional, la ley 16.648, han sido renovadas últimamente en la doctrina, especialmente por Sancinetti.

§ 2086. *Consumación.* – Estamos, pues, ante un delito de omisión que se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa (en la causa administrativa o en la jurisdiccional), el agente no justificó o no justificó suficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento. La tentativa es inadmisible.

§ 2087. *Autor.* – El autor puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo como funcionario o empleado. La

estructura del tipo no admite la aplicación de los principios de la complicidad.

§ 2088. *El delito de la persona interpuesta.* – El enriquecimiento puede haberse producido tanto en el patrimonio del agente como en el de un tercero, siempre y cuando éste sea una *persona interpuesta*, o sea, quien actúe como personero del agente para disimular su enriquecimiento. La doctrina ha considerado a esta persona interpuesta como un partícipe principal del delito (Fontán Balestra, Núñez), lo cual es inexacto, puesto que si la acción del agente es la de no justificar, y quien debe justificar es el funcionario o ex funcionario, no vemos cómo aquella persona pueda ser cómplice de tal omisión. La conducta del tercero que resulta punible es la de *haberse prestado a la disimulación del enriquecimiento de aquél*; trátase, pues, de una actividad que, aunque relacionada con la del autor, es delictivamente autónoma, lo que se ve claramente en el hecho de la elección de una pena distinta por la parte 2ª de la norma.

§ 2089. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso, que reclama en el autor el conocimiento del requerimiento y de la existencia misma del enriquecimiento. Volitivamente exige la volundad de no justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, convirtiendo en insuficiente la prueba de la justificación. Ya vimos que no se da el tipo cuando la imposibilidad de justificar proviene de una causa extraña al agente, pero la misma situación se daría si esa imposibilidad hubiese derivado de una conducta culposa de aquél (p.ej., el que perdió, por negligencia, los elementos de prueba y demuestra tal circunstancia), pues, si se incluyesen estos supuestos en el tipo, estaríamos prácticamente puniendo omisiones culposas o negligencias anteriores al hecho típico mismo.

§ 2090. *Secreto de la prueba.* – La disposición final del art. 268 (2), párr. 1º, es una facultad que se otorga al agente y que depende de su expreso pedido en el momento procesal oportuno; si ese pedido no media, la prueba no asume carácter de secreto. Pero si éste se ha dado, su violación encuadra al violador en las hipótesis del art. 157 del Cód. Penal.

CAPÍTULO X

PREVARICATO

§ 2091. *BIEN PROTEGIDO.* – Todos los delitos previstos en este capítulo atentan contra la administración de justicia, por medio de la actuación infiel de los que integran los órganos jurisdiccionales o los ministerios públicos o de quienes intervienen en ellos como auxiliares.

I. PREVARICATO DEL JUEZ

§ 2092. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 269, párr. 1°, del Cód. Penal reprime con multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación absoluta perpetua al "juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas"; y el párr. 2° establece que "si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal", la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

§ 2093. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la de *dictar resoluciones* con las características enunciadas en el tipo. Tiene que tratarse de resoluciones de carácter jurisdiccional; quedan excluidas, por tanto, las que resuelven asuntos de superintendencia (cuyo dictado infiel podrá caber en otros delitos del título, como el de abuso de autoridad); dentro de aquel concepto queda comprendida toda especie de resolución: sentencias que resuelvan la causa en definitiva, autos que decidan incidencias, simples decretos o providencias que provean peticiones de parte o impartan órdenes sobre la actividad jurisdiccional, siempre y cuando se trate de una verdadera resolución, es decir de un acto para decidir jurisdiccionalmente sobre algo. No lo son los que no deciden ni disponen (p.ej., lo que no es más que una expresión de deseos del juzgador, como las simples exhortaciones o recomendaciones a las partes).

§ 2094. *Resolución contraria a la ley invocada.* – La resolución es *contraria a la ley* cuando adopta una solución que dispone algo contrario a lo que la ley invocada permite disponer, o sea, manda o prohíbe algo que esa ley no manda o no prohíbe. Por supuesto que la expresión *ley* comprende tanto la ley en sentido formal como sus decretos reglamentarios y los decretos de los poderes del Estado que autorizadamente pueden regular relaciones jurídicas (p.ej., ordenanzas). Y cuando el tipo habla de *ley expresa* no se refiere a la ley *clara* (como alguna doctrina parece entenderlo), sino a la ley que expresamente ha sido invocada como fundamento de la resolución por parte del juez; la expresión *ley expresa invocada por las partes* no significa que el juez esté obligado a fundar su decisión en la ley que hayan invocado las partes, sino que da a entender que el prevaricato se produce igualmente cuando el juez ha fundado contradictoriamente la resolución en una ley que las partes han invocado (no prevarica el juez que simplemente elige una ley distinta de la invocada por ellos para fundar su resolución). De más está decir que la contradicción entre la resolución y la ley tiene que ser, además de subjetiva, como veremos, también objetiva (no es suficiente que el juez *crea* que resuelve en contra de la ley que invoca, es necesario que realmente la resolución la contradiga). Lo punible es, por tanto, la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquélla.

§ 2095. *Fundamentación en hechos o resoluciones falsos.* – La otra circunstancia que puede convertir en prevaricadora a una resolución es la de *fundamentarla en hechos* o *resoluciones falsos*, es decir, cuando los hechos o las resoluciones falsos se invoquen como argumentos decisivos de la solución que el juez da a la cuestión juzgada; la decisión tiene que apoyarse, total o parcialmente, en la invocación de esos hechos o resoluciones. La falsedad tanto puede consistir en que sean hechos o resoluciones que no existieron, como en la atribución a los que existen o existieron de significaciones que no tienen. El hecho es falso cuando el juez sabe que no existió o que no existe, o existió pero no tal como él lo presenta en la fundamentación. Las resoluciones falsas no son las citas jurisprudenciales que se invocan en apoyo de las interpretaciones de la ley (por más falsas que sean no quedan comprendidas en el tipo),

sino las que se invocan como fundamento de la decisión por la influencia que, en su calidad de juzgamientos precedentes, pueden tener respecto del que pronuncia actualmente el juez (p.ej., afirmar que una excepción ha sido rechazada cuando en realidad no fue resuelta, o que sobre una cuestión existe cosa juzgada cuando no hay sentencia alguna sobre ella).

§ 2096. *Agravante.* – El delito se agrava cuando la falsedad se pronuncia en una causa criminal y se apoya con ella una sentencia condenatoria. Por *causa criminal* se entiende toda aquella en que se juzga un delito, quedan excluidas las que se siguen por faltas o contravenciones (contra: Núñez) y la sentencia tiene que haber declarado la responsabilidad del imputado, asignándole una pena o una medida de seguridad; no quedan comprendidas las resoluciones que, aunque vayan dirigidas contra el imputado, no tienen carácter de sentencia (p.ej., un auto de procesamiento), ni las que, teniendo carácter de sentencias, sean absolutorias, aunque impongan medidas contra el imputado (que pueden ser objetos de otros delitos).

§ 2097. *Aspecto subjetivo.* – Siendo el prevaricato una falsedad, como toda falsedad, según hemos adelantado, tiene que conformarse con un contenido subjetivo muy determinado: sólo incurre en falsedad quien sabe que invoca algo falso; lo cual importa reconocer en el tipo –aunque la ley no lo contenga expresamente– un verdadero elemento subjetivo cognoscitivo. El juez tiene que saber que resuelve contra lo que dispone la ley que invoca como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones fundamentadores no existieron o no existieron con el significado que él les otorga; en el prevaricato, pues, a la contradicción objetiva entre lo declarado y lo que se debió declarar, debe sumarse la contradicción entre lo declarado y lo conocido.

§ 2098. *Consumación.* – El delito se consuma con el dictado de la resolución, es decir, con la firma de la pieza escrita por parte del juez o su pronunciamiento verbal si fue dictada en audiencia; no necesita alcanzar ejecutoriedad, ni la punibilidad queda descartada por la circunstancia de que la resolución sea revocada o anulada por otro juez o tribunal; mucho menos requiere que se haya producido algún resultado dañoso. Es inadmisible la tentativa.

§ 2099. *Autor.* – Autor sólo puede serlo un juez que integre de modo permanente los cuadros del Poder Judicial o que lo haga circunstancialmente en carácter de conjuez. No lo son quienes, aunque denominados jueces, son funcionarios administrativos encargados de aplicar reglamentos (p.ej., los llamados jueces de faltas municipales) que sólo podrán caber en las figuras de abusos. Pero lo que la norma no requiere es que el juez posea un determinado grado o competencia; por lo cual pueden ser autores los llamados *jueces legos*, que actúan en algunas provincias en la justicia llamada *de paz*, que no requieren conocimientos jurídicos como requisito para su designación y que en las controversias intervienen, por lo común, como arbitradores o amigables componedores; abundante doctrina sostiene que estos jueces sólo pueden cometer el prevaricato que constituye la invocación de hechos o resoluciones falsos, pero no el que consiste en dictar resoluciones contrarias a la ley que se invoca, pues para fallar no tienen que atenerse al derecho, y si son legos no tienen por qué conocerlo; pero, aunque no tengan que atenerse al derecho, pueden hacerlo y cuando lo hacen pueden cometer esta segunda forma de prevaricato.

§ 2100. *Culpabilidad.* – Es un delito doloso, cuyo contenido cognoscitivo requiere, necesaria y específicamente, saber la contradicción entre lo invocado y lo decidido. Volitivamente se concreta en querer decidir en función de esa contradicción. Es, pues, imprescindible el dolo directo.

II. Prevaricato de personas equiparadas

§ 2101. *El texto legal. Razón de la equiparación.* – El art. 269, párr. 3°, manda que lo dispuesto en el párr. 1° del artículo, "será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores".

Ante la circunstancia de que los árbitros y arbitradores amigables componedores cumplen una labor jurisdiccional, aunque es por voluntad de las partes por lo que se constituyen en jueces, la ley consideró conveniente equipararlos a los jueces integrantes del Poder Judicial.

Es lógico que la equiparación se refiera sólo al párr. 1º del artículo y no a la agravante, ya que estos agentes no pueden actuar en materia penal.

§ 2102. *Modos de prevaricar.* – También respecto de ellos se ha planteado la cuestión de que sólo podrían cometer el prevaricato mediante la invocación de hechos o resoluciones falsos, mas no dictando resoluciones contrarias a la ley que invocan. Pero, como en el caso de los jueces legos, nada obsta a que ellos utilicen el derecho para resolver y puedan colocarse, por tanto, ante la posibilidad de cometer el delito decidiendo a sabiendas en contra de la ley que expresamente invocan como fundamento de la decisión.

III. Prisión preventiva ilegal

§ 2103. *El texto legal.* – El art. 270 del Cód. Penal reprime con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación absoluta de uno a seis años, al "juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el art. 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado".

§ 2104. *Acciones típicas.* – Dos son las acciones previstas como delictivas: decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda y prolongar la prisión preventiva ya decretada más allá del tiempo que correspondería a la pena máxima del delito imputado. Una y otra acción se refieren a la prisión preventiva, que tiene un significado muy estricto, signado por las leyes procesales, como la privación de libertad que impone el juez en el curso del proceso para asegurar el cumplimiento de sus resultados, cuando el delito atribuido se pune, ineludiblemente, con pena privativa de libertad (otros modos de privar de libertad en el curso del proceso pueden constituir delitos contra la libertad, pero no el del art. 270).

§ 2105. *Decretar prisión preventiva.* – La primera de esas acciones es la de decretar prisión preventiva por delito en virtud del

cual no proceda. *Decretar* es disponer, ordenar, mandar por medio de una resolución; no es lo mismo que *ejecutar*, que es un paso posterior; aunque gran parte de la doctrina requiere para que se dé el delito que "haya tenido lugar la efectiva detención" (Oderigo, Fontán Balestra, Soler), se le hace decir con ello a la ley lo que no dice, olvidándose, además, que aquí no estamos en el capítulo de los delitos contra la libertad, sino contra la administración de justicia, que se vulnera con la mera disposición contraria al derecho. Pero la prisión preventiva es decretada por delito en virtud del cual no procede cuando la ley procesal determina tal circunstancia; normalmente los códigos procesales declaran procedente la prisión preventiva cuando el proceso se lleva a cabo por delitos que tienen penas privativas de libertad no alternativas con las de multa e inhabilitación; el delito se dará cuando esté ausente ese presupuesto de procedencia de la prisión preventiva.

§ 2106. *Prolongar la prisión preventiva.* – La segunda de las acciones típicas es la de *prolongar la prisión preventiva*, cuando la detención que la constituye ha superado el tiempo máximo señalado por el correspondiente tipo penal para la pena privativa de libertad asignada al delito que se atribuye al detenido. El delito que examinamos presupone, por tanto, la existencia de un detenido que esté cumpliendo prisión preventiva, y puede cometerse de distintos modos: omitiendo disponer la cesación de la detención, ordenando expresamente la continuación o rechazando la petición de parte para que se disponga la libertad.

§ 2107. *Carácter doloso del delito.* – Si alguna cuestión dudosa se ha suscitado es con relación al aspecto subjetivo del delito. Una gran parte de la doctrina, ateniéndose a las escalas penales, no pudiendo encontrar la razón "por la cual viene a atenuarse un hecho que revestiría una gravedad evidentemente superior a la de cualquier prevaricato" y que así "sería, por ejemplo, más grave conceder una excarcelación que se sabe improcedente, que decretar en iguales condiciones... una prisión" (Soler), piensa que el art. 270 castiga al juez que "por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva"; en otras palabras, se lo ve como delito culposo (a Soler lo siguen, entre otros, Fontán Balestra y Núñez); en la doctrina anterior a la expuesta no se había dudado del

carácter doloso del delito y, actualmente, pese a la incongruencia de las penas, se ha sostenido, con exactitud, que no puede tratarse más que de un delito de ese carácter, porque "la calidad de doloso o culposo de un delito no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de la estructura típica" (Maldonado), tanto más cuanto no debemos dejar de tener presente que, en materia de culpa, nuestro sistema es un sistema *cerrado*, en el que todo delito que no reciba específicamente las notas características del delito culposo, es doloso.

§ 2108. *Consumación.* – Partiendo del carácter doloso que precedentemente hemos reconocido al delito, la prolongación indebida de la prisión preventiva se consuma en el momento en que intencionalmente el juez omite hacerla cesar cuando debió hacerlo. En la otra forma del delito, la consumación se dará en el momento en que la resolución que ordena la prisión preventiva adquiera formalmente ese carácter, aunque no haya alcanzado firmeza. No es posible la tentativa.

§ 2109. *Autor.* – Autor sólo puede ser un juez con competencia para investigar o juzgar delitos. Es tan nítida la referencia de la norma, que quedan excluidos los jueces competentes en materia penal que sólo juzgan contravenciones (p.ej., ciertos jueces de faltas).

§ 2110. *Culpabilidad.* – También teniendo presente que estamos ante un delito doloso, la culpabilidad requiere el conocimiento de las circunstancias que hacen improcedente la disposición de la prisión preventiva o que obligan a hacerla cesar, y la voluntad de disponerla o prolongarla a pesar de ese conocimiento. El error, aun el imputable al autor, excluye la culpabilidad.

IV. Prevaricato de los abogados y otros profesionales

§ 2111. *El texto legal. Fundamento.* – El art. 271 del Cód. Penal reprime con penas de multa de pesos dos mil quinientos a

pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de uno a seis años, al "abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada".

Los abogados que patrocinan o defienden y los mandatarios que representan a las partes en juicio, son sujetos cuya intervención perfecciona la relación procesal y, por tanto, el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional también depende de ellos tanto como del juez; su actuación infiel la pone igualmente en peligro.

§ 2112. *Acción típica.* – La redacción de la fórmula ha dado origen a criterios dispares sobre cuál es la conducta típica. Una parte de la doctrina entendió que se trata de dos acciones distintas: la de defender o representar partes contrarias en el mismo juicio y la de perjudicar deliberadamente de cualquier modo la causa confiada. Pero, en realidad, la acción típica ha sido descripta elípticamente por el artículo: es la de *perjudicar deliberadamente la causa confiada*, sea asumiendo una doble representación o defensa de partes contrarias, sea asumiendo cualquier otra conducta (positiva u omisiva) que produzca aquel perjuicio. No estamos, pues, ante dos delitos –formal el uno y material el otro–, sino ante un único delito de naturaleza material. De lo cual se infiere que ese delito no se dará si el autor no ha tenido en cuenta y querido el perjuicio del interés a cuya protección atendía, y que no hay delito consumado si ese perjuicio no se ha producido efectivamente; los factores que impidan la concreción de ese perjuicio (p.ej., una declaración de nulidad), dejarán el hecho en la faz de tentativa.

§ 2113. *El perjuicio.* – El perjuicio a que se refiere la ley consiste en la pérdida de cualquier posibilidad procesal que redunde en menoscabo del interés de la parte o de las partes (puede ser el pronunciamiento de un fallo contrario, la extinción de la facultad de volver a accionar a través de la prescripción, la demora en lograr el reconocimiento de los derechos por haberse operado la preclusión del proceso, la disminución en el reconocimiento del interés, etcétera). No tiene por qué tener, necesariamente, una repercusión económica, ya que el interés debatido puede no ofrecer ese carácter

(p.ej., un juicio de divorcio, en el que no haya separación de bienes). Pero, para que estemos en el esquema típico, el perjuicio tiene que haber sido causado por la actitud asumida en la causa por el agente; si esa relación no existe, no se dará el delito (p.ej., cuando el abogado ha dejado de contestar una excepción, pero el juez rechaza la demanda por razones que nada tienen que ver con ella).

§ 2114. *La duplicidad infiel.* – Hemos visto que uno de los modos de perjudicar la causa es duplicando infielmente la intervención en el juicio: cuando el abogado o mandatario representa a partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente. La defensa comprende tanto el patrocinio en cualquier causa como la defensa en causa penal, ya que en ésta también se pueden dar intereses contrapuestos (p.ej, cuando la exclusión de autoría de uno de los procesados implica necesariamente el reconocimiento de la autoría del otro). El mandato es exclusivamente el judicial; o sea, el dado por medio de un poder para estar en juicio; la infidelidad de un mandatario de otra especie (p.ej., el que tiene poder general para administrar), aun cometida en juicio, puede caber en otros delitos (p.ej., en la defraudación del art. 173, inc. 7°, Cód. Penal), pero no en este particular prevaricato.

La infidelidad típica que estamos considerando se da en la superposición de la defensa o representación de partes contrarias en el mismo juicio. *Partes contrarias* son las que hacen valer en el juicio pretensiones antagónicas; es decir, que en él sostienen intereses contrapuestos; esa contrariedad tiene que existir en el momento en que se produce la duplicidad; si cuando ésta se da, la contradicción ha dejado de existir (p.ej., que el actor haya adquirido del demandado, privadamente, la empresa en litigio) el prevaricato será imposible. Cuando el tipo se refiere al *mismo juicio*, no lo hace a un proceso, sino a la secuencia de relaciones procesales en que se debate el mismo litigio o se enfrentan los mismos intereses contrapuestos, aunque ello ocurra en una pluralidad de procesos distintos.

La duplicidad funcional puede asumírsela *simultánea* o *sucesivamente*; simultáneamente, cuando el ejercicio de la defensa o representación de los intereses contrapuestos se produce en el mismo lapso; sucesivamente, cuando el defensor o mandatario que lo ha sido de una de las partes, cesa en esa defensa o mandato y asume

los de la parte contraria en el mismo juicio, según el concepto que de él hemos dado precedentemente.

§ 2115. *Otros modos de perjudicar.* – Al modo específico de perjudicar la causa que acabamos de examinar, agrega la ley una referencia general a la posibilidad de hacerlo de *cualquier otro modo*; abarcando acciones u omisiones de carácter procesal (no contestación de traslados, no presentación de pruebas, etc.) o extraprocesal (colusión con la contraparte, renuncia a la acción por convenio privado), siempre y cuando –en este segundo supuesto– también medie un juicio en curso en el que se debatan intereses que se pueden perjudicar de esos modos y éstos repercutan en ese juicio.

§ 2116. *Elemento subjetivo.* – El tipo reclama que el autor perjudique *deliberadamente* la causa, es decir, el interés que representa o cuya defensa se le ha confiado; tiene, por tanto, que orientar su actuación u omisión a la causación del perjuicio, preordenando su conducta a su producción; no basta la simple aceptación de la posibilidad de causarlo; es imprescindible que quiera lograrlo.

§ 2117. *Consumación y tentativa.* – De acuerdo con lo expuesto, el delito se consuma cuando se produce el perjuicio que reconoce su causa en la conducta infiel del agente; es, pues, un delito de resultado que admite tentativa.

§ 2118. *Autores.* – Pueden serlo el abogado o el mandatario judicial. Abogado es el que actúa en defensa de los intereses de las partes, sea como patrocinante, sea como defensor en causa penal. Mandatario judicial es el que representa en juicio a las partes, de conformidad con las reglamentaciones procesales. Pero uno u otro pueden ser autores en cuanto intervengan en el juicio; cuando todavía no lo han hecho, en realidad no han asumido esas calidades, por lo cual sus acciones u omisiones perjudicantes podrán quedar comprendidas en otros delitos, pero no en el de prevaricato.

§ 2119. *Culpabilidad.* – El contenido de la culpabilidad ya lo hemos puesto de manifiesto al referirnos al contenido subjetivo

propio de la acción típica, elemento que indica la exclusiva operabilidad del dolo directo.

V. PREVARICATO DE OTROS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

§ 2120. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 272 del Cód. Penal ordena que la disposición del artículo anterior "será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades".

§ 2121. *ELEMENTOS DEL DELITO. REMISIÓN.* – En el art. 272 hay una estricta remisión al tipo y a la pena establecida en el art. 271: la acción es, pues, la de *perjudicar deliberadamente la causa confiada*, por medio de cualquiera de las acciones u omisiones previstas por el art. 271; nada autoriza a prescindir de sus circunstancias típicas, debe existir una causa confiada al funcionario; éste tiene que ser uno de los que defienden un determinado interés de parte, y las acciones u omisiones tienen que producirse con relación a un juicio.

§ 2122. *AUTORES.* – Pero no es tan sencillo determinar quiénes son los autores. Ninguna dificultad habrá para indicar ese carácter en nuestros *fiscales* o quienes hacen sus veces (p.ej., los *asesores de menores* en algunos regímenes procesales), o en los *defensores generales* (o de pobres e incapaces), cuando actúan en función de defensa o representación, puesto que todos ellos representan partes y defienden intereses en causas que la ley o sus superiores jerárquicos les confían. Pero las dudas revierten sobre quiénes son los *funcionarios encargados de emitir dictámenes ante las autoridades* que enuncia el tipo: sólo pueden ser los que dictaminan en función de parte o en defensa de un interés de parte, proponiendo o requiriendo una resolución a los organismos jurisdiccionales (no es sencillo encontrar ejemplos en nuestro sistema, aunque podrían tener ese carácter los funcionarios de las fiscalías de investigaciones administrativas); por supuesto que no tienen tal calidad los funcionarios que no dictaminan en el juicio, sino que sólo informan (como son los secretarios de juzgado), o los que dictaminan, pero no en función de parte, sino como órganos de prueba o asesores especiales del juez (p.ej., peritos oficiales).

CAPÍTULO XI

DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

§ 2123. *CARÁCTER DE LOS DELITOS.* – Los delitos que veremos a continuación son formas de prevaricato, ya que en ellos la infidelidad o deslealtad del agente aparece en omisiones que constituyen un doloso desconocimiento de la ley, que paraliza o retarda el desarrollo de la función garantizadora de los derechos del individuo o de la sociedad frente a su desconocimiento por terceros.

I. DENEGACIÓN DE JUSTICIA

§ 2124. *EL TEXTO LEGAL. EL DEBER DE JUZGAR.* – El art. 273, párr. 1°, del Cód. Penal reprime con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años al "juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley".

La ley impone al juez el deber de juzgar en todos los casos en que se den los presupuestos procesales para que sea viable el juzgamiento. Es el incumplimiento de ese deber el que castiga la pena. La ley civil lo impone taxativamente indicándole al magistrado cuáles son los elementos a los cuales debe recurrir cuando la norma vigente no contempla ni explícita ni implícitamente el hecho a juzgar (arts. 15 y 16, Cód. Civil); la ley penal le exige el pronunciamiento absolutorio en ese supuesto, como consecuencia de la ausencia de ilicitud expresa.

§ 2125. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *negarse a juzgar*; estamos –como en algunos otros delitos contra la Administración que ya hemos estudiado– ante un acto positivo que implica una omisión. No ingresa, pues, en el tipo quien simplemente deja de juzgar, como tampoco el que, habiendo comunicado su voluntad de no juzgar, lo hace en el debido tiempo. Tampoco se trata de una mera omisión, sino que es necesario que se dé una negativa contenida en una resolución que la exprese o presuponga y se fundamente en los motivos expuestos en la norma.

La negativa debe ser a juzgar, es decir, a decidir sobre algo, aunque no fuera controvertido, a emitir un juicio sobre un pedimento que se ha formulado al agente como representante del órgano jurisdiccional; cualquier negativa a decidir queda comprendida, sea que la decisión ponga o no fin a la causa; hasta puede versar sobre la procedencia o improcedencia de los actos impulsadores del proceso. Juzgar no es tomar conocimiento: no comete este delito el juez que se niega a intervenir en una causa, sino el que se niega a juzgar en la que interviene.

Para ser típica la negativa debe haberse fundamentado en la *oscuridad, la insuficiencia* o *el silencio de la ley*; la invocación de otros motivos distintos deja el hecho fuera del tipo, aunque pueda constituir otros delitos contra la Administración (p.ej., alguno de los comprendidos en el capítulo de los abusos).

§ 2126. *Consumación.* – En principio, la consumación se da con la negativa, explícita o implícita, contenida en una providencia que la manifiesta taxativamente o que la contiene necesariamente. Como ya lo adelantamos, la mera negativa informal no llena la tipicidad (puede ser una omisión de deberes). No es necesario que de la negativa se siga daño alguno. La tentativa no se muestra posible por la estructura que informa en última instancia al delito.

§ 2127. *Autor.* – Sólo puede serlo un *juez*, en el sentido que hemos visto al referirnos al prevaricato, tanto quien integra permanentemente los cuadros del Poder Judicial, como el que lo hace transitoriamente en carácter de conjuez. No lo son los árbitros y arbitradores amigables componedores (la disposición no los enuncia), ni los funcionarios que, aunque asuman ciertas funciones jurisdiccionales, no integran el Poder Judicial (sus omisiones al respecto quedan comprendidas en los arts. 248 y 249).

§ 2128. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, que requiere el conocimiento del deber que el agente tiene de juzgar en el caso y la voluntad de negarse a hacerlo por las razones enunciadas en la ley. No requiere *malicia*, en el sentido de perseguir la concreción de determinados resultados; la invocación maliciosa de los fundamentos de la negativa queda, por supuesto, incluida, pero no es indispensable; no obstante, sólo es admisible el dolo directo.

II. RETARDO DE JUSTICIA

§ 2129. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 273, párr. 2º, dispone la misma pena que en el caso anterior para el "juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales".

§ 2130. *ACCIÓN TÍPICA.* – Retardar la administración de justicia es no realizar la conducta debida para administrar justicia dentro de los términos establecidos por la ley. La diferencia entre la expresión *juzgar* del tipo anterior y la de *administrar justicia* que se da en este tipo, nos indica que aquí caben una serie de actividades que no se reducen exclusivamente al dictado de resoluciones, aunque, por supuesto, éstas quedan incluidas; se tratará de todas las actividades que constituyen el desarrollo de la actividad jurisdiccional del agente, como las de recibir declaraciones, fijar audiencias, practicar inspecciones, etc., la justicia no se administra sólo con resoluciones.

§ 2131. *REQUERIMIENTO Y PLAZOS.* – Para que la conducta de retardar la administración de justicia adquiera tipicidad, es necesario que haya mediado *requerimiento de parte* para que el magistrado realice la actividad y estén *vencidos los plazos legales para llevarla a cabo.* Por lo tanto, el simple retardo, aunque hubiere superado los plazos establecidos, no será típico mientras no enfrente el requerimiento de parte instando la realización del acto. Por supuesto que no constituye tal requerimiento la advertencia ni siquiera la imposición apremiante del superior jerárquico, aunque tales disposiciones puedan tener influencia sobre la determinación de los términos (ya que éstos son los fijados por la ley o los determinados por los superiores jerárquicos en los casos que aquélla lo autoriza). Puede tratarse de términos que hayan vencido antes del requerimiento de parte o correspondientes a plazos que comienzan a contarse después del requerimiento (como pasa con los llamados *pedidos de pronto despacho*).

§ 2132. *MALICIA DEL RETARDO.* – El retardo tiene que ser malicioso. Hemos señalado nuestras discrepancias con la doctrina, que considera satisfecha la malicia con la conciencia de la ilegiti-

midad de la conducta porque, entonces, en principio todo delito doloso la exigiría. Sin embargo, teniendo presente la estructura del tipo, aparentemente la malicia aquí enunciada se refiere a una expresa voluntad de retardar (incluyendo, por supuesto, los casos en que se persigue un determinado resultado trascendente), que excluye no sólo los supuestos de culpa (lo que de por sí es obvio), sino cualquier posibilidad de admitir situaciones de dolo eventual.

§ 2133. *Consumación.* – Nos encontramos ante un delito de omisión que se consuma cuando, habiendo mediado el requerimiento, vence el término legal o reglamentariamente fijado sin que se haya cumplido la actividad. Por supuesto que es inadmisible la tentativa.

§ 2134. *Culpabilidad.* – Al tratar del aspecto subjetivo del tipo, nos hemos referido a este elemento del delito, señalando que sólo funciona en virtud del dolo directo.

III. Incumplimiento de la obligación de promover la represión

§ 2135. *El texto legal.* – El art. 274 del Cód. Penal pune con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, al "funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes... a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable".

§ 2136. *Acción típica.* – Es la *omisión de dejar de promover la persecución y represión de los delincuentes*; es decir, dejar de actuar en las tareas funcionalmente debidas por el autor, en orden a la delincuencia, que atañen a su persecución (individualización, aprehensión, localización, etc.) o represión (investigación, aplicación de sanciones, etc.); no es indispensable una omisión total de las funciones del agente en ese orden, pero sí debe tratarse de una omisión fundamental de persecución o represión, que puede constituirse tanto en la falta de iniciación de las actividades como en la inercia en el adelantar las ya iniciadas.

Puesto que son omisiones funcionales, las actividades que no se cumplen tienen que ser obligaciones del cargo del agente, o sea, deben estar comprendidas en su competencia como deber, no sólo como facultad; el agente que no tiene esa competencia puede ser autor de encubrimiento, omitiendo actividades relacionadas con la delincuencia, pero no cae en el delito que ahora examinamos. Todas las actividades cuya omisión quedan comprendidas por él, atañen a delitos ya cometidos, pero no cubren la no evitación de un delito que se va a perpetrar, que queda comprendido en otras disposiciones.

La expresión *delincuentes*, empleada por la ley, designa a quienes hayan cometido hechos típicos delictivos (no se incluyen las contravenciones), sin que importe que queden al margen de la punibilidad por circunstancias particulares (p.ej., inimputabilidad, inculpabilidad, justificación); aquí actúa el principio de legalidad procesal: será típica la conducta del funcionario que no promueva o inicie la averiguación de un hecho típico por considerar que pudo darse una causal de justificación, salvo, por supuesto, cuando al omitir observe las formas legales y actúe dentro de los límites permitidos por la ley (p.ej., el juez de instrucción que archiva una denuncia por considerar que no fue delito el hecho que expone ella).

§ 2137. *Consumación.* – El delito se consuma con la omisión de la actividad debida, sin necesidad de que se den consecuencias perjudiciales para la represión o persecución, como sería la impunidad del delincuente, la falta de ejecución de las penas, etcétera. Claro está que el autor quedará incurso en la omisión típica, cuando hayan transcurrido los plazos determinados por las leyes o reglamentos o el tiempo dentro del cual la intervención funcional sería oportunamente eficaz. No admite tentativa.

§ 2138. *Autor.* – Es el funcionario cuyo cargo le otorga competencia para promover la persecución y represión de delincuentes (p.ej., fiscales, funcionarios policiales, etcétera). Se ha discutido si los jueces entran o no en esta categoría; algunos lo han negado, señalando que como ellos no tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal, mal pueden omitir una función que la ley no les señala, lo cual no es del todo exacto, pues en algunos regímenes procesales, los jueces penales siguen conservando la potestad de proceder de

oficio a la instrucción de las causas, fuera de considerar que si la noción de promoción no se limita al significado de iniciar, sino que comprende también el de continuar lo ya iniciado, no se advierte por qué los jueces tienen que quedar excluidos como agentes del delito.

§ 2139. *Culpabilidad.* – El dolo no requiere ninguna referencia subjetiva específica; cognoscitivamente basta con que el autor sepa de la existencia o posibilidad de existencia de un delito y conozca el deber que funcionalmente le incumbe al respecto.

§ 2140. *Prueba del inconveniente insuperable.* – La ley, al condicionar la punibilidad a la inexistencia de la prueba de que la omisión provino de un inconveniente insuperable, trae una referencia que no deja de perturbar la labor dogmática. El inconveniente insuperable para actuar elimina el tipo; es decir, la tipicidad de la omisión, por lo cual parte de la doctrina la considera expresión innecesaria y, en verdad, aunque no signifique la inversión total de la carga de la prueba (siempre se le deberá probar al imputado la omisión en que incurrió), una aplicación extrema de la disposición puede resultar violatoria de las disposiciones constitucionales sobre las garantías procesales. Con todo, habrá de tenerse presente que esta disposición no excluye la posibilidad de que tal prueba sea acreditada por medios no suministrados por el agente, en cuyo caso las consecuencias procesales y en orden al tipo serán las mismas que si hubiesen sido proporcionadas por el imputado.

Capítulo XII

FALSO TESTIMONIO

§ 2141. *Finalidades de la protección legal.* – El correcto funcionamiento de la justicia depende del acierto de las decisiones de los magistrados sobre la verdad histórica de los hechos juzgados.

§ 2142. *El cambio de rubro y las derogaciones.* – La ley 23.077 ha vuelto al rubro original del Código de *falso testimonio*,

que condice con su actual contenido, ya que al haberse derogado los arts. 276 *bis* (calumnia judicial) y 276 *ter* (simulación de delito), no cabe el de *denuncias y testimonios falsos* que empleaba la ley 21.338, siguiendo a la ley 17.567.

I. Falso testimonio

A) Figura básica

§ 2143. *El texto legal. El bien jurídico.* – El párr. 1° del art. 275 dice: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente".

Ya dijimos que aquí se protege el correcto funcionamiento de la administración de justicia, procurando evitar la construcción errónea de los juicios históricos que pueden formarse los jueces por los datos incorrectos que se les proporcionen.

§ 2144. *Acciones típicas.* – Afirma una falsedad quien expresa como verdadero lo que no lo es; *afirma* el que asegura, no quien presenta lo que sabe que no es verdadero como mera posibilidad, aunque éste puede caer en las formas de reticencia que más adelante veremos; no es indispensable que la falsedad sea total, basta con que se agregue a lo verdadero algo que sea falso, de tal modo que se modifique el sentido de lo que es verdadero, y que pueda influir en el juicio del que tiene que juzgar. *Negar la verdad* es una afirmación falsa al revés: se afirma que no es verdadero un hecho que se sabe que lo es; no es simplemente negar que se sabe (que es una forma de callar), sino negar lo que se sabe. *Callar la verdad*, por el contrario, es dejar de afirmar lo que se sabe (omisión), como negar que se sabe algo que en realidad se sabe (acción); lo uno es reticencia e implica silencio; esto es, la afirmación de que no se sabe lo que ocurrió.

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, el falso testimonio se puede cometer en aquellos actos por medio de los cuales el agente cumple su deber de testigo, perito, intérprete o traductor; tie-

nen que ser actos formal y sustancialmente idóneos para introducir un error relevante en la estimación que debe realizar el juez. Al respecto, y sin perjuicio de otros recaudos que puedan completar esta característica, la ley enuncia un requisito del acto que atañe a ella y que integra el tipo: la autoridad ante quien se cumple la acción.

La *autoridad competente* mencionada por la ley es la que, de conformidad con las leyes y reglamentos, está facultada para recibir declaraciones, requerir informes o disponer interpretaciones o traducciones a fin de resolver un conflicto de carácter jurídico; cuando los actos se requieren con otras finalidades (p.ej., un peritaje para decidir sobre una opción técnica en una obra pública), la falsedad puede ser perseguida por otras figuras, pero no como falso testimonio. Dándose aquella competencia y que el acto sea requerido con la finalidad de resolver un conflicto de naturaleza jurisdiccional, cualquier autoridad pública puede considerarse comprendida, ya que la ley no hace distinciones (p.ej., falsedad que se produce ante el instructor de un sumario administrativo), aunque las opiniones no son acordes al respecto. Hasta puede producirse la falsedad con consecuencia típica ante los árbitros y arbitradores amigables componedores, pues ellos, aunque elegidos por las partes, pueden tener que fundamentar sus decisiones en determinadas realidades históricas que les suministre el agente e invisten una autoridad que procede de la ley (en este sentido no dejan de ser *autoridades públicas*).

La fórmula vigente ya no contiene, como exigencia típica, que el agente haya consumado la falsedad, encontrándose *bajo juramento* o *promesa de decir verdad*. En realidad el testimonio, la traducción o la interpretación falsos resultan punibles cuando han sido producidos con las formalidades impuestas por las leyes y que se requieren para que tales actos produzcan efectos procesales. Partiendo de allí sostuvo Núñez que es "una exigencia innecesaria porque, o la naturaleza procesal del acto demandaba esas formalidades cuando la ley imponía, o la ley de fondo, incursionando en materia procesal, imponía una formalidad de la que, soberanamente, podía prescindir la ley procesal para atribuirle validez al acto". Esta afirmación nos demuestra que se trata de una exigencia que puede ser errónea, pero que no carecía de efectos; en aquellos casos en que la ley procesal no requiera, para la validez del acto, el juramento o la promesa de decir verdad, si la ley penal trae la exigencia como elemento del tipo, por más falsas que la declaración, traducción o

interpretación fueren, no podrán servir de base para la punibilidad. Tal cosa no ocurre con el texto original del Código, nuevamente vigente, aunque no faltó doctrina que trató de limitar el tipo incluyendo en él, por vía de interpretación, aquella exigencia.

§ 2145. *Hechos sobre los que debe recaer la falsedad.* – En principio, la falsedad tiene que recaer sobre hechos o circunstancias que puedan alterar la comprensión en quien los estime con fines decisorios; la falsedad tiene que encarnar una amenaza para la certeza del juicio a formular, o sea, tiene que recaer sobre algo capaz de influir en ello como elemento probatorio, aunque se trate de circunstancias accidentales; quedan, pues, fuera del tipo las falsedades que incidan sobre circunstancias que no pueden influir en aquel juicio (p.ej., sobre el color de la ropa de la víctima, cuando ello para nada importa en la solución del caso). Con este criterio se resuelven problemas que han dividido a la doctrina (p.ej, sobre mentiras acerca de las generales de la ley, cuyo carácter típico depende de la influencia que puedan ellas tener sobre el juicio de la autoridad en la decisión del conflicto).

§ 2146. *Aspecto subjetivo.* – El falso testimonio no se da en la oposición entre lo afirmado, negado o callado y lo que objetivamente es verdad, sino en la oposición de aquello con lo que el autor conoce como verdad; en él, lo falso no es lo contrario de lo exacto, no es una discordancia con los hechos, sino con lo que el agente percibió de tales hechos: la discrepancia entre los hechos referidos, o los negados o los callados, con los sabidos. Por eso no se comete falso testimonio solamente con afirmar algo objetivamente no exacto, sino con afirmar algo que el agente conoce que es inexacto o en negar o callar algo que conoce como exacto, aunque no lo sea.

Pero la doctrina ha dudado si se da el tipo cuando lo subjetivamente falso coincide con la realidad, es decir, en aquellos casos en que el agente cree afirmar algo no ocurrido, cuando en realidad ha ocurrido, o negar o callar algo que ha ocurrido cuando realmente no ha ocurrido. Carrara creyó que igualmente comete falso testimonio ("está mintiendo a su propia conciencia"), y entre nosotros esa apreciación ha sido aceptada (Moreno, Núñez) y consagrada por la jurisprudencia; para otros, lo que es subjetivamente falso pero objetivamente verdadero, no constituye falso testimonio, pues no pue-

de atentar contra el bien jurídico protegido (Marsich; entre nosotros, Oderigo y Fontán Balestra); sin embargo, este argumento no es tan valedero si se piensa que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la verdad, sino fundamentalmente los medios a través de los cuales se llega a ella, que también se ven vulnerados con la mentira del agente, aunque tenga una repercusión puramente subjetiva (salvo que desaparezca el valor procesal del medio).

§ 2147. *Consumación.* – Se consuma en el momento en que se produce la declaración, el informe, la traducción o la interpretación ante la autoridad. En realidad, desde el punto de vista temporal, depende del perfeccionamiento del acto respectivo: cuando se trata de piezas escritas, la presentación consignada con el cargo o constancia de recepción, determina la consumación. Cuando las conductas del agente se observan en audiencias, la consumación se produce cuando se cierra el acto; pero tal afirmación tiene que entenderse en el sentido de que es cuando se clausura el acto respecto del agente, lo cual ocurre cuando éste no puede ya hacer más uso de la facultad de ampliar o rectificar lo expuesto, aunque no haya finiquitado para otros intervinientes (p.ej., en un juicio oral).

La consumación se concreta independientemente de cualquier ulterioridad de la causa o actuación (rectificaciones, aclaraciones, etc.), aunque sí puede tener influencia sobre ella la nulidad del acto, pues no pudiendo entonces tomarse en cuenta para la decisión, mal puede darse la idoneidad vulnerante de la mentira. Pero como se trata de un delito de actividad, toda otra circunstancia que evite la influencia de la falta de verdad en la construcción del juicio de la autoridad, no elude la responsabilidad del agente (p.ej., que el juez conozca la verdad por otros medios). No es posible la tentativa.

§ 2148. *Autores.* – Precedentemente, hemos dado los conceptos de testigo, perito, intérprete y traductor. Se ha negado la posibilidad de que tengan carácter de autores quienes declaran en causa propia o en hechos propios; lógicamente que cuando no son testigos (p.ej., el imputado), esa apreciación es exacta; pero ese principio se ha llegado a extender a toda persona a quien sus propias declaraciones puedan exponerla a sufrir perjuicio, lo cual no es absolutamente exacto. Desde que sigan siendo testigos, su conducta será típica, aunque ello no obsta para que su actuar sea justificado si con la

falsedad tienden a evitar males para su persona y no hacen otra cosa que ejercer un derecho de defensa propia. Pero no pueden ser autores las personas respecto de quienes, por razones físicas o jurídicas (p.ej., casos de secreto profesional), las leyes procesales disponen que no pueden o no deben ser llamadas a declarar; las que según algunas leyes pueden declarar dentro de ciertas limitaciones, cometerían el falso testimonio en las declaraciones que la ley les permite formular.

No caben en el delito los testigos que no deponen sobre hechos históricos que han percibido con sus sentidos, sino que forman parte integrante de un acto que corroboran con su presencia (p.ej., testigos de una escritura pública); su falsedad, en esos casos, sólo permite incluirlos en las falsedades documentales, como veremos al tratar de ellas.

§ 2149. *Culpabilidad.* – De acuerdo con lo que hemos dicho al hablar del aspecto subjetivo, el dolo se apoya en el conocimiento de la discordancia entre lo que el agente considera que es verdad y lo que expone, así como en la voluntad de expresar lo que para él es falso. No requiere propósito específico alguno, fuera del contenido de esa voluntad. La conformación subjetiva de la tipicidad da un gran margen de operabilidad al error, incluso al que se origina en la misma culpa del agente.

B) Figuras agravadas

§ 2150. *Falso testimonio en causa criminal.* – El texto actual del párr. 2° del art. 275 dice: "Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión". En la ley 21.338, la pena privativa de libertad tenía un mínimo de dos años y se refería al falso testimonio "cometido en un proceso penal", lo que implicaba una mayor amplitud del tipo, pues dentro del concepto de *proceso penal* podían quedar comprendidos los procesos por faltas o contravenciones, en cuanto en ellos pudiese recaer una *pena*; pero con la actual mención de *causa criminal* están cubiertos los procesos por *delitos*, exclusivamente.

§ 2151. *Falso testimonio por soborno.* – El art. 276, párr. 1°, vigente, dispone que "la pena del testigo, perito o intérprete falso,

cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida".

No era éste el sistema seguido por la ley 21.338, que había optado por incluir como párr. 3° del art. 275 el siguiente: "Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno".

La cuestión actual que se suscita es determinar qué quiere significar la ley cuando se refiere a la *declaración prestada mediante cohecho*. En realidad, la mención del cohecho nos remite a las especificaciones técnicas del art. 256; la declaración debe haber sido prestada, en la forma falsa que lo fue, en virtud de un acuerdo venal constituido por la dádiva o la promesa de un tercero para que el agente actuara de ese modo. En ese sentido, el tipo es más restringido que el de la ley 21.338, ya que éste se refería a la comisión mediante *soborno* y el soborno, tal como venía definido en el art. 276 de dicha ley, tanto podía consistir en una dádiva como en *cualquier otra ventaja*; con el texto vigente sólo quedan en la tipicidad las *dádivas* y, entre ellas las que, por lo menos, son económicamente mensurables, lo que también surge –con más taxatividad aún– de la forma adoptada por la pena de multa.

La doctrina ha convenido en que la ley, cuando se refiere a la pena del simple testigo falso, lo hace tanto a la pena del párr. 1°, como a la del párr. 2° del art. 275, con lo cual, si el falso testimonio por cohecho se ha cometido en causa criminal y en perjuicio del inculpado, el sobornante podrá ser castigado con la punibilidad agravada.

II. SOBORNO COMO DELITO AUTÓNOMO

§ 2152. *SU DEROGACIÓN COMO FIGURA AUTÓNOMA.* – La ley 21.338 –siguiendo a la ley 17.567– introdujo en el art. 276 un delito de soborno que presentó con autonomía (reprimía con prisión de seis meses a tres años al "que ofreciere o prometiere una dádiva o cualquier otra ventaja a alguna de las personas a que se refiere el artículo anterior, para que cometa falso testimonio"). Tal autonomía ha desaparecido en el texto vigente (ley 23.077) en el cual lo que se prevé en el art. 276, párr. 2°, es que "el sobornante sufrirá la pena del

simple testigo falso", con lo cual la punibilidad del sobornante se ata a la comisión del falso testimonio agravado por cohecho; si el falso testimonio no se produce aquella punibilidad no existe. Por otra parte, esa falta de autonomía restringe la conducta del sobornante a los términos del cohecho activo: ya no lo es el que ofrece *cualquier ventaja*, sino el que da o promete una dádiva mensurable económicamente (Núñez).

CAPÍTULO XIII

ENCUBRIMIENTO

§ 2153. *AUTONOMÍA DEL ENCUBRIMIENTO. BIEN PROTEGIDO.* – Aunque las situaciones de encubrimiento se relacionan necesariamente con delitos cometidos por terceros, la autonomía del capítulo se explica, ya que la actividad del encubridor no se une causalmente –ni objetiva ni subjetivamente– a la del sujeto encubierto. Si tal vinculación existiere, aunque fuese estrictamente subjetiva (promesa de encubrir un delito que se va a cometer), la conducta del encubridor pasaría a ser una participación en el delito del tercero.

También aquí el bien jurídico protegido es la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, puede verse perturbada por la conducta del encubridor.

La estructura del capítulo procede de la ley 17.567, de donde lo tomó la vigente (ley 23.468), ya que el texto original preveía todas las situaciones de encubrimiento en una sola norma (la del art. 277), texto que habría vuelto a aplicarse con la ley 23.077.

I. FAVORECIMIENTO

A) FAVORECIMIENTO PERSONAL

§ 2154. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 277, inc. 1º, del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a tres años al que sin promesa

anterior después de la ejecución del delito, "ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

§ 2155. *Presupuestos del delito.* – Estos presupuestos están expresamente enunciados: debe haberse cometido un delito en el que el agente no haya participado y no debe haber mediado una promesa anterior de ayudar con el favorecimiento.

Tiene que haber *mediado un delito*, es decir, un hecho penalmente típico, según las previsiones del Código Penal, sus leyes complementarias o leyes especiales (aunque alguna doctrina pretendió excluir estas últimas). No quedan comprendidas las faltas ni los ilícitos de naturaleza no penal. No importa ni la especie del delito precedente, que puede ser doloso o culposo, ni cuál haya sido la intervención del favorecido en él (pudo haber sido autor o cómplice, o se puede encubrir una tentativa); pero casi está de más aclarar que tiene que ser un delito que realmente haya existido; el favorecimiento del perseguido por un delito inexistente o en el que no haya intervenido él, no es típico. Por supuesto que ninguna influencia tiene en la tipicidad del encubrimiento, el hecho de que el favorecido no resulte condenado por el delito que se le atribuye, o resulte excluido de la punibilidad por cualquier circunstancia que no sea la de atipicidad o falta de autoría (p.ej., mediar una excusa absolutoria). Tampoco obsta al castigo del encubrimiento la falta de conocimiento de la calificación del delito, si el encubridor sabe que éste existió como hecho concreto.

A ese presupuesto de la existencia de un delito a cuyo autor o partícipe se favorece, debe sumarse la condición negativa de que no se haya dado participación de su favorecedor, lo cual está indicado en la ley por medio de dos pautas: los actos de favorecimiento deben ser posteriores a la ejecución del delito precedente (*después de la ejecución*) y no tiene que haber mediado promesa de realizar los actos de favorecimiento formulada antes o durante la ejecución de aquél. La conducta encubridora es *posterior al delito* cuando se produce después de la ejecución de él o cuando los actos que constituyen su tentativa han dejado de producirse; la conducta favorecedora que se presta antes de esos momentos queda comprendida en la complicidad, aunque sólo una parte de ella se preste durante la secuencia del hecho. En cuanto a la segunda condición, indica que

quedan fuera del encubrimiento y dentro de la complicidad los actos de favorecimiento que, aunque prestados después de la consumación del hecho o de la cesación de su tentativa, respondan a una promesa de realizarlos producida antes que el favorecido comenzase su actividad delictiva o mientras estuviere llevándola a cabo.

§ 2156. *Acción típica. Ayuda.* – La acción material de favorecimiento personal se prevé en la ley en una forma positiva y en otra negativa. La positiva consiste en la *ayuda prestada para eludir las investigaciones de la autoridad* o *para sustraerse a la acción de ésta*. Por ayuda se entiende toda conducta que facilite o haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad, en cuanto se constituya en una actividad del agente de carácter material (no quedan comprendidas ni las omisiones ni los apoyos de índole moral, como los consejos). La ayuda debe prestarse a quien haya intervenido en el delito precedente en cualquier carácter; la destinada a favorecer a quien no ha intervenido en el delito (p.ej., a un testigo del hecho) para eludir su individualización o sustraerle a la acción de la autoridad tampoco es típica (aunque en algunos casos puede constituir un favorecimiento real). Pero es indiferente que el favorecido sea un ya condenado por el delito, un procesado, un imputado o un simple sospechado, hasta quien, habiendo intervenido en el delito, no ha sido individualizado como tal. Este favorecimiento es una conducta propia del agente que ni siquiera necesita ser conocida por el favorecido para ser típica, si tiende a la consecución de las finalidades previstas por la ley: eludir las investigaciones de la autoridad encaminadas a descubrir los autores de los hechos o sus partícipes en otros grados, determinando las correspondientes responsabilidades (aunque las investigaciones no estén todavía en curso cuando se presta la ayuda) o sustraer al favorecido de la acción de la autoridad, es decir, impedir que consiga llegar a él por cualquier medio (ocultamiento, facilitamiento de fuga, etcétera).

§ 2157. *Omisión de denuncia.* – La forma negativa del favorecimiento es conocida por la denominación *omisión de denuncia*. Como cualquier delito de omisión, sólo puede cometerlo quien está jurídicamente obligado a observar la conducta que no realiza. La ley vigente únicamente se refiere a los casos en que el agente tiene

la obligación –legalmente impuesta– de denunciar el delito que ha conocido a la autoridad competente para recibir denuncias (el texto anterior era más amplio, pues describía la conducta como la de dejar de comunicar las noticias referentes al delito a cualquier autoridad). Congruentemente, la omisión de denunciar no queda obviada por la comunicación a la autoridad que no es competente para recibir denuncias, aunque esa autoridad esté, a su vez, obligada a denunciar.

§ 2158. *Consumación.* – En su forma positiva, el favorecimiento personal se consuma con la prestación de la ayuda con las finalidades típicas, aunque no es necesario que se haya conseguido que el favorecido eluda efectivamente las investigaciones o se sustraiga a la acción de la autoridad. En su forma negativa se consuma cuando ha vencido el término legal o reglamentariamente fijado para formular la denuncia o cuando, no estando fijado ese plazo, pueda determinarse el retardo como dolosamente injustificado, sin que se haya formulado la denuncia. Aunque en algunas formas de ayuda se podría pensar en posibilidades de tentativa, muy difícilmente se dará un acto ejecutivo que ya no sea consumativo.

§ 2159. *Autor.* – Autor del facilitamiento en la forma de ayuda puede ser cualquier persona, en tanto no haya intervenido en el delito al que el encubrimiento se refiere; el autoencubrimiento no es punible. No quedan excluidos como autores quienes están obligados a guardar en secreto los conocimientos adquiridos sobre un delito por razón de su estado, profesión, oficio, arte o empleo, puesto que una cosa es no revelar lo conocido y otra distinta es prestar la ayuda que constituye el favorecimiento.

En cambio, en su forma omisiva, el favorecimiento personal es un delito propio que sólo puede cometerlo quien, según las leyes y reglamentos, está obligado a formular la denuncia; aquí sí quedan marginados de la autoría típica los obligados a guardar en secreto el conocimiento del delito.

§ 2160. *Culpabilidad.* – Es delito doloso que requiere el conocimiento de la ocurrencia del delito anterior y la relación que lo une con aquel a quien se favorece; la duda sobre tales circunstancias equivale al conocimiento; es indiferente que no se sepa la especie de delito, siempre que el agente conozca la realidad de su ocurrencia

(p.ej., saber que se trató de un ataque personal, aunque se ignore si fue un hecho de robo o de lesiones); pero, cuando menos, debe existir en el autor la sospecha de la ocurrencia, no basta que tenga el deber de saber, si no ha sabido o llegado a sospechar. A ese conocimiento tiene que agregarse la voluntad de ayudar al sujeto con las finalidades típicas, por lo cual se configura a través del dolo directo. La omisión de denuncia, por el contrario, no se conforma con la duda sobre la existencia del delito; es necesario un conocimiento cierto para que surja en el agente el deber de denunciar.

B) Favorecimiento real

§ 2161. *El texto legal.* – El art. 277, inc. 2°, reprime con las mismas penas y condiciones que en el caso anterior al que "procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo".

§ 2162. *Acción típica.* – La acción típica asume una doble modalidad: la de procurar (hecho principal) y la de ayudar (hecho accesorio del cometido por un tercero, que puede ser el que comete el favorecimiento como hecho principal o un partícipe en el delito al que se trata de favorecer ayudándolo), implicando esta última una derogación de los principios generales de la participación.

Procurar no es lograr; no es hacer desaparecer, ocultar, alterar, etc., sino tratar de conseguirlo; es, pues, un delito de actividad, no de resultado. Por supuesto que cuando la finalidad se ha logrado, por razones obvias (antes de lograr se ha procurado), el hecho no pierde su carácter típico, pero para éste es suficiente con que se haya procurado o ayudado a procurar.

§ 2163. *Aspectos subjetivos: la finalidad.* – Las acciones tienen que estar guiadas por finalidades taxativamente enunciadas en la norma. La de *hacer desaparecer* puede procurarse por medio de la destrucción del objeto o quitándolo de la esfera en que pueda ser empleado por la autoridad. *Ocultar* implica, como vimos, la disimulación del objeto. *Alterarlo* es cambiarlo o modificarlo en la medida imprescindible para entorpecer de ese modo su empleo

por la autoridad para determinar responsabilidades. Los objetos a que se refieren estas finalidades son los *rastros*, en cuanto vestigios materiales dejados por el delito, *instrumentos* en cuanto medios materiales usados para ejecutar el hecho (art. 23, Cód. Penal) y las *pruebas*, de cualquier naturaleza que fueren (cosas, documentos, etc.), incluidas las personas (p.ej., un testigo, sin perjuicio de los delitos que contra su persona se puedan perpetrar, contra la libertad o contra la vida).

La ley agrega a las apuntadas otra finalidad que lleva a la tipicidad de la acción: la de *asegurar el producto* o *el provecho del delito*. Productos son los efectos que se han obtenido directamente del delito (la moneda falsa, el ganado hurtado); provecho es lo que el autor o partícipe ha logrado por medio del producto del delito (p.ej., lo que adquirió con el dinero falso, el producido de la venta de lo hurtado) o de su realización (lo recibido por cometerlo). La acción de asegurar tiende a la preservación de esos objetos en beneficio del autor o partícipe del delito, para que los mantenga en su esfera de disposición o los utilice según su naturaleza, pero siempre procurando favorecerlo ante la actual o eventual actividad de la autoridad.

La acción de procurar exige sin duda la estricta intencionalidad del autor en orden a determinados logros: quien procura algo, trata de conseguirlo; quien ayuda a procurar algo, tiende a que se lo consiga; debe darse, pues, un querer específico de hacer desaparecer, alterar o asegurar; pero, además, que tal querer tienda a impedir o entorpecer la actividad de la autoridad. Esto no es una exigencia explícita en el tipo, pero puesto que se trata de delitos contra la Administración y del particular capítulo de los encubrimientos, ello tiene que ser una repercusión de la acción que, aunque no haya estado presente en el autor como finalidad específica, al menos debe haberlo estado como una consecuencia probable. El favorecimiento real, por lo tanto, será compatible con el dolo eventual de entorpecer la actividad de la autoridad, aunque la conducta tendrá que estar intencionalmente dirigida en forma directa al logro de los resultados taxativamente enunciados en la figura (hacer desaparecer, alterar, ocultar, asegurar).

§ 2164. *Presupuestos. Remisión.* – Pero lo que sí se requiere explícitamente son los mismos presupuestos que para el favore-

cimiento personal: la ausencia de promesa anterior y la existencia de un delito ya ejecutado.

§ 2165. *Consumación.* – Es un delito de actividad que se consuma con la conducta del autor, que implica procurar los resultados enunciados, aunque no se logren.

Oportunamente, Carrara había hablado de la posibilidad de tentativa, pero no es ella imaginable con la estructura de nuestro tipo penal, en el cual cualquier acto ejecutivo importa consumación, puesto que con éste ya se procuran algunos de los resultados enunciados.

§ 2166. *Autor.* – En el aspecto de la autoría dijimos que se derogan las reglas generales de la participación, puesto que el cómplice (quien ayuda a procurar) es tratado expresamente en paridad de condiciones con el autor.

§ 2167. *Culpabilidad.* – Al hablar del aspecto subjetivo del tipo señalamos cómo se conjuga aquí el dolo directo en pos de los resultados determinados por la disposición con las posibilidades de un dolo eventual (que, por supuesto, puede ser también directo), en lo que se refiere al entorpecimiento de la actividad de la autoridad. Además, los presupuestos requeridos –al igual que en el favorecimiento personal– indican que para el delito se debe dar en el agente el conocimiento de la perpetración del delito precedente y, consecuentemente, el conocimiento de la relación de los objetos (rastros, pruebas, productos, etc.) con aquél; también aquí la duda o sospecha equivale a ese conocimiento.

II. Receptación

§ 2168. *Carácter común.* – Si los hechos de favorecimiento tienden a librar al favorecido de las persecuciones de la autoridad, los de receptación se refieren a quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquella autoridad puede tener para localizarlas y recuperarlas.

A) Receptación de cosas que se saben procedentes de delitos

§ 2169. *El texto legal.* – El art. 277, inc. 3°, del Cód. Penal castiga con las mismas penas a quien "adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro", y eleva las penas al doble "si el autor hiciere de ello una actividad habitual".

§ 2170. *Acción típica.* – Lo *adquiere* el que obtiene el objeto en propiedad o con voluntad de ejercer sobre él cualquier otro derecho real, cualquiera que sea el modo (compra, permuta, donación) o el título (oneroso o gratuito). Lo *recibe* quien lo toma, admite o acepta, de quien se lo da o envía por un modo que no importe la transmisión de la propiedad u otro derecho real (depósito, recepción en garantía, etcétera). Lo *oculta* el que lo quita de las posibilidades de localización por parte de terceros; la ocultación no exige el traslado del objeto, es suficiente su disimulación por cualquier medio, incluso la destrucción con la voluntad de lograr que no lo encuentren los terceros. También pune el tipo la *intervención* en cualquiera de esas actividades en cuanto cooperación en ellas, con lo cual al fin la disposición consagra una derogación de las reglas generales de la participación.

§ 2171. *Presupuestos del delito.* – Los presupuestos que hemos visto en el favorecimiento rigen también aquí; la preexistencia de un delito anterior está consignada en la misma norma y aunque éste no se refiere taxativamente a la ausencia de promesa anterior, para que la receptación sea encubrimiento y no participación en el delito precedente, es imprescindible que aquélla no haya existido. La promesa anterior de receptar las cosas después del delito constituye un supuesto de auxilio *subsequens*, no la receptación que estamos estudiando.

§ 2172. *Elementos subjetivos.* – El tipo está rotundamente dominado por el aspecto subjetivo, a través de dos elementos de dicha índole, cognoscitivo el uno, volitivo el otro. En primer lugar el agente *debe saber que el objeto* (dinero, cosas, efecto) *proviene*

de un delito, es decir, que fue obtenido por quien se lo da o por un tercero por medio de una acción típica; a este saber no equivale ni la sospecha ni la duda: tiene que tratarse de un conocimiento positivo. En segundo lugar, las acciones deben haber sido realizadas por el agente con *fin de lucro*, o sea, para obtener una ventaja económica, ya de la cosa misma por su valor, o por las prestaciones que otros realicen en su beneficio (o en beneficio de un tercero, pues el fin de lucro no tiene que ser indispensablemente para sí) con motivo del acto (p.ej., pagarle para que oculte la cosa).

§ 2173. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma con la realización de las acciones, sin que sea necesario que se hayan obtenido las finalidades propuestas. Es posible la tentativa, ya que se pueden dar actos ejecutivos de cualquiera de las conductas típicas que no alcancen a llenar el tipo.

§ 2174. *Autor.* – Autor puede ser cualquier persona en cuanto no haya participado del delito precedente. Hemos indicado, por otra parte, que en alguna medida la disposición deroga los principios generales de la participación, al punir como autores a todos los que intervengan en las actividades típicas, en cualquier carácter que lo hagan, de manera que será muy difícil hallar casos de complicidad que queden fuera de esa figura de autor.

§ 2175. *Culpabilidad.* – La culpabilidad sólo admite el dolo directo a causa de los elementos subjetivos que operan en el tipo. El error sobre el elemento cognoscitivo específico, sin embargo, no plantea una situación de inculpabilidad, sino de atipicidad, por ausencia de un ingrediente de ella.

§ 2176. *La agravante de habitualidad.* – La punibilidad se agrava cuando el autor hace de la receptación una *actividad habitual*. Según lo que ya hemos dicho (p.ej., al referirnos a los delitos contra la salud pública), la habitualidad requiere objetivamente la repetición de los actos de receptación y subjetivamente la existencia de un *hábito* en el autor que sólo puede ser inferido de la pluralidad de actos típicos, lo cual es diferente de la profesionalidad, que puede darse en un acto único cuando la subjetividad del autor está lanzada hacia la repetición profesional de la actividad.

B) Receptación de cosas de procedencia sospechosa

§ 2177. *El texto legal.* – El art. 278 del Cód. Penal pune con prisión de tres meses a dos años a quien "con fin de lucro, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito", y también eleva la pena al doble "si el autor hiciere de ello una actividad habitual".

§ 2178. *Acciones típicas.* – Las acciones típicas son las de *adquirir o recibir dinero, cosas o bienes*; como se ve, quedan excluidas las acciones de ocultar e intervenir que preveía el tipo anterior de receptación, lo cual se explica porque, respecto de la primera, es muy difícil compaginarla con la particular culpabilidad del delito, y la segunda requiere una convergencia intencional que también puede resultar incongruente con dicha culpabilidad.

§ 2179. *Elementos subjetivos.* – En el aspecto subjetivo, el elemento volitivo del tipo es idéntico al del art. 277, inc. 3°, el fin de lucro. Pero no ocurre lo mismo con el elemento subjetivo cognoscitivo, ya que el art. 278 no requiere que se conozca la procedencia ilícita del objeto; por el contrario, ese conocimiento no debe existir; lo que tiene que mediar en el caso concreto es el deber del agente de sospechar, de acuerdo con las circunstancias, que aquél provenía de un delito; con lo cual se advierte que más que un elemento subjetivo, lo que aquí se configura es una especie de elemento normativo que, en orden a la subjetividad del autor, la conforma sin exigir siquiera que se haya dado en él la duda sobre la procedencia, bastando con que hubiera debido dudar y no lo haya hecho, aunque, por supuesto, si ha llegado a la duda el caso queda igualmente comprendido en el tipo, puesto que no cabe, como vimos, en la receptación dolosa del art. 277, inc. 3°.

Lo que requiere el tipo es que las circunstancias de la operación hayan colocado al agente ante el deber de presumir el origen ilegítimo del objeto, ya por sus modalidades (p.ej., *negativa a entregar* recibo, ocultación del acto de transferencia, falta de registraciones), ya por las características del objeto (rareza de la pieza, elevado costo) o de la persona del oferente (carencia de recursos, excepcionalidad de la actividad, etcétera). El deber de sospechar tiene que

nacer de esas circunstancias y no proceder de una obligación genérica (p.ej., obligación funcional de investigar la procedencia, que podría constituir una omisión de deberes, pero no la receptación estudiada).

§ 2180. *Cuestión sobre el carácter del delito.* – Estas particularidades del tipo han llevado a la doctrina a debatir si se está ante un delito culposo o ante un delito doloso. Para resolverlo no debemos olvidar que lo que aquí se pune es el encubrimiento, que puede provenir de la receptación; para que exista dolo, el autor tiene, por lo menos, que enfrentarse voluntariamente con la posibilidad de que su acción dificulte las investigaciones o, como mínimo, la localización del objeto por parte de la autoridad. Partiendo de tales elementos de juicio hay que concluir en que el delito del art. 278, tanto puede ser doloso como culposo, según los casos; será doloso cuando el autor, sin tener conocimiento cierto de la procedencia ilícita del objeto dude sobre ella, pero asuma igualmente cualquiera de las conductas típicas; se tratará de un dolo, que no cabe en la receptación del art. 277, inc. 3°. Será culposo cuando en el agente ni siquiera se ha suscitado aquella duda, pese a que las circunstancias lo colocaban ante el deber de dudar.

§ 2181. *Consumación.* – Como el delito anterior, éste se consuma con la adquisición o recepción realizadas con ánimo de lucro, aunque no se llegue a la obtención del beneficio propuesto. Pero aquí no parece posible la tentativa.

§ 2182. *Culpabilidad.* – En cuanto a la culpabilidad, ya vimos que la figura puede compaginarse tanto con el dolo como con la culpa. Además, también se da aquí la agravante de habitualidad.

III. Excusa absolutoria

§ 2183. *El texto legal.* – El art. 279 del Cód. Penal establece que "están exentos de pena los que hubieren ejecutado un hecho de los previstos en los incs. 1° y 2° del art. 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que

debiesen especial gratitud". Agrega que esta exención "no se aplicará al que haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito o al que haya obrado por precio".

§ 2184. *ENCUBRIMIENTOS COMPRENDIDOS.* – La excusa absolutoria se aplica sólo en los casos en que el encubrimiento asume la forma típica del favorecimiento personal o real, incluida la omisión de denuncia de la parte final del inc. 1° del art. 277, siempre y cuando no se den los supuestos expresamente exceptuados en la última cláusula.

Se excluyen de la excusa absolutoria, pues, ambos supuestos de receptación, y los supuestos de favorecimiento (incluso la omisión de denuncia) en que el agente hubiese obrado por precio (lucrando o pretendiendo lucrar con su actividad u omisión), así como también los de favorecimiento real constituidos por haber ayudado (no sólo haber procurado ayudar) a asegurar el producto o el provecho del delito.

§ 2185. *SUJETOS COMPRENDIDOS.* – Cónyuges son los que están válidamente casados de acuerdo con las leyes del país o del extranjero, aunque estén separados, mientras no estén divorciados, ya que si lo están se ha disuelto el vínculo. No es aplicable la excusa cuando el matrimonio es nulo, salvo para el cónyuge de buena fe. Sí caben en ella quienes tienen la calidad en virtud de un matrimonio anulable, cuando la nulidad no ha sido declarada todavía.

El parentesco por consanguinidad puede ser matrimonial o extramatrimonial. Queda comprendido el parentesco por adopción en virtud de las equiparaciones de la ley civil.

Amigos íntimos son los que mantienen una vinculación que se traduce en un trato familiar constante (aunque sea a distancia). La doctrina y la jurisprudencia han considerado incluidos en la excusa a los concubinos y a quienes mantienen entre sí relaciones sentimentales, aunque no tengan ese carácter. Incluso quedan incluidos los que mantienen relaciones adulterinas de carácter estable (aunque alguna doctrina ha procurado excluirlos), puesto que no distingue la ley entre *ilicitud* o *licitud* del vínculo de amistad.

La especial gratitud alude a todas aquellas situaciones en que el favorecedor se ha visto apoyado por el favorecido en circunstan-

cias particulares de su vida, aunque ese apoyo no haya tenido más sentido que el moral.

Es obvio que estos sustentos fácticos de la excusa deben existir en el momento en que se observa la conducta encubridora.

CAPÍTULO XIV

EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA

§ 2186. *LA PROTECCIÓN LEGAL.* – Seguimos en este capítulo contemplando delitos que principalmente agravian a la administración de justicia. Aquí se protege la efectividad de las sanciones impuestas o de las medidas adoptadas por razones de seguridad, que se traducen en el amenguamiento de la libre disponibilidad de ciertos derechos por parte del agente.

I. EVASIÓN

§ 2187. *EL TEXTO LEGAL.* – Dice el art. 280 vigente: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas". En el mismo artículo, la ley 21.338 penaba "con prisión de tres meses a dos años el que hallándose legalmente privado de su libertad se evadiere por medio de fuerza en las cosas y con prisión de seis meses a tres años, si lo hiciera con intimidación o violencia en las personas".

Como se ve, el texto vigente coloca en igualdad de condiciones en cuanto a la pena, cualquiera haya sido el medio típico empleado para ejecutar el delito; configura el sujeto activo de modo distinto y obvia la referencia a la intimidación.

§ 2188. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *evadirse* por los medios expresamente señalados en la ley. Evadirse significa recuperar la libertad ambulatoria que restringía el encierro o la sujeción a una cus-

todia determinada; importa, pues, salirse del encierro o sustraerse a las posibilidades de control de la custodia.

§ 2189. *Los medios.* – La evasión, para ser típica, tiene que realizarse por alguno de los medios taxativamente enunciados: *fuerza en las cosas* o *violencia en las personas*; cualquier otro medio la deja al margen del tipo, aunque implique el despliegue de un particular esfuerzo físico (p.ej., escalamiento). La fuerza en las cosas que es propia del delito es la destinada a vencer la resistencia de los elementos que se utilizan para hacer efectiva la restricción de la libertad ambulatoria del agente, hayan sido preordenados a dicha finalidad (muros, rejas, foso del lugar de detención) o, aunque no lo estén, cuando en el caso se les ha otorgado o adquieran esa particular finalidad (p.ej., las puertas del vehículo en que se conduce al autor). La fuerza puede recaer tanto sobre las cosas que acotan un ámbito como sobre las que aprisionan a la persona misma (esposas, grillos). Por lo tanto, la que se ejerce sobre cosas que no son las que restringen la libertad ambulatoria, aunque se la empleare para consolidar la evasión, no entra en la tipicidad (p.ej., fractura de la ventana de una casa vecina a la cárcel), sin perjuicio de que los hechos constituyan delitos contra la propiedad (daños). La violencia sobre las personas es el despliegue de energía física sobre las personas que permanente u ocasionalmente custodian al agente, restringiendo su libertad. La violencia que se ejerce sobre personas distintas, aunque se la emplee para consolidar la evasión (p.ej., quitarles un vehículo) no quedan comprendidas.

Esto es así porque la fuerza y la violencia tienen que estar en relación de medio a fin con la evasión, o sea, deben haber sido empleadas para lograrla, constituir una cuota de causalidad en su producción. Por lo tanto, las ejercidas cuando ya el agente ha eludido las restricciones de la libertad ambulatoria, carecen de vigencia tipificadora.

Ello indica que los medios tienen que haber sido puestos por el agente, sea ejecutándolos personalmente, sea por intermedio de un partícipe o un ejecutor del cual él es autor mediato; quien se limita a aprovechar las facilidades que le brinda el quebrantamiento de los obstáculos que provocó un tercero sin relación intencional con él (p.ej., aprovechar la rotura del muro que practicó un tercero), no comete el delito.

Durante la anterior vigencia del texto original, se había llegado a la conclusión de que dentro del término *violencia* quedaba comprendida la *violencia tácita* o *moral*, siendo ésta la constituida por la amenaza del empleo de violencia (González Roura, Malagarriga, Soler), lo cual es admisible siempre que se den ciertos requisitos, como los que habíamos visto al tratar del robo.

§ 2190. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma cuando el agente ha recuperado su libertad ambulatoria –así sea momentáneamente–, logrando salir del ámbito del encierro en que se encontraba o eludiendo la custodia personal a la que estaba sometido; el logro de cierta libertad dentro del encierro (p.ej., salir de la celda sin poder salir del penal) o la persecución del agente por parte de los custodios (sin perderlo) no alcanzan a consumar el delito. Pero esos actos pueden constituir supuestos de tentativa, que se da desde que se han comenzado a desplegar los medios típicos para quebrantar el encierro o la custodia.

§ 2191. *Autoría y participación.* – Por su parte, la ley 21.338 caracterizaba al sujeto activo como todo el que se hallare "legalmente privado de su libertad", el actual lo caracterizaba como aquel que se hallare *legalmente detenido*. Sin duda, la primera expresión era más amplia que ésta, con lo que volveremos a discutir la situación de los menores internados en establecimientos especiales y será ya muy difícil que podamos considerar autores a ciertos internados con fines curativos (p.ej., según las disposiciones de las leyes 12.331 y 23.737), cosa que podíamos hacer con la ley 21.338.

Es posible la participación, siempre y cuando ésta no asuma las características de un acto de facilitamiento que se pune autónomamente en virtud del art. 281.

§ 2192. *Culpabilidad.* – Es delito doloso, en el cual, al conocimiento de la situación de detención en que el sujeto se encuentra, súmase la voluntad de quebrantar los obstáculos que imponen restricción de la libertad ambulatoria por alguno de los medios típicos, con lo que únicamente se compatibiliza con el dolo directo. Es posible un error sobre la situación de detención (hasta un *error iuris* sobre su legalidad), que excluya la culpabilidad.

II. Favorecimiento de evasión

§ 2193. *Supuestos contemplados.* – Como ya adelantamos, el art. 281 del Cód. Penal castiga la intervención de un tercero en la evasión de otros, haciéndolo en dos supuestos: cuando el tercero procura esa evasión con su conducta y cuando contribuye culposamente a ella.

A) Favorecimiento doloso

§ 2194. *El texto legal.* – El art. 281 vigente dice en su párr. 1°: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo". Salvo, pues, la referencia al *detenido* o *condenado* (que alcanza la misma dimensión que el *detenido* del artículo anterior), que sustituye la de "persona legalmente privada de su libertad" de la ley 21.338, cuya significación dogmática ya expusimos, los tipos vigente y reemplazado son similares.

§ 2195. *Acción típica.* – *Favorecer* es tanto como ayudar a la persona privada legalmente de libertad (detenida o condenada) a realizar la evasión, es decir, a eliminar los obstáculos que restringían su libertad ambulatoria.

Aunque el sujeto favorecido es aquel que puede ser caracterizado como posible autor del delito previsto por el art. 280, no es necesario que la conducta de este favorecido constituya esa evasión punible; el favorecimiento de la evasión no delictiva para el que se evade, también queda comprendido en el tipo del art. 281 (p.ej., el favorecimiento a la evasión por medio de un engaño).

§ 2196. *Relación causal.* – El favorecimiento puede estar constituido por una actividad o por una omisión, aunque, por supuesto, en esta segunda hipótesis tiene que mediar en el agente la obligación legal de actuar en orden al impedimento de la evasión del favorecido. Pero la conducta favorecedora lo es cuando incide en el proceso causal de la evasión, aunque no resulte decisiva para

la obtención del resultado o la perpetración de su intento; no es necesario que la evasión sea *obra* del facilitador, ni que constituya un ingrediente sin el cual aquélla no se hubiese podido llevar a cabo tal como se la realizó: cualquier aporte favorecedor al proceso causal queda comprendido (consejos sobre el *modus operandi*, datos de utilidad relativa, etcétera).

§ 2197. *Consumación.* – Como la conducta típica no es la de suministrar medios que faciliten la evasión sino la de facilitar (favorecer) la evasión, la consumación requiere que el hecho de evadirse del favorecido por lo menos se haya manifestado externamente en actos ejecutivos; la evasión, por lo tanto, cuando menos debe haberse tentado, puesto que cuando esto ocurre ya ha comenzado a operar el favorecimiento (contra: Soler y Varela, que exigen la consumación de la evasión).

Vistas así las cosas, no nos parece posible una tentativa (que mucha doctrina hace depender erróneamente de la tentativa del favorecido); porque antes de que se realice el intento de la evasión, el acto favorecedor será meramente preparatorio y, cuando se lo haya realizado, nos enfrentaremos a un delito consumado.

§ 2198. *Autor.* – El autor puede ser cualquier persona, siempre que sea extraña a la evasión de otro; es decir, que su acto no esté enderezado a participar en la evasión de otro, evadiéndose con él si se trata también de quien está privado legalmente de su libertad. Ya vimos que la ley prevé una punibilidad especial (inhabilitación) para el autor que tiene la calidad de funcionario público, no interesa si su cargo lo coloca en situación de custodio del favorecido o no.

§ 2199. *Culpabilidad.* – Este favorecimiento doloso reclama el conocimiento de los presupuestos típicos en el favorecido (que está legalmente detenido), y sólo admite el dolo directo.

B) Favorecimiento culposo

§ 2200. *El texto legal.* – El art. 281, párr. 2º, "si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público", pune a éste con multa de pesos un mil a pesos quince mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93).

Reconozcamos que no es muy propio hablar aquí de un favorecimiento *culposo* de evasión, lo cual, en realidad, choca con el sentido subjetivo de *favorecer*.

§ 2201. *Acción típica.* – Estamos en presencia de un delito culposo, perfectamente autónomo, cuya conducta se tipifica en permitir que la evasión se produzca por negligencia, en la forma que se produjo: no basta con que la negligencia del agente haya significado un aporte más dentro del proceso causal de la evasión, sino que requiere que haya *producido* la evasión, o sea, que sin esa negligencia la evasión no se hubiese realizado tal como se produjo; la tipicidad, pues, se revela en la circunstancia de que, para evadirse, el evadido se haya valido del amenguamiento de los resguardos originados en la negligencia.

No cualquier forma culposa sirve a la tipicidad, sino sólo la negligencia. Las otras *formas* de culpa sólo pueden ingresar en el tipo en cuanto puedan reducirse a la negligencia.

§ 2202. *Consumación.* – Como cualquier delito culposo, éste se consuma con la producción del resultado, es decir, con la producción de la evasión, que, por supuesto, no se alcanza cuando ella no superó los límites del intento, sin coronarlo con buen éxito.

§ 2203. *Autor.* – Autor sólo puede serlo el funcionario dentro de cuyo deber de cuidado está comprendido el mantenimiento de los resguardos que restringen la libertad ambulatoria del privado de ella, de modo directo (guardiacárcel) o indirecto (quienes desempeñan funciones de supervisión). No lo son quienes antirreglamentariamente asumen de hecho la custodia del privado de libertad (p.ej., los empleados de juzgados que están realizando diligencias con el detenido).

III. Quebrantamiento de inhabilitación

§ 2204. *El texto y la protección.* – El art. 281 *bis* del Cód. Penal, que procede de la ley 17.567, y fue reimplantado por ley 23.487 (ya que había sido derogado por ley 23.077), reprime con

prisión de dos meses a dos años al que "quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta".

Como aquí se protege la incolumidad de una restricción que impone exclusivamente la autoridad judicial, el bien jurídico protegido es, pues, la efectividad de las disposiciones judiciales.

§ 2205. *Acción típica.* – Quebranta la inhabilitación el que ejerce o asume la actividad prohibida o goza de los derechos cuyo goce se le había quitado; en otras palabras, hace uso de la capacidad jurídica que la inhabilitación había bloqueado.

Tiene que ser una *inhabilitación judicialmente impuesta*; es decir, dispuesta por los órganos jurisdiccionales en función jurisdiccional; no caben en el tipo las inhabilitaciones de carácter administrativo (p.ej., las ordenadas por los colegios profesionales o por los entes administrativos), aunque las hubiesen decidido los órganos jurisdiccionales actuando en función de superintendencia.

Para muchos, la inhabilitación judicialmente impuesta que puede ser objeto del quebrantamiento típico es la procedente de condena firme por delito o falta, con lo cual el delito presupondría "que el autor esté cumpliendo una pena de inhabilitación" (Núñez); pero ésa no es la idea del legislador (ver Proyecto Soler, art. 330), ni lo que surge de la letra de la ley, que habla de inhabilitaciones judicialmente impuestas, sin otras discriminaciones; quedarían también comprendidas, por tanto, las impuestas provisionalmente (que no provienen de sentencias definitivas) y las decretadas por los jueces en aplicación de las leyes (civiles, comerciales, administrativas), si se trata de verdaderas inhabilitaciones impuestas con carácter jurisdiccional.

Para que nos hallemos ante el quebrantamiento típico, éste tiene que estar constituido por una actividad del mismo agente; no lo es la recepción pasiva del comportamiento de un tercero que importe la asignación del derecho para cuyo ejercicio se está inhabilitado, mientras que el agente no lo ejerza efectivamente (p.ej., la designación en un cargo sin asumirlo; obtener un registro de conductor sin llegar a conducir, etcétera).

§ 2206. *Consumación.* – Este delito se consuma, por lo tanto, con el efectivo ejercicio de la actividad o el goce del derecho cuyo

ejercicio o goce prohíbe la inhabilitación. Dada la estructura que tiene el tipo en nuestro sistema, no parece posible la tentativa.

§ 2207. *Autor.* – Es el inhabilitado judicialmente; trátase de un delito de propia mano que no rechaza la aplicación de los principios generales de la participación, pero requiere una especial consideración de ellos.

§ 2208. *Culpabilidad.* – El dolo exige el conocimiento de haber sido inhabilitado judicialmente (de la jurisdiccionalidad de la imposición y de la firmeza de la resolución respectiva, aunque no sea una sentencia, como dijimos). Tiene que tratarse de un conocimiento cierto, que no es llenado por las ficciones procesales (p.ej., reputar conocida la inhabilitación por haber sido notificada por edictos). El error, aun el atribuible a culpa del agente, excluye la culpabilidad. Volitivamente, no es indispensable el dolo directo; también puede operar el eventual.

TÍTULO XII

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA

§ 2209. *EL BIEN PROTEGIDO.* – De modo general puede decirse que los delitos comprendidos en el Título XII de nuestro Código Penal concretan ataques a la fe pública, por hacer aparecer como auténticos y reveladores de verdad, signos representativos o documentos que dan cuenta de lo pasado, cuando no son auténticos o mienten sobre lo representado.

Pero todos los objetos de estos delitos vienen señalados por una particular característica que les ha otorgado el Estado con su función jurídica: o se los ha impuesto como instrumentos de fe valederos *erga omnes*, por las formas de su representación o por la persona que interviene en su formación (como ocurre con la moneda y los instrumentos públicos), o se los ha dotado de una determinada prestancia acreditadora de su procedencia y contenido para que puedan cumplir efectivamente la función que el mismo derecho les asigna en la vida transaccional (como en los títulos de circulación y, en general, en los denominados *instrumentos privados*). Pero si los primeros se encarnan en lo que, con propiedad, podemos indicar como la esfera de la *fe pública*, los segundos participan de ella en virtud de los efectos que la ley le otorga en los negocios jurídicos de los particulares, aunque no tengan consecuencias para quienes son extraños a dichos negocios.

Por otra parte, tiene que subrayarse que la inclusión de estos últimos dentro del grupo de los delitos *contra la fe pública* es más bien una característica particular de nuestro derecho penal, lo cual ha hecho pensar que el Título XII del Código, más que a preservar la fe pública en sentido propio, está enderezado a proteger la confianza general en la autenticidad y veracidad de los objetos en cuan-

to medio indispensable para que aquéllos cumplan debidamente sus finalidades jurídicas.

De lo dicho se infiere una primera cuestión a tratar y que puede determinar consecuencias dogmáticas: ¿se protege aquí la *fe pública* por sí misma o la confianza en la autenticidad y veracidad de los objetos que son portadores de ella por disposición de la ley?

El tema va más allá de la mera curiosidad ontológica: si lo atacado por los delitos que vamos a tratar es la fe pública en sí misma, en principio todo lo que desfigure (material o ideológicamente) el instrumento al que la ley le asigna la función de portarla, podrá tener cabida en las figuras típicas; pero si lo que se considera atacado es la confianza de los integrantes de la sociedad en tales instrumentos, la conducta debe constituir un algo más para poner realmente en peligro el bien protegido; ya no bastará con la deformación del instrumento, tendrá que ser idónea para mantener la confianza que aquel merezca como portador de la fe pública.

En tanto que algunos encaran la construcción de esos delitos basándose en el puro concepto de fe pública, otros ponen el acento en la confianza en los instrumentos portadores. Aparecen, sin embargo, tesis que podríamos catalogar como intermedias, que van desde el concepto de fe pública como confianza en la verdad del instrumento (Varela), hasta la afirmación de que la protección que aquí brinda la ley penal se proporciona en parte a "la fe pública *stricto sensu* (validez jurídica oficialmente garantizada)", y en parte a "la confianza de las gentes respecto de ciertos objetos o actos, cuya autenticidad o veracidad es necesario preservar por la función social que desempeñan" (Laje Anaya).

Podría señalarse a Carrara como el máximo defensor del criterio dualista sobre el bien jurídico protegido. Para él, lo directamente atacado, vulnerado o desconocido por estos delitos es la fe constituida en cada uno de los miembros de la comunidad, por el valor de veracidad que el Estado (el derecho) otorga a determinadas formas instrumentales de su propia actividad o de la actividad de aquellos –podría agregarse– a quienes impone determinadas formas para dar cuenta de la suya.

Este dualismo presenta dos enfoques. Para uno es necesario distinguir la fe pública que corresponde a la propia actividad del Estado, de la que opera en el orden de las relaciones civiles de los

individuos, dando lugar a conceptos no coincidentes; para otro, aunque reconociendo ambas vertientes, hay un concepto unitario de fe pública que conjuga los de esa distinta procedencia. Claro está que no faltan –insertándose en este panorama– los negadores de la fe pública como bien jurídico propio, merecedor de una protección penal autónoma, considerándola desperdigada en función de base o apoyo de distintos bienes jurídicos atacables mediante el menoscabo de la autenticidad y veracidad de los instrumentos reconocidos como prueba de las relaciones jurídicas.

Partiendo de la doble función del Estado: como autorregulador de su propia actividad, imponiendo formas a la actuación de los funcionarios que lo representan y como regulador de la conducta de los individuos, imponiendo formas a sus actos para asignarles eficacia en las relaciones jurídicas, señálase que en una y otra las formas instrumentadas suscitan un *estado de confianza* que se asienta en la intervención de aquél como *persona*, o como legislador que impuso obligatoriamente las formas de los actos. Y se concluye en que la fe pública *es* "la confianza general que despiertan las instituciones creadas por el Estado"; que con los tipos de delitos contra la fe pública, con relación a la primera función del Estado, lo que se tutela es la fe "de los signos o instrumentos convencionales que impone con carácter de obligatoriedad" y, con respecto a la segunda, la de "los actos que respetan ciertas formas materiales, que son destinados a los objetivos legalmente previstos" (Baigún - Tozzini).

De las elaboraciones que se han vertido sobre el tema, se rescatan dos advertencias comunes a casi todas ellas: *a*) los instrumentos cuya objetividad constituye la base fáctica de los tipos penales son los que, por imposición del orden jurídico, están destinados a significar certeza de la realización de un acto creador de relaciones jurídicas, o que da cuenta de ellas y que, en cuanto tales, están específicamente formalizados para acreditar la existencia de la relación, permitiendo la producción de sus efectos, y *b*) que el delito debe originar una falsedad "idónea para engañar la fe pública"; es decir, para suscitar un juicio erróneo en un "número indeterminado de personas, y no sólo en casos particulares, por negligencia o defectos de condiciones del sujeto pasivo" (Oderigo); en esto hay una clara alusión a la confianza *pública* en cuanto atribuible a una generalidad, no a personas determinadas. Ambas notas no podrían ser separadas: la conducta delictuosa pone en peligro el bien jurídico cuando

la actividad sobre el instrumento logra que cualquiera pueda apreciarlo como el que auténtica y verdaderamente es prueba de la relación jurídica de que se trate.

En trance de concretar el concepto, puede decirse que el bien jurídico *fe pública* es atacado o puesto en peligro cuando la objetividad introducida por la conducta del agente en el objeto es apta para suscitar en cualquiera la confianza que él merece, por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y, por tanto, como acreditación (prueba) de él.

Para que el ataque se produzca, no bastará, por tanto, ni la mera objetividad deformante, ni la mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del objeto; ambas deben estar presentes: la una como origen de la otra. Aunque sea suficiente para un concreto hecho típico, la tipicidad falsaria no se conformará con la confianza infundada de un sujeto determinado; se requerirá la posibilidad de que esa confianza infundada (o errónea) originada en la deformación objetiva del objeto, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza.

Lo expuesto explica cómo ha llegado la teoría de los delitos contra la fe pública a buscar apoyo en dos conceptos básicos: el de confianza y el de prueba, sumando a ellos el requisito del peligro para bienes jurídicos más concretos, originado en la falsedad.

§ 2210. *Modos comisivos: imitación, inmutación y supresión.* – Siendo que los signos o instrumentos pueden verse atacados, tanto en su autenticidad como en su veracidad, los dos grandes modos comisivos que hallaremos en estos delitos serán la *imitación* de sus características de autenticidad, sea mediante creación, sea mediante alteración y la *inmutación*, o sea la inclusión mentirosa de circunstancias no ocurridas en el acto del cual da cuenta el instrumento. Aunque la ley argentina no emplea esta distinción para establecer la separación de los distintos capítulos, dentro de cada uno de ellos encontraremos delitos que corresponden a ambos modos. Además, introduce la figura de *falsedad* por *supresión*, que prácticamente importa la consagración de un tercer modo comisivo distinto.

CAPÍTULO I

FALSIFICACIÓN DE MONEDA, BILLETES DE BANCO, TÍTULOS AL PORTADOR Y DOCUMENTOS DE CRÉDITO

§ 2211. *LA PROTECCIÓN LEGAL: LA MONEDA COMO INSTRUMENTO DE CAMBIO.* – Lo que se protege es la moneda como instrumento de cambio, es decir, como elemento facilitador de las transacciones, no por el valor de sus componentes materiales, por lo cual dicha protección se extiende a instrumentos o títulos que también facilitan el intercambio, ya representando a la moneda (billetes de banco), ya otorgándole modalidades especiales a su circulación (títulos al portador, documentos de crédito). La ley no tiene aquí presente el daño patrimonial que pueden sufrir determinadas personas, sino el peligro de menoscabo del crédito y su repercusión en una eventual restricción de las transacciones, lo cual, al fin, constituye un verdadero peligro común que puede afectar al Estado como garantizador general de la fe que merecen esos símbolos.

I. FALSIFICACIÓN DE MONEDA

§ 2212. *EL TEXTO LEGAL.* – Por el art. 282 del Cód. Penal, "serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación".

§ 2213. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones típicas son, pues, las de falsificar, introducir, expender o poner en circulación. Trátase de una ley compleja alternativa, por lo que si bien la realización de una sola de dichas acciones llena la conducta típica, su realización plural no multiplica la delictuosidad; por ejemplo, quien falsifica la moneda comete el delito, pero quien la falsifica y luego la expende no comete dos delitos sino uno solo, con lo cual queda absolutamente claro que entre las distintas acciones previstas por el

tipo en cuanto se realicen con relación al mismo objeto, no se da posibilidad de concurso.

Falsificar es imitar; en el caso, imitar la moneda auténtica, o sea, hacer una pieza similar. No constituye falsificación en el sentido de este tipo la simple alteración de una pieza auténtica –que como veremos cae en otros– sino la creación imitativa (Fontán Balestra) de la pieza completa. Tiene que tratarse de una imitación idónea para que tenga posibilidades de circular como si fuese pieza auténtica; esto es, lo que se ha llamado *expendibilidad* de la moneda falsificada, lo que importa que haya alcanzado un grado de imitación suficiente para que un número indeterminado de personas la acepte como verdadera; no basta, por tanto, con que la pieza imitada haya logrado engañar a personas determinadas si ella carece de la mencionada idoneidad (p.ej, monedas de burda falsificación, fácilmente discernibles como falsas, que se han utilizado en circunstancias particulares para inducir a engaño a un sujeto). Dándose esa idoneidad, no importa el valor intrínseco de la moneda falsa, que hasta puede ser superior a la denominación del cuño (p.ej., fabricar una moneda de valor de cien pesos con metales que valen mil), puesto que lo protegido es la autenticidad del símbolo.

Introducir es hacer penetrar la moneda en el territorio de la Nación o en lugares sujetos a su jurisdicción (en los cuales la moneda verdadera que se imita tenga circulación). No interesa la forma en que se ha producido la introducción, hasta puede habérsela realizado observando las formas legales (p.ej., declarando que se introduce moneda).

Expender significa entregar la moneda falsa a alguien que la acepte como verdadera. La entrega puede realizarse a título oneroso (darla en pago) o a título gratuito (donarla).

Poner en circulación es introducir la moneda, por cualquier medio que no sea la expedición, en el tráfico cambiario; se da, por tanto, cuando no existe una persona que la haya aceptado como verdadera (p.ej., depositarla en una alcancía colocada en la vía pública, emplearla en aparatos mecánicos).

En todos los casos, el tipo aparece ya cuando esas conductas se observan con relación a una pieza, pero realizadas con relación a una pluralidad de piezas en el mismo contexto de acción no multiplica la delictuosidad; sí cuando se trate de distintos contextos (p.ej., introducir moneda falsificada en dos oportunidades distintas).

Sostiene la doctrina que las acciones de introducir, expender y poner en circulación sólo son punibles por este tipo cuando sean acciones posteriores que importen el agotamiento voluntario de la falsificación; no se pune aquí la acción de quien, habiendo recibido la moneda falsa de buena fe y conociendo después su falsedad, la introduce, expende o hace circular, sino la de quien, habiendo recibido la moneda falsa como tal, consuma con ella tales acciones, por lo cual se puede decir que cuando el falsificador es un tercero, el autor de la introducción, expendio o puesta en circulación interviene en el *iter criminis* de la acción de aquél, contribuyendo al agotamiento de su delito, aunque la ley prefiere punirlo autónomamente. Tanto la punibilidad prevista por el art. 282 como el particular delito del art. 284 fundamentan esta interpretación.

§ 2214. *Objeto.* – El objeto de estas conductas debe ser *moneda que tenga curso legal en la República*, es decir, que por disposición de la ley es de circulación obligatoria en la República, sirviendo de medida común de los precios y poseyendo poder cancelatorio de las obligaciones, cualquiera que sea el lugar en que éstas se hubiesen constituido. Aunque es evidente que los antecedentes se referían a la moneda metálica, la equiparación del art. 285 indica que también el papel moneda es susceptible de ser objeto de las acciones típicas descriptas.

§ 2215. *Consumación y tentativa.* – La consumación se da en distintos momentos, según la acción de que se trate. La falsificación se consuma con la fabricación de la imitación *expendible* de una pieza falsa de la moneda verdadera; admite la tentativa, que se da cuando la imitación no se ha llegado a completar; es decir, cualquier acto de fabricación de la pieza que no haya alcanzado las características de expendibilidad por falta de los rasgos imitativos imprescindibles. La de introducir se consuma con el traspaso de la frontera por la moneda; es tentativa el acto de procurar hacerle traspasar aquélla sin lograrlo (p.ej., porque se descubre el acto en un puesto fronterizo extranjero). La de expender se consuma con la aceptación de la moneda por un tercero que la admite como verdadera; su tentativa está constituida por el acto de entrega que no se llega a completar en virtud de la no aceptación del tercero, o porque el traspaso es impedido por alguna otra circunstancia. La de poner

en circulación se consuma con la realización del acto correspondiente, y su tentativa cuando la moneda no queda introducida en el tráfico pese a la acción del agente (p.ej., aparato que rechaza la moneda).

§ 2216. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter de la moneda que se imita (que sea de curso legal) y la voluntad de crear la pieza imitadora en la falsificación. En cuanto a las demás acciones, suponen en el agente el conocimiento de que las que realiza constituyen el agotamiento de la acción de falsificar, si es que la falsificación fue realizada por un tercero.

II. Cercenamiento y alteración de moneda

§ 2217. *El texto legal. Figuras comprendidas.* – Por el art. 283, párr. 1°, del Cód. Penal son reprimidos con reclusión o prisión de uno a cinco años "el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada", en tanto que por el párr. 2° se dispone una pena de seis meses a tres años de prisión "si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda".

Como se advierte, se contemplan dos figuras distintas: una que podemos denominar *genérica* y otra constituida por una forma particular de alteración.

Si bien la doctrina ha sostenido que únicamente la moneda metálica puede ser objeto de estos tipos, ello sólo es verdad con relación al cercenamiento, ya que el papel moneda puede ser alterado (p.ej., mediante procedimientos químicos o sobreimpresión), por lo cual no deja también de ser aplicable a estos tipos la equiparación del art. 285 (contra: Núñez, Fontán Balestra).

A) Figura genérica

§ 2218. *Acciones típicas.* – Las conductas son las de cercenar o alterar y las de introducir, expender o poner en circulación moneda cercenada o alterada. Respecto de estas tres últimas vale lo dicho al hablar del tipo anterior, tanto en lo que se refiere al con-

cepto como en su relación con las conductas de cercenar o alterar; también aquí nos hallamos ante una ley compleja alternativa, en la cual la consumación múltiple sobre el mismo objeto no multiplica la delictuosidad.

Tanto el cercenamiento como la alteración hacen necesaria la existencia de una moneda de curso legal verdadera que, con la acción del agente, pierda parte de su valor metálico o varíe su valor, manteniendo aparentemente el que tenía originariamente, o represente uno distinto del que tenía verdaderamente, conservando su expendibilidad, según el concepto explicado precedentemente; los cercenamientos o alteraciones que resten posibilidades circulatorias quedan marginados del tipo (p.ej., quitar la mitad de la moneda, borrarle rasgos de impresión básicos al papel moneda).

Cercenar significa quitar parte del metal que forma la moneda metálica, por cualquier procedimiento (incisiones, raspaduras, procedimientos químicos), respetando su conformación, es decir, su cuño, de forma de mantener su expendibilidad, como hemos dicho. *Alterar* es cambiar o modificar de cualquier otro modo la moneda metálica o el papel moneda, dándole la apariencia de distinto valor (parte de la doctrina exige que se trate de un mayor valor que el que realmente tiene, lo que no parece del todo indispensable), asumiendo, asimismo, las características de expendibilidad.

§ 2219. *Consumación, tentativa y culpabilidad.* – El primero de estos hechos se consuma en el momento en que se ha quitado el metal; el segundo, en el momento en que se ha logrado la alteración. Ambos admiten tentativa. En cuanto a las demás conductas, resulta aplicable lo que decíamos al hablar del art. 282.

La culpabilidad se integra con el conocimiento del carácter de la moneda que se cercena o se altera, o el del cercenamiento o alteración que ha sufrido la que se introduce, se expende o se pone en circulación. En el aspecto de la voluntariedad sólo es admisible el dolo directo.

B) Figura específica

§ 2220. *Acción típica. Autonomía de la figura.* – No es propiamente una figura atenuada la que prevé el art. 283, párr. 2°,

porque la acción típica está constituida por un modo específico de alteración: el *cambio de color* de la moneda metálica o del papel moneda, cualquiera que sea el procedimiento empleado, siempre que por él no se introduzcan en la pieza alteraciones de otra índole (p.ej., enchapados, cambio de nominaciones) que llevarían el hecho a la figura del art. 283, párr. 1°. El cambio de color debe tender a hacer aparecer la moneda alterada como de un valor distinto de la verdadera, por lo cual aquí también el concepto delictual se integra con el requisito de la expendibilidad, que presupone la existencia de una moneda en curso que tenga el valor que el cambio de color procura asignar a la que no lo tiene (p.ej., si en curso no hay moneda alguna de rojo bermellón, alterar el color de la moneda utilizando aquél no constituirá una conducta típica).

III. CIRCULACIÓN DE MONEDA FALSA RECIBIDA DE BUENA FE

§ 2221. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 284 del Cód. Penal determina una pena de pesos un mil a pesos quince mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) de multa, "si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración".

§ 2222. *PRESUPUESTO DEL DELITO.* – Éste es un tipo construido, fundamentalmente, a partir del aspecto subjetivo, ya que es precisamente un presupuesto de ese carácter la base de la acción típica; el agente tiene que haber recibido una moneda falsa, cercenada o alterada, de *buena fe*, es decir, en la creencia de que era una moneda verdadera en su integridad; la buena fe, por tanto, atañe a la calidad de la moneda, no al modo de recepción, que puede ser lícito (pago, donación) o ilícito (p.ej., moneda obtenida hurtando o estafando), lo que no influye de ningún modo en la tipicidad.

§ 2223. *ACCIONES TÍPICAS.* – A partir de tal presupuesto, las acciones son las de *expender y circular* (hacer circular) la moneda. El concepto de la primera de esas acciones ya lo expusimos en los tipos anteriores. El de circular es más amplio que el *poner en circu-*

lación, ya que abarca tanto la conducta del que pone en circulación la moneda que no ha circulado todavía, como la del que sigue haciendo circular la moneda que ya está en circulación.

§ 2224. *Elemento subjetivo.* – Para que esas acciones sean realmente típicas tienen que ir acompañadas de un elemento subjetivo; deben realizarse existiendo en el agente el *conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración* que ha sufrido la moneda. Es decir, entre el momento de la recepción de buena fe y el momento de la expedición o circulación, el autor tiene que haber conocido, con certeza, que se trata de una moneda que no es verdadera, en todo o en parte. La duda no es suficiente para conformar ese elemento subjetivo.

§ 2225. *Culpabilidad.* – Dicho elemento subjetivo condiciona la culpabilidad, puesto que a la certeza de la falsedad, del cercenamiento o la alteración se debe unir la voluntad de expender o hacer circular la moneda como si fuere íntegramente verdadera, por lo cual sólo es compatible el delito con el dolo directo.

IV. Falsificación de valores equiparados

§ 2226. *El texto legal.* – Se ha vuelto al texto original del Código del art. 285: "Para los efectos de los artículos anteriores, quedan equiparados a la moneda, los billetes de banco legalmente autorizados, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales o municipales, los títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizados para ello, y los cheques". La ley 21.338 –siguiendo a la ley 17.567– incluía expresamente en la equiparación a los cheques *oficiales*, incorporando los restantes a la tipología del art. 297, donde los equiparaba –a los efectos de la penalidad– a los instrumentos públicos.

§ 2227. *Sentido de la equiparación. Acciones típicas.* – Ha debatido la doctrina si la equiparación que establece el artículo

es a los fines del tipo en su totalidad o sólo de la pena, pero la expresión de la remisión (*para los efectos de los artículos anteriores*) demuestra que la primera solución es la correcta.

Quiere decir que, con relación a los objetos enunciados por la disposición, se pueden cometer todas y cada una de las conductas descriptas en los arts. 282 a 284, salvo la de cercenamiento, que no condice con la materialidad de ellos. Hay que señalar que, en lo que concierne a la falsificación del art. 282 –que requiere una creación imitativa–, es necesario que la totalidad del objeto sea imitado (p.ej., que se imprima el formulario del cheque oficial, no sólo que se llene un formulario verdadero que esté en blanco), puesto que lo que sólo importe una inserción parcial o una deformación del objeto verdadero colocará al agente en la hipótesis de la alteración. Con referencia a esta última, aunque se ha sostenido que para que haya alteración tiene que haber una transformación del valor auténtico en otro mayor, no parece que ello sea imprescindible, ya que aun cuando el valor fingido sea inferior al verdadero, el bien jurídico se verá igualmente vulnerado (piénsese en el caso del empleado celoso que considerando excesiva la suma de un certificado de obra –libranza– altera sus cantidades, disminuyéndolas, del que no se puede negar que, además del eventual delito contra la propiedad o de eventuales delitos contra la Administración, también ha *falsificado*).

§ 2228. *Objetos equiparados.* – Los *billetes de banco legalmente autorizados* son papel moneda emitidos, según las leyes de la Nación; lo relativo a *bancos autorizados* es un resabio histórico, pero no innecesario, pues nada se opone a que en un momento determinado el Poder Legislativo de la Nación autorice a emitir billetes a otros bancos distintos del Banco Central. Los *títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones* se incluyen porque es el Estado quien garantiza el pago de ellos a su vencimiento. Lo mismo ocurre con los *bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales o municipales*, respecto de los cuales el Estado se constituye en responsable directo del pago.

En cuanto a los *títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por bancos* o *compañías autorizados*, se ha discrepado sobre si se trata de todos los emitidos por las sociedades reconocidas por el Estado mediante el otorgamiento de la respectiva personería jurídica (Malagarriga) o sólo de los emitidos por los bancos o ins-

tituciones (eventualmente sociedades) que tienen carácter oficial, ya que sólo en ese caso –se sostiene– aparecería comprometido el crédito del Estado, que es uno de los criterios informantes del bien jurídico protegido (Soler); en realidad, si pensamos que son a estos últimos a los que el Estado puede rodear de autenticidad en cuanto proceden de sus propios entes (aunque fueren descentralizados), parece más lógica la segunda interpretación (los procedimientos garantizadores exigidos por la ley para los demás no implican esa autenticidad de procedencia estatal).

§ 2229. *EL CHEQUE COMO OBJETO DE LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 285 Y 297.* – Habiendo la ley 23.077 devuelto vigencia al texto original del art. 285, que equipara a la moneda *los cheques* (sin el aditamento de *oficiales*), retornamos ahora a la antigua discusión –superada en su momento por las leyes 17.567 y 21.338– sobre qué cheques pueden considerarse incluidos en aquella norma. Una larga corriente jurisprudencial había sostenido que en virtud de la equiparación de la disposición quedaban comprendidas por el art. 282 las falsificaciones de cheques en general, fuesen oficiales o no. Partiendo del particular modo de protección del bien jurídico, Rivarola y Soler negaron esa extensión, sosteniendo que los únicos cheques protegidos en el Capítulo I del Título XII del Código Penal eran los oficiales, ya que sólo ellos, "como la moneda, tienen la garantía de un efecto público".

Claro está que cuando se piensa que la equiparación del art. 285 es al solo fin de la aplicación de la pena del art. 282, y no de su tipo, la solución puede ser diferente, aunque entonces la consecuencia puede mostrarse incongruente.

Antes de ahora nos hemos pronunciado en favor de la tesis que restringe los cheques equiparados a la moneda por el art. 285 a los oficiales. A los argumentos vertidos por la numerosa doctrina y jurisprudencia referida al tema, se puede agregar que si cualquier cheque y cualquier falsificación de ese documento, aun la que no recae sobre su formulario impreso, van a parar al art. 285 en función del art. 282, en muchos casos se asume una punibilidad excesiva y se vacía al art. 297 de las finalidades perseguidas por el legislador. En resumen; la punición de la falsificación de cheques no oficiales es la determinada por el Capítulo III del Título XII del Código Penal.

V. FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y VALORES EXTRANJEROS

§ 2230. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 286 del Cód. Penal dispone que "si la falsedad, cercenamiento o alteración se cometiere respecto de monedas extranjeras que no tengan curso legal en la República o respecto de billetes de banco, títulos de deuda pública, títulos al portador y documentos de crédito extranjeros", la pena será de uno a cinco años de prisión en el caso del art. 282, de seis meses a dos años en el del art. 283 y de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) de multa en el art. 284.

§ 2231. *OBJETOS.* – Como en la actualidad no hay moneda extranjera que tenga *curso legal* en la República, no hay duda de que en el tipo queda incluida toda moneda extranjera metálica o papel moneda (billetes de banco).

En cuanto a los títulos al portador o documentos de créditos extranjeros, son los emitidos por el Estado extranjero o aquellos en los que él se coloca como deudor, en la misma medida en que lo hace en los títulos y documentos de créditos nacionales.

§ 2232. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las conductas típicas, así como el resto de los elementos del delito, son idénticos a los que ya hemos visto en los artículos anteriores, en lo que atañe a la *falsedad*, al *cercenamiento* y a la *alteración*. Pero el artículo no enuncia ni la introducción, ni el expendio, ni la circulación; muy poco cuidado parece haber puesto la doctrina en estas exclusiones y su significado. Un párrafo de Soler parece excluir la posibilidad de comisión del expendio y la circulación, señalando que "el dinero extranjero no es *puesto en circulación o expendido*, sino sencillamente encajado a alguien, engañándolo"; o sea, tales conductas, cuando vienen acompañando a los otros hechos (falsedad, cercenamiento o alteración), serían estafas que concurrirían con ellos o sólo estafas si se los comete sin sumarse a ellos. Por su parte, la jurisprudencia ha extendido las conductas típicas del art. 286 a todas las de los arts. 282 a 284, incluso las no enunciadas taxativamente por aquella norma (ver, p.ej., *LL*, 75-100 y 79-59).

En principio no parece que la equiparación de las penas que contiene la parte final del artículo pueda extenderse a las acciones, ya que las que la ley pune son las que taxativamente enuncia; pero si eso es exacto con referencia a los supuestos de los arts. 282 y 283, no lo es tanto con referencia al del art. 284, donde no se prevé ni la falsificación, ni el cercenamiento, ni la alteración, sino sólo la circulación o expendio de una moneda maleada recibida de buena fe; si no se puniese la circulación o expendio de la moneda extranjera en esas condiciones, la remisión del art. 286 al art. 284 sería una disposición totalmente vacía de contenido, y aunque pueda reconocerse que si la puesta en circulación o la circulación no es aquí posible porque no se trata de moneda de curso legal la que es moneda extranjera –actualmente equiparable–, *sí* puede serlo el expendio. Puede concluirse, pues, que el expendio de mala fe de moneda extranjera falsa, cercenada o alterada que se ha recibido como verdadera, se castiga de conformidad con el art. 286, sin perjuicio de un eventual concurso con la estafa. Pero sólo se podrá punir como estafa –cuando se den los requisitos de ese delito– el expendio de moneda extranjera en casos distintos del señalado y, en principio, no se podrá castigar de ningún modo la introducción al país de moneda extranjera falsificada, alterada o cercenada, pese a los peligros que entraña esa conducta, puesto que las limitaciones del art. 286 no lo permiten (falencias que destacan lo imperioso de la reforma de la ley).

VI. EMISIÓN ILEGAL

§ 2233. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – Por el art. 287 del Cód. Penal son reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, "el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada".

Aunque no se trate propiamente de falsificaciones según el sentido que hemos visto en los tipos precedentes, en cierto modo tam-

bién lo son las conductas aquí previstas, puesto que existe el peligro de lanzar a la circulación moneda o valores no autorizados legalmente que, por consiguiente, no tendrían que tener curso legal, afectando así el crédito público.

§ 2234. *Acciones típicas.* – Las conductas son las de fabricar, emitir o autorizar la fabricación o emisión. *Fabrica* el que confecciona materialmente la moneda o el valor; *emite* quien dispone la puesta en circulación de la moneda o valor; *autoriza* una y otra aquel cuya intervención jurídica permisiva es necesaria para que la moneda o el valor se pueda fabricar o emitir legalmente.

§ 2235. *Objetos.* – Lo que se tiene que fabricar, emitir o autorizar su fabricación o emisión es, en primer lugar, *moneda*; si se trata de moneda metálica cuando se fabrica o emite o se autoriza su fabricación o emisión *con títulos* o *pesos inferiores al de la ley*; título es la proporción de cada uno de los metales que intervienen en la aleación de la moneda y peso es la medida de metal que debe formar cada pieza monetaria; no se pune aquí la emisión, fabricación o autorización que exceda el número de piezas cuya acuñación ha dispuesto la ley (posiblemente el legislador tuvo en cuenta el propio respaldo de la moneda metálica por su contenido de metal valioso).

Pero ese exceso sí convierte en típica la fabricación, emisión o autorización de papel moneda (*billetes de banco*) u otros valores (*títulos, cédulas y acciones al portador*), que se punen cuando fueren realizadas en *cantidades superiores a las autorizadas por la ley*, o sea que al revés de lo que ocurría con la moneda metálica, lo que aquí resulta impune (si es que no se dan otros delitos) es la fabricación o emisión de papel moneda, utilizando materiales de inferior calidad que los dispuestos por la ley, reglamento u orden (p.ej., papel o tinta menos valiosos); por supuesto que cuando hablamos de estos valores nos referimos a los procedentes del Estado o a aquellos en los que el Estado se coloca en situación de deudor, ya que, de lo contrario, estaríamos en el supuesto del art. 301. En uno y otro caso lo que se debe infringir es el peso, título o cantidad determinados por la ley que regula la emisión monetaria o de valores, pero si se trata de una emisión no dispuesta por la ley (p.ej., el que fabrica una partida de monedas con un cuño que ya no se utiliza, pero

que siguen circulando), el agente puede incurrir en la falsificación del art. 282, pero no en la emisión ilegal del art. 287.

§ 2236. *Autor y participación.* – Los posibles autores son los funcionarios públicos o los directores o administradores de bancos o compañías. Se entiende que el tipo se refiere a los que están legalmente autorizados para fabricar, emitir o autorizar, ya que si no fuese así el delito sería el de falsificación.

En nuestro régimen vigente, el *funcionario público* es, en principio, el único que puede autorizar la fabricación o emisión de moneda, así como también el único que puede emitirla, sin perjuicio de que también pueda fabricarla (p.ej., funcionario de la Casa de Moneda). Los *directores* o *administradores* de bancos o compañías son, por consiguiente, aquellos que no tienen carácter de funcionarios públicos y, actualmente, sólo podrían cometer el delito fabricando ilegítimamente la moneda (p.ej., cuando el Estado conviene con una institución privada la fabricación).

No es descartable la participación a cualquier nivel, así puede ocurrir con quien realiza la tarea de impresión excesiva en connivencia con quien dispuso la impresión ilegal, que es partícipe necesario.

§ 2237. *Consumación y tentativa.* – Es delito de actividad, que se consuma con la simple actividad material de fabricar (el número de piezas ilegítimamente fabricado es indiferente) o la jurídica de disponer la puesta en circulación o dar la autorización. No requiere otro particular resultado, ni siquiera la efectiva circulación de la moneda ilegalmente fabricada o emitida. La fabricación puede admitir tentativa, no así los otros hechos.

§ 2238. *Culpabilidad.* – El dolo requiere en el agente el conocimiento del título, peso o cantidad determinadas por la ley y la voluntad de emitir, fabricar o autorizar la fabricación o emisión en violación de aquellas características o medidas. El error excluye la culpabilidad; pero si el error ha sido producido por la actividad engañosa de un tercero que, a su vez, puede ser uno de los autores del hecho, éste puede constituirse en autor; si el tercero no reúne alguna de las calidades exigidas para ser autor, podría cometer el delito de falsificación (p.ej., el impresor que oculta al fabricante la cantidad que ha impreso con exceso).

CAPÍTULO II

FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS

§ 2239. *SENTIDO DE LA PROTECCIÓN LEGAL.* – Todos los objetos que aparecen en los delitos previstos en esta parte son signos que tienen por finalidad asegurar la autenticidad de cosas sobre las cuales se los coloca o imprime, o dar testimonio de la realización de un acto jurídico determinado (p.ej., pago de derechos o tasas). Estos delitos punen tanto la falsificación de esos signos, cuanto el uso indebido de los signos verdaderos o falsificados.

I. FALSIFICACIÓN DE SELLOS

§ 2240. *EL TEXTO LEGAL.* – Por el art. 288, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años: "*1*) El que falsificare sellos oficiales. 2) El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos". En la parte final, el artículo dispone que "en estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero".

§ 2241. *CARÁCTER Y REQUISITOS.* – Salvo en lo que concierne a la conducta prevista en la parte final del artículo, que no es propiamente una falsificación, sino un uso ilegítimo del objeto auténtico, las demás se refieren a la *imitación* del sello verdadero; señálase que no se puede hablar aquí de *alteración* y mucho menos de las otras conductas ilícitas que hemos visto con relación a la moneda.

Discute la doctrina, sin embargo, si esa imitación debe o no alcanzar la perfección que se exigía en el supuesto de la moneda para convertirla en expendible; así lo cree parte de ella (Fontán Balestra y, en principio, Soler), en tanto que otros consideran que el criterio de la expendibilidad no es indispensable para medir la tipicidad de la falsificación de sellos, ya que "también rige el criterio de la posibilidad general de inducción en error" (Núñez), con lo cual

bastaría la idoneidad de la imitación para inducir en error sobre la autenticidad del sello en el caso concreto de que se trate, sin que sea imprescindible que pueda ser considerado por una generalidad como sello verdadero por la calidad de la imitación (p.ej., sello al que le falte una parte de la inscripción que se sustituye por una escritura defectuosa). Esta última solución se muestra más acorde con el objeto del delito y el modo normal de su utilización.

Puesto que, como vimos, sólo la falsificación por imitación aparece viable en el tipo, quedan marginadas de él las simples alteraciones del sello verdadero, salvo cuando impliquen la imitación de otro sello verdadero (p.ej., sustituir parte de la enunciación de un sello verdadero para imitar otro sello también verdadero) y, por supuesto, también se excluirán del tipo las creaciones de sellos inexistentes (*inventar* un sello). Tales actos pueden quedar eventualmente comprendidos en delitos contra la propiedad (p.ej., daño en la alteración, estafa por medio de la *invención* de un sello inexistente).

A) Falsificación de sellos oficiales

§ 2242. *Objeto.* – La conducta de falsificar constituye el delito previsto en el art. 288, inc. 1°, cuando el objeto falsificado es un *sello oficial*, o sea uno de aquellos signos que, mediante impresión por cualquier procedimiento, utiliza la autoridad pública para dar autenticidad a determinados documentos.

Pero la ley no pune aquí la falsificación de la impresión del sello, sino la del objeto con el cual se realiza: lo castigado es la falsificación del instrumento sellador. La ley ha tenido en cuenta el peligro de que el sello falso se emplee en una multiplicidad de documentos. No configuran los rasgos de la tipicidad ni la adulteración de la imagen del sello ya estampada, ni la imitación de la imagen del sello (p.ej., transportar mediante procedimientos de fotograbado la imagen del sello a un documento que no la contiene). Estos actos quedarán integrados en las falsificaciones documentales.

§ 2243. *Confluencia de figuras.* – La circunstancia de que algunos hayan motejado este delito de *crimen imaginario*, puesto que apenas tiene sentido separar la fabricación del sello del acto mismo de sellar, ha llevado a parte de la doctrina a encarar de modo muy complejo las situaciones de confluencia de figuras cuando a la imi-

tación del instrumento sellador se suma la aposición ilícita de su imagen en un documento. Para algunos, si quien emplea en esta forma el instrumento sellador falsificado es el mismo autor de su falsificación, "el acto asume la forma de acción posterior irrelevante, salvo que constituya una acción distinta y autónoma (estafa), en cuyo caso es posible el concurso" (Soler). Pero de ningún modo es admisible esa solución, ya dijimos que lo que la ley ha querido castigar aquí es la fabricación imitativa ilegítima del instrumento sellador, pero también quiere castigar autónomamente la falsedad documental determinada por la aposición ilícita del sello falso; los modos de protección del bien jurídico son distintos y, por tanto, en el caso expuesto se dará un concurso real entre ambas falsedades, aunque el agente sea el mismo, sin perjuicio, claro está, de la concurrencia de cualquier otro delito perpetrado por medio de esas falsedades.

§ 2244. *Consumación y tentativa.* – El hecho se consuma, pues, cuando ha quedado concluida la imitación del sello verdadero, de modo que con el falso instrumento se pueda sellar, sin que sea necesaria otra acción posterior, aun cuando –como advertimos– el instrumento falso no haya llegado a utilizarse. Es, por consiguiente, un delito de peligro abstracto que, sin embargo, admite tentativa (cuando por causas ajenas a la voluntad del agente se interrumpe el proceso de fabricación imitativa); claro está que la imitación de un sello que se cree verdadero, pero que no lo es, no constituye tentativa sino delito putativo.

§ 2245. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento de que se está realizando la falsificación de un sello verdadero y que se trata de un sello oficial y la voluntad de imitarlo. El error sobre esas circunstancias puede excluir la culpabilidad típica, sin perjuicio de que ella se traslade válidamente a otros tipos; por ejemplo, quien quiere inventar un sello para utilizarlo en una estafa y por casualidad el sello *inventado* resulta coincidente con un sello oficial verdadero.

B) Falsificación de efectos timbrados

§ 2246. *Objetos.* – En el art. 288, inc. 2°, la falsificación imitativa tiene que recaer sobre *papel sellado, sellos de correos* o *telégrafos* o *cualquiera otra clase de efectos timbrados*.

Papel timbrado es el que lleva impreso un sello que le otorga un valor determinado al margen de su valor material, generalmente usado en actuaciones judiciales o administrativas para facilitar el pago de las respectivas tasas. Los sellos de correos o telégrafos –comúnmente denominados *estampillas*– son los que acreditan el pago del servicio que constituye la facilitación de la comunicación por esos medios. Dentro de la expresión "otra clase de efectos timbrados", quedan comprendidos todos los papeles que representan, mediante signos determinados, un valor autónomo (certificados de propiedad de ganado, timbres que acreditan pagos de derechos aduaneros, etcétera).

Lo que aquí se debe imitar es el papel sellado o timbrado o la estampilla, con independencia de su utilización en un documento o un objeto.

Pero esos valores son objetos del delito sólo en cuanto sean de aquellos *cuyas emisiones estén reservadas a la autoridad* o *tengan por objeto el cobro de impuestos*. Cuando la ley habla de autoridad exige que se trate de efectos que legalmente sólo por expresa disposición de la autoridad puedan ser emitidos (impresos y expendidos), cualquiera que fuere su esfera (nacional, provincial o municipal). Los efectos que tienen por objeto el cobro de impuestos son los que acreditan con autenticidad el pago de los derechos que el Estado impone para formar sus fondos propios o para solventar los costos de los servicios que presta (tasas) o de las obras que realiza (contribuciones); así ocurre, por ejemplo, con los timbres que acreditan el pago de derechos de importación, de impuestos internos sobre determinados productos (p.ej., bebidas, cigarrillos). Queda, pues, fuera del tipo la falsificación de cualquier representación de valores de particulares (p.ej., vales de adelantos de sueldos en las empresas).

§ 2247. *Consumación y tentativa.* – Es un delito de peligro, que se consuma con la imitación del impreso que representa el valor, sin que se requiera su efectiva utilización. Cuando esta última, de existir, constituye a su vez, un acto ilícito, el respectivo delito concurre realmente con el aquí considerado; por ejemplo, la estafa contra la Administración cuando se vende una partida de mercadería importada con timbres falsos; la falsificación documental cuando un falso certificado de campaña (que acredita propiedad o movimiento

de ganado) se llena de un modo eventualmente perjudicial, o cuando el timbre falso se coloca sobre otro documento también falso. Basta la imitación de una sola pieza y, como en el supuesto de la falsificación de monedas, es posible la tentativa.

§ 2248. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter del objeto y la voluntad de imitarlo. Sólo es admisible el dolo directo.

C) Impresión fraudulenta de sello verdadero

§ 2249. *Carácter de la falsificación.* – Tenemos que reconocer que el tipo previsto por la parte final del art. 288 ha sido tratado bastante contradictoriamente por la doctrina y la jurisprudencia. La ley lo ha convertido en un caso de falsificación, pero no por imitación de lo verdadero, como ocurre en los supuestos que hasta aquí hemos considerado, sino por la ilegalidad de la impresión del sello verdadero.

§ 2250. *Ilegalidad de la impresión.* – Esa ilegalidad puede provenir tanto de la impresión del sello auténtico en actos u objetos en que no corresponde aplicarlo, o sea, fuera de los casos en que la ley o el reglamento dispone su aplicación, como de su aplicación realizada por quien carece de autorización para ello, aunque se trate de un acto u objeto en el cual corresponde legalmente la aplicación del sello (Soler, Fontán Balestra), si bien esta última posibilidad la niegan algunos (Moreno, Núñez), para quienes la aposición del sello en un acto u objeto en el cual legalmente debe hacerse, realizada por quien carece de autorización, no es típica, ya que, aunque abusiva, no sería fraudulenta, puesto que faltaría la *ilegalidad objetiva del acto.*

§ 2251. *Acción típica. La "impresión fraudulenta".* – La solución depende, por tanto, del significado que se dé a la expresión *impresión fraudulenta.* Para unos, el fraude está determinado por la no correspondencia de la impresión del sello; para otros, se confunde con la conciencia de la no correspondencia de la aplicación; para otros terceros, es la impresión *indebida*, cualquiera que sea

la razón en que se origine ese carácter; no faltan quienes piensan en un fraude del tipo del estafatorio, requiriendo que la impresión ilícita se haga *con el fin de causar un perjuicio* o *de obtener un provecho*. En realidad nada se opone a considerar que aquí el fraude equivale a engaño; es el engaño que revierte sobre la autenticidad de la impresión del sello, autenticidad que no se da cuando el sello se ha impreso en circunstancias en que no debía hacérselo, ya porque la aposición se realiza sobre *cosas* en las que legalmente no podía realizársela, ya porque la ha hecho quien no debía hacerla; en otras palabras, cuando la impresión carece en sí de autenticidad, porque no puede otorgarla para el acto u objeto de que se trate, ni puede ser otorgarda por quien lo usa sin las facultades para imprimirlo con autenticidad, se abre el camino de la tipicidad.

La interpretación distinta de la que hemos expuesto proviene, en gran medida, de considerar la norma como creadora de un delito perfectamente autónomo, cuando en realidad la conducta no es sólo la de imprimir fraudulentamente el sello verdadero, sino la de hacerlo *en los casos* del mismo art. 288 y de los artículos siguientes, en cuanto sean compatibles con la conducta de imprimir el sello. O sea, la función del tipo es, concretamente, la de equiparar la impresión del sello falsificado a la impresión fraudulenta del sello verdadero en los supuestos del art. 288, inc. 2°, y del art. 289, incs. 1° y 2°, lo cual puede hacerlo quien tiene el uso legítimo del sello, como quien carece de esa facultad.

Lo que importa, naturalmente, es que queda fuera de esta punibilidad quien imprime fraudulentamente el sello verdadero, en objetos que no son los mencionados por aquellas normas. El que, sin tener el uso legítimo del sello, lo imprime en un documento que legalmente debe llevarlo, no cometerá el delito, pero no porque no haya usado fraudulentamente el sello (contra: Núñez), sino porque lo hace sobre un objeto atípico. También importa que si el sello se usa fraudulentamente en un documento falso, la conducta quedará incursa en la falsedad documental que corresponda, pero no en este particular ilícito: no hay aquí concurso de delitos (como pretende Soler).

§ 2252. *Elementos del delito. Remisión.* – De conformidad con lo precedentemente expuesto, los restantes elementos del delito, su consumación, posibilidades de tentativa y culpabilidad, se constituyen con las características de los distintos delitos de remisión, jun-

tándose, en la última, el conocimiento del carácter del sello y la voluntad de imprimirlo fraudulentamente. Por supuesto que la punibilidad será la propia de cada uno de los tipos de remisión.

II. FALSIFICACIÓN DE MARCAS Y CONTRASEÑAS

§ 2253. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 289, inc. 1°, del Cód. Penal (según ley 24.721) reprime con prisión de seis meses a tres años, a quien "falsificare marcas, contraseñas, o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados".

Prácticamente se prevén dos tipos distintos: el de falsificar los objetos típicos y el de aplicarlos indebidamente; lo que ambos tienen en común es el carácter de los objetos y la finalidad protectora que, tutelando la autenticidad de ellos o de sus imposiciones, protege el normal desenvolvimiento del tráfico comercial.

§ 2254. *OBJETOS.* – Los objetos comunes son las *marcas, contraseñas o firmas*, o sea, las grafías, señales o dibujos que se utilizan para distinguir una cosa determinada. Pero no cualquiera de ellas será objeto típico, sino las oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar un objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido. Oficialmente usadas son las marcas, contraseñas o firmas que utiliza un funcionario público competente con aquellas finalidades, sea que su configuración esté reglamentariamente determinada. Legalmente requeridas son las que la ley obliga en ciertos casos a los particulares a colocar con dichas finalidades.

Esas finalidades también estructuran la tipicidad del objeto del delito; éste tiene que ser utilizado para contrastar pesas o medidas, es decir, para dar fe de la exactitud de los instrumentos que se emplean para pesar o medir (fidelidad de una balanza, de una pesa o de una medida); para identificar una cosa, para distinguirla de otras de la misma especie; certificar su calidad y la especie o proporción de sus componentes u otras particularidades en orden a su eficiente utilización; o su cantidad, peso o número de unidades; contenido, o sea, las sustancias que se encuentran en un continente cerrado.

No es la *marca de fábrica* el objeto típico (ella está protegida por leyes especiales), que indica una determinada procedencia de la

cosa, tutelando la propiedad industrial, pero sin cumplir las finalidades expuestas de garantizar las características del objeto en el tráfico; como tampoco quedan comprendidas las marcas, contraseñas o firmas que acreditan el pago o el cumplimiento de un determinado acto jurídico, cuyas falsificaciones están comprendidas por el artículo anterior o constituirán falsedades documentales.

§ 2255. *Acciones típicas.* – Las acciones típicas que se pueden llevar a cabo con relación a los objetos descriptos son las de *falsificar* y *aplicar*. La *falsificación* es, por supuesto, la imitación del signo verdadero sobre la cosa que hay que contrastar, individualizar o certificar. Lo que demuestra que la *aplicación* sólo cabe con relación a la del signo verdadero cuando se la realiza sobre *objetos distintos de aquellos a los que debe ser aplicado* según el uso oficial o la disposición legal, aunque lo realice quien está autorizado a emplear el signo. También queda comprendida –según art. 288– la imposición del signo verdadero en el objeto en que se debía colocar, por parte de la persona no autorizada a hacerlo; trátase de una impresión fraudulenta del *sello* verdadero.

§ 2256. *Consumación.* – Estos hechos se consuman con las respectivas acciones, sin que se requieran ulteriores resultados. Por lo menos la acción de falsificar admite tentativa.

§ 2257. *Confluencia de figuras.* – Cuando la falsificación o la aplicación ilícita de la marca, contraseña o firma, se emplea como procedimiento defraudatorio, la estafa consumada –o su tentativa– opera en concurso real con el delito que consideramos, puesto que se trata de dos hechos distintos.

§ 2258. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter de la marca, contraseña o firma en cuanto a su utilización legal y la voluntad de falsificarlas o aplicarlas indebidamente.

III. Falsificación de billetes de empresas públicas de transporte

§ 2259. *El texto legal.* – La misma pena impone el art. 289, inc. 2°, del Cód. Penal (según ley 24.721), al que "falsificare billetes de empresas públicas de transporte".

§ 2260. *Acción típica.* – También aquí la acción es la de *falsificar*, es decir, imitar el objeto verdadero, aunque la doctrina también considera comprendidas las adulteraciones que transformen el billete en otro distinto del que es en realidad (p.ej., extendiendo el punto de destino o aumentando el valor).

§ 2261. *Objetos.* – Son los billetes de las empresas públicas de transporte. Por billete se entiende aquí toda constancia gráfica que autoriza a viajar o a transportar equipaje en un viaje personal o a acceder a los lugares de partida del transporte, cualquiera que sea la forma adoptada (boletos, bonos, contraseñas, etc.), nominados o innominados. La ley no distingue el medio de transporte, con lo cual cualquiera queda abarcado (terrestre, naval o aéreo). Pero los billetes tienen que ser de *empresas públicas*, es decir, las que pertenecen en propiedad al Estado o son administradas por él o por entes públicos descentralizados. Los billetes de empresas privadas, aunque estén destinadas al servicio público, no están cubiertos por el tipo (contra: Fontán Balestra); su falsificación sólo se castiga a través de las falsedades documentales y de los correspondientes delitos contra la propiedad si con ellos se defrauda a las empresas.

Cuando el billete se forma con la aposición de un sello, si ésta ha sido una impresión fraudulenta del sello verdadero, se dará la acción típica de conformidad con lo dispuesto por la parte final del art. 288.

§ 2262. *Consumación.* – Este delito se consuma con la falsificación del billete, sin que se requiera ningún otro resultado o actividad ulterior. Si el propio falsificador utiliza el billete para defraudar a la empresa, la estafa concurrirá realmente con la falsificación. Admite tentativa.

§ 2263. *Culpabilidad.* – El dolo se forma con el conocimiento del carácter del objeto y de la empresa de transporte y la voluntad de falsificarlo.

IV. Falsificación de numeración individualizadora

§ 2264. *El texto legal.* – La misma pena que en los casos anteriores impone el art. 289, inc. 3°, del Cód. Penal (según la ley

24.721), a quien "falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrado de acuerdo con la ley".

§ 2265. *Acciones típicas.* – La acción se amplía, no se trata de *falsificar*, según el sentido precedentemente expuesto, sino también de *alterar*, cambiar total o parcialmente, y *suprimir*, o sea hacer desaparecer totalmente. La supresión parcial, en el caso, constituiría una alteración.

§ 2266. *Objetos.* – Es la *numeración individualizadora de un objeto, registrada de acuerdo con la ley.* Son los casos en que la ley o el reglamento exigen o admiten la individualización de determinadas cosas por medio de cifras que permiten distinguirlas de otras semejantes. El Estado otorga autenticidad a esa individualización por medio de la registración oficial de las cifras en documentos de naturaleza pública. Tiene que tratarse del signo registrado oficialmente, es decir, observando la forma dispuesta por la ley para su registro. No quedan comprendidos, por tanto, los que sólo funcionan en la esfera interna de empresas.

El objeto individualizado puede ser de cualquier especie; hasta puede tratarse de documentos que no queden comprendidos en el art. 292 y ss. (p.ej., un documento de archivo histórico).

Han quedado comprendidos aquí los actos de falsificación, alteración o supresión de numeraciones individualizadoras de automotores, legislados anteriormente en ley especial (art. 33 y ss., decr. ley 6582/58), cuyas disposiciones fueron derogadas por la ley 24.721, a saber: adulteración o modificación de la numeración estampada en el motor o chasis o en la placa individualizadora; reemplazo de ésta (art. 33, decr. ley 6582/58) y estampado ilegítimo en el motor o en el chasis de la numeración individualizadora (art. 35, inc. 2°, decr. ley 6582/58).

§ 2267. *Consumación y tentativa.* – El hecho se consuma con la falsificación, alteración o supresión, sin que sea necesario otro resultado. Es admisible la tentativa.

§ 2268. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter individualizador de la numeración y de su registración oficial y la voluntad de falsificarla, alterarla o suprimirla.

V. FALSIFICACIÓN DE IMPRESIONES INDIVIDUALIZADORAS EN ARMAS

§ 2269. *DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN.* – Por el art. 289 *bis* del Cód. Penal, según las leyes 13.945 y 21.338, derogado por la ley 23.077, que lo reincorporó como inc. 4° del art. 298, derogado por la ley 24.721, se penalizaba "el que falsificare, alterare o suprimiere la numeración, marcas o contraseñas, colocadas por la autoridad competente en las armas y demás materiales ofensivos calificados por ley y el que con conocimiento del hecho hiciere uso o tuviere en su poder dichas armas o materiales en tales condiciones".

§ 2270. *FALSIFICACIÓN.* – En su momento, las acciones previstas eran las siguientes: falsificar, alterar o suprimir. Lo que cambiaba era el objeto sobre las cuales recaían, puesto que se referían no sólo a las *numeraciones*, sino también a las *marcas* y *contraseñas colocadas por la autoridad competente*; es decir, tales especies de referencias sobre la procedencia, propiedad, etc., de las cosa, impresa o adosada a ella por disposición de la autoridad competente, ya que el acto material de la impresión o adosamiento (p.ej., con chapas) puede realizarlo un particular cumpliendo la orden de la autoridad. El acto de impresión o adosamiento podía o no estar previsto por la ley; era suficiente con que la autoridad que lo ordenara fuese competente para hacerlo. Pero no se trataba de las inscripciones que únicamente acreditaren la fábrica de procedencia o las pruebas de la calidad del arma (sus falsificaciones pueden ser un medio estafatorio), sino de las que servían para la individualización fehaciente del arma o material y, en su caso, para determinar la pertenencia de ellos a determinada persona o entidad (p.ej., impresión del escudo en las armas pertenecientes a las fuerzas armadas o policiales).

Los objetos cuyas numeraciones, marcas o contraseñas tenían que falsificarse, alterarse o suprimirse, eran las armas y demás materiales ofensivos calificados por la ley; es decir, aquellos objetos a los que la ley les asignaba, explícita o implícitamente (p.ej., regulando su portación, uso, etc.), las características de tales o las designaba con ese carácter (de armas o materiales ofensivos), cualquiera que sea la especie de ellos (hasta quedarían comprendidas las armas blan-

cas si, p.ej., la autoridad dispusiera su registración); el tipo no distingue lo más mínimo y remite a la ley respectiva sobre la materia.

§ 2271. *Consumación. Culpabilidad.* – Se consumaba del mismo modo que los delitos que hemos visto anteriormente y también admitía tentativa.

El dolo exige el conocimiento de la calidad del objeto y del destino individualizador oficial de la numeración, marca o contraseña y la voluntad de falsificarlas, alterarlas o suprimirlas. La especificidad de los objetos hacía poco probable la posibilidad de dolo eventual.

§ 2272. *Uso o tenencia de armas y materiales ofensivos con impresiones falsificadas.* – Se punía la acción de *tener* en su poder por parte del agente, por cualquier título, aun precario o a nombre de terceros (p.ej., para el transporte) o *utilizar* de acuerdo con sus fines específicos (p.ej., emplear el material ofensivo) o hasta pasivamente (p.ej., portando el arma), los objetos típicos cuyas contraseñas, marcas o numeraciones hayan sido falsificadas, alteradas o suprimidas por un tercero (las acciones, realizadas por el mismo agente de la falsificación, alteración o supresión no multiplicarían la delictuosidad).

La característica saliente del tipo eran las notas cognoscitivas que exigía la culpabilidad típica, ya que era imprescindible el conocimiento de las acciones realizadas sobre el objeto y la naturaleza de él (p.ej., quien tiene una pieza de obús porque cree estar en presencia de una obra de arte contemporáneo, no actúa con el dolo típico); en este sentido ni la duda, ni menos aún el deber de saber, eran suficientes: el conocimiento debía darse con certidumbre.

VI. Restauración de sellos, timbres, marcas y contraseñas inutilizados

§ 2273. *El texto legal.* – El art. 290, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con prisión de quince días a un año, al que "hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición".

§ 2274. *Acciones típicas.* – Cuando la impresión de un sello, un timbre, marca o contraseña ha sido utilizada (p.ej., cuando la utilización representa el pago de valores) o cuando se ha decidido inutilizarlos por cualquier otra razón, para que no se los haga servir nuevamente, o porque se los va a destinar a finalidades distintas de aquellas para las que se los había expedido (p.ej., contraseña que se ha decidido sacar de circulación), generalmente se le coloca un signo determinado que en forma expresa (la impresión de un sello sobre los timbres) o implícitamente (la escritura en el papel sellado) demuestra su utilización o su inutilización, para que no se los vuelva a utilizar o no se lo haga con la finalidad anulada. Y la acción típica consiste aquí en *hacer desaparecer ese signo* o, en otras palabras, *restaurarlos* para poder utilizarlos o para utilizarlos nuevamente si es que ya se los ha utilizado (p.ej., borrar el sello de inutilización o lo escrito en el papel sellado).

Por ello, quiere decir que cuando la acción no importa la remoción de ese signo, sino la alteración de la propia impresión del sello, timbre, marca o contraseña, aun con aquellas finalidades (p. ej., modificar el año impreso en el timbre para poder utilizarlo el año siguiente), saldremos de esta figura para colocarnos en las de los arts. 288 ó 289.

Hay que señalar que aunque la finalidad de la utilización del objeto restaurado no sea un requisito subjetivo imprescindible del tipo, el particular modo de protección del bien jurídico amenazado por el delito demuestra que lo que se trata de evitar es, precisamente, esa utilización, por lo cual la doctrina reclama que el removimiento del signo se realice en condiciones tales, que sirva para engañar respecto de la inutilización (*expendibilidad* de lo restaurado).

§ 2275. *Consumación y tentativa.* – El hecho se consuma con la remoción del signo inutilizador, siendo indiferente la efectiva utilización del sello, timbre, etc.; si esta última se da, la eventual estafa cometida concurrirá realmente con este delito (p.ej., cuando se utiliza nuevamente el papel sellado en una actuación distinta de aquella en la que ya se lo había utilizado). Es admisible la tentativa.

§ 2276. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter del objeto y del signo que se remueve. El error sobre cual-

quiera de estas circunstancias (p.ej., creer que el signo no es tal), puede eliminar la culpabilidad. La voluntad debe dirigir la acción a la eliminación del signo inutilizador. Sólo es admisible el dolo directo.

VII. USO Y TRÁFICO DE SELLOS, TIMBRES, MARCAS Y CONTRASEÑAS INUTILIZADOS

§ 2277. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 290, párr. 2°, castiga con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) a quien "a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados".

§ 2278. *ACCIONES TÍPICAS.* – Son las de *usar* o *hacer usar* por otro para el destino legal de los objetos, o *poner en venta* los sellos, timbres, marcas y contraseñas cuyos signos de inutilización se han removido; las conductas realizadas sobre sellos, timbres, etc., inutilizados, pero cuyos signos de inutilización no han sido removidos, quedan fuera de la tipicidad, aunque eventualmente puedan constituir delitos contra la propiedad, porque, aunque la ley califica de *inutilizados* los objetos de aquéllos, la referencia al tipo anterior (*estos*) indica que los objetos son los inutilizados, pero cuyos signos de inutilización han sido removidos.

La remoción del signo de inutilización debe haber sido realizada por un tercero; si es el mismo autor de la remoción quien utiliza el objeto, lo hace usar o lo pone en venta, la delictuosidad no se multiplica y la pena sigue siendo la prevista en el art. 290, párr. 1°, sin perjuicio de los delitos contra la propiedad que pueda cometer con aquellas acciones y que operarán en concurso real.

§ 2279. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Las acciones tienen que ser realizadas *a sabiendas* de que el sello, timbre, marca o contraseña han sido restaurados mediante la remoción del signo inutilizador; ese conocimiento –que requiere certeza– debe darse en el momento de la acción. No empece, pues, a la tipicidad, la circunstancia de que el agente haya recibido el objeto de buena fe, si al observar las conductas típicas ya había alcanzado aquel conocimiento.

§ 2280. *Consumación.* – El hecho se consuma con el uso (por el propio agente o por el tercero a quien él hace que lo use, y que puede o no ser su cómplice) del sello, timbre, marca o contraseña restaurados, según el destino que tengan ellos. Aunque ya vimos que este delito puede concurrir con los que se perpetren contra la propiedad, cuando estos últimos estén constituidos exclusivamente por el perjuicio que se cause a la Administración al no pagar el derecho o tasa correspondiente; como ése es un resultado en principio inseparable del hecho del uso del objeto, la respectiva defraudación contra aquélla quedaría desplazada por el delito que examinamos. La acción de poner en venta no implica necesariamente la de vender, como lo hemos visto en otros delitos, por lo que aquí, si la venta se produce engañosamente, la estafa concurriría con el tipo del art. 290, párr. 2°. Difícilmente puede concebirse la tentativa.

§ 2281. *Culpabilidad.* – El requisito subjetivo contenido en el tipo requiere, como condición indefectible de la culpabilidad, el dolo directo.

VIII. Punibilidad de los funcionarios públicos

2282. *El texto legal.* – El art. 291 del Cód. Penal dispone que "cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena".

§ 2283. *Presupuesto de aplicación de la punibilidad especial.* – Para que se dé la aplicación de la inhabilitación absoluta, juntamente con la pena típica de cada delito, no basta la calidad funcional del autor; es necesario que éste *abuse* del cargo que ostenta, es decir, que se valga de él para cometer el delito.

Pero no es indispensable que se trate de un cargo en el cual la función otorgue competencia para manejar los objetos; puede ser un cargo extraño a esa competencia que haya proporcionado al autor la ocasión facilitadora para cometer el delito (p.ej., el agente de policía

que estando en situación de custodia de una partida de timbres ilícitamente restaurados que han sido secuestrados, se apodera de una parte de ellos y los pone en venta).

CAPÍTULO III

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL

§ 2284. *UN CONCEPTO "PENAL" DE DOCUMENTO.* – Tradicionalmente, la doctrina afirmaba que el *documento* a que se refieren estos delitos es el determinado como tal por la ley civil; el documento falsificable con efectos de punibilidad es el que reúne los requisitos previstos por dicha ley, el que es tal según ella (Gómez); la ley penal no adopta un significado vulgar del término, sino uno técnico, a cuyo respecto tampoco es constitutiva, sino que remite al ordenamiento jurídico civil. Los documentos como objetos materiales de los delitos de falsedades documentales son, pues, los *instrumentos públicos* o *privados* reglamentados por los arts. 973 a 1036 del Cód. Civil; el documento que no cumple con sus exigencias, no constituirá aquel objeto.

Los desarrollos más actuales de la doctrina penal argentina van demostrando un apartamiento de las limitaciones de la ley civil cada vez más acentuado, procurando mayor latitud al concepto *penal* de documento, en el que, si bien se integra el grueso de los requisitos civiles, algunos de ellos se dejan de lado.

Tal doctrina plantea el problema de especificar de qué pautas se tiene que partir para llegar a un concepto *penal* de documento válido en los delitos de falsedades documentales. Aparentemente la ley penal otorgaría esa categoría a "todo objeto material, con sentido, que contenga, aunque sea en apariencia, una relación jurídica o una exposición de actos o hechos, y que pueda atribuirse a una acción humana con tal designio" (Baigún - Tozzini); la amplitud de la categorización puede mostrarse como excesiva en relación con el dogma de nuestra ley penal y es, por tanto, ilustrativa de la necesidad de restringirla para concretar el concepto de documento en el art. 292 y ss. del Cód. Penal.

Advirtiéndose que en la ley "cada especie de documento tiene un relieve penal particular y único conforme al bien jurídico tutelado", se llega a la conclusión de que el "concepto de documento penalmente significativo estará dado sobre todo por el contenido de dicho bien jurídico, y su posibilidad de ser puesto en peligro sólo por determinado tipo de documento" (Baigún - Tozzini). Aunque no se pretenda ver en ello una afirmación inexacta, es necesario hacerla funcionar con cuidado.

Ahora bien, de esa misma conceptualización deducimos que peca de insuficiencia la reducción de los documentos que pueden ser objetos materiales de los delitos a los considerados tales por la ley civil. El Estado, en función legislativa, puede dar nacimiento a diversos especímenes de *documentos*, asignándoles recaudos formales suscitadores de confianza, pero distintos de los requeridos por la ley civil. Si, por ejemplo, la ley (en el amplio sentido de ley material y dentro de la competencia del órgano que la emite) otorga función de acreditación del cumplimiento de un acto que crea o extingue una relación jurídica al impreso mediante un sello, ¿qué posibilidad existe de negarle a ella calidad de documento en la consideración del art. 292 del Cód. Penal, aunque no posea las formas impuestas por la ley civil para los que considera documentos? Véase aquí cómo la presencia del bien jurídico funciona en la integración interpretativa, pero mediante la previa asunción de la objetividad jurídica de lo que es documento.

Resumiendo: como criterio general puede sostenerse que, en cuanto objeto material de los delitos que trataremos a continuación, es documento todo el que, con significación de constancia atinente a una relación jurídica, observa las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del hecho o acto que le da vida, modifica o extingue.

§ 2285. *El documento como "escrito".* – Apoyándose en las conceptualizaciones civiles de lo que es documento, sin dejar de lado alguna expresión ilustrativa de tipos específicos (p.ej., el del art. 295, Cód. Penal), se concluye que documento "es toda atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica" (Soler). Según esto, la nota característica del documento es el contener palabras que exponen el pensamiento de un sujeto con significancia (o efectos) jurídica; do-

cumento es, por tanto, el que está formado por la palabra escrita. No cualquier cosa con poder representativo lo sería, aunque tuviera la significación de la palabra si ésta no está escrita, sin que no interese cuál sea el material sobre el que se haya vertido la escritura (no tiene que ser necesariamente un papel) ni cuál sea el método empleado para poner por escrito la palabra (p.ej., puede tratarse de un documento compuesto por caracteres ideográficos). Según esta doctrina, si bien el documento puede contener signos de autenticidad autónomos respecto de la palabra escrita (como, v.gr., los sellos), la falsificación de tales signos sólo penetra en el campo de las falsedades documentales, en cuanto sirven para indicar la autenticidad de un documento formado por la palabra escrita (falsificar un sello impreso en un papel en blanco puede constituir otro delito, pero distinto de los aquí estudiados).

Requiérese, pues, en coincidencia con las exigencias de la ley civil, que el documento, como objeto de las falsedades documentales, contenga "una forma de *idioma*: que lo que se puede decir mediante la *palabra* sea dicho bajo forma de escritura" (Laje Anaya); que en el documento tenga que venir significada la palabra parece indudable, ya que ese documento tiene que expresar pensamientos, pero que la palabra tenga siempre que estar representada por los signos idiomáticos que equivalen a ella es algo más discutible.

Si, como hemos visto, el concepto penalmente válido de documento no paga tributo exclusivamente al de la ley civil, y si afirmamos que el ordenamiento jurídico puede crear otras especies de documentos a los cuales otorga valor de acreditación, no será descaminado observar que "no es el medio técnico, por sí mismo, lo que otorga a su producto la significación jurídica que pide el documento" (Baigún - Tozzini). Principalmente, según ya se adelantó, tenemos que descartar la idea de que deje de ser documento el compuesto de signos que, sin pertenecer a los alfabetos corrientes, equivalen igualmente a las palabras (y nos hemos referido a los caracteres ideográficos).

Dentro de los signos representativos de las palabras podríamos ubicar, sin mayor esfuerzo, las codificaciones de computación, que permiten *reproducir* las palabras y, en tanto el derecho llegue a aceptar esos medios como procedimientos formalmente valiosos de acreditación, no podríamos negarles carácter de *documentos* falsificables.

Pero, aun más, podría ocurrir que se den instrumentos que sin estar compuestos por los giros idiomáticos correspondientes a las palabras, *revelen un acontecer* o una voluntad por medio de otros signos expresivos, como pueden ser los números en secuencias determinadas (p.ej., facturas compuestas por cifras de codificación preestablecidas y cantidades, exclusivamente).

Por supuesto que –debe insistirse– en estos casos, la decisión sobre el carácter de documento penalmente falsificable dependerá de su inclusión en el ordenamiento normativo como instrumentación merecedora de fe. El requisito de que el documento sea algo escrito excluye, por supuesto, de esa categoría a las grabaciones fonoeléctricas, aunque hayan sido realizadas con intervención de funcionarios de fe pública, y aun cuando eventualmente se decida aceptarlas como *pruebas* (cuestión muy conflictiva todavía, como se sabe). Su adulteración podrá ser medio de otros delitos en ese caso (contra la administración de justicia, contra la propiedad), pero no será una falsificación documental.

§ 2286. *"TENOR" DEL DOCUMENTO.* – El documento, para ser objeto de falsificación, tiene que contener un *tenor*, esto es, la expresión del pensamiento de alguien; lo cual importa la exigencia de que ese pensamiento esté realmente *expresado* en él; por consiguiente, el dislate escrito, carente de significación, no es documento que sea objeto de falsificaciones documentales, aunque puede serlo de otros delitos, como, por ejemplo, contra la administración de justicia. Importa, además, la exigencia de que por el documento mismo sea posible determinar la pertenencia a un sujeto del pensamiento expresado en él; así, los escritos realizados por medios mecánicos, sin firma o sin referencia a los sujetos que por él se expresan, carentes de otros signos que indiquen tal pertenencia, también pueden ser objeto de distintos delitos al ser modificados ilegítimamente, pero no de falsedades documentales. En resumen, el necesario *tenor* del documento se conforma juntamente con la significación (representatividad) del documento y su asignación a una persona determinada.

Se ha negado carácter de documento al que está expresado de manera *ininteligible* (Laje Anaya). La afirmación tiene que ser precisada dentro de ciertas limitaciones. Dijimos que, en esta materia, por confianza pública o colectiva no debe entenderse la *confianza*

del público, sino la que, originada en las características del documento, puede nacer en cualquier persona que se encuentre en la misma situación que aquella a quien el documento afectaría, de prestarle erróneamente esa confianza; la inteligibilidad del documento se mide con idénticas pautas; por ejemplo, un documento escrito empleando claves –por tanto, no inteligible para todos– es un documento para los conocedores de la clave, que pueden leer su significación y, aunque no fuese un instrumento civil, nada obstaría para que el ordenamiento jurídico le adjudicase dicho carácter, pero se debe reconocer que se trata de un planteo sólo *de lege ferenda*.

Pero cuando se reitera que el contenido documental tiene que ser una expresión de voluntad, en esa terminología se comprende toda expresión de pensamiento como propia manifestación de voluntad o como atestación de verdad sobre la ocurrencia de un acto o de un hecho.

§ 2287. *Individualización del sujeto que origina el documento. El requisito de la firma.* – Siendo el documento la expresión del pensamiento de alguien, y siendo imprescindible que ese alguien tenga determinada calidad para producirlo con repercusiones jurídicas, ya por la función pública que desempeña, ya por el carácter en que interviene en la relación jurídica de la que el documento da cuenta, entiéndese que es requisito esencial la individualización de su otorgante a partir del mismo documento que, desde ese punto de vista, tiene que ser autosuficiente.

Pero la cuestión que en este tema se plantea es si para llegar a tal individualización se requiere, imprescindiblemente, la firma manuscrita del otorgante (o su imitación). Tal exigencia es mayoritaria en la docrina argentina (Soler, Gómez, Herrera), que exceptúa de ella únicamente los supuestos en que no la requiere la ley. Esta doctrina sobre la forma imperiosa de la individualización del otorgante se abona en los requisitos documentarios de la ley civil (Blasco Fernández de Moreda); para ella, claro está, no son documentos los impresos que no llevan la firma del otorgante, aunque éste sea notorio, ni aquellos en los que la individualización se hace posible por la actividad de cualquier tercero que no sea el otorgante (aposición de un sello facsímil de la firma), etcétera.

Sin embargo, la restricción no había convencido a todos. En su momento, Moreno exponía que la firma era *generalmente* exigi-

da, con lo cual no descartaba la existencia de *documentos* que no la presentasen.

Como ocurre en la doctrina, la tesis jurisprudencial que se puede indicar como mayoritaria exige la firma como presupuesto de individualización, negando característica de documento (falsificable) a toda constancia o atestación que carezca de ella, como una factura confeccionada sin la firma. Por esa vía también se ha rechazado la asignación del carácter de documento falsificable al instrumento de naturaleza privada que, en vez de presentar la firma del otorgante, llevaba su impresión dígito-pulgar, o a los que en vez de mostrar la firma manuscrita, lo hacen con la impresión de sello facsímil de ella; la negativa se funda en la invocación de las disposiciones de la ley civil. No obstante, es dable aclarar que, con referencia al supuesto enunciado en último término, la uniformidad de los fallos es muy relativa.

Parece difícil que se pueda dar una respuesta unitaria. Ella dependerá de la naturaleza del documento, su destino y, en cuanto tal, de la reglamentación que le sea aplicable. No existirá duda alguna de que un documento que se invoque para hacer valer los efectos de una relación civil, para modificarla o para extinguirla, será tal si observa los requisitos formales de su reglamentación; si en él no existe la firma manuscrita o la firma *a ruego* (verdadera o falsa), no podrá considerárselo *documento* que sea objeto de los delitos de falsedades documentales. Pero aplicando una distinta reglamentación, la solución podrá ser diferente, si ella no requiere la firma del otorgante para que cumpla su finalidad de acreditación; por ejemplo, si las reglas sobre tarifas públicas dan por acreditado su pago con la impresión del sello fechador de un banco privado (siempre que no se esté en los supuestos del Cap. II del Tít. XI del Código Penal), no se ve cómo negar que con ello se ha impuesto el reconocimiento de un verdadero documento que, como tal, puede ser falsificado.

El mismo art. 292 del Cód. Penal introduce en los tipos de falsificación como objetos, documentos que no son propiamente *civiles* y cuyas formas dependen de una reglamentación particular (como ocurre, p.ej., con las cédulas de identidad); cuando dicha reglamentación no exija la firma manuscrita del funcionario otorgante y *dé fe* a la impresión del sello facsímil de ella, será muy complejo argumentar para negar que se trata de un documento. Por consiguiente,

si bien el documento mismo debe posibilitar la individualización de su otorgante, no siempre la firma manuscrita (verdadera o imitada) será el medio jurídicamente exigible para que se lleve a cabo esa determinación: lo será cuando la ley (en sentido amplio) así lo indique, como ocurre en las hipótesis de documentos *civiles*, pero no en otras.

§ 2288. *Documento falso atribuido a persona inexistente.* La circunstancia de que el documento, como objeto material de los delitos a tratar, reclame la individualización del sujeto que concreta su tenor, no coloca fuera del cuadro de aquéllos, los casos en que el sujeto individualizable del tenor falsificado no sea persona existente, sino ficticia; aun puede ocurrir que la falsedad se reduzca a esa sola atribución mentirosa. La jurisprudencia no ha dejado de adscribirse a tal doctrina, incluso en los casos en que la falsedad es insertada en una previa relación con contenido de mentira.

Pero la doctrina argentina se ha pronunciado mayoritariamente en contra de esta solución, invocando que el documento atribuido a persona inexistente "no puede tener efectividad jurídica contra nadie"; otra cosa –se dice– "es que se lo use como procedimiento defraudatorio" (Núñez). Sin embargo, esta opinión sólo tendrá algún asidero si los delitos de falsificación únicamente pudiesen recaer sobre documentos que producen sus efectos en virtud de la ley civil, cuando, en realidad, lo hacen también sobre otras distintas especies; piénsese, por ejemplo, si corresponderá aplicar esa tesis en el caso de falsificación de una cédula de identidad falsa en la que la firma del funcionario se asigna a persona inexistente.

§ 2289. *Actualidad de la significación jurídica del documento. Sus efectos.* – El documento, para serlo típicamente en estos delitos, debe tener una significación jurídica actual, o sea, tiene que producir o ser capaz de producir efectos jurídicos, ya por constituir la prueba de un acto ocurrido y por medio del cual se hayan extinguido obligaciones, facultades, etc., ya por expresar la voluntad del sujeto otorgante de obligarse en el futuro, o crear derechos u otorgar facultades a otro sujeto. Todos tienen que ser efectos jurídicos actuales, de los que alguien puede prevalerse para reclamar algo o ejercer la defensa de un interés. No son, por lo tanto, documentos en el sentido de los tipos, los que sólo tienen un valor histórico (Soler).

Ha sido unánime la doctrina en torno al pensamiento de que únicamente es documento falsificable el que está destinado a producir algún efecto jurídico como prueba de un hecho (Gómez) o de la expresión de una determinada voluntad con relevancia jurídica (Valotta). Ese destino probatorio del documento se ha presentado como indispensable para que se lo considere objeto de estos delitos (Valotta) y, en principio, se ha considerado que tal exigencia se infiere del requisito típico de la posibilidad de perjuicio determinada por la conducta falsaria, aunque las reformas introducidas últimamente hayan cambiado algunos conceptos sobre ella.

Por supuesto que no se trata, necesariamente, de un destino probatorio prefigurado legal o reglamentariamente para el documento de que se trate: un documento meramente dispositivo queda comprendido, aunque su finalidad principal no sea la de constituir prueba, si bien, en las ulterioridades del curso de la relación podrá ser empleado para cubrir esa función. De lo que se trata es que sea un documento *con el cual se pueda probar*, que *da fe* de algo, refiriéndolo o refiriéndose a ello como lo que efectivamente existió o pasó, y que puede ser el contenido de una invocación con efectos jurídicos, aunque no se lo haya formado para probar (como puede ser el recibo que prueba el pago), sino para relatar (v.gr., lo que aconteció en presencia de un funcionario público); mientras se lo pueda invocar como prueba con efectos jurídicos, será un documento falsificable.

En estos últimos tiempos se ha venido a colocar en entredicho la importancia de la repercusión probatoria del documento en la construcción de las falsedades documentales, acentuándose la del carácter representativo de los hechos del hombre o la naturaleza (con significación jurídica) del documento, colocando en segundo plano "la consecuencia que casi inexorablemente acarrea" de constituir prueba de aquél (Baigún - Tozzini). Sin duda que por ese camino se puede llegar a ampliar considerablemente el elenco de los documentos falsificables. Si la *confianza* que se ataca mediante la falsificación gira en torno del documento como representativo del hecho ocurrido, ella consistirá en que se lo pueda mirar como *prueba* de lo pasado: la falsificación, en definitiva, cumple la tarea de allegar una prueba mentirosa. Por otro lado, no debemos perder de vista que las mismas exigencias de tipicidad toman en cuenta la repercusión probatoria del documento como núcleo de lo ilegítimo de la actividad; así pasa en el art. 293, cuyo tipo no puede ser cons-

truido sin la referencia a la consecuencia probatoria del documento, con lo cual ésta pasa a desempeñar un papel principal.

De lo expuesto precedentemente se ha deducido que la función probatoria del documento puede serle atribuida en su mismo nacimiento o insertársela con posterioridad, acudiendo a la virtualidad que posee su representatividad para acreditar lo pasado. La cuestión que ahora tenemos que tratar es cuál puede ser el objetivo propio de dicha prueba, para ver si su consideración puede llegar a imponer limitaciones a la calidad de *documento falsificable*; en otras palabras, se trata de ver si cualquier contenido le otorga ese carácter o el mismo lo obtiene por determinados contenidos.

Recorriendo los trazados de la doctrina y los ejemplos de los fallos, encontramos la designación de los más variados contenidos de documentos falsificables; se contabilizan en la categoría los que contienen manifestaciones de voluntad, atestaciones de verdad, expresiones genéricas de pensamientos, referencias a hechos, declaraciones, disposiciones, convenios, etcétera. Pero, como también vimos, es exigencia común que esos contenidos produzcan o puedan producir *efectos jurídicos*; para que eso sea posible el documento debe estar destinado a *suministrar la prueba de un hecho generador* de tales efectos, ya sea porque es útil para fundar o favorecer una pretensión, da cuenta de un hecho con consecuencias de ese orden, reconoce, modifica o extingue derechos u obligaciones o suscita una relación jurídica cualquiera. De esta enumeración ejemplificativa se infiere que el objeto de la prueba de los documentos falsificables no los reduce a los que son instrumentación de actos jurídicos propiamente dichos (art. 944, Cód. Civil); y recorriendo los tipos del capítulo notaremos que hay muchas menciones de documentos que no cumplen dicha función instrumental, sino que asumen la acreditación de las más variadas circunstancias: la identidad de las personas, su estado, etcétera. Pero en todos y cada uno de esos documentos nos encontramos con respuestas jurídicas que provienen del significado de su representatividad; todos son documentos que prueban hechos productores de efectos jurídicos, aunque muchos de ellos no creen, ni extingan ni modifiquen relaciones jurídicas de trascendencia obligacional o real.

Queda por contestar el interrogante de si cualquier documento que asuma una determinada trascendencia jurídica, puede ser objeto de estos delitos, o sólo lo será el que, por su propia naturaleza, lleve

en sí la virtualidad de producir los efectos, aunque se necesiten circunstancias posteriores a su existencia en las cuales deba insertarse para producirlas. Si bien para la mayoría, la significación productora de efectos jurídicos debe estar ínsita en el documento mismo, para algunos basta con que su contenido pueda ser invocado como prueba de algo con cualquier repercusión; para éstos, por ejemplo, hasta la simple misiva expresiva de afectos o emociones será documento falsificable porque se la puede hacer valer como "prueba en juicio" (Gómez); para aquéllos, no teniendo la misiva una significación jurídica que produzca –por sí misma– los efectos jurídicos, no tiene carácter de documento respecto de los tipos del art. 292 y ss. del Cód. Penal (Varela).

En esta materia, la consideración del bien jurídico sirve de correctivo a la desmesurada extensión que podría adoptar, fundándose en la letra de la ley. Tengamos en cuenta que en cuanto a los efectos jurídicos de crear, modificar, extinguir derechos y obligaciones, ellos son los que producen el hecho mismo representado en el documento; por consiguiente, no cabe la consideración de hechos cuyos efectos se generan porque dependen de circunstancias extrañas a él pero a las que se une por una invocación probatoria coyuntural. No debe perderse de vista que no es documento el que en sí no tiene *juridicidad* (Carreras), es decir, que no es jurídicamente trascendente por ser adecuado al derecho o ser presentado como tal (en el caso del documento totalmente falso); el instrumento que es antijurídicamente ilícito (v.gr., el que contiene un pacto homicida), no puede ser documento a los fines de la protección penal; pero tampoco lo será el instrumento que, sin ser ilícito, carece, por sí, de trascendencia jurídica (como ocurre con la misiva amorosa), aunque uno y otro puedan hacerse valer como prueba en un proceso; ninguno de ellos, siendo falsos, puede vulnerar la confianza documentalmente suscitada; sus falsedades pueden originar un juicio incorrecto, pero no el que procede de la confianza en el contenido de fe jurídica de los documentos penalmente protegidos por el art. 292 y ss. del Cód. Penal.

Los documentos falsificables son, por tanto, los que por sí mismos entrañan o pueden entrañar efectos jurídicos, por representar hechos o actos con esa significación, no los que pueden producirlos por el juicio de personas determinadas al margen de la consistencia jurídica del hecho o acto representado, pues en esos casos la false-

dad no ataca el bien jurídico tal como está considerado en el Capítulo III del Título XII que tratamos.

§ 2290. *DOCUMENTO E INSTRUMENTO.* – Si pensamos que la expresión *instrumento* hace referencia a la forma como está *instrumentado* el documento o, en todo caso, al modo de representar el hecho pasado, pueden establecerse diferencias entre ambos vocablos, pero en materia de falsedades documentales corrientemente se los emplea como sinónimos. La disputa sobre la intelección de ellos aparece, sin embargo, reiterada y muchas veces alcanza cierto grado de confusión.

La ley penal, como hemos visto, entiende aquí el documento como instrumentación de algo, como representación de ese algo; con esta idea es difícil plantearnos una distinción conceptual entre lo que es documento y lo que es instrumento que, superando la mera especificación verbal de la función documental, tenga influencia decisiva en el contenido de los tipos. Con la expresión *documento* se hace referencia a la materialidad jurídica del objeto; con la de *instrumento*, a la función jurídica de él, pero no a esencialidades diferentes o distinguibles. Tal afirmación también sería válida para la ley civil, para cuya demostración se invoca el art. 1192, párr. 2°, del Cód. Civil, advirtiéndose, además, que la doble mención ni siquiera obra limitando la eficacia documental a los *instrumentos* con virtualidad para dar nacimiento a relaciones jurídicas, la que se extiende a todo documento idóneo para acreditar algún hecho con incidencia en tales relaciones.

Pero no han faltado esfuerzos dirigidos a establecer distinciones. Dentro de ellos habitualmente se asigna a la expresión *instrumento* un "significado especial más restringido" que al de documento, "como que es una especie de éste" (Varela). Pero tal doctrina abreva en diferencias provenientes de legislaciones que no son similares a la nuestra. Y no parece que una tal distinción, practicada en ámbito tan restringido como es el de género-especie, alcance influencia dogmática decisiva en el tratamiento de los tipos.

Sin embargo, esta opinión tiene contradictores. Para Baigún y Tozzini, "a nadie puede escapar la importancia de esta especial naturaleza (del instrumento como especie de documento) cuando se trate de determinar, en situaciones límites, la previa calidad de *documento*", ya que "no requerir previamente la discriminación entre

género y especie significaría entrar a considerar directamente la posible acción de falsificación sobre una de las dos especies, sin advertir que puede tratarse de una actividad ejercida sobre un no documento", vinculando a "este error... la formulación extensiva del tipo, en el sentido de que en el ámbito de la fe pública todos los que no son instrumentos públicos tienen la categórica de instrumentos privados, con total abstracción del bien jurídico". El peligro señalado puede ser real, pero él se cierne a raíz de las falencias en el empleo del bien jurídico protegido como correctivo del tipo literal, no por la aceptación de la sinonimia, y sin considerar que la especie siempre significa un *plus* de caracterización respecto del género, nunca un *minus*. En todo caso lo que sí se puede decir sin temor a proponer restricciones discutibles, y en cuanto la afirmación procede directamente del modo de protección del bien jurídico, es que no será *documento* cuya falsificación penetre en la órbita de punibilidad del art. 292 y ss. del Cód. Penal, el que no *instrumente*, es decir, el que carezca de categoría de representatividad, con lo cual la expresión documento no deja de exponer la misma idea que puede exhibir la de instrumento. Distinta cosa es que, por imperio de la normatividad de nuestro ordenamiento jurídico, algunos de los documentos-instrumentos no puedan salir de las categorías que se enuncian taxativamente en ciertas leyes.

Claro está que la inserción de ambos vocablos en el art. 292 del Cód. Penal, ha hecho surgir tesis de variada índole, como es la que restringe los documentos privados a los que instrumentan actos de esa naturaleza, según los términos del art. 944 del Cód. Civil. También algunos se han servido de ella para restringir la comprensión de documento falsificable a los previstos por la ley civil; cuando el art. 292 menciona los instrumentos públicos y los instrumentos privados para asignar penas a su falsificación, reduce el objeto del delito a los *documentos* que pueden encuadrarse en el art. 974 y ss. del Cód. Civil, doctrina ésta que ya hemos debatido y negado.

I. FALSEDAD MATERIAL

§ 2291. *MODALIDADES DE LA PROTECCIÓN.* – Como su denominación lo indica, esta falsedad recae sobre la materialidad del documento, sobre sus signos de autenticidad, incluidos los que forman

su contenido, ya sea que se los imite, creándolos o que se los modifique, alterando los verdaderos. Ataca, pues, la verdad con el menoscabo de la autenticidad del documento.

El art. 292 del Cód. Penal, que la prevé, consta de una figura básica en su párr. 1°, con distintas penas según que la falsificación recaiga sobre documentos públicos o sobre documentos privados, y de figuras especiales en sus párrs. 2° y 3° (agregados al texto original del Código por leyes 20.642 y 21.766), que se caracterizan por la índole de los documentos falsificados, las que se han considerado figuras agravadas porque se les asigna mayor pena.

A) Figura básica

§ 2292. *El texto legal.* – El párr. 1° del art. 292 del Cód. Penal, reprime al "que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero de modo que pueda resultar perjuicio", con "reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado".

§ 2293. *El objeto material. Enunciaciones legales.* – Contiene el tipo tres menciones del objeto material del delito: al describirse la acción típica se habla de *documento* y al designarse las penas, de *instrumentos públicos* y de *instrumentos privados*. Puesto que esta última designación no puede menos que referirse a aquella acción, hemos concluido en que la ley, al mentar *instrumentos*, no ha querido decir nada distinto de *documento*.

§ 2294. *Documentos públicos.* – La distinción de la ley entre documentos cuya instrumentación tiene los efectos de públicos y aquellos que poseen los efectos de privados, sólo se refleja, como se dijo, en la medida de la pena, sin otra trascendencia típica.

El carácter público del documento viene determinado por la esfera en que se produce y por el sujeto u órgano del cual emana su formación (Varela), sea que éste actúe en función de creador del tenor completo del documento (p.ej., una sentencia), sea que lo haga en función de otorgador de autenticidad (como los fedatarios: escribanos, secretarios judiciales); a ello tiene que unirse –en lo que atañe a la validez del documento para producir sus efectos– la obser-

vancia de las formalidades legalmente prescriptas para que esté dotado de la autenticidad *oficial* que los presenta como veraces con una presunción *iuris tantum*, que permite oponerlos *erga omnes*, mientras la prueba no destruya esa presunción. En el concepto quedan comprendidos, pues, los instrumentos taxativamente enunciados por el art. 979 del Cód. Civil, y todos los que otorgan o refrendan funcionarios públicos o quienes desempeñan *oficios públicos* (v.gr., escribanos de registro), dentro de las esferas de sus competencias, cumpliendo las formalidades legales o reglamentarias que los indican como auténticos, a los que el orden jurídico otorga aquel efecto. Este concepto amplio lo ha deducido la doctrina del inc. 2° del art. 979 citado (Soler).

A ese concepto se llegó tras una no muy sosegada evolución, por medio de un intenso debate sobre cuál tiene que ser el *quid* de la atribución del carácter público a un documento.

Las distintas apreciaciones de nuestra doctrina han sido clasificadas de esta manera: *a*) restricción del concepto de documento público a los enunciados en el art. 979 del Cód. Civil; *b*) ampliación del concepto a cualquier documento "que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado", entendiéndose por *ley* la que surge de un significado material, es decir, "toda disposición jurídica dictada por autoridad competente", y *c*) dentro de esta opinión, que supera los límites de la enunciación del art. 979 citado, una corriente, invocando esa misma normatividad, restringe el concepto de la *ley*, mencionado por su inc. 2°, a la ley en sentido formal.

Una muy actual corriente de la doctrina argentina, a partir de la distinción entre documento e instrumento, considera que si bien el concepto del primero es "un concepto no definido ni recogido categorialmente de modo uniforme por los distintos dispositivos legales" –por lo cual puede elaborarlo la dogmática penal "sin temor a las contradicciones con el sistema de valores de los bienes jurídicos"–, el concepto de instrumento público viene atado al sistema legal; por tanto, es instrumento público el que "surge expresamente en el derecho civil (no penal) como objeto jurídico"; en otras palabras, instrumentos públicos son los que "con las debidas formalidades legales, autorizan los oficiales públicos o quienes, sin serlo, se hallan legitimados por el derecho vigente para actuar como tales" (Baigún - Tozzini).

La significación del vocablo *ley* del inc. 2° del art. 979 del Cód. Civil, normalmente ha sido ampliada hasta comprender a la ley en sentido material, y no vemos todavía razones para variar esa interpretación, ya que la protección del bien jurídico *fe pública* –tal como lo entendemos– no impone la necesidad de restringirla. Reiteramos, pues, nuestra participación en la tesis amplia.

A continuación veremos algunos supuestos en que el objeto material de los delitos de falsedades materiales ha suscitado debates, o cuando menos, planteado dudas.

a) *Copias y testimonios. Microrreproducción.* Las copias y testimonios de los documentos públicos, en cuanto presenten las características de autenticidad legalmente requeridas, se consideran documentos públicos, sea por analogía con dichos documentos, a veces impuesta por la misma ley (certificaciones de existencia de los documentos), sea porque su función acreditante, es decir, el contenido de fe pública, lo cumple la copia autenticada con la misma eficacia que el documento original. Pero la copia simple de los documentos públicos, es decir, aquella a la que no se le han agregado los signos de autenticidad legalmente requeridos, no es objeto material del delito.

En la situación de copias simples están las archivadas por el sistema de microrreproducción, salvo las que pertenecen a entidades que cuentan con leyes específicas que les otorgan valor de documento público. En este último caso, la falsificación –por cualquier medio– del microfilme es una falsificación de documentos.

b) *Conversión de documento privado en documento público.* Encontramos en la jurisprudencia una extensión del concepto de documento público *por transformación.* Desde hace bastante tiempo se viene sosteniendo que la adulteración del documento privado que está incorporado a una actuación oficial constituye falsificación de documento público, porque si bien "el hecho que un escrito o documento esté destinado a ser presentado ante la autoridad judicial no lo convierte en instrumento público", al ser "falsificado con posterioridad a su incorporación al proceso, puede configurar el delito de falsificación de instrumento público, porque la totalidad del expediente lo constituye".

La solución no es convincente, ya que importa una aguda confusión entre la prueba procesal y la prueba del documento en cuanto

portador de la fe pública y suscitador de la confianza que en tal carácter implica.

Diferente es que lo falsificado sea el acta judicial por medio de la cual el documento privado ha sido introducido en el proceso, o la constancia del actuario que da fe en las actuaciones del contenido del documento presentado, pues en ambos casos se tratará de *actuaciones judiciales* que son documentos públicos, según el inc. 4° del art. 979 del Cód. Civil.

Por lo tanto, quien adultera el mismo documento privado, ya ingresado en el proceso (p.ej., el reservado en secretaría o agregado en el expediente), si no es el caso del delito previsto por el art. 255, cometerá una falsificación de documento privado, sin perjuicio de su concurrencia con delitos de otro signo (contra la administración de justicia, contra la propiedad).

c) *Documentos caracterizados como públicos por la entidad de la cual emanan. Constancias de depósitos bancarios.* En principio, no por las circunstancias de proceder el documento de un ente o una institución oficial u originarse en una repartición de la Administración pública, adquiere ya carácter de documento público. Muchos de los documentos así nacidos, sea por no poseer los signos legales de autenticidad, sea por haberse otorgado a propósito de relaciones que no tienen sustancialidad pública, carecerán de aquel carácter.

Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme, sino que más bien parece opinar lo contrario. Así lo ha resuelto, por ejemplo, con respecto a las llamadas boletas de depósitos bancarios, entre las que distingue: constituirán documentos públicos "siempre y cuando se trate de documentos expedidos por bancos oficiales", pero serán documentos privados "si el banco receptor del depósito es privado".

d) *Documentos públicos extranjeros.* Se ha dicho que no interesa mayormente el lugar de otorgamiento del documento público, ya que el extendido en el extranjero puede tener valor en la República, de conformidad con los arts. 12 y 14 del Cód. Civil. Tal solución es corroborada por la jurisprudencia. La cuestión se ha planteado sobre todo con relación a los pasaportes, aunque a su respecto presenta particularidades que veremos más adelante.

§ 2295. *Documentos privados.* – Si fuésemos a resumir la doctrina más común, podríamos decir que *documento privado* es

todo el que, sin presentar las características precedentemente consignadas, manifiesta un tenor asignable a un sujeto determinado, con efectos jurídicos. Trataríase, pues, de un concepto residual: todo documento al que no pueda asignársele categoría de público, sería privado. A esta conceptualización residual se ha seguido acudiendo hasta ahora. Sin embargo, es un tanto difícil conformarse con ella, ya que si se toma con poco cuidado puede ampliar indebidamente el tipo, haciendo ingresar en él objetos que no son documentalmente portadores de fe pública. De ahí que muchos prefieran acudir a una conceptualización más propiamente autónoma, sobre la base de descripciones obtenidas de la ley civil y, normalmente, insistiendo en la ausencia de una intervención estatal de fe pública cumplida por funcionario especialmente encargado de ella y de formas solemnes observables obligatoriamente para hacerlos portadores de dicha fe: "son aquellos que las partes otorgan por sí solas, sin intervención de ningún oficial público" y para los que "no hay forma alguna especial" (art. 1020, Cód. Civil), pudiendo las partes formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes (Oderigo); "son todos aquellos que contienen una declaración con eficacia jurídica, extendidos por los distintos sujetos de derecho (persona física, ideal o jurídica) sin sujeción a forma determinada que les confiera autenticidad" (Cafure de Batistelli); es "toda aseveración escrita... atribuible a alguien y que sirva de prueba de hechos o relaciones jurídicas" (Marcopulos).

Insistiendo en la mayor amplitud del concepto penal de instrumento privado respecto del civil, se indica que aquél no es sólo el que instrumenta los actos previstos en el art. 944 del Cód. Civil (es decir, los "actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos"), sino también el que instrumente, por su parte, "todos los hechos y actos en cuya virtud comienzan o terminan las relaciones de derecho de cualquier índole" (Valotta, Hermelo).

Ya que en la materia no tenemos andariveles legales estrictamente ciertos por los que transitar, dada la libertad que en ella se permite a los otorgantes, se suscita el problema de tratar de delimitar el ámbito de cuáles instrumentaciones pueden formularse en un documento que sea susceptible de recepcionar la acción típica del art. 292 del Cód. Penal.

Con razón se nos pone en guardia contra el peligro de ampliar indebidamente el tipo hasta hacerle comprender los *no documentos*, o sea, meras constancias que no tienen ningún contenido instrumental. Aquí sí, por tanto, el carácter de documento privado falsificable puede determinarse atendiendo al bien jurídico protegido.

Cuando dicho bien jurídico se reduce a la *fe-confianza* pública asignada a objetos que tienen que ser reconocidos por todos como *instrumentaciones veraces de un acto o de un hecho, es decir,* como pruebas oponibles *erga omnes* o, en otras palabras, "oponibles a terceros indeterminados" (Baigún - Tozzini), el documento privado *falsificable* no puede traspasar los límites de los que, por circunstancias especiales, adquieren ese grado de oponibilidad; por lo tanto, únicamente serían capaces de lesionar la fe pública los reconocidos judicialmente o declarados como reconocidos judicialmente (art. 1026, Cód. Civil), y los que tengan fecha cierta (art. 1035, Cód. Civil).

Pero si pensamos en el bien jurídico protegido como la fe debida, no sólo por un número indeterminado de personas a raíz de la oponibilidad *erga omnes* del documento, sino también por la confianza que a las mismas partes de la eventual relación inspira aquél por sus características, y determinamos la nota de *pública* de la fe debida no exclusivamente por la indeterminación de los sujetos en virtud de la extensión de la oponibilidad, sino también por la confianza que, en razón de sus caracteres jurídicos, puede suscitar el documento a cualquier persona que se encuentre en la misma situación que el sujeto pasivo, llegaremos a la conclusión de que, si bien no todos los documentos catalogados como privados por la conceptualización residual antes vista, ni exclusivamente los *civiles* pueden ser objeto del delito de falsificación, tampoco pueden reducirse a las dos categorías escuetas de la doctrina limitacionista.

Vimos que es casi un lugar común atribuir el carácter de documento público a todo el que procede de la intervención de un *funcionario público o de quien cumple una función de fe pública.* Apuntamos también que este criterio puede ser inexacto; vale la pena insistir en su aclaración.

La circunstancia de que el documento público sea el que la ley indica como tal, asignándole efectos propios en cuanto a la extensión de su oponibilidad e imponiéndole requisitos formales solem-

nes, o sea, jurídicamente ineludibles para que tenga esa entidad, nos indica que aunque el documento provenga de un encargado representante de la función pública –así sea ésta la específica de fedatario–, no será documento público si carece de las formas solemnes, ni lo será el que no quepa en las categorías legalmente predeterminadas.

Con referencia a lo primero, no será documento público el que, pretendiendo pertenecer a una de dichas categorías, haya sido extendido por autoridad –aun fedataria– incompetente, o lo haya sido por la competente, pero con defecto de las formas jurídicamente requeridas. Sin embargo, tales documentos valen como documentos privados para las partes otorgantes (art. 987, Cód. Civil) y, por ende, sus falsificaciones serán penadas en la medida dispuesta para ellos.

Pero hay otros documentos, en los que intervienen funcionarios o fedatarios, que *originariamente* son documentos privados y no por su transformación a causa de sus defectos de formación. Comúnmente se trata de actos privados (p.ej., contratos), en los que la intervención de aquellas personas persigue el objetivo de otorgar certeza a la identidad de los otorgantes, como sería la simple autentificación de firmas realizada por escribano de registro no extendida en escritura pública autónoma, aunque esa actividad sea específicamente requerida por la ley para asentar el acto en un documento público con posterioridad, como ocurre con los contratos de transferencia de propiedad de automotores.

§ 2296. *Acción típica.* – La acción típica de la falsificación material es, según la descripción legal, la de *hacer en todo* o *en parte un documento falso* o *adulterar uno verdadero*, de modo que *pueda resultar perjuicio*. En el hacer, como veremos, se da un procedimiento de imitación que concreta la falsedad al procurar hacer pasar como auténticamente verdadero lo que no lo es; en el adulterar –sin dejar de lado la imitación–, se da la alteración de lo verdadero para transformarlo en lo no verdadero.

La falsificación puede constituir una imitación total (hacer en todo) o parcial (hacer en parte); puede sostenerse que, en conjunto, la conducta descripta por la ley como la de *hacer un documento*, se refiere a la de imitar sus signos de autenticidad (escritura, firmas, sellos, etcétera). En estas imitaciones hay siempre una *creación*; se forma algo que no existía, sea partiendo de la nada (creación total),

sea partiendo de una objetividad existente a la que se agrega una creación (creación parcial).

También abarca la imitación de lo inexistente, es decir, la presentación como verdadero de un documento que no *copia* uno verdadero, sino que se ha formado para exhibirlo mentirosamente como verdadero. En resumidas cuentas, en el art. 292, el concepto de imitación se extiende a toda creación falsa, aunque no constituya la copia de lo verdadero preexistente; tanto *hace* un documento falso quien copia introduciendo modificaciones deformantes del documento verdadero que existe, como el que crea el documento presentando como verdadero al que nunca existió. Dentro de tales extremos se da la actividad imitativa de *hacer un documento*.

En esas conceptualizaciones, la imitación se exhibe como un procedimiento que tiende a una resonancia psíquica sobre determinados sujetos, que se traduce en un error sobre el carácter auténticamente verdadero del documento que se les presenta como tal. Por consiguiente, para que se dé el tipo, hemos de pensar, como mínimo, en la posibilidad de éxito del engaño que procura la conducta. Según esto, la imitación tiene que ser idónea para hacer aparecer como verdadero el documento falso.

La apariencia de lo verdadero, configuradora del documento falso por el procedimiento de imitación, no necesita *ser perfecta*. El grado de idoneidad de la imitación no se mide con un criterio propiamente material (p.ej., requerir la imitación copiativa de la letra de aquel a quien se atribuye el tenor), sino en los términos de la *apariencia de genuinidad*, es suficiente que los rasgos objetivos del documento falso y la coherencia de su contenido lo hagan aparecer como genuino, *según los cánones de la experiencia*. Estaremos al margen del tipo cuando lo burdo de su exterioridad o la incoherencia de su contenido, resten a la pretendida imitación toda posibilidad engañosa para cualquier sujeto; si sólo la tiene para uno determinado en razón de sus circunstancias o calidades, estaremos en presencia de otros delitos de fraude, pero no de los de este capítulo.

De conformidad con lo adelantado, puede decirse que *hacer un documento en todo* es atribuir un texto a quien no lo ha otorgado, formar un documento falso en todos y cada uno de sus signos de autenticidad; como ya se dijo: crearlo de la nada.

Lo antedicho trata de una creación que no se apoya en un documento existente sobre el cual se inserte, pero nada obsta a que la

falsificación se refiera a un documento realmente existente que se imite en su totalidad, pero con deformaciones; tanto hace totalmente un documento falso el que lo *inventa*, como el que asume la imitación de un documento verdadero, deformando su tenor en el que resulta de aquélla.

La conducta de *hacer en parte* un documento falso es la de incluir en el documento verdadero manifestaciones que su otorgante no formuló, agregándolas a su texto.

La acción típica participa aquí de dos ideas básicas: la existencia de un documento auténticamente verdadero y la *agregación* a él de falsedades, de cualquier entidad que sean.

§ 2297. *La imitación parcial en los documentos "con blancos" y "en blanco".* – La idea de *agregación* expuesta nos remite a la de un procedimiento en que el agregado puede producirse en *interlineados* o aprovechando claros que hubiesen quedado en el documento por voluntad de quien lo extendió, sea que los espacios carezcan de finalidad específica (p.ej., un punto aparte), sea que se dejen para ser llenados posteriormente por alguien. Mas, a partir de aquí tenemos que distinguir.

En primer lugar: la firma *en blanco* no constituye documento que se pueda falsificar haciéndolo *parcialmente*, ya que no es tal el que no contiene tenor alguno de su otorgante; la firma en blanco que no refrenda un tenor no es objeto de los delitos de falsificación documental; quien *cree* un documento aprovechando esa firma, podrá cometer delitos de otro orden (v.gr., contra la Administración, o contra la propiedad, como estafa o, si la firma le ha sido confiada, la particular defraudación del art. 173, inc. 4°, Cód. Penal), pero no el del art. 292.

Las razones de atipicidad indicadas no se dan cuando se trate de documento que, conteniendo un tenor, presente espacios en blanco dejados expresamente para ser llenados por un tercero. Cuando ellos sean completados –en forma sustancialmente falsa– por quien no está autorizado para hacerlo, nada nos impide considerar que se trata de la confección parcial de un documento falso. La solución no es la misma si la falsa completividad ha sido realizada por el autorizado; entonces –si la falsedad tiene repercusión económica– el delito del art. 173, inc. 4°, desplaza al de falsificación, ya que es la falsedad misma la que constituye el *llenado abusivo* propio del

mencionado tipo; y, en otros casos habrá que considerar que quien está autorizado para *llenar*, completando el tenor con su propia manifestación de voluntad, puede *abusar*, pero nunca *falsear*.

§ 2298. *La adulteración.* – Significa la alteración de un documento verdadero. También importa adulterarlo incluir en él manifestaciones no formuladas por el otorgante, pero no *agregando*, como en el caso de la creación parcial, sino *sustituyendo* o *suprimiendo*. Por consiguiente, mientras *hace en parte* un documento falso quien transforma su tenor insertándole manifestaciones no formuladas que se suman a las formuladas, lo adultera el que sustituye las formuladas por otras distintas (borrando una palabra y sustituyéndola o no por otra, eliminando un signo de puntuación, incluyendo un número en una cifra, etcétera).

Ampliemos estas ideas. El concepto de adulterar, en cuanto conducta típica de falsificación documental, se construye a partir del requerimiento de que ella recaiga sobre un documento auténticamente verdadero, produciendo el efecto de variar su tenor o atribuyéndolo a persona distinta de quien lo ha expresado. Pero eso no basta todavía para distinguir, con nitidez, esa conducta de la de hacer parcialmente un documento falso y, entonces, se atiende a otras pautas para lograrlo.

La doctrina más actual se acerca con mejor precisión a la distinción, cuando señala que el hacer parcial siempre importa una creación que se viene a sumar a un texto existente, que cambia su sentido en virtud del agregado, sin que aquél sea deformado, en tanto que la adulteración siempre presupone una deformación del texto existente, en sí mismo, en su objetividad, con repercusión en su carga de sentido.

§ 2299. *Trascendencia objetiva de la acción.* – La tipicidad no se conforma con la mera realización de las conductas a que nos hemos referido precedentemente. Por un lado, el ataque al bien jurídico protegido reclama, imprescindiblemente, que aquélla importe la presentación de lo no verdadero como verdadero, de lo no real como real, mediante la atribución de un tenor que auténticamente no existió o del cambio del tenor que existió verdaderamente. Por otro lado, el mismo tipo introduce la exigencia de un resultado de peligro que tiene que producirse por la misma conducta falsificado-

ra, al expresar que ella se lleve a cabo *de modo que pueda resultar perjuicio*. Veremos, sin embargo, que lo uno viene imbricado en lo otro.

En la creación total de un documento falso nos encontraremos con la atribución de un tenor que no produjo el sujeto a quien se le atribuye (o que no produjo sujeto alguno). No habrá, pues, falsedad cuando no se haya dado esa atribución.

No hay necesidad de aclarar que la falsedad del tenor y de su atribución también tiene que estar presente en la falsa creación parcial y en la adulteración. Esas conductas deben producir el cambio del tenor que existía en el documento verdadero o del sentido de su atribución. Si dichas transformaciones (que al fin lo son de los efectos jurídicos del documento) no se han producido a causa de tales acciones, quedaremos fuera de las falsificaciones punibles, sin perjuicio de que el hecho penetre en otros planos delictivos.

§ 2300. *La posibilidad de perjuicio.* – Además de la trascendencia objetiva de la acción en el cambio de tenor o de su atribución, el tipo del art. 292 exige taxativamente que ella origine *posibilidad de perjuicio*.

Normalmente la misma falsedad –en especial cuando recae sobre documentos públicos– puede señalarse como un menoscabo de la fe pública, en cuanto se ha deformado el documento que la lleva, pero ese efecto no es típicamente suficiente; la ley exige que a esa eventual lesión *abstracta* se sume la concreta de la posibilidad de perjuicio de otros bienes jurídicos (distintos de la fe pública), que pueden ser de variada naturaleza: patrimonial, moral, política y deben pertenecer a un tercero, es decir, tienen que ser de titularidad de alguien que no sea el agente de la falsificación. Ese efecto tiene que provenir directamente de la falsificación, de lo que ella represente para la extinción o creación de derechos, facultades y cargas.

El perjuicio o su posibilidad que se presenta como característica común de cualquier delito, se particulariza, pues, en las falsedades documentales. En otras falsedades, aun de este mismo Título XII, como son las contempladas en los arts. 282 a 291, puede mirárselo como dato objetivo de la conducta misma, dada la forma como los objetos en ellos enunciados portan la fe pública. Pero en

las documentales lo expreso de su mención nos hace trascender de dicha conducta, y si bien esa mención se da en los arts. 292, 293 y 295, ya que estas figuras operan como *base* de otras (aunque no estén en relación de tipos básicos a derivados, como veremos), la exigencia se extiende a ellas.

La falsedad documental no se castiga por el mismo hecho de la falsedad, sino porque ella acarrea peligro para bienes jurídicos distintos de la fe pública. No siendo sencilla, la cuestión ha suscitado debates.

Para la doctrina tradicional, el tipo del art. 292 exigiría que la acción falsificadora vulnere o, por lo menos, ponga en peligro otro bien jurídico por medio del ataque que constituye contra la fe pública.

Esta conclusión se confirma considerando la noción de bien jurídico protegido como relación de disponibilidad; en otros títulos del Código Penal, el ataque a esa disponibilidad queda indicado en la descripción de la conducta típica (es ella misma la que lo configura); lo mismo ocurre en los capítulos anteriores de este Título XII, pero cambia con las falsedades documentales. No hay relación de disponibilidad que se agote en el documento en sí, sino que ella es la que ha nacido de la relación jurídica representada o referida en aquél.

Su sola falsificación no alcanza jerarquía penal si no logró, por lo menos, poner en peligro la relación de disponibilidad, representada por el documento, pero que reside en la relación jurídica que opera en distintas esferas de lo jurídico. No es admisible que la posibilidad de perjuicio se determine como entidad abstracta que venga a surgir de la simple pérdida de autenticidad y veracidad del documento.

El perjuicio o su peligro puede recaer sobre cualquier bien; no se restringen a los de carácter propiamente económico, ni siquiera a los de índole material, ni a los de naturaleza privada: se extienden a los inmateriales, a los públicos; hasta se mencionan como comprendidos la honra y los intereses políticos y los que puede tener el Estado en el cumplimiento de determinadas actividades o en la reglamentación para la concesión de ciertas habilitaciones.

Es, pues, indiferente quién sea el titular del bien que se perjudica o pone en peligro. Si, como vimos, alguna particular construc-

ción de la fe pública, como bien jurídico protegido, parecería requerir que necesariamente el peligro amenace a terceros extraños a la relación jurídica representada por el documento, los conceptos de los que hemos participado indican que ese peligro puede limitarse a los bienes de los sujetos de esa relación, aunque, por supuesto, no se restringen a ellos, sino que se extienden a los de terceros.

La expresión típica *de modo que pueda resultar perjuicio* significa que basta con que el perjuicio obre como *posibilidad*. Cuando él se concreta en daño, con mayor razón se da la característica de tipicidad, sin perjuicio de que pueda originarse otro delito que concurra –material o idealmente– con el de falsedad documental.

No se trata tanto de distinguir lo que es perjuicio real de lo que es perjuicio posible, sino de precisar este último concepto, ya que en él radica el límite mínimo de lo típico. En cumplimiento de ese menester se ha descripto correctamente el perjuicio potencial como el estado "causalmente apto para lesionar la fe pública en que se encuentra el instrumento con arreglo tanto a sus condiciones objetivas –forma y destino–, como a las que se derivan del contexto de la situación" (Baigún - Tozzini). Lo posible es lo que *puede ser*, no lo que *va a ser* si no cambian las relaciones de causalidad, porque esto último configura lo *probable*, y la ley no requiere la probabilidad de perjuicio, sino su simple posibilidad. La falsificación documental punible es ya la que pudo haber irrogado perjuicio; la que probablemente lo irrogue también es punible, pero no como límite mínimo del tipo.

Mas, como se advirtió, el hecho de que éste sólo se refiera a la posibilidad de perjuicio, no transforma el delito en uno de mera conducta, que se satisfaga con un peligro abstracto ínsito en la misma objetividad de aquélla. Tiene que tratarse de un peligro concreto, objetivamente constatable con autonomía, desprendido de esa conducta y, en cuanto tal, tiene que ser probado. No se trata del peligro que el mero *orden de normalidad* señala a la experiencia como admisible consecuencia de la conducta, sino del peligro que viene a sumar, a la conducta, la *situación* del documento por la incidencia que ese carácter tiene en las relaciones específicas en que se lo puede hacer valer o en que se lo hace valer. Este peligro no está en la falsificación *en sí* (sería, entonces, abstracto), sino que está representado por la funcionalidad y los efectos que el particular documento puede asumir en aquellas relaciones.

Por supuesto que una vez que el perjuicio existió como posibilidad, ya la tipicidad ha rodeado la conducta, sin que importe el hecho de que se haya impedido su concreción por causas extrañas a la causalidad tenida en cuenta para determinar dicha posibilidad y prevista por el agente.

La posibilidad de perjuicio tiene que provenir de la falsificación misma en lo que ella represente para la extinción o creación de derechos y facultades. Lo que en realidad significa la exigencia es que, midiéndose la posibilidad de perjuicio *ex ante*, no se puede injertar en la previsión del curso causal que la plantea, un factor extraño al documento mismo que aporte el *engaño* y se venga a sumar a su objetividad para que se lo tome como auténticamente verdadero. El curso causal del posible perjuicio tiene que integrarse sólo con la potencialidad que el mismo documento falso posea para engañar y, en consecuencia, poder perjudicar. Pero si esa potencialidad existe, la circunstancia de que el documento falso haya sido empleado para integrar un procedimiento engañoso más complejo, propio de otro delito distinto, no tiene el efecto de hacer desaparecer el de falsificación documental; si ella no puede existir mientras no sea integrada dentro del plexo de ese procedimiento engañoso y complejo, la falsedad documental sí queda desplazada como delito propio.

Queda claro que no se puede reconocer la posibilidad de perjuicio como propia de la falsedad documental, cuando el eventual perjuicio no pueda determinarse como procedente del carácter falso del documento, sino del error en que haya incurrido un sujeto pasivo al margen del documento falsificado (creer que tiene que pagar en virtud del documento que se le exhibe cuando éste representa una obligación inexigible, pues de su mismo contenido surge que estaría extinguida) o por la forma en que el documento le es presentado en la secuencia del particular ardid de que se trate (documento con borrones que se exhibe aprovechando la media luz de un local nocturno).

§ 2301. *Casos en que tiene que descartarse la potencialidad dañosa del documento falso.* – La potencialidad dañosa del documento falso tiene que descartarse, no sólo en aquellos casos en que el mismo documento no entraña posibilidad alguna de perjuicio por no implicar una detracción indebida de bienes de terceros, sino

también en aquellos en que la causalidad del perjuicio necesita del error de un sujeto que se tiene que sumar al que puede surgir de la simple creencia en la autenticidad verdadera del documento falso. Esto ya lo vimos en el parágrafo anterior. Expondremos ahora casos de propia imposibilidad de perjuicio.

La falsedad documental no puede irrogar perjuicio cuando el documento falso no hace más que instrumentar una situación jurídica realmente existente (p.ej., quien teniendo en su poder el documento auténticamente verdadero, presenta en juicio un documento falso que es copia fiel de aquél), o cuando el hecho en todo o en parte da como resultado un documento nulo, o cuando se adultera un documento que ya de por sí es nulo (distinto sería que sólo fuera anulable), o cuando han desaparecido las circunstancias en que el documento se podía hacer valer con efectos de obligación jurídica (*v.gr., documento que representa una obligación prescripta*). No está de más agregar que estas soluciones demuestran que lo protegido no es la fe pública en sí misma.

Tampoco se puede sostener que se da posibilidad de perjuicio irrogada por el mismo documento falsificado cuando éste no representa hechos con consecuencias jurídicas, sino meras constancias o datos requeridos con efectos procedimentales que no obligan a un sujeto pasivo, como puede ser un *presupuesto* de daños que se presenta a un tercero para que los pague y que éste puede corroborar y rechazar (sin mengua de que pueda tratarse de una acción defraudatoria).

§ 2302. *Preexistencia del perjuicio.* – De lo dicho al tratar de la *falsificación como origen del peligro*, se infiere que la potencialidad perjudicante del documento falsificado tiene que ser apreciada en perspectiva de futuro. Por lo tanto, si el perjuicio a un bien jurídico –que hubiese sido asignable al documento falso– está ya producido cuando se consuma la falsificación, será imposible pensar que el perjuicio proviene de ella. Pero no se trata de tal cosa cuando la posibilidad de perjuicio se configura, precisamente, en la imposibilidad de determinar la existencia misma del menoscabo de un bien jurídico, pues entonces ya no se procura, simplemente, ocultar un perjuicio producido, sino originarlo con la falsificación misma, evitando su corrección (sería, p.ej., el caso del administrador que, para rendir cuentas, adulterara los recibos de los gastos).

§ 2303. *Consumación.* – No es exactamente igual en todos los casos. Cuando recae sobre un documento público, el delito se consuma con la sola acción de creación total o parcial o con la adulteración, ya que con esos hechos surge la posibilidad de perjuicio. Pero cuando se trata de un documento privado, la consumación sólo se puede dar con su utilización, pues sólo con ella nace la posibilidad de perjuicio; implica utilización cualquier acto que coloque el documento en situación que lo haga valer o se lo pueda hacer valer según su finalidad (p.ej., tanto se dará consumación, cuando el documento se presenta en juicio, como cuando, antes de ese momento, se entrega al mandatario ignorante de la falsificación para que lo presente); la reserva del documento privado falsificado en la esfera privada del agente no constituye delito. Tal es el pensamiento tradicionalmente sostenido por nuestra doctrina, al que se adhiere la jurisprudencia.

Sin embargo, últimamente ha tenido cabida entre nosotros una doctrina que prácticamente unifica la consumación de la falsificación de los documentos públicos y de los privados por medio del *uso* (Baigún - Tozzini).

Esta doctrina se apoya en el particular concepto de bien jurídico protegido que ya hemos comentado, dentro del cual podría justificarse, pero carecería de base en otro distinto. Tampoco tiene presente que por la forma con que los documentos públicos portan la fe pública, respecto del bien protegido, están prácticamente a la misma distancia que los objetos de los delitos de los arts. 282 a 291, pero como su funcionamiento jurídico no es el mismo, se explica que el art. 292 introduzca en el tipo, también respecto de ellos, la posibilidad de perjuicio –después acotado en el art. 293 por la especificidad de la acción falsaria–.

Un documento privado porta la fe pública, reclamando confianza en sus signos, respecto de las personas sobre las cuales puede producir o por medio de las cuales va a producir sus efectos; a ellas está enderezado el engaño constituido en la errónea creencia de la autenticidad verdadera del documento. Pero, para que esa confianza penetre en la órbita de la realidad, no basta con la existencia del documento falso; es imprescindible que éste haya comenzado a funcionar, a manifestarse en la esfera de quienes pueden verse afectados por la relación jurídica que representa. Los terceros extraños no le deben ninguna confianza, ya que a ellos no los podrá afectar, como

tampoco podrá afectar a los interesados en la relación mientras no se hayan invocado los efectos.

En los documentos públicos, la situación es distinta: habiendo sido jurídicamente admitida su oponibilidad a cualquier tercero –aun a los extraños a la relación que representan–, el valor de sus efectos aparece con su misma existencia y, por tanto, desde entonces esos efectos aparecen, aunque no se los haya hecho valer mediante una invocación específica. Por ejemplo, no cabe duda alguna de que la falsificación de una sentencia judicial que condena, desde que se ha completado, ya ha puesto en peligro el bien jurídico libertad; sin ni siquiera pensar en que la sentencia se ejecute, es evidente que, *por su sola existencia*, puede perjudicar a quien pretenda alegar la prescripción de la acción de un delito anterior, antes de que un fiscal la invoque para oponerse a la petición.

§ 2304. *Tentativa.* – Es doctrina generalmente seguida, la que afirma la imposibilidad de tentativa punible en la falsificación de documentos privados, porque todo lo que está antes del uso, que ya importa consumación, sólo puede ser apreciado como acto preparatorio impune y, en general, ante cualquier especie de documento, porque *frente al delito imperfecto*, sería "imposible determinar si el documento que se intentaba falsificar hubiera tenido o no la idoneidad necesaria para originar un peligro real o potencial" (Gómez).

§ 2305. *Culpabilidad.* – Con referencia al contenido del dolo, ya indicamos que, en la faz cognoscitiva, no sólo se comprende el conocimiento de la falsedad en que se incurre, sino también el de la eventualidad de producción de perjuicio a causa de ella. La naturaleza de la falsedad como modo comisivo incompatibiliza el delito con un dolo que no sea el directo.

§ 2306. *Autoría.* – Autor puede ser cualquier persona. De las acciones de hacer parcialmente un documento falso o adulterar uno verdadero hasta puede serlo el propio otorgante del documento. Si fuese un documento público, podría ser autor hasta el mismo fedatario que haya intervenido en él.

La falsificación material realizada mediante la confección total del documento falso, no admite la autoría de quien aparece como otorgante del documento; del delito cometido por dicho procedi-

miento puede ser autor cualquiera menos el otorgante, ya que, en ese caso, el documento será perfectamente genuino, puesto que él expresará el tenor del otorgante, aunque ideológicamente sea falso si no expone la verdad, pero tal circunstancia no interesa al delito de que estamos tratando.

§ 2307. *Participación.* – Puede sostenerse, como principio general, que es posible la participación en cualquier grado, salvo cuando se la realice mediante la *utilización* del documento, pues en ese caso se daría la punibilidad autónoma del art. 296, de lo cual trataremos específicamente al comentar este delito.

B) Figuras especiales

§ 2308. *Textos legales.* – Dicen los párrs. 2° y 3° del art. 292: "Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento".

En tanto el párr. 1° del art. 292 proviene del texto original del Código Penal, el párr. 2° fue agregado por la ley 20.642 y el 3° por la ley 21.766, introduciendo figuras de falsedad material especializadas por el carácter de los objetos del delito, o sea de los documentos sobre los cuales recaen la falsificación y la repercusión que aquél asume en otros sectores de lo típico. Los certificados de partos y nacimientos fueron incorporados por la ley 24.410.

§ 2309. *Documentos de identidad.* – Los documentos *destinados a acreditar la identidad de las personas* son todos los que, en virtud de leyes nacionales o provinciales (en cuanto subsisten algunos documentos regulados por la legislación local), prueban la

identidad de las personas. La ley 21.766, con el fin de superar algunas interpretaciones contradictorias, incluyó expresamente entre los objetos típicos los documentos que, para acreditar la identidad de sus componentes, otorgaren las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad competente, las libretas cívicas, las de enrolamiento y los pasaportes.

§ 2310. *DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD Y CÉDULA DE IDENTIDAD.* – El documento nacional de identidad es el que expide el Registro Nacional de las Personas (leyes 17.671 y modificatorias) cuando el sujeto alcanza determinada edad, el cual expresamente se considera documento destinado a acreditar la identidad de las personas, por lo que ninguna duda cabe sobre su inclusión como objeto del delito.

Pero ese Registro otorga otros documentos de identidad, que tienen carácter provisional y que se dan para los sujetos que no han alcanzado aquella edad. Se ha considerado que están ellos excluidos de la figura especial, argumentándose que sólo están destinados a "determinados sectores de personas" (Carrera), como también que, aunque "se trata de documentos de identidad", no son "cédulas de identidad" (Laje Anaya). No son razones convincentes, puesto que la circunstancia de que esos documentos acrediten la identidad de un *sector* de la población no les quita su finalidad, y la afirmación de que no sean *cédulas de identidad* podrá entorpecer su inclusión en el párr. 3°, pero ello nada importa si en virtud de aquella finalidad están ya comprendidos en el párr. 2° del art. 292. Tales documentos, en cuanto lo son de identidad y pueden ser legalmente empleados para acreditar la de ciertas personas, están comprendidos en la figura especial.

Las *cédulas de identidad* son documentos de identificación otorgados por autoridades policiales, tanto federales cuanto locales (aunque no todas las provincias mantienen su vigencia); si bien en algún momento pudo dudarse sobre su inclusión entre los documentos destinados a acreditar la identidad, esa duda ha sido superada por la ley 21.766. Ha sido precisamente con referencia a estos documentos donde se ha planteado la cuestión, ya expuesta, sobre la firma con sello facsímil, puesto que un importante sector de la jurisprudencia negó el carácter de objeto material del delito de falsi-

ficación material a las cédulas que no tuviesen la firma manuscrita del funcionario interviniente.

§ 2311. *Cédulas de identidad extranjeras.* – En lo que atañe a las cédulas de identidad, se dan razones dogmáticas que autorizan a dejarlas fuera de los principios generales, ya que el texto de la ley menciona únicamente las *cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente*, referencia que hay que entender como hecha a la autoridad pública competente *según la ley argentina*. Las cédulas de identidad extranjeras no serían, pues, objeto de la figura especial, sin perjuicio de que su falsificación pueda ingresar en la figura básica, según aquellos principios generales.

§ 2312. *Pasaportes.* – Antes de la vigencia de la ley 21.776 los pasaportes se consideraban excluidos de la figura especial, pues, si bien tenían que ser otorgados por el Registro Nacional de las Personas (art. 61, ley 17.671), no estaban comprendidos "entre los documentos que tienen el valor de documento nacional de identidad y sirven a tales efectos" (Carrera), afirmación que podría ser correcta respecto de la acreditación de la identidad de los nacionales en el territorio de la República. La ley 21.766 los introdujo expresamente entre los objetos de la figura que comentamos.

Pero la cuestión que puede continuar siendo conflictiva es la concerniente a los pasaportes extendidos por autoridades extranjeras a los no nacionales. En primer lugar, no tenemos aquí ya la cortapisa impuesta por el tipo que veíamos al hablar de las cédulas de identidad; la ley enuncia los *pasaportes* sin referirlos a los otorgados por *autoridad pública competente*. En segundo lugar, es un hecho conocido que el extranjero prueba su identidad en la República con dicho documento. Parece, pues, que no se da obstáculo alguno para que proceda la aplicación de los principios generales expuestos al hablar de los documentos públicos extranjeros.

§ 2313. *Cédulas militares y de fuerzas de seguridad.* – Los documentos destinados a acreditar la identidad que se *dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias*, para ser tales tienen que corresponder a personas que, permanente o transitoriamente, integren los cuadros de esas fuerzas. Obviamente, no quedan comprendidos en la figura especial los do-

cumentos que sólo están destinados a acreditar el grado, la función o la calidad que se posee dentro de la fuerza, en cuanto no sumen a dicho destino la finalidad típica. Por ejemplo, la *cédula militar* que el soldado conscripto recibe y que sustituye a su documento de identidad que le es retenido mientras dura su incorporación, queda comprendida como objeto típico; pero no ocurre lo mismo con el llamado *carné policial*, que únicamente sirve para corroborar la pertenencia del portador a la fuerza policial, por lo cual su falsificación no excederá de las figuras básicas.

§ 2314. *El contenido de falsedad en los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas.* – La caracterización de los documentos enunciados como objetos de la figura especial trasciende al carácter mismo de la falsedad. Podría afirmarse que no cualquier falsedad introducida en ellos justificaría la aplicación de dicha figura, sino que deberá tratarse de la que tenga como resultado la mostración deformada de la identidad, ya porque se asigne a alguien la identidad de otro, o porque se le conceda una ficticia.

Pero el problema que aquí puede interesar es si constituye delito de falsificación material, según los párrs. 2° y 3° del art. 292, la que no tenga aquel destino; es decir, la que se limite a expresar en el documento la verdadera identidad de aquel a quien se asigna en concordancia con todos los datos requeridos (edad, sexo, etcétera). Según los principios generales, que siguen estas falsedades, mientras el documento no auténtico se limite a la representación de lo verdadero, no constituirá la falsificación documental punible del art. 292, sin perjuicio de que la conducta signifique infracción prevista por leyes especiales.

§ 2315. *Delitos referentes a la identidad de las personas contemplados en leyes especiales. Confluencia de figuras.* – Las leyes especiales que regulan la materia (ley 11.386, reemplazada por la ley 20.974) prevén y castigan una serie de delitos que se relacionan con los procedimientos de identificación, como son los de falsificación de los formularios en que se extienden los documentos de identidad (art. 33, inc. *a*, ley 20.974), la doble identificación (art. 34, ley 20.974), y la tenencia ilegal de documentos falsos (art. 33, inc. *b*, ley 20.974).

§ 2316. *Documentos relacionados con automotores.* – *Los documentos destinados a acreditar la titularidad del dominio* o *habilitación para circular de vehículos automotores* plantean un problema inicial que consiste en determinar a qué automotores se refiere el tipo. Es evidente que ante la indistinción de la ley, será menester incluir todo vehículo de transporte terrestre que circule impulsado por motores montados sobre su estructura, empleando energía producida o transformada por ellos de cualquier especie (gases, energía nuclear, eléctrica, etc.); quedarían excluidos los vehículos que se mueven por energía natural sin transformarse, aunque posean mecanismos multiplicadores (p.ej., triciclos movidos por energía eólica). Se nota, pues, que el concepto de automotores propio de la figura no coincide estrictamente con el que surgía de la enunciación del art. 5° del decr. ley 6582/58 (ley 14.467); por tanto, los documentos referidos a automotores que no estaban contemplados en dicha norma igualmente se comprendían dentro del tipo.

Sin embargo, en la doctrina se ha procurado reducir la aplicación de él a los documentos relativos a los automotores enunciados en el mencionado decreto ley, sosteniendo, al parecer, que jurídicamente sólo serían *automotores* los contenidos en esa enunciación (Núñez, Laje Anaya). La restricción nos pareció injustificada, ya que no surgía expresamente, de la ley penal y ha quedado superada por las nuevas contingencias legislativas.

Casi está de más agregar que las falsificaciones punibles por el art. 292, párr. 2°, son las que recaen sobre los documentos, no sobre otros elementos de identificación del automotor, cuya falsificación –desde la vigencia de la ley 23.077– se pune por la ley especial.

§ 2317. *Documentos que acreditan la titularidad del dominio.* – Son de dos órdenes –según la extensión que hemos otorgado a los objetos del delito–; los destinados a acreditar la titularidad del dominio de automotores comprendidos en el decreto ley mencionado y que expide el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y, en cuanto a los no comprendidos en sus disposiciones, los documentos que con igual finalidad pueden expedir otras autoridades competentes, según las leyes nacionales, provinciales, reglamentos u ordenanzas.

Como ocurre a propósito de los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, la caracterización del objeto aquí

tratado como *documentos destinados a acreditar la titularidad del dominio de los automotores* reduce la obra de falsificación típica a las constancias sobre dicha titularidad (en relación con las especificaciones del vehículo y la persona del titular), dejando fuera las constancias que, aunque integradas en la materialidad del título, nada tienen que ver con aquella titularidad (v.gr., los certificados de gravámenes), cuya falsificación no superará los límites de la figura básica.

§ 2318. *DOCUMENTOS QUE ACREDITAN LA HABILITACIÓN PARA CIRCULAR.* – En cuanto a los automotores incluidos en el decr. ley 6582/58 –que sigue vigente en sus aspectos no penales–, el documento destinado a acreditar la *habilitación para circular de vehículos automotores* es la llamada "cédula de identificación del automotor".

Las provincias y municipios, en ejercicio de las facultades de policía que les competen, pueden requerir distintas clases de documentación para habilitar la circulación de automotores no comprendidas en dicha disposición (respecto de los incluidos, lo impide taxativamente el art. 22, decr. ley 6582/58). Su falsificación también puede hacer responder al autor por la figura especial.

Pero en ella no se incluyen los documentos que habilitan para circular con automotores a determinadas personas (licencias de conductor), ni los destinados a probar que una persona tiene autorización para conducir un particular automotor (autorización del propietario a terceros para circular con su automotor); sus falsificaciones quedan, por consiguiente, reservadas para las figuras básicas.

Tampoco se incluyen en la figura especial las falsificaciones de los documentos que habilitan a circular al automotor para cumplir una determinada finalidad; tal puede ser la habilitación para circular como vehículo de pasajeros.

En cuanto a las denominadas *patentes*, si bien son documentos destinados básicamente a acreditar un pago de derechos, el art. 22 del decr. ley 6582/58 las incluye expresamente entre los documentos "exigibles para circular", por lo cual su falsificación está cubierta por el párr. 2° del art. 292.

§ 2319. *CULPABILIDAD.* – A ese carácter especial –no simplemente derivado– de los tipos que tratamos, podría corresponder una distinta configuración del aspecto subjetivo del delito, pero ésta es una afirmación que hay que examinar con cuidado; al menos procu-

rando no quebrar las adecuaciones imprescindibles con la culpabilidad del tipo básico.

Por ejemplo, se ha sostenido que estas figuras serían receptivas del dolo eventual, ya que, se dice, si bien se requiere en ellas que el agente proceda a sabiendas de que falsifica y actúe con voluntad de hacerlo, no sería necesario que obrara conociendo qué era lo que falsificaba, es decir, que falsificaba la particular categoría de documentos comprendidos en el tipo (Laje Anaya); según esto, ante la duda sobre la especie de documentos sobre el que recae su acción, sería suficiente que aceptase que podría incidir sobre alguno de aquéllos. Mas como en la conducta del falsario tiene que estar presente la naturaleza del engaño que se propone, y en este tipo el engaño reside en un específico contenido de verdad, no sería correcto construir el aspecto subjetivo del delito de modo distinto del que se informa en el art. 292, párr. 1º.

II. Falsedad ideológica

A) Figura básica

§ 2320. *Texto legal.* – Según el art. 293, párr. 1º, del Cód. Penal "será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio".

§ 2321. *Concepto de falsedad ideológica.* – Hemos visto cómo en la falsedad material se atacan los signos de autenticidad –dentro de los cuales se contabiliza la misma escritura–, variando de esa manera el tenor del documento verdadero o atribuyendo un tenor a quien no lo ha otorgado. La falsedad ideológica –que algunos también llaman *histórica*– recae exclusivamente sobre el contenido de representación del documento, sin que se modifiquen ni imiten para nada los signos de autenticidad. En ella nos encontramos con un documento cuya forma es *verdadera*, como lo son también sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas sobre hechos a cuya prueba está destinado; en él se hacen aparecer como verda-

deros –o reales–, hechos que no han ocurrido, o se hacen aparecer hechos que han ocurrido de un modo determinado, como si hubiesen ocurrido de otro diferente.

Es, pues, un primer presupuesto del documento ideológicamente falso, la *veracidad de su autenticidad* o *genuinidad*; esto es, tiene que tratarse de un documento auténtico con todos los signos que lo caracterizan como tal. Y es esa autenticidad lo que se aprovecha *para mentir*, para hacer que contenga declaraciones falsas, es decir, no verdaderas; el autor se sirve de los signos de autenticidad formalmente verdaderos para hacer pasar, como tales, hechos o actos relatados en el documento, pero que no lo son. En resumen, en el documento ideológicamente falsificado hay una forma auténtica y un contenido falso.

Esa falsedad sólo es concebible cuando el falsario tiene la obligación de decir la verdad; cuando jurídicamente ella sea inexigible estaremos fuera de la punibilidad del art. 293; la falsedad ideológica presupone en el agente la obligación jurídica de decir la verdad sobre la existencia histórica de un acto o hecho y sus modalidades circunstanciales, en cuanto sean ellas productoras de efectos previstos por el derecho.

Estas características ontológicas de la falsedad nos explicarán el porqué de la especialidad del tipo correspondiente como *forma* de falsedad documental. Pero su consideración también condujo a no pocos tratadistas a negar su autonomía como razón de ser de punibilidad. Fue ésta una tesis de Carrara, la que, sin embargo, no ha sido siempre correctamente interpretada. Lo que *no dijo* este autor es que la falsedad ideológica no fuera delito; lo que dijo es que ella no se podía castigar como falsedad documental, sino encuadrándola en otros títulos, porque únicamente era idónea para violar la fe privada, no la fe pública. Dogmáticamente no se trata de cuestión propia de nuestro derecho (dada la taxatividad del art. 293, Cód. Penal).

§ 2322. *Documentos sobre los que puede recaer.* – En principio, la falsedad ideológica sólo es posible en los documentos públicos, ya que son los únicos dotados de fe pública respecto de los hechos en ellos referidos como ocurridos ante el fedatario y, por tanto, oponibles *erga omnes*, a diferencia de los documentos privados, que sólo son oponibles a las partes que los han suscripto (o a determinados sucesores); por lo cual una falsedad ideológica en és-

tos no puede tener otros efectos perjudicantes que los que las partes hayan querido o admitido (mintiendo en el documento privado que hubiesen otorgado), en tanto que el eventual perjuicio que puede proceder de una falsedad ideológica en instrumento público, puede extenderse a terceros que nada hayan tenido que ver con el documento, atacando de ese particular modo la fe pública.

§ 2323. *Acciones típicas.* – Del tipo anterior prácticamente lo único que queda en pie es el resultado de la falsedad. Las dos conductas previstas por el art. 293 no se corresponden con las de hacer en parte o en todo un documento falso del art. 292, puesto que el *hacer* refiere a la materialidad del documento y el *insertar* a la falsedad de la representación que se introduce en un documento cuya materialidad no se afectó para nada.

§ 2324. *La conducta de insertar.* – De acuerdo con las enunciaciones del art. 293, es típica la conducta de quien *inserta en un documento declaraciones falsas*, o sea, que incluye en él declaraciones que no son verdaderas, según los conceptos precedentemente expuestos. Como más adelante ampliaremos, únicamente puede *insertar* en el documento quien lo extiende y, puesto que se trata de documentos públicos, sólo puede ser protagonista de esta actividad quien tiene el poder jurídico (competencia) para extenderlos, por lo cual es conducta típica propia y exclusiva del funcionario fedatario.

La declaración insertada es falsa cuando lo consignado en el documento tiene un sentido jurídico distinto del acto que realmente ha pasado en presencia del fedatario y que él debió incluir como verdad de la que debe dar fe. Ese distinto sentido jurídico puede otorgarlo el agente incluyendo en el documento un hecho que no ha ocurrido en su presencia, o manifestando un modo del mismo que no es aquel con el que pasó ante él, o hasta silenciando un hecho que ha ocurrido ante él, y cuya omisión tiene como consecuencia variar la verdadera dirección jurídica del acto de que da cuenta el contenido instrumentado en el documento.

§ 2325. *La conducta de hacer insertar.* – Hace insertar declaraciones falsas en un documento público quien logra que el fedatario incluya en el documento manifestaciones que no revelan la

verdad pasada, dando como ocurrido lo no pasado o como ocurrido de un modo distinto del que sucedió. Así, pues, sólo quien es otorgante del documento puede asumir esta conducta típica.

Por supuesto que la ilicitud de tal conducta sólo se dará cuando el agente esté jurídicamente obligado a decir la verdad. Pero mientras para la persona del fedatario la obligación de decir la verdad está ínsita en su función y de hecho –salvo en situaciones excepcionales–, es un presupuesto infaltable, existente por sí cuando actúa, en el otorgante esa obligación no tiene los mismos rasgos, dependiendo de que pese sobre él como carga jurídicamente impuesta; cuando ella no se da, la conducta no puede ser ilícita. Dicha carga existe en la hipótesis de que la confianza pública queda librada a la buena fe de los particulares que declaran ante el oficial público; normalmente se trata de datos de gran trascendencia en la vida civil que no pueden ser corroborados más que de un modo formal por el oficial público que extiende el documento (p.ej., en ciertos casos, lo relacionado con el estado civil de las personas) o de los cuales dependan derechos de terceros que no intervienen en el acto.

§ 2326. *La posibilidad de perjuicio como elemento del tipo.* También con referencia a este delito, el tipo requiere que la conducta de falsedad se realice *de tal modo, que de ella pueda resultar perjuicio.* Pero aquí, puesto que se trata siempre de documentos públicos, la esfera de esa posibilidad se extiende con relativa mayor amplitud que en el tipo anterior, en parte por la forma de la conducta y en parte por la misma razón que hemos señalado al hablar de la falsedad material, dada la oponibilidad a cualquier tercero de aquellos documentos.

§ 2327. *Contenido de la falsedad en la falsedad ideológica.* – El reclamo típico de la posibilidad de perjuicio, como vimos, nos dice que para la falsedad documental no basta que se incluya una mentira en el documento, sino que es imprescindible que esa mentira tenga aptitud para producir perjuicio. Y, claro está, en un documento público la mentira que lleva en sí ese germen, es la que recae sobre algo que el documento tiene que acreditar como verdadero según su específica finalidad jurídica y que, por dicha funcionalidad, es oponible a terceros, salvo que se destruya *su fe.* Éste y no otro es el sentido de la limitación típica expresada por la ley

mediante la cláusula que exige que la falsedad insertada concierna a *un hecho que el documento deba probar.*

Lo expuesto puede resumirse así: sólo sobre aquello que el documento prueba con efectos jurídicamente propios de documento público, puede considerarse la falsedad ideológica punible según el art. 293. Al fin, ésa será la medida de la posibilidad de perjuicio asignable a esta falsedad, que no podrá extenderse a otros factores o componentes del documento, ni reducirse a lo que las partes hayan tratado de otorgarle, al margen de su destino jurídico.

Es más, no toda mentira que recaiga sobre un elemento esencial del documento según su destino importará lo típico, sino únicamente aquella que deforme tal esencialidad según ese destino.

§ 2328. *Falsedad ideológica y simulación.* – En realidad, asumiendo la estructura escuetamente objetiva del concepto general de falsedad (la simulación lo es) y, desde el punto de vista penal, no queda desorbitada del tipo del art. 293, que se refiere tanto a quien inserta como al que hace insertar el hecho falso en el documento público. Pero ocurre que hay simulaciones que pueden constituir falsedades ideológicas punibles y otras que no, lo cual depende de la posibilidad de que el acto simulado pueda o no acarrear perjuicios; si aquélla se da, tendremos la falsedad documental delictuosa; si la simulación sólo puede irrogar perjuicio a uno de los otorgantes del acto que conoce esa simulación, no ocurrirá eso, y si a su respecto puede considerarse la presencia de algún delito, generalmente pertenecerá al grupo de las defraudaciones, si es que el otorgante actuó engañado sobre los extremos y efectos de la simulación.

Sin embargo, ésta es apenas una de las soluciones que se ha seguido y, si se apura la indagación, quizá lleguemos a la conclusión de que no es la mayoritariamente aceptada. Numerosa doctrina extranjera y nacional, y parte de nuestra jurisprudencia, propugnan otra distinta, que niega que la simulación pueda alcanzar el carácter de falsedad documental, aunque reconociendo que puede constituir la base de otros delitos cuando es ilícita.

Admitiendo la simulación como falsedad, convengamos inicialmente en que es extraña a lo punible cuando se trata de una simulación permitida por el derecho, lo cual es obvio; pero no lo es la que puede repercutir sobre terceros, implicando posibilidad de perjuicio para sus intereses. Ahora bien, si en todos los casos estos

terceros fuesen *determinados*, la anterior solución no produciría consecuencias negativas; pero recordemos que la fe pública que se ampara, cuando la portan documentos públicos, se extiende a terceros inicialmente *indeterminados*, y entonces el perjuicio como posibilidad aparece en las figuras de falsedad de esas especies de documentos con perfiles menos acusados (desde el punto de vista del sujeto pasivo), menos nítidos que en las conductas defraudatorias detenidas en tentativa. La solución expuesta abandonaría así a la impunidad un amplio sector de conductas que se adecuan perfectamente a la descripción típica del art. 293 y que no dejan de amenazar al bien jurídico protegido por él.

Por medio de esta crítica se llega al reconocimiento del principio expuesto al comienzo del parágrafo: la simulación ilícita puede constituir una falsedad ideológica. Claro está que atendiendo a lo que nosotros hemos denominado (quizá no muy propiamente) *subsidiariedad* de la falsedad ideológica en cuanto falsedad documental, no es nada raro que ella quede desplazada por delitos pertenecientes a otros títulos, y esta consideración es la que pudo haber motivado a muchos de los que siguieron la doctrina de Carrara a compartir sus conclusiones.

§ 2329. *Consumación.* – El delito se consuma cuando el documento público queda perfeccionado como tal, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren (firmas, sellos, etc.), aunque no se hayan realizado todavía los actos necesarios para oponerle la prueba por él constituida a terceros (v.gr., inscripciones registrales), pues desde aquel momento nace la posibilidad de perjuicio. Ésta es doctrina común.

Pero ya hemos visto que últimamente los principios tradicionales, entre nosotros, sobre la consumación de la falsificación de documentos han sido objeto de un debate revisionista por parte de quienes, a partir de un concepto más exigente de la fe pública como bien jurídico protegido, no conciben su ataque sino por medio del uso del documento, incluyendo los casos en que la falsedad recae sobre documentos públicos.

Ya hicimos la crítica de este pensamiento, y las razones dadas para descartarlo al tratar de la falsedad material de documentos públicos son válidas para hacerlo respecto de la consumación de la falsedad ideológica.

§ 2330. *TENTATIVA.* – Es común sentir de la doctrina la imposibilidad de la tentativa, ya que hasta el momento de la consumación antes señalado las eventuales rectificaciones que pueden incorporarse al documento eliminarían la falsedad de él. Esta solución aparece también en la jurisprudencia.

§ 2331. *EL EJERCICIO DEL DERECHO EN LA FALSEDAD IDEOLÓGICA.* Formalmente la ley puede acordar el permiso de mentir de modo explícito o implícito. En nuestro derecho encontramos ejemplos de ambas formas, pero en ninguno de ellos podremos referirnos a un daño ilícito derivado de la mentira.

La simulación jurídicamente permitida es ejemplo de la primera, pero tengamos en cuenta que la única simulación legalmente admitida es la que carece de efectos perjudiciales para terceros (arts. 957 a 959, Cód. Civil). Las falsas alegaciones de las partes en juicio serían ejemplos de la segunda, al menos hasta el límite en que la garantía de la defensa en juicio hace retroceder la obligación de decir la verdad; superado ese límite, la falsedad puede asumir características de ilícita, pero esta ilicitud provendrá, en todo caso, de la violación de deberes de probidad procesal, y el ataque, si no va contra la propiedad de un tercero, incidirá sobre la administración de justicia, con lo cual se desdibuja típicamente lo que la conducta puede contener de vulnerante para la fe pública.

§ 2332. *CULPABILIDAD. EL DOLO DE LA FALSEDAD IDEOLÓGICA.* Como en el delito anterior, el dolo estriba en el conocimiento del carácter de documento del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose también al de la posibilidad de perjuicio. Igualmente, sólo funciona aquí lo que se ha denominado dolo directo.

§ 2333. *VIOLACIONES DEL DEBER DE CUIDADO Y SU RELACIÓN CON LAS FALSEDADES DOCUMENTALES.* – Las falsedades documentales, en cuanto *falsedades* (cuya particular estructura subjetiva hemos explicado), no pueden proceder de simples violaciones del deber de cuidado que no permitan encuadrar la conducta dentro del dolo precedentemente expuesto.

Es verdad que en los elencos penales encontramos tipos que punen la incorrecta formación de los documentos públicos a raíz de tales violaciones (como ocurre en el título de los delitos contra el

estado civil), pero ellos nada tienen que ver con el art. 293, que contiene un tipo de dolo directo.

§ 2334. *Autoría.* – Ya dijimos que sólo el fedatario (funcionario público o quien tenga a su cargo conformar y autenticar el documento) puede ser autor de la acción típica de *insertar* declaraciones falsas, y que sólo el otorgante puede serlo de la de *hacer insertar*. Por tanto, las inserciones falsas realizadas por otros, únicamente pueden ser referidas a la falsedad material.

§ 2335. *Participación.* – Sin embargo, el delito recepta todas las formas de participación; por ejemplo, los testigos del acto, conocedores de la falsedad que se inserta o se hace insertar, tendrían una intervención de cómplices necesarios; también se ha catalogado como cómplice al *escribiente* que confecciona materialmente el documento, aunque como solución general es relativa: su intervención como tal dependerá de distintos factores muy concretos.

La circunstancia de que el art. 293 haya contemplado una figura específica de falsedad ideológica para el otorgante del documento (la acción de hacer insertar) no tiene la consecuencia de eliminar, en lo que a él atañe, los principios generales que rigen la complicidad.

§ 2336. *Subsidiariedad de la falsedad ideológica y posibilidades de concurso.* – Cuando explicamos la falsificación material, puntualizamos las razones que dificultan la aceptación de las reglas generales que rigen el concurso de delitos. Ellas se acentúan al referirlas a la falsedad ideológica, cuya *subsidiariedad* (empleado el término en sentido amplio) es aún más acusada, ya que, como dijimos, normalmente la ley penal pune de modo autónomo un gran número de supuestos que, en realidad, pertenecen a su espectro; en otros casos, la conducta que la constituye es prácticamente inescindible de la actividad típica de otros delitos que, por ello, terminan absorbiéndola como figura penal.

El falso testimonio, los delitos contra el estado civil, algunos contra la administración de justicia, presentan tipos en los cuales, si no el núcleo, por lo menos las circunstancias necesarias de la conducta se verifican o pueden verificarse con una falsedad documental ideológica cuyo tipo, por tanto, queda desplazado por aquéllas.

Donde el concurso se hace posible es en las hipótesis en que la consumación de la falsificación ideológica preexiste al empleo delictivo del documento que acuña tipos extraños a los de falsedad documental, como es la del notario que falsifica un testamento y después lo utiliza para hacer entrar en posesión de los bienes a quien no corresponde, invocándolo ante sus administradores. Entonces, el concurso entre la falsificación y la figura de defraudación se ofrecerá sin duda alguna, y si tomamos en cuenta que la consumación de aquel delito ocurre cuando el documento se completa, y la de éste cuando se produce el perjuicio, veremos que dicho concurso es de carácter real (art. 55, Cód. Penal) y no ideal, como ocurre cuando, tratándose de un documento privado, su uso integra el procedimiento defraudatorio, formando su ejecución consumativa. Casi está de más insistir en que no se trata de concurso, ni siquiera mediando la falsificación de documento público, cuando es la misma falsificación la que ya entraña el perjuicio (o su peligro), que es integrativo de la tipicidad defraudatoria (p.ej., cesión de derechos falsamente onerosa de un administrador infiel).

§ 2337. *La falsificación ideológica como procedimiento de agotamiento y ocultación de otro delito.* – En primer lugar, cuando la falsedad ideológica tiende a la ocultación de un delito ya cometido, que ha irrogado un daño o hecho correr su peligro, es impensable una hipótesis de concurso, puesto que si el peligro o el daño ya se han hecho realidad, mal se los puede considerar procedentes de la falsificación, según la exigencia típica del art. 293. Pero cuando ella es el medio empleado para agotar un anterior delito, la cuestión no puede ser resuelta uniformemente; si el peligro de perjuicio que creó el documento falsificado puede extender sus efectos más allá del peligro o perjuicio ya producidos por el otro delito, nada obstaría a que se presentase una hipótesis de concurso real, lo cual no ocurriría en otros casos.

§ 2338. *Casos de efectiva subsidiariedad de la falsedad ideológica.* – Hay delitos –algunos de los cuales mencionamos– que exigen la conducta típica –entre otras– sobre falsedades documentales de carácter ideológico. Esto puede ocurrir con los delitos de supresión o alteración del estado civil (art. 138, Cód. Penal) y suposición y alteración del estado de menores (art. 139, Cód. Penal),

donde, entre otras acciones, se puede acudir a la falsificación documental ideológica. Si esta falsedad constituye el acto por medio del cual se suprime o altera el estado civil, los delitos contra éste desplazan la figura del art. 293.

B) Figuras especiales

§ 2339. *Texto legal.* – Dice el párr. 2° del art. 293 del Cód. Penal que "si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de tres a ocho años" (texto según ley 24.410).

§ 2340. *Objetos de las figuras especiales.* – La ley 21.766, al insertar en el art. 292 lo que aparece como su párr. 3°, introduce una notable perturbación en el tratamiento del párr. 2° del art. 293 que comentamos. La razón es ésta: cuando la ley 20.642 agregó lo que es el párr. 2° del art. 292, creando las figuras especiales de falsedad material mediante la enunciación de determinados documentos, introdujo también el párr. 2° del art. 293, que punía la falsedad ideológica con referencia a los mismos documentos; cuando la ley 21.766 agregó el párr. 3° del art. 292, no procedió igualmente con el art. 293. Una interpretación literal de este plexo normativo, atendiendo exclusivamente a la redacción de ambos artículos, nos conduciría a considerar que cuando el párr. 2° del art. 293 se remite a los documentos "mencionados en el último párrafo del artículo anterior", queda como referencia al párr. 3° del art. 292 y, según ella, las únicas falsificaciones ideológicas penadas por el párr. 2° del art. 293 serían las que recayesen sobre los documentos de identificación que "se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento y los pasaportes", no comprendiendo las referidas a los demás documentos "destinados a acreditar la identidad de las personas" (como sería el documento nacional de identidad), ni los destinados a acreditar "la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores".

La incoherencia dogmática que de ello resultaría ha sido puesta de manifiesto por la doctrina que, sin embargo, la acepta como vigente, aludiendo a la *evidente claridad* de la remisión del párr. 2°

del art. 293 al párr. último del art. 292, reconociendo que así la ley 21.766 ha producido el efecto de restringir "la figura agravada de la falsedad ideológica... excluyéndose el caso antes contemplado de documentos destinados a acreditar la titularidad del dominio o la habilitación para circular de vehículos automotores" (Reyna); las figuras especiales del art. 293, párr. 2°, sólo comprenderían los *documentos equiparados* (Laje Anaya) del párr. 3° del art. 292, pero no los documentos a los cuales ellos son equiparados.

Presentadas así las cosas, se nos revela inmediatamente el flanco débil de esta interpretación restringidamente literal de la remisión de la ley; es difícil comprender un tipo penal que, no conteniendo una enunciación taxativa y circunstanciada de los objetos del delito, se remita a una equiparación que, imprescindiblemente, requiere la consideración de aquellos objetos que obran como presupuestos de equiparación, sin abarcarlos a su vez; entonces el tipo de remisión prácticamente quedaría sin sustento al eliminar la propia relación de equiparación. Por nuestra parte no logramos entender cómo a una ley de nítida trascendencia interpretativa –como es la 21.766– se le puede hacer asumir una consecuencia de la magnitud típica que se le asigna en la doctrina expuesta. En realidad, el párr. último del art. 293 se refiere *al tipo del párr. último del art. 292*, y ese tipo no radica en el párr. 3° de esa disposición, sino en ese párrafo en conjunción con el párr. 2°, y es en éste donde se describe la conducta de la figura especial. Es verdad que en la ley hay una incorrección, un defecto de técnica legislativa, pero es un error corregible, que no vulnera el principio de legalidad ni paga tributo a la incongruencia.

Entendemos, por tanto, que la remisión del párr. 2° del art. 293 se refiere a todos los documentos incluidos en las figuras especiales del art. 292.

III. FALSEDAD POR SUPRESIÓN

§ 2341. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 294 del Cód. Penal remite a las "penas señaladas en los artículos anteriores" para reprimir al "*que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento* de modo que pueda resultar perjuicio".

§ 2342. *Supresión y falsedad.* – Si en los delitos que hasta aquí hemos estudiado lo falso provenía de la mostración de lo no verdadero como verdadero, en el que ahora comenzamos a tratar, lo falso se constituye por la *ocultación de lo verdadero*, mediante la desaparición de la fuente de verdad conformada por el documento que se suprime.

Carrara insistió en demostrar que la supresión de documento, por sí misma, sólo tiene cabida entre las falsedades documentales, ya que "el fin del agente es ocultar la verdad" y si una supresión parcial meramente alteradora constituye falsedad documental material, no se ve la razón de que haya de otorgarse un distinto tratamiento a la supresión total de documentos.

Tanto la ubicación tradicional del delito como el pensamiento de Carrara, gravitaron sobre el codificador argentino y han servido a los comentaristas de su obra. Pero la razón de mayor peso que abona la punición de estas conductas como falsedades documentales, estriba en el hecho de que la supresión del documento puede hacer creer que lo verdadero es algo distinto de lo que el documento representaba como tal; lo falso vendría a radicarse, por tanto, en el *juicio erróneo* que la imposibilidad de considerar el contenido del documento suprimido puede generar. La supresión es la vía tendiente a conseguir que no se acepte como verdadero lo que en realidad lo es y, de ese modo, el concepto propio de falsedad se introduce en lo típico de esa conducta.

Nuestra ley, como adelantamos, resuelve la cuestión expresamente incluyendo el delito en el Capítulo III que comentamos; en esa perspectiva no se puede suscitar duda alguna para el dogmático.

§ 2343. *Objeto del delito.* – Se advierte que es requisito esencial de tipicidad que las acciones recaigan sobre un documento genuinamente verdadero. La supresión o destrucción de un documento falso sólo puede constituir un delito contra la Administración (art. 255, Cód. Penal). Tampoco se dará esta particular falsedad documental "si el documento (suprimido) no es tal porque le falta lo que le es propio o integrativo", aunque en esa hipótesis se podría estar ante el delito de daño (Laje Anaya). Ambas conclusiones son aplicaciones del principio estudiado al tratar la falsificación material, según el cual las acciones no pueden ser típicas cuando recaen sobre un objeto que, aun teniendo estructura externa de documento,

carece de *valor* para producir los efectos jurídicos de tal, pues entonces será imposible pensar en la falsificación –en el caso, la supresión– como origen del peligro de perjuicio.

§ 2344. *Extensión de la remisión a los artículos 292 y 293.* Aunque sea obvio, no está de más recordar que si bien el texto del art. 294 preexistió a las leyes modificatorias de los dos artículos anteriores, que crearon las figuras especiales de falsedad documental anteriormente consideradas, las reglas de integración de las leyes nos dicen que la remisión también opera con relación a las penas prescriptas por dichas figuras; por tanto, cuando la supresión o destrucción recaiga sobre algunos de los documentos enunciados en los párrs. 2° y 3° del art. 292, la pena aplicable será la de tres a ocho años de prisión.

§ 2345. *Acciones típicas. Supresión y destrucción.* – Aunque en la ley aparecen enunciadas como dos conductas distintas, puede decirse que la acción típica unitaria es la de *suprimir* el documento en el sentido de eliminar su tenor. Si se las menciona separadamente, es porque la supresión propiamente dicha entraña posibilidades de actividad más extensa que la supresión por destrucción del documento, comprendiendo hipótesis que estarían excluidas de la labor material de destrucción. Atendiendo, pues, a la típica autonomía de ambas conductas, se dice que suprime el documento quien hace imposible su utilización en la oportunidad en que debe ser utilizado, sustrayéndolo de quien lo tiene en su poder, no presentándolo cuando, estando legalmente en su poder, tiene la obligación de hacerlo, colocándolo en lugares donde no puede ser localizado, etcétera. Lo destruye quien lo rompe, borra su escritura o la inutiliza de tal modo que el documento deja de revelar el tenor que contenía.

Recurriendo a los significados vulgares –que no se presentan modificados en la descripción típica–, la supresión nos da idea de desaparición y la destrucción idea de extinción, aunque ésta también se resuelve en la supresión del tenor del documento; pero muchas veces se acude a la idea de desaparición para explicar el concepto de destrucción. Ésta implica una actividad sobre la materialidad del documento y, por ello, la supresión tiene un significado más amplio, no implicando necesariamente la deformación que menoscabe la in-

tegridad de aquella materialidad: el documento *desaparece* (es suprimido) en cuanto se hace imposible su oportuno empleo para quien tiene derecho a invocarlo; por eso a esa acción típica puede corresponder una comisión por omisión (el caso de quien no presenta el documento cuando está obligado a hacerlo). La conducta de destruir está más cerca de una acción de *daño*; la de suprimir se adecua tanto a las acciones de apoderarse como a las de retener ilegítimamente. Por su amplitud, la supresión –que en un orden general vendría a constituir el resultado requerido por el tipo– puede funcionar subsidiariamente respecto de la destrucción; por ejemplo, el imputado de haber destruido el documento cuando no se acreditó con certeza esa actividad, puede ser alcanzado típicamente como autor de supresión si, teniendo la obligación de hacerlo, no lo presentó oportunamente al serle requerido.

§ 2346. *Supresión y ocultación.* – Los conceptos antes expuestos permiten resolver positivamente la inclusión en el tipo de la ocultación del documento: quien oculta un documento y por ese medio priva de su oportuno empleo a quien tiene derecho, es punible según el art. 294 del Cód. Penal.

§ 2347. *Supresión y sustracción.* – Como lo hemos adelantado, nada obsta a que la conducta de suprimir se asuma mediante un apoderamiento ilegítimo del objeto, quitándolo de la esfera de tenencia de un tercero. Lógicamente, aquí se nos planteará un problema de confluencia de figuras –al que después nos referiremos–, pero ello no obstaculiza el ingreso de dicha conducta en el tipo, mientras sea medio para suprimir el documento.

§ 2348. *Supresión y destrucción total o parcial. Alteración y destrucción parcial.* – Pese a que, aparentemente, sólo podría contemplarse como *parcial* la destrucción de un documento –y de hecho así parecen limitar algunos lo típico–, la estructura de la descripción legal nos indica que ambos modos (total y parcial) se refieren a las dos conductas: la específica de destruir y la más genérica de suprimir. Por consiguiente, tanto la supresión como la destrucción pueden ser totales o parciales (supresión de un folio del documento que constaba de varios, destrucción de parte de lo escrito, etcétera).

Pero la acción de destruir parcialmente un documento implica el tema de su distinción con la de alterarlo, que queda comprendido en el art. 292, cuestión académica respecto de la pena, pero que puede actuar con referencia a otras circunstancias del delito. Hemos visto que la alteración típica también puede hacerse mediante supresiones que tengan el efecto de cambiar el tenor del documento; la destrucción parcial no cambia el tenor, sino que lo suprime: a consecuencia de ella no se sustituye el tenor que contenía el documento por otro distinto, sino que directamente se lo elimina. En la destrucción parcial no se altera la representatividad del documento, se la hace desaparecer; ella, por tanto, ocurrirá cuando, pese a ser parcial, la destrucción sea de tal magnitud que no permita conocer el tenor que contenía el documento.

§ 2349. *SUPRESIÓN DEL TENOR COMO RESULTADO DE LA ACCIÓN.* Ya dijimos que ambas conductas típicas confluyen, unificándose tras el concepto de *supresión*, lo cual explica por qué tal expresión ha sido empleada para denominar la figura. Pero no siempre se trata de la *supresión material* del documento, como se hizo notar; lo que consolida la tipicidad es la supresión de la representatividad del documento, o sea de su tenor. La supresión material es uno de los medios típicamente considerados como conducta dirigida a la eliminación del tenor.

En otras palabras, la supresión y la destrucción, consideradas como conductas dirigidas a la eliminación del tenor, son típicas cuando excluyen el fundamento del juicio que debió formularse sobre la base de la existencia del documento o de su existencia en integridad, o sea cuando hacen desaparecer el documento como forma de un acto cuyo desconocimiento (como realidad histórica) puede acarrear perjuicio a terceros. Cuando dichas conductas no logren impedir que el documento sea empleado oportunamente como medio probatorio del acto que estaba destinado a probar, carecerán, en principio, de entidad típica.

Eso explica por qué se reclama que la supresión o destrucción *parciales* recaigan sobre una parte esencial del documento, repercutiendo en la eliminación de su tenor y, por tanto, anulando su significación jurídica. Las falsificaciones de los arts. 292 y 293 afectan la verdad porque la deforman, la falsificación por supresión la altera porque suprime su representación.

§ 2350. *CUESTIONES ESPECIALES. SUPRESIÓN Y DESTRUCCIÓN DE COPIAS.* – Sostiene la doctrina que si bien el tipo menciona la supresión o destrucción de *un* documento, en realidad exige que se suprima o destruya *el* documento; por consiguiente, no basta actuar sobre un documento que no es más que el testimonio de un original que permanece íntegro en su tenor, conservando genuinamente su representación original: "no será suficiente proyectar la conducta típica sobre *un documento*, cuando en realidad hay otro que sigue probando lo que aquél probaba". Aunque la cuestión puede suscitarse con relación a cualquier documento, se la ha planteado especialmente con relación a los públicos que se conservan en protocolos, expidiéndose copias para los otorgantes.

Si se toma en consideración que el peligro de perjuicio típico es aquí el que puede proceder de la imposibilidad de emplear oportunamente el documento como representación de lo verdadero, pero no el que puede derivar de circunstancias extrínsecas al destino de aquél, se dará la razón a quienes afirman que aquella otra dimensión de perjuicio, a que antes nos referíamos, no nos coloca ante la conducta típica: cuando lo suprimido o destruido es un testimonio o copia de un original que subsiste en su integridad, estaría ausente la posibilidad de peligro que tenga origen en la imposibilidad de hacer valer la prueba que el documento importa como representación de la verdad, interpretación ésta que es seguida por la jurisprudencia. Aunque resta la consideración de la tentativa de delito imposible, según se verá.

Pero no podrá desconocerse que, en definitiva, la aplicación de este principio dependerá de los concretos aspectos del hecho de que se trate. Se darán supuestos en que, pese a la subsistencia del documento original, su acceso a él sea tan difícil, que prácticamente no resulte posible lograrlo para utilizarlo según su destino (documentos en archivos desordenados a causa de conmociones públicas) o que la copia contenga atestaciones que son las que le otorgan valor (copias de documentos extranjeros en las que se asentó su legalización en el país).

En consecuencia, la supresión o destrucción de la copia puede llegar a ser típica. Como también lo será –casi no habrá necesidad de señalarlo– cuando la copia sea el único testimonio que quede de un documento original destruido o desaparecido por causas extrañas al agente.

§ 2351. *Cuestiones especiales. Destrucción parcial y reconstrucción.* – No otra es la regla por medio de la cual se resuelve lo atinente a la destrucción parcial que no alcanza a producir aquel resultado porque su concreción se ha evitado por la reconstrucción útil del documento; en tal caso, no hay *supresión* y así lo ha resuelto correctamente la jurisprudencia, sin perjuicio de que la hipótesis pueda ser debatida como tentativa, según veremos más adelante.

Sin embargo, basándose en el carácter de *delito de peligro* que tiene el previsto por el art. 294 del Cód. Penal, se ha mantenido la opinión contraria; se dice que aun cuando el documento pueda ser reconstruido, su destrucción parcial ha creado ya la posibilidad de peligro. Pero una cosa es que se corra el peligro de que el documento pueda llegar a no servir según su destino (lo cual no dejaría de ser útil para mentar un caso de tentativa) y otra que por no servir según su destino llegue a entrañar peligro de perjuicio; esto es lo que acota la consumación típica, no aquello. La solución de que antes dimos cuenta es, pues, correcta.

§ 2352. *Cuestiones especiales. Supresión de documento y prueba subsidiaria.* – El resultado típico refiere a la imposibilidad de acudir al documento para hacerlo valer, no a la imposibilidad de acreditar lo representado: lo punible es seccionar la vía documental de acreditación. Por tanto, no se puede negar la tipicidad en los casos en que el acto pueda ser probado por medios distintos, pues se mantiene la desaparición del particular documento como medio probatorio, que es el objeto de la prohibición penal; la vigencia del tipo no se descarta por la sola circunstancia de que la supresión no haya impedido *todavía* que lo verdadero se pueda probar echando mano de otros procedimientos jurídicamente aceptados.

§ 2353. *La posibilidad de perjuicio.* – De lo que se ha ido diciendo hasta ahora se infieren sus características como elemento típico, a saber: que la posibilidad de perjuicio tiene que proceder de la supresión misma; que excede y se independiza del daño constituido por la desaparición o destrucción de la materialidad del documento; que es posible que nos encontremos con éstas sin que aparezca el mencionado peligro típico.

También en esta figura basta el perjuicio potencial.

§ 2354. *Consumación.* – Mediando la posibilidad de perjuicio, parece que la consumación típica de la destrucción se da apenas ella se ha producido con el efecto de eliminar el documento como medio probatorio, de modo que no se lo pueda utilizar con ese fin, siendo indiferente que se haya requerido su presentación, en tanto que la supresión se consuma en el momento en que el agente omite presentar o entregar el documento que tiene en su poder o devolver el que ha sustraído, ya que, desde esos momentos, aparece aquella posibilidad. Esta doctrina tradicional plantea, sin embargo, algunos problemas.

Como lo hicimos notar precedentemente, hay que atender a que, para que se haya consumado el delito, la destrucción o la supresión tienen que concretar el resultado de la desaparición del tenor del documento, es decir, haber anulado completamente su representatividad.

Lo que rotundamente es inaceptable, dado los modos comisivos de las acciones típicas, es la distinción que se pretende establecer, a los efectos de la consumación, según se trate de la supresión o destrucción de documentos públicos o de documentos privados, señalando el momento consumativo respecto de los segundos, en la circunstancia de "que hubiere hecho necesaria la presentación del documento privado", como sería, por ejemplo, "una demanda del sujeto activo del delito contra el que por el documento ya no era deudor de aquél" (Malagarriga), en este caso no nos encontramos ante la deformación de la verdad, sino ante su eliminación.

§ 2355. *Tentativa.* – La doctrina más común no admite la tentativa. Por supuesto que no es razonable rechazarla por la sola circunstancia de que la falsificación por supresión sea un delito de peligro, pues el principio no es exacto. Más fundamentos tiene la negación de que pueda introducirse en el tipo el acto que se puede catalogar como tentativa, ya que no llegaría a destruir la *prueba de la verdad.*

Pero hay que tener presente que el tipo requiere actividades productoras de un efecto (la supresión del tenor y con ello de la representatividad del documento) que, a su vez, origina un peligro (de perjuicio); en esa secuencia podemos encontrar conductas que perpetradas con la finalidad de suprimir la representatividad del documento, importen actividades de supresión o destrucción, pero que,

por causas ajenas a la voluntad del autor, no hayan llegado a producir aquel resultado; tales hipótesis serían perfectamente encuadrables dentro del art. 42 del Cód. Penal, y se pone como ejemplo el caso de quien rompe un documento *para destruirlo* en el sentido típico, pero lo hace de tal modo, que se lo puede reconstruir.

Claro está que nos hallaríamos ante una tentativa de delito imposible (porque es el medio que no permite alcanzar tipicidad a la acción), cuando las conductas de suprimir o destruir no sean aptas para eliminar la representatividad del documento, como ocurriría en el caso en que recae sobre copias o testimonios, permaneciendo incólume el original.

§ 2356. *Culpabilidad.* – El dolo requiere tanto el conocimiento del carácter de documento del objeto sobre el cual se hace recaer la acción, como del efecto de ella sobre el medio probatorio constituido por él y del eventual perjuicio que pueda seguirse de ello; aunque esto último aparezca en la conciencia del autor como duda, basta con que haya tenido presente dicha posibilidad.

También aquí es insustituible el dolo directo, entendiendo por tal aquel en que la voluntad del agente se dirige a realizar las acciones típicas con conocimiento de que con ellas se suprime la representatividad encarnada por el documento y teniendo presente la posibilidad de perjuicio que se puede derivar.

§ 2357. *Autoría y participación. Aplicación de los principios generales.* – Puesto que, a diferencia de lo que ocurría en la falsedad ideológica, no estamos en presencia de un delito propio, cualquier persona puede ser autor, incluso quien otorgó o quien produjo el documento.

Las distintas modalidades de la participación operan en el delito sin que se planteen problemas que merezcan un tratamiento especial.

§ 2358. *Confluencia de figuras. Falsedad por supresión y figuras de apoderamiento ilegítimo.* – Se dijo que mientras la destrucción del documento se acerca (en la materialidad de la acción) a la figura de daño, la supresión puede acercarse a las de apoderamiento o retención ilegítimos.

En realidad ningún problema de confluencia de figuras puede plantearnos el delito del art. 183 del Cód. Penal, con el del art. 294,

pues en aquél el daño supresor de la cosa mueble ajena (el documento) constituye la hipótesis de *un delito más grave*, que por expresa disposición de la ley desplaza aquella figura. Tal subsidiariedad legal permite dejar de lado razones que, de acuerdo con otros principios que rigen el concurso aparente de delitos, igualmente abonan dicho desplazamiento.

No es tan sencilla la solución respecto de las figuras de apoderamiento ilegítimo (art. 162 y ss., Cód. Penal). La jurisprudencia, como vimos, no ha titubeado –cuando se dan las otras características del tipo del art. 294– en considerar los apoderamientos ilegítimos de documentos como casos de falsedad por supresión. Pero el problema aquí es otro distinto: se trata de saber si tales figuras operan en concurso con la del art. 294 o si se está ante casos de concurso aparente en que aquéllas queden desplazadas por ésta. En principio, esta última conclusión parece ser la más aceptable, pero los argumentos en que se basa no son del todo claros.

En realidad, lo que ocurre es que, si tenemos presente que la supresión del art. 294 queda indicada mediante la indisponibilidad del documento por parte de quien jurídicamente puede disponer de él, siendo el mismo hecho de la sustracción el que abre el camino para la concreción de aquella indisponibilidad, esa conducta pasa a integrar el tipo de falsedad cuando se dan sus demás elementos y éste la absorbe, desplazando así la autonomía de ella como figura de apoderamiento ilegítimo.

Pero ello no implica que se tenga que dejar de considerar, en el juego de las figuras, el aspecto subjetivo de las conductas del art. 294; cuando el agente actúa a su margen, con un ánimo que de suyo lo excluye, como puede ser el de emplear él mismo el documento (p.ej., apoderarse de un cheque para cobrarlo), sería absurdo pensar en la supresión o destrucción propia del tipo de falsedad; entonces sólo podrá atribuírsele el hecho de hurto en cualquiera de sus formas, según las circunstancias de su acción.

§ 2359. *FALSEDAD POR SUPRESIÓN Y FIGURAS DEFRAUDATORIAS.* En principio, cuando la supresión del documento es medio destinado a coadyuvar en el ardid estafatorio, no habría mayores dificultades para reconocer hipótesis de concurso, que puede ser real o ideal según coincidan o no la consumación en el mismo o en distintos hechos. Sin embargo, no es una solución absoluta.

La misma retención ilegítima del documento que constituye el impedimento de su oportuno empleo y por tanto la misma supresión, no puede ser considerada como defraudación según el art. 173, inc. 2°, del Cód. Penal, la que queda desplazada por la figura del art. 294.

Siguiendo alguna otra doctrina, habíamos aceptado el principio general antes expuesto, cuando la mutilación (destrucción parcial) u ocultación (supresión) del documento constituyese la actividad típicamente defraudatoria del art. 178, inc. 8°, del Cód. Penal (la que sí exige el *propósito perjudicante* en el autor), pero teniendo presente que en tales casos la destrucción o supresión constituye el *corpus* mismo de la actividad típicamente defraudatoria, tenemos que llegar a la conclusión de que esta figura absorbe la del art. 294.

§ 2360. *Falsedad por supresión y violación de medios de prueba, registros o documentos.* – Alguna vez se pensó que el art. 255 del Cód. Penal reprimía un hecho que también punía el art. 294 con una pena distinta; tanto fue así, que los tribunales optaron por aplicar la de este último por *ser la más grave*, pero las diferencias de los tipos saltan a la vista, tanto por el objeto específico de la prueba, como por la particular circunstancia de la guarda de los documentos comprendidos en el art. 255, y la ausencia en él de distintos requisitos de la tipicidad descripta por el art. 294.

Ahora bien, puede ocurrir que la conducta que constituya la falsedad por supresión recaiga sobre documentos que reúnan las características y estén en la situación prevista por el art. 255, en cuyo caso aquellas mismas diferencias y los distintos bienes jurídicos en juego nos señalan la posibilidad de un concurso ideal, aunque la misma conducta constitutiva de un hecho viole dos normas penales que no se desplazan entre sí (en contra: Fontán Balestra, Millán).

IV. Falso certificado médico

§ 2361. *El texto legal.* – Dice el art. 295 del Cód. Penal que "sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diera 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".

§ 2362. *Figuras contempladas y carácter de la falsedad.* – Se aprecia inmediatamente que el artículo contiene dos figuras distintas, y que si bien en ambas la conducta típica se apoya en la falsía del certificado médico, se distinguen tanto por el contenido de la falsedad (puesto que si en la primera lo es cualquier enfermedad o lesión, en la segunda lo son sólo determinadas enfermedades) como por el resultado, pues una es la típica figura de daño y la otra lo es de peligro.

Estamos en presencia de falsedades ideológicas que se cometen en documento privado, lo cual constituye una excepción al principio general sobre la comisión de aquella forma de falsedad. Por consiguiente, cuando la falsificación que recaiga sobre el certificado médico sea de carácter material, no ideológico, el hecho se situará fuera de los límites del art. 295 para quedar comprendido en el art. 292. Como en todo caso de falsedad ideológica, nos hallamos con un documento genuinamente auténtico que contiene hechos falsos por voluntaria inclusión del otorgante.

A) Figura de daño

§ 2363. *Conducta típica.* – Según la descripción del art. 295, párr. 1°, es la de *dar por escrito un certificado falso*, o sea otorgar un documento en el que se hace constar lo falso; toda otra forma de afirmar una falsedad sobre una enfermedad o lesión por parte del médico podrá, eventualmente, constituir otro delito, pero no ingresará en el capítulo de las falsedades documentales.

El *certificado*, en el sentido típico, si bien no necesita adoptar formas sacramentales, tiene que estar extendido por *escrito* y su tenor contener la aseveración del otorgante sobre la existencia de una enfermedad o lesión que no existe o no existió, o que son o han sido distintas de las que expresa.

Puesto que la conducta típica es la de *dar* el certificado –lo cual expresa no sólo la idea de asentamiento del documento, sino la de su entrega a terceros, o su puesta a disposición de ellos– no consti-

tuye *certificado*, en el sentido que venimos exponiendo, la historia clínica redactada por el médico para su uso personal o destinada a ser empleada dentro de un círculo profesional determinado, pero sí puede serlo la copia de ella cuando contiene falsedades y es entregada o puesta a disposición de un tercero con la firma del médico que introdujo la falsedad o de otro profesional que la conoce como tal, sin perjuicio, claro está, de que en aquel primer supuesto la historia clínica reservada haya sido el medio para cometer otro delito.

Por supuesto que, según la taxativa exigencia de la ley, no constituye certificado típico la manifestación verbal del médico que asevera falsamente la existencia de una enfermedad o lesión.

§ 2364. *Contenido de la falsedad.* – Según la expresión del tipo, la falsedad tiene que referirse a la *existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión*, o sea, como ya se dijo, estar formada por la afirmación de la inexistencia de la enfermedad o lesión cuando ellas existieron o existen, o la existencia cuando no han existido ni existen. Si el certificado médico contiene cualquier otro dato falso que no concierna a esa existencia o inexistencia (sobre la edad de la persona, falsedad de un parto, etc.), pasa a formar parte de otros delitos, pero extraños a la falsedad documental.

§ 2365. *El resultado de daño.* – A diferencia de lo que ocurre en los delitos que hemos estudiado en los capítulos anteriores, en el que ahora nos ocupa la punibilidad reclama la efectiva producción de un resultado perjudicial: no basta con la posibilidad de perjuicio. El perjuicio irrogado, siguiendo los principios ya expuestos, puede ser de cualquier índole, siempre que tenga entidad propia y autónoma de la pura vulneración de la fe pública; puede incidir sobre la persona a que se refiere el certificado o sobre un tercero; pero tiene que reconocer su origen en la falsa afirmación contenida en el certificado, de la cual tiene que proceder efectivamente.

Pero éste es uno de esos tipos en los que el resultado dañoso parece no integrar la conducta típica propiamente dicha –que es la de dar el falso certificado médico–, sino que se presenta más bien como una condición para la procedencia de la punibilidad.

Aquí la ley no se conforma con la modalidad peligrosa, sino que extiende el requerimiento típico al daño efectivo de algún bien

jurídico; de ahí que pueda perfectamente sostenerse que si bien la acción típica no es la de causar perjuicio dando el falso certificado, sí es la de *dar el falso certificado que causa perjuicio*. Trátase de una forma anormal de prever una figura de daño, pero que de ningún modo deja este resultado fuera de la acción típica, aunque dicha anormalidad –como veremos– puede tener repercusiones en el aspecto subjetivo.

§ 2366. *Consumación.* – Lo expuesto demuestra que la existencia del perjuicio es requisito de la consumación del delito y así lo ha entendido gran parte de la doctrina. Sin embargo, la circunstancia de que el certificado médico es documento privado, ha llevado a algunos a opinar que la consumación se da con el *uso* de aquél, y entonces la exigencia del perjuicio efectivo quedaría como una condición de punibilidad, sin injerencia alguna en la determinación del momento consumativo que se seguiría rigiendo por los principios aplicables a la falsedad material de los documentos privados (Díaz). Es el uso del documento lo que "caracteriza el delito" (Malagarriga), y dentro de esa idea se comprende al *intento de uso* constituido por la presentación del certificado a la autoridad o al particular, por medio de los cuales puede originarse el perjuicio. Y tanto ha pesado este pensamiento, que aún hay quienes, considerando el perjuicio como dato de consumación, lo refieren como un agregado del uso.

Si bien no se pueden considerar rotundamente inexactas algunas de estas apreciaciones, sí lo es contemplar el perjuicio como mera condición de punibilidad, como dato anodino respecto de la consumación.

§ 2367. *Tentativa.* – La doctrina no se plantea la posibilidad de tentativa, ni en la jurisprudencia encontramos ejemplos de ella. En principio, puesto que estamos frente a un delito de daño, no parecería ilógico aceptarla; pero la estructura anormal del tipo respecto de la relación conducta-resultado a la que nos hemos referido, no deja de plantear dudas sobre el tema, puesto que, aunque la consumación se produzca con el perjuicio, la conducta es completada ya por el autor al dar el falso certificado; y es muy difícil afirmar que quien da el falso certificado sin ir tras del perjuicio, *haya comenzado una ejecución con la finalidad de cometer el delito* (art. 42, Cód.

Penal), puesto que ha completado la ejecución que a él le incumbía en la falsedad, por una parte y, por la otra, queda al margen de la finalidad específica propia de la completividad del delito.

Cuando el determinado perjuicio ha cabido en las previsiones causales del agente al ejecutar la conducta típica y aquel resultado se frustra por causas ajenas a su voluntad, no se ve razón alguna para rechazar la tentativa; pero lo que ocurre es que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio que se ha de irrogar suscita su particular punición a través de otras disposiciones penales y entonces la dación del falso certificado médico ya no queda autonomizada en su propia tentativa, sino que ésta queda inserta en la de aquellos otros delitos a nivel de participación en ellos.

§ 2368. *Culpabilidad. Contenido cognoscitivo del dolo.* – Como en todo delito de falsedad, ésta debe ser conocida como tal por el autor; éste tiene que dar el certificado sabiendo que lo expresado en él no es verdad. Pero ese saber puede asumir todos los grados que, en general, se asignan a tal contenido del dolo; en ese sentido, tanto *sabe* el que tiene conocimiento de la inexistencia de la enfermedad o lesión que afirma, como quien, dudando, sostiene la *existencia como una certeza suya.*

Pero si algún problema plantea el tema de la culpabilidad es el concerniente al alcance cognoscitivo de la producción del perjuicio. En las otras figuras de falsedad documental hemos aceptado que la posibilidad de perjuicio, como modalidad de la conducta típica, tenía que ser captada por el dolo, es decir, éste no podía completarse sin el conocimiento de dicha circunstancia modal. Pero como aquí estamos en presencia de la exigencia de un resultado dañoso, que se integra de una manera tan particular en el tipo –lo que nos ha permitido hablar de la anormalidad de su estructura–, la cuestión se puede presentar en otra forma distinta.

Sin embargo, respecto del art. 295, la conformación irregular del tipo como delito de resultado puede llevarnos a reconocer como factor de dolo ciertos actos cognoscitivos que en tipos de resultado de estructura normal (p.ej., en el homicidio o en las lesiones) no nos permiten superar el estadio de la culpa. De tal manera, el médico que dé un falso certificado sabiendo que con él puede causar un perjuicio, aunque confíe en que se podrá evitar su causación, actuará con el dolo típico, lo cual, por cierto, no será posible sostener cuan-

do haya actuado totalmente al margen de dicha previsión, incluso, por las circunstancias que alcanzó con su conocimiento, tendría que haber *debido prever* la causación del perjuicio. En otras palabras, la anormalidad de la estructura típica nos conducirá a dejar en la zona de la atipicidad todo supuesto de *culpa inconsciente*, pero muchos de los que en otros tipos funcionan como de *culpa consciente*, pasarán, en el que nos ocupa, a formalizarse como dolo. Admitimos que esta afirmación chocaría con la teoría general, pero más bien pensamos que indica la necesidad de su revisión; no hay teoría general válida cuando un aspecto de la teoría de la parte especial demuestra que sus principios no son suficientes en el sistema penal que se elabora.

§ 2369. *Contenido volitivo.* – También, en este aspecto, se nos manifiesta la necesidad del dolo directo, pero sólo con relación a que el agente dé el certificado como falso, puesto que, como vimos, esa exigencia no se extiende imprescindiblemente a la causación del perjuicio, para lo cual basta su previsión, aunque no se lo persiga expresamente como consecuencia de la conducta.

§ 2370. *El autor y la aplicación de las reglas generales de la participación.* – Trátase de un delito propio, que únicamente puede cometerlo quien actúe habilitado como *médico*, sea por tener el correspondiente diploma, sea por estar formalmente autorizado para actuar como tal.

Si bien se dice que no es imprescindible la inscripción matricular, cuando ella sea requisito de habilitación, difícilmente nos encontraremos con el delito, ya que el certificado falso será un documento sin valor alguno: sólo quien puede actuar como médico puede expedir *certificados médicos*, que es el objeto material del delito, sin perjuicio, por supuesto, de la inserción de la conducta de quien no es médico dentro de los límites de otras tipicidades.

Alguna doctrina extiende en general a los *profesionales del arte de curar* la posibilidad de autoría (Núñez), lo cual ha sido rechazado con bastante unanimidad, incluso por los tribunales.

De más está decir que quien extendiere el falso certificado atribuyéndose la calidad de médico que no posea, encuadraría su conducta en delitos contra la Administración, pero no en esta particular falsedad.

Es admisible la participación en cuanto no se trate del uso del documento que constituye un delito autónomo.

§ 2371. *Confluencia de figuras. Carácter "subsidiario" de la figura.* – Siempre que la causalidad típica del otro delito esté comprendida subjetivamente por el autor de la falsedad del art. 295, éste se convertirá en partícipe de aquél. Claro que si tal convergencia subjetiva está descartada, la conducta del agente sólo quedará tipificada por el delito de falsedad, pero sin que éste pueda presentarse en concurso en el cometido por un tercero que emplee el falso certificado. En este sentido –aunque con cierta impropiedad– podemos ver la figura como subsidiaria.

Quienes no exigen el perjuicio efectivo como requisito de la punibilidad del uso de falso certificado médico (art. 296, Cód. Penal), pueden llegar a admitir concurso entre este delito y el otro delito que se cometa mediante ese uso. Fuera de que nosotros también en ese caso requerimos el perjuicio efectivo, es evidente que tal solución no obstaculiza la que hemos dado precedentemente, pues se trata de cuestiones que operan en esferas distintas.

B) Figura de peligro

§ 2372. *Carácter de la figura.* – Aunque por la ubicación de la figura prevista por el párr. 2° del art. 295, alguna vez se la consideró como un tipo agravado respecto del anterior, trátase de una figura autónoma, pese a que la conducta de dar el falso certificado es idéntica a la del párr. 1°, en lo que atañe tanto a la entidad del resultado, como a su particular contenido, que, como veremos, repercute en otros aspectos del delito, como es el de la consumación.

§ 2373. *Conducta típica.* – Como dijimos, hay concordancia con la conducta prevista en el párrafo anterior; trátase, pues, de dar por escrito un falso certificado, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad; a partir de ahí comienza la distinción tipológica.

§ 2374. *El resultado de peligro.* – Según se dijo, al contrario de lo que ocurre en la conducta anterior, en ésta no se requiere

ya la efectividad del perjuicio; es un delito de peligro, en el que basta que una persona pueda ser privada de su libertad a causa del falso certificado, sin perjuicio, por supuesto, de que también se dé la tipicidad cuando esa privación se haya hecho efectiva, de conformidad con los principios generales de interpretación de la ley penal. En otras palabras, para que el tipo quede completo, es suficiente el peligro de que se proceda a la internación; si ésta se produce, al delito se puede sumar el de privación de libertad, cometido por el propio autor de aquél o por terceros (aunque ello ofrece dificultades como se verá en el § 2380).

§ 2375. *Concepto de detención y razón de ser de ella.* – No se trata de cualquier *detención*, sino de la referente a la internación forzosa de la persona –con orden judicial o sin ella– en un manicomio (es decir, en un instituto de salud mental), lazareto (lugar de cuarentena o de internados para enfermedades específicas) u hospital (cualquier establecimiento destinado a la curación de personas). Pero, como se ha dicho, tiene que tratarse de una internación a la que el sujeto pueda ser forzado a consecuencia de la afección falsamente consignada en el certificado; cuando aquélla depende de la voluntad del afectado, y éste presta su consentimiento engañado por el falso certificado, podremos estar en la hipótesis del párr. 1° si se produce perjuicio, pero no en la de la figura que comentamos.

Como el peligro tiene que proceder de la falsa certificación, es decir, ser una consecuencia de ella, la falsedad debe referirse a la existencia ficticia de una dolencia que justifique la internación y el sujeto debe ser una persona *sana*, entendiéndose por tal, no el que goza de una salud plena, sino el que no tiene la enfermedad que le atribuye el certificado.

§ 2376. *Consumación.* – Aunque parte de la doctrina afirma que, como el certificado médico es un documento privado, la consumación se produce con su uso, no parece que sea exacto ese momento consumativo, ya que el carácter de la falsedad indica que el peligro existe desde el momento en que se da el certificado, es decir, desde que el certificado ha salido del poder del agente para entrar en poder de un tercero, ya que aquí la acción es la de *dar el falso certificado*, según la remisión del párr. 2° del art. 295 a su párr. 1°, sin el aditamento del daño efectivo que se exige en éste.

Sin embargo, una corriente también importante de comentaristas de nuestra ley penal adelanta la consumación al momento en el cual ha quedado perfecto el documento, es decir, cuando ya adquirió el carácter de *certificado*, pensando que desde entonces se presenta el peligro previsto por el tipo; pero, por un lado, la acción típica es la de *dar* el certificado, no la de confeccionarlo y, por otro, adelantar de esa manera la consumación convierte un delito de resultado (de peligro) en un delito de simple conducta, sin coherencia con la ley.

§ 2377. *Tentativa.* – Lo expuesto nos lleva a descartar la posibilidad de tentativa, puesto que hasta que el certificado no es *dado* (o sea, que el médico lo entrega haciéndolo ingresar en poder de otro), los actos anteriores nada tienen de ejecutivos, y cuando ya ha sido dado, el delito está consumado.

§ 2378. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento de la inexistencia de la afección y la previsión de la posibilidad de que el falso certificado tenga como consecuencia la internación de la persona en alguno de los lugares designados por el tipo. Pero no es indispensable que el certificado sea dado *para* que se produzca dicha internación, como lo sostiene parte de la doctrina; aunque se otorgue con otra finalidad (p.ej., el cobro de una indemnización), el conocimiento de la posibilidad de aquélla será suficiente para la culpabilidad típica.

§ 2379. *Autoría. Posibilidad de participación.* – Como autor sólo puede serlo el que hemos visto en el párr. 1°, todo lo dicho al tratar la anterior figura tiene aplicación para la del párr. 2°.

También es admisible la participación en los mismos términos que en aquélla, insistiéndose en la aclaración de que el uso del certificado hace autónoma la delincuencia del indicado como partícipe mediante su encuadramiento dentro del tipo del artículo siguiente.

§ 2380. *Confluencia de figuras. Falsa certificación y privación de libertad.* – En este tema, sobre el cual ya hemos adelantado algo al tratar de la acción típica, la circunstancia de que el delito del párr. 2° del art. 295 quede consumado cuando se da el falso certificado, nos indica que, en todo caso, la privación de libertad que se concrete invocándolo, tendría que operar, aparentemente, en

concurso real con aquél. La hipótesis, sin embargo, aunque no descartable del todo, será bastante improbable, ya que si el médico ha dado el certificado a terceros y son éstos los que lo usaron para lograr la internación, toda posibilidad de concurso se traslada a la consideración de la actividad de ellos; la responsabilidad del médico quedará reducida exclusivamente al delito de dación del falso certificado.

V. USO DE DOCUMENTO FALSO

§ 2381. *EL TEXTO LEGAL.* – Dispone el art. 296 del Cód. Penal, que "el que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad".

§ 2382. *CONDUCTA TÍPICA.* – Es la de *hacer uso*, es decir, utilizar el documento o certificado falso en cualquier acto (público o privado) de acuerdo con su destino probatorio; requiere una actividad que puede revertir sobre derechos de un tercero –no la constituye la mera tenencia del documento o certificado– empleándolo con propiedad, es decir, de acuerdo con la finalidad del documento o certificado (p.ej., no lo sería, exhibir el falso documento por vanagloria o un falso certificado médico con fines de maledicencia), presentándolo a las autoridades para su registración, intentado hacer efectivos los derechos que emanarían de él por vía jurisdiccional o privada, etcétera.

De lo dicho se desprende que el uso requiere, en principio, una actividad del autor y, por tanto, el delito no receptaría la forma de comisión por omisión. La circunstancia de que la ley describa la acción típica como la de *hacer uso* y no emplee otra expresión distinta para designarla, como la de *usar*, daría razón a la restricción; por consiguiente, la conducta de quien estando jurídicamente obligado a impedir el uso del documento falso, pudiendo hacerlo y, por supuesto, estando en conocimiento de la falsedad, no lo hace, quedará comprendida en otros delitos (v.gr., en delitos contra la Administración), pero no en el que nos ocupa.

Hemos hecho notar que el uso reclama el empleo del documento según su destino específico, lo cual importa hacerlo valer invo-

cando su eficacia jurídica y que ello no necesariamente requiere la presentación a la autoridad llamada a reconocer esa eficacia, sino que bastará la que se haga a cualquier tercero sobre quien pueda ella incidir; de tal modo, tanto usará el documento quien lo haga valer judicialmente, como quien lo invoque ante el particular afectado presentándoselo, como quien realice cualquier otro acto jurídico para el cual el documento es reconocido como valioso (protestarlo, ponerlo en circulación si se trata de un título valor, etcétera).

§ 2383. *Requerimiento de resultado.* – De lo dicho precedentemente se deduce sin esfuerzo que la posibilidad de perjuicio –o el perjuicio efectivo cuando se trate de un certificado médico en el supuesto del párr. 1º del art. 295– también es requisito de la tipicidad, aunque no esté taxativamente enunciado en el art. 296. Esto lo reconoce la doctrina en forma mayoritaria.

Tenemos que insistir en que la noción precisa del perjuicio o de su peligro exige su inserción en el *uso*, lo cual proviene de los principios generales que rigen las falsedades documentales en nuestro sistema penal, en conjunción con lo que dogmáticamente impone el concepto de *hacer uso*. En resumen, el peligro de perjuicio o el perjuicio tienen que provenir del modo como se utilice el documento o certificado, ya que si se los usa de un modo que no es el que puede originarlos, tales resultados no serían atribuibles a la conducta del autor, con lo cual se quebraría la hilación conducta-resultado que configura la acción típica.

§ 2384. *El documento falso como objeto instrumental del delito.* – La circunstancia de que el tipo refiera al uso de un *documento* o *certificado falso* o *adulterado* y a esa conducta la considere punible en la misma medida que la autoría de los delitos anteriores, no importa la exigencia de la preexistencia de tales delitos; es suficiente que el documento usado sea uno de los que son objeto de tales delitos y posea carácter de falso; es decir, se tiene que usar un documento o certificado material (art. 292) o ideológicamente (arts. 293 y 245) falso o adulterado y, aunque esa falsificación no haya constituido delito en sí misma, el uso del documento en las circunstancias típicas no dejará de serlo; lo cual, por otra parte, indica que, a los fines de la delictuosidad, nada importará la no aplicación de la ley argentina a los hechos de falsificación preexistente.

Requerirse que lo usado sea un documento falso o adulterado, surge como consecuencia de que aunque no sea necesaria la delictuosidad de la conducta del falsificador para que el uso sea punible según el art. 296, *sí es necesario que el documento sea falso y no* simplemente erróneo; recordemos que el error es incompatible con lo falso; ése y no otro es el motivo por el cual el uso del documento inexacto, pero no falso –con conocimiento de la inexactitud por parte del agente–, no constituye el delito del art. 296, aunque puede quedar integrado en tipos de títulos distintos.

Casi está de más aclarar, como lo hemos hecho al referirnos a la falsedad por supresión, que no obstante la posterior entrada en vigencia de las leyes 20.642 y 21.766, las penas aplicables cuando se trate del uso de los documentos enunciados en los párrs. 2° y 3° del art. 292 son las establecidas, para sus falsificaciones, en dicho artículo y en el art. 293.

§ 2385. *Uso falso de documento verdadero.* – La clara mención del tipo del uso del documento falso deja expresamente fuera de aquél el uso falso (engañoso) de un documento verdadero que, en su caso, resultará punible según los delitos para cuya perpetración se lo haya empleado como medio (estafa, usurpación de títulos, etcétera).

§ 2386. *Consumación.* – El delito se consuma con la utilización propia del documento falso de modo que pueda causar perjuicio, salvo cuando se trate de un falso certificado médico en los casos del párr. 1° del art. 295, donde la consumación ocurrirá cuando se haya producido el daño, ya que no parece congruente punir al autor de la falsificación cuando el perjuicio se da y a quien lo usa por la sola posibilidad de perjuicio.

§ 2387. *Tentativa.* – Niega la doctrina que la tentativa sea admisible, lo que es exacto, no tanto por tratarse de un delito de peligro –principio cuya inexactitud como regla general se puso de manifiesto–, ni porque el intento de hacer valer el documento importe su uso, sino porque la consumación queda de tal modo confundida con la conducta típica, que discriminar un acto ejecutivo que no haya alcanzado consumación de lo que puede ser un acto meramente preparatorio, es prácticamente imposible.

§ 2388. *Mera invocación de documento falso.* – Como lo que produce la consumación es el uso del documento falso, su mera invocación no pasa de ser un acto preparatorio impune respecto del art. 296, sin perjuicio de que integre el *iter criminis* de algún otro delito (como puede ser una tentativa de estafa u otra defraudación específica).

§ 2389. *Culpabilidad.* – El dolo típico requiere el conocimiento cierto de la falsedad del documento o certificado y la voluntad de utilizarlo como tal según su finalidad probatoria. No es, pues, compatible con el delito el dolo eventual; sólo el directo opera en él.

§ 2390. *Autoría y participación.* – No tratándose de un delito propio, rigen prácticamente todas la reglas generales que regulan la autoría, y tampoco se dan obstáculos respecto de los que lo hacen con la participación. Las complejidades que el delito puede presentar en este tema, radican en los casos en que el uso del documento falso vendría a constituir el agotamiento de una previa falsificación cometida por el mismo sujeto que usa el documento, como veremos a continuación.

§ 2391. *Confluencia de figuras. Autoría de falsificación y uso de documento falso.* – El principio general que aquí se ha dado por reconocido es que el tipo del art. 296 no contempla la conducta de quien falsificó y después usa el documento falsificado; por lo tanto, se da una situación de concurso aparente. Las distintas figuras de falsificación documental y la de uso de documento falso se excluyen entre sí cuando están constituidas por conductas del mismo sujeto; cuando ha sido el uso del documento falsificado el que crea el peligro o irroga el perjuicio propio del tipo de la falsificación antes realizada, vendría a ser una grosera vulneración del *ne bis in idem* castigar aquel uso aplicándose dos figuras distintas.

Pero la cuestión no se presenta con luz tan meridiana en los casos en que la previa falsificación es ideológica o material de documentos públicos, en que la consumación de los delitos de los arts. 293 y 292 no depende, como vimos, del uso del documento público falsificado. Lo que entonces ocurre es que si el uso no es un factor necesario de consumación, no queda excluido tampoco de ella: el

uso no hace más que *continuar* la consumación y, por consiguiente, la solución no puede ser distinta.

Queda, pues, fuera de discusión, que el autor de falsificación que a la vez usa el documento, no puede ser castigado al mismo tiempo por aquella falsificación y por este uso; únicamente puede serlo por el primer delito.

§ 2392. *PARTICIPACIÓN EN LA PREVIA FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTO FALSO.* – Resuelta la cuestión del autor de la falsificación que usa el documento que ha falsificado, queda por ver la situación –más complicada– de quienes, habiendo participado en la falsificación en otro carácter que el de autor, usan después el documento falso. El tema, que ya ha sido objeto de nuestra atención al comentar los arts. 292 y 293, tiene que ser completado; y al introducirnos en él debemos considerar que el art. 296 vendría a penalizar autónomamente una forma de *complicidad* en los delitos anteriores; esta punibilidad autónoma desplazaría en tales hipótesis las reglas generales de la punibilidad de la participación, por lo menos hasta abarcar la complicidad necesaria, excluyendo, por consiguiente, la posibilidad de concurso entre las figuras de participación en la falsificación y la de uso de documento falso; de acuerdo con ello puede decirse que el art. 296 sanciona el uso del documento falso de quien no ha participado previamente en su falsificación.

Pero el problema reside en el del cómplice secundario que prestó cualquier cooperación en la falsificación (p.ej., facilitar un elemento común para perpetrarla) y después, de modo totalmente independiente respecto de la actividad del autor de aquélla con quien cooperó, utiliza por sí mismo el documento falso. En tal caso, si se trata de un documento privado, es él quien consuma la falsificación en cuya materialidad intervino; pasa a ejecutar el hecho, convirtiéndose en autor de la falsificación, excluyendo la autoría punible de aquel con quien cooperó (comete el delito aprovechando por su cuenta el medio instrumental que otro preparó y a cuyo procedimiento no fue ajeno); y si en el uso ha obrado en connivencia con el autor, estaremos ante un supuesto de coautoría; en ambos casos son aplicables las reglas propuestas en el parágrafo anterior. Si se trata de un documento público cuya falsificación ya ha quedado consumada, ocurre lo mismo que con la conducta del auxiliador *subsequens*: ya se trate de ella o de una actividad marginada del plan de-

lictivo del autor, el usador cometerá el delito del art. 296, cuya pena se le aplicará.

§ 2393. *Concurrencia del uso de documentos falsos con otros delitos.* – Se admite que el uso de documentos privados falsificados concurre idealmente con el delito que sea perpetrado mediante su empleo, y aunque los tratadistas exponen su renuencia a esa solución cuando el documento falso sea público, algunos parecen aceptarla también en ese caso.

Aunque por nuestra parte participamos del criterio que reconoce la concurrencia de las distintas falsificaciones con delitos de fraude (en forma ideal cuando se trata de documentos privados y real cuando de públicos), no creemos que la solución pueda ser igualmente viable con referencia al delito que nos ocupa, ya que si la falsificación es imaginable como conducta dogmáticamente autónoma –aunque forme unidad de hecho con el fraude cuando haya recaído sobre documentos privados– y como tal puede funcionar como base de concurso de delitos, en el uso de documentos falsificados la misma conducta se compenetra con la actividad fraudulenta, que no sólo constituye un mismo hecho, sino que no puede configurarse más que a través de un único tipo; hay consumación del fraude cuya particular estrictez y calidad desplaza a la figura de uso de documento falsificado.

VI. Documentos equiparados a instrumentos públicos

§ 2394. *Texto legal.* – Dispone el art. 297 del Cód. Penal: "Para los efectos de este capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el art. 285". Texto según ley 24.410 que introdujo –indebidamente– a los certificados de parto o de nacimiento.

§ 2395. *Sentido de la equiparación.* – La doctrina apoya el criterio de que la equiparación contenida en el art. 297 lo es exclusivamente a los fines de la pena; sólo pretende otorgar a los docu-

mentos que se mencionan una protección más intensa por su carácter y por la función que desempeñan en el tráfico jurídico, pero de ningún modo se trata de convertirlos en documentos públicos. La ley penal *no constituye* documentos públicos, cuya designación sigue correspondiendo a la ley extrapenal. Esto no es aplicable a los certificados de parto o de nacimiento, equiparados a documentos públicos por el párr. 3º del art. 292, según ley 24.410; su inclusión en este artículo no resulta explicable.

§ 2396. *Consecuencias en cuanto a las falsedades comprendidas.* – La circunstancia de que los documentos enunciados no pierdan, a raíz de su inclusión en el art. 297, el carácter de privados, indica que la posible remisión a los tipos anteriores se refiere a la falsificación material y a la falsedad por supresión, pero no se puede concretar respecto de la ideológica, que sólo puede recaer sobre documentos públicos (salvo excepciones).

§ 2397. *Consecuencias en cuanto a la consumación del delito.* – La circunstancia de que los documentos en cuestión no cambien su carácter de privados a causa de la equiparación del art. 297, nos lleva a considerar que la consumación de sus falsificaciones materiales se da en los mismos términos que en el art. 292: con la utilización del documento según su destino. Esto es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. La presentación del testamento falso para su reconocimiento, o la puesta en circulación del título del crédito, los momentos consumativos que, como se ve en el caso citado, nada tienen que ver con el momento de la emisión del documento.

§ 2398. *Objetos comprendidos. Carácter limitativo de la enunciación legal.* – La enunciación de la ley es taxativa; la equiparación sólo se tiene que considerar respecto de los documentos expresamente indicados, quedando excluidos todos aquellos que, aun siendo de características similares, no se mencionan. Veamos los problemas específicos que pueden plantear algunos de los documentos comprendidos en el art. 297.

§ 2399. *Testamentos.* – Las dos especies contempladas en la norma son los ológrafos y los cerrados, pues ambos implican la redacción del testamento al margen de un acto oficial de fe pública,

constituyéndose así en documentos privados. El ológrafo es el escrito con caracteres alfabéticos en cualquier idioma, fechado y firmado todo por mano del testador (arts. 2639 y 3641, Cód. Civil); el cerrado es el firmado por el testador en pliego que se entrega a un escribano público con expresa manifestación de que contiene el testamento, debiéndose corroborar el acto por cinco testigos intervinientes en él (art. 3666, Cód. Civil). Cuando el testamento cerrado no valiese como tal por defecto de alguna de las formas prescriptas por la ley, podrá valer como ológrafo si llena sus requisitos (art. 3670, Cód. Civil), con lo cual, en ese caso, igualmente procede la equiparación del art. 297.

Es indiferente que la conducta falsificadora (el hacer total o parcialmente el documento o adulterar el verdadero) se lleve a cabo antes o después del fallecimiento del causante; pero, como vimos, la consumación delictiva no se da sino en el momento en que se utiliza el testamento, pues sólo a partir de entonces se abre camino la posibilidad de perjuicio según los recaudos típicos. Cuando se esté ante una falsedad por supresión, aunque se apliquen los principios generales, si se trata de una supresión necesariamente impeditiva del uso realizada en vida del causante, no se podrá considerar consumado el delito hasta que haya ocurrido su fallecimiento, ya que sólo entonces surgirá la posibilidad de perjuicio.

§ 2400. *El cheque como objeto de los delitos de falsedades documentales.* – Al comentar el art. 285 ya nos hemos referido a la cuestión relativa a que los cheques se consideran comprendidos en el art. 297. Examinamos aquí algunos problemas particulares que pueden presentar las falsedades documentales.

La adulteración de un cheque que está completo, reuniendo la totalidad de sus enunciados, cabe sin duda alguna en la falsedad material del art. 292, y le es aplicable la pena correspondiente a la falsificación de documentos públicos en función de la equiparación del art. 297. En esto está conforme la doctrina. Los supuestos que plantean dudas se refieren a las falsificaciones constituidas por un hacer total o parcial del título.

Con relación al hacer parcial, se examina la cuestión de los cheques que han sido expedidos por el librador dejando espacios en blanco donde deben insertarse requisitos documentales exigidos por la ley (como la fecha o la cantidad). En el plenario "Arranz", la

Cámara Criminal y Correccional de la Capital resolvió que configura el delito de falsificación de cheque la acción de llenar los claros (fecha y cantidad) dejados en un cheque cuya firma es auténtica. Esa solución ha sido objetada con dos razones: porque el documento con enunciados fundamentales en blanco no puede considerarse *cheque*, ya que no reúne los caracteres jurídicos que para él exige la ley; porque si se piensa que los claros en el formulario pueden ser llenados por cualquier persona, tal falsificación importaría una falsedad ideológica y el cheque, en cuanto documento privado, no es objeto apto para receptarla. Referente a lo primero, recordemos que el delito se consuma cuando el documento se usa, y si en ese momento está completo en sus enunciaciones, lo que se usa es un cheque, aunque sea falso. En cuanto a lo segundo, tengamos presente las diferencias que se dan entre el hacer el documento falso (que convierte al documento en no genuino y mentiroso) e insertar o hacer insertar declaraciones falsas (donde la falsedad convierte al documento en mentiroso sin quitarle su genuinidad); por tanto, quien *inserta* declaraciones falsas en un cheque, lo *hace* vulnerando su genuinidad, por lo cual no se trata de una falsedad ideológica, sino material, a la cual, claro está, tendrán que aplicarse las reglas que hemos visto al tratar de documentos *con blancos*.

Las objeciones que acabamos de evaluar apoyan, con mayor razón –para quienes sostienen la opinión criticada–, el rechazo de la posibilidad de que ingrese en el art. 292 por la vía del art. 297 el supuesto de creación artificiosa (el hacer en su totalidad) de un cheque; a su respecto son válidos los reparos que formulamos.

§ 2401. *Falsificación de endosos.* – Aunque el tema se ha planteado específicamente con referencia a los cheques, se extiende a los demás títulos transmisibles por endoso.

En realidad parece un principio perfectamente admisible como punto de partida, considerar que el cheque existe una vez llenados todos sus requisitos para ser librado como tal, con absoluta independencia de los endosos, que son medios o procedimientos de transmisión; por consiguiente, si lo falsificado es un endoso, no se habrá falsificado el cheque, y tal falsificación no cabrá en los tipos de los arts. 282 y 285.

En nuestra opinión, la cuestión sólo podría plantearse respecto de los cheques oficiales.

Considerando esta circunstancia (la oficialidad del cheque está inserta en sus enunciaciones originales) y la equiparación a la moneda del art. 285, creemos que las formas de autenticidad atacable, tratándose de un cheque oficial, son las del cheque original; el endoso no integra esas formas y de ahí que tengan razón los numerosos fallos que han excluido su falsificación de los tipos del Capítulo I del Título XII del Código Penal.

Ahora bien, sin duda que la falsificación del endoso de un cheque es falsificación de documento, pues aquél lo constituye, expresando el tenor de un otorgante (su voluntad de transferirlo, depositarlo, cobrarlo); pero ella ¿es simplemente una falsificación de documento privado, encuadrable sólo en el art. 292, o una falsificación de documento equiparado a público, que permite la aplicación del art. 297?

En lo que a nuestra opinión se refiere, creemos que no podemos emplear aquí la misma argumentación con que rechazamos la inclusión de la falsificación de endoso como falsificación de cheque equiparado a moneda, dadas las diferencias de los tipos.

Tenemos que dejar antes perfectamente aclarado que quien no hace más que sumar a una falsificación del cheque en sus elementos originales de libramiento, la falsificación de un endoso para ponerlo en circulación, cae, sin duda alguna, en la equiparación del art. 297. Pero cuando lo que se falsifica es un endoso en un cheque verdadero, no es el cheque lo que se falsifica, cuyo tenor para nada se afecta; lo que se afecta es el tenor del endoso. Por lo tanto, la falsificación de endosos de un cheque que permanece genuino y verdadero en sus elementos de libramiento, no permite la aplicación de la equiparación del art. 297 y sólo admite la pena del art. 292 como falsificación de documento privado.

§ 2402. *FALSIFICACIÓN Y LIBRAMIENTO DE CHEQUE EN FORMULARIO AJENO.* – Una cuestión que ha sido motivo de arduo debate es determinar cuándo el libramiento de un cheque en formulario ajeno constituye el delito previsto por el inc. 4° del art. 302 del Cód. Penal y cuándo se trata de una falsificación del art. 292 en relación con el art. 297.

En cuanto a las conductas que el agente puede asumir, se dan tres posibilidades: que libre el cheque con su propia firma, que lo libre *imitando* la firma del cuentacorrentista a quien pertenece el

formulario, o que lo libre con una firma imaginaria o de persona desconocida.

El caso de quien libra un cheque en formulario ajeno con su propia firma es el específico del art. 302, inc. 4°, y, por tanto, tiene que ser descartado del debate. Respecto de los otros, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia se pronuncia reconociendo como falsificación de cheque únicamente aquel en que el agente imita la firma del titular de la cuenta, dejando en el art. 302, inc. 4°, la actividad de insertar en el formulario ajeno una firma imaginaria o de persona desconocida para el banco girado. Sin perjuicio de acudir a otros argumentos de orden más general, Borinsky señala como factor de distinción, en apoyo de esta tesis, el origen del perjuicio en uno y otro caso, ya que, cuando se trata de una firma imitativa, el perjuicio que puede seguirse del pago del cheque proviene de la misma falsificación, en tanto que cuando la firma es imaginaria o desconocida, el pago procede del error del girado y, por tanto, sólo podría configurar una figura de estafa; sin embargo, hay que tener en cuenta que también en aquel supuesto el pago se origina en el error suscitado por la falsedad, con lo cual el argumento no es definitorio. En el fondo de esta opinión gravita el concepto restringido de *imitatio*, que hemos criticado al hablar de la falsedad material, y que fue rechazado en el plenario "Horowitz", de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital.

Las razones que allí se adujeron, sumadas a lo discutible de los argumentos que apoyan el pensamiento precedentemente expuesto, abonan la interpretación que hace penetrar en los delitos de falsedades documentales los libramientos con firma imaginaria o desconocida, dejando en el art. 302, inc. 4°, únicamente el libramiento en formulario ajeno con firma propia, ya que ésa es la única conducta –de las enunciadas– que puede considerarse de *libramiento*, en cuanto actividad de libranza de la orden constituida por el cheque, tenor que no se da cuando el que hace el cheque no aparece *librándolo* con su firma; el cheque signado con firma imaginaria o desconocida para el banco podrá ser un cheque que se ha *entregado*, pero no que ha sido *librado* por quien insertó esos caracteres, al menos en el sentido jurídico de actividad de quien da la orden de pago, que es el que se asume en el tipo del inc. 4° del art. 302: aquél no es más que un *cheque falsificado*. En el § 2489 resumimos esta doctrina.

§ 2403. *LETRAS DE CAMBIO.* – La letra de cambio, en cuanto promesa incondicionada de pagar al librador o a su orden una suma determinada en un plazo dado o ante su presentación (arts. 1° y 2°, decr. ley 5965/63, ratificado por ley 16.478), participa de muchos de los problemas que se han planteado con relación al libramiento y la circulación de los cheques.

También aquí ha sido motivo de debate la admisibilidad de la equiparación en las distintas modalidades de la falsificación; si se la reconoce en los casos de creación total del documento y adulteración de uno verdadero que reunía originalmente todos los requisitos indicados por la ley, se la ha rechazado respecto de hacer parcialmente la letra completando requisitos no insertados por el librador (dejados en blanco), y de la adulteración del documento originalmente no completo, pues entonces –se dice– no se trataría de la falsificación de una *letra de cambio*, cuya existencia jurídica requiere que obren en ella la totalidad de las enunciaciones prescriptas por la ley (el mismo art. 2° citado declara que "el título al cual le falte alguno de los requisitos enumerados en el artículo precedente *no es letra de cambio*"); se indica, además, que el resguardo del patrimonio que puede verse perjudicado por alteraciones del texto, ya está contemplado en el art. 88 del decr. ley 5965/63 y las alteraciones ilícitas "no tienen por qué afectar necesariamente la fe pública" (Baigún - Tozzini).

Lo que hemos dicho al hablar de los cheques para rechazar el primero de esos argumentos, puede repetirse acerca de la letra de cambio. En cuanto al segundo, si bien ello no tiene por qué ocurrir *necesariamente*, cuando la alteración ilícita del documento afecte la fe pública, no se puede descartar la aplicación de la norma de equivalencia, menos todavía invocando las consecuencias (de índole *privada*) que la ley comercial señala como efectos de las alteraciones introducidas en la letra.

§ 2404. *TÍTULOS DE CRÉDITO TRANSMISIBLES POR ENDOSO O AL PORTADOR.* – Además de los vales o pagarés (art. 101 y ss., decr. ley 5965/63), quedan comprendidos todos los documentos con esas características de transmisibilidad y circulación, en tanto se trate de los emitidos por entidades que carezcan de carácter público, ya que los que proceden de dichas entidades están comprendidos en la equiparación del art. 285.

Especialmente se consideran integrados en el art. 297 los llamados giros bancarios, postales o telegráficos –que sin constituir letras de cambio por no reunir sus características, son constancias de depósitos cobrables en otras plazas, generalmente por personas nominadas– que no están incluidos en la equiparación del art. 285.

VII. PUNIBILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 2405. *EL TEXTO LEGAL.* – Dispone el art. 298 del Cód. Penal: "Cuando alguno de los delitos previstos en este capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena".

§ 2406. *CARÁCTER DE LA NORMA. SUJETOS COMPRENDIDOS.* – Pese a que la disposición describe una particular modalidad de comisión (el abuso funcional), trátase de una agravante que se hace extensible a todos los delitos del capítulo.

En cuanto a los sujetos comprendidos, en principio, será menester recurrir a la norma interpretativa del art. 77, párr. 4°, del Cód. Penal; pero ya sabemos que ella se refiere específicamente al funcionario público propiamente dicho (o sea al que actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados), no comprendiendo al empleado (es decir, al que no actúa con esa delegación); sin embargo, muchas veces la ley penal, al mencionar a los *funcionarios*, comprende ambas categorías, lo cual se infiere de las formas de la tipicidad de que se trate, de los bienes jurídicos protegidos, de las modalidades de dicha protección, etc.; con todo, parece que aquí esa extensión es impracticable, porque la ley no sólo se refiere al funcionario, sino también al *abuso de la función*, y el único que puede abusar de la función es quien la ejerce, es decir, el funcionario propiamente dicho; hubiese sido diferente si la norma mencionase el *abuso del cargo* –como ocurre en el art. 291– que sí nos permite comprender ambas categorías. En conclusión, en el artículo que comentamos sólo podemos considerar como sujetos afectados los funcionarios públicos en sentido propio, no teniendo ese carácter los empleados. Éstos, de haber co-

metido los delitos de falsedades documentales con abuso en el ejercicio de su cargo, podrán hacerse pasibles de la pena especial de inhabilitación dentro de las limitaciones del art. 20 *bis*, mas no de la de inhabilitación absoluta prevista por el art. 298, "por doble tiempo del de la condena".

§ 2407. *Situación de los escribanos públicos.* – Sin duda alguna, los escribanos públicos cumplen una función del Estado (precisamente la que atañe al otorgamiento de la fe pública), participando de ella: ¿cabe, por tanto, incluirlos en el art. 298? La respuesta que podemos extraer de la interpretación sistemática de la norma –especialmente en cuanto remitida al párr. 4° del art. 77–, parece que debe ser negativa; se requeriría en el partícipe de la función pública una relación administrativa que, en su desempeño, lo haga encuadrarse dentro de la estructura jerárquica de los poderes del Estado; así surge especialmente del art. 77 por su referencia a las hipótesis de nombramiento o elección popular con que comienza dicha relación. Eso no se da en el escribano público que, si bien participa de una función estatal, lo hace como profesional que, administrativamente, el Estado se limita a habilitar (no a nombrar) y a controlar, pero que no está incorporado a la estructura de la Administración.

Los escribanos públicos, por tanto, quedarían fuera del art. 298 y sólo se les podrá aplicar la inhabilitación especial prevista por el art. 20 *bis* en los términos de su inc. 3°.

§ 2408. *Requisito de aplicación de la inhabilitación prevista por el artículo 298: el abuso funcional.* – No basta el carácter de funcionario público para que sea procedente la inhabilitación, sino que es imprescindible la incidencia de la relación funcional en la falsificación bajo la forma de abuso de la función: ésta tiene que haber facilitado al agente el medio o haberle dado ocasión para cometer el delito.

Lo que en realidad nos dice la referencia de la ley al *abuso de la función* es que la situación de falsificación debe provenir de aquélla. Por tanto, no es suficiente para aplicar el art. 298 que tal situación esté constituida por un facilitamiento o una ocasión otorgados por el desempeño de una labor de colaboración en la función que no implique una participación en ella; en otras palabras: el art.

298 requiere la competencia del funcionario en las funciones de creación, control, registración, custodia u otro modo de manejo del documento falsificado. Por ello, no entran en la disposición los casos en que la situación de ilicitud es producida por una función extraña a dicha competencia, o por el desempeño de un cargo que no implica la función (p.ej., el de ordenanza del juzgado); tales casos, compatibles con la punibilidad especial del art. 291, no lo son para la del art. 298.

VIII. FALSEDADES RELACIONADAS CON FACTURAS DE CRÉDITO

§ 2409. *TEXTO LEGAL.* – El art. 298 *bis* del Cód. Penal –según ley 24.064– disponía que "quienes expidan, acepten o endosen facturas conformadas que no correspondan total o parcialmente a compraventas realmente realizadas, incurrirán en la pena prevista en el art. 293 de este Código". El actual art. 298 *bis* –según ley 24.760– dice: "Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el art. 293 del Cód. Penal. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado".

§ 2410. *LA NOMENCLATURA LEGAL.* – El decr. ley 6601/63 –ratificado por ley 16.478– incorporó al Código Penal la disposición contenida en su art. 3°, ordenando que se intercalara a continuación del art. 298 de aquél, pero sin otorgarle numeración identificatoria dentro del cuerpo legal. Ha sido el texto ordenado publicado por decreto del Poder Ejecutivo 3992/84 –que incorporó al Código todas las leyes modificatorias dictadas hasta el momento de su aparición–, el que nominó el artículo, designándolo como 298 *bis*. La fórmula primitiva del decr. ley 6601/63 traía una segunda cláusula que punía con igual pena al "vendedor que asentare una factura de esa clase en el libro de registro de factura conformada", disposición derogada

por la ley 24.064, en tanto –como vimos– el párrafo que conservó vigencia según ésta, fue reformado por la ley 24.760, sin perjuicio de que, a su vez, puedan distinguirse allí dos párrafos separados por punto aparte.

§ 2411. *El documento objeto de los delitos.* – No se necesita insistir en que la factura de crédito, aunque guarda similitudes con la conformada del régimen anterior, especialmente con sus características cartulares, inicialmente se diferencia de ella por los contratos que abarca. La conformada sólo se refería al contrato de compraventa, la de crédito incluye las distintas formas de locación.

§ 2412. *Los delitos previstos como figuras de falsedad ideológica.* – Estamos en presencia de un documento privado al que la ley ha querido otorgar mayor protección por la función que está llamado a cumplir. Admite su falsificación por la vía de la falsedad ideológica.

Sin embargo, esta doctrina ha sido desechada por algunos tratadistas. Apoyándose en que la falsedad ideológica *solamente puede ser realizada sobre instrumentos públicos*, piensan que lo único que ha hecho el art. 298 *bis* ha sido equiparar la factura conformada a los documentos públicos *a los fines de la pena* (es decir, otorgándole el mismo efecto que el art. 297); por consiguiente, todo lo relativo al tipo, consumación, etc., se regiría por los principios aplicables a la falsificación de documentos privados, la cual sólo puede ser material (Vázquez Iruzubieta).

Sostenemos que este pensamiento es inaceptable; en primer lugar, porque no es verdad que la falsedad ideológica se reduzca a los documentos públicos, puesto que por vía de una tipicidad expresa, la ley puede extenderla a los documentos privados, como lo ha hecho en el art. 295; en segundo lugar, si únicamente la ley pretendiese formular una equiparación igual a la del art. 297, no hubiera habido necesidad de consagrar una norma específica, ya que la factura de crédito es un título transmisible por endoso; en tercer lugar y, fundamentalmente, la descripción de la conducta típica no deja lugar a dudas: lo que se enuncia es una falsedad ideológica, una *mentira*, que se introduce formalmente en el documento genuino (Laje Anaya).

En consecuencia, es lógico concluir que la falsedad material de la factura de crédito queda comprendida en el art. 292 (no en el que comentamos), pero se le aplica la punibilidad de la falsificación de documentos públicos, porque, tratándose de un título de crédito transmisible por endoso no comprendido en el art. 285, es procedente la equiparación del art. 297.

Lo dicho vale para el tipo contemplado en el párr. 1° del nuevo art. 298 *bis*. El del párr. 2° plantea dudas, como luego veremos.

§ 2413. *Ataque al bien jurídico protegido.* – El bien jurídico protegido por la prohibición de la ley contenida en el párr. 1° del art. 298 *bis* es la fe pública. No se debe olvidar que se trata de un título circulatorio, que puede irrogar perjuicio a terceros extraños a la relación jurídica que crearía la factura.

El tipo del párr. 2° –como lo acabamos de indicar– suscita serias dudas. Por su construcción parece estar más cerca de un delito contra la propiedad que contra la fe pública, lo cual puede variar sus requisitos de punibilidad, sin perjuicio de los reparos constitucionales (prisión por deudas) en que alguno podría insistir.

A) Expedición o aceptación de facturas de crédito falsas

§ 2414. *Conductas típicas.* – Son las descriptas en el art. 298 *bis*, párr. 1°. *Emite* la factura quien la da, detallando alguno de los actos enunciados en el nuevo Capítulo XV del Título X del Libro II del Cód. de Comercio (según el art. 2°, ley 24.760). La *acepta* quien se obliga –como parte del contrato– de conformidad a lo estipulado en ella.

No deja de llamar la atención la exclusión del tipo del *endoso* de factura *falsa*, cuando la circulatoriedad del título es esencial para que cumpla los objetivos que se propuso el legislador.

§ 2415. *Requisitos del objeto del delito.* – La omisón o aceptación deben serlo de una factura de crédito, o sea, que contenga las enunciaciones expresamente requeridas por la ley comercial: si ha sido expedido sin esas formalidades, carecerá del carácter de

factura de crédito y, por tanto, las acciones quedarán marginadas del tipo.

Sin embargo, la factura *de crédito* incompleta puede ser hecha valer como documento acreditador de una circunstancia histórica (la venta realizada) y, como tal, su falsa confección introducirse en el art. 292; pero, en ese caso, la falsa confección total por parte del comerciante que la emite no constituiría aquel delito. No se trataría de una falsedad material, sino ideológica, y entonces sí se daría el obstáculo del carácter privado del documento; al estar incompleta y no convertirse en documento circulatorio, desaparecería la posibilidad de ataque al bien jurídico protegido y, por fin, el tenor no sería falso para un documento privado, aunque fuese ideológicamente mentiroso, pues procedería del sujeto que lo otorga; ello así sin perjuicio de su empleo para cometer otros delitos.

De más está decir que en los casos en que efectivamente medie una falsificación material punible de factura de crédito, el aceptante y el endosante pueden ingresar en el delito dentro de los límites de la participación, según veremos más adelante.

§ 2416. *La posibilidad de perjuicio.* – Aunque, a diferencia de lo que ocurre en otros tipos de falsedad documental, no se reclama en el que nos ocupa la posibilidad de perjuicio como eventual resultado de la falsificación, no parece que ese principio de las falsedades documentales pueda ser excluido para él.

§ 2417. *Consumación y tentativa.* – Pero lo que ocurre –y en eso tiene razón Núñez– es que el hecho se consuma con la realización de las acciones, porque éstas no son simplemente las de falsificar, sino las de emitir o aceptar la falsa factura, y ellas implican, por sí, el uso del documento (con lo cual aquel momento de consumación se torna congruente con el carácter privado del documento). Tanto el que emite la factura, como el que la acepta, la *usan* de acuerdo con su finalidad. Por eso, sin contradicción alguna, podemos decir que nos encontramos con una falsedad ideológica que no recae sobre documentos públicos y que se consuma con el uso del documento falso por expresa exigencia del tipo.

Por ello, la tentativa es inadmisible: todo acto anterior al de la expedición (p.ej., el de confeccionar el documento) o aceptación

(v.gr., recibirlo materialmente) es meramente preparatorio; cuando ellos se han realizado, ya está el delito consumado: el paso del principio de ejecución sin consumación queda eliminado.

§ 2418. *Culpabilidad.* – El delito requiere el dolo directo que se funda en el conocimiento, por parte del autor, del carácter simulado de la operación representada por la factura de crédito y se configura en la voluntad de realizar las acciones típicas, pese a ese conocimiento.

El reconocimiento implica aquí certeza; según los criterios que informan las falsedades documentales, no basta la duda. Dicho conocimiento tiene que existir para el expendedor y el aceptante en el momento en que realizan los actos típicos.

§ 2419. *Confluencia de figuras. Concurso con figuras defraudatorias.* – Normalmente, la factura de crédito falsa se empleará para *estafar*. Cuando la conducta propia de una figura defraudatoria se haya llevado a cabo –constituyendo un delito consumado, o haya quedado en el grado de tentativa–, funcionará en concurso con cualquiera de las descriptas por el art. 298 *bis*. Aunque se trata de una falsedad ideológica, hemos visto que la consumación se da con la actividad de empleo de la factura; por tanto, si dicha actividad implica, a la vez, lo que es conducta propia del procedimiento estafatorio, estaremos ante una hipótesis de concurso ideal.

B) Incumplimiento de la obligación asumida según la factura de crédito

§ 2420. *El delito previsto.* – Decíamos que en el art. 298 *bis* podíamos distinguir dos párrafos; el segundo pune (con la misma pena) "a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando ya el servicio hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado". La no aceptación se encuentra justificada en las hipótesis expresamente previstas por la ley (Cap. XV, Tít. X, Libro II, Cód. de Comercio, según art. 2°, ley 24.760). Hemos visto, precedentemente, las dudas que nos plantea este tipo penal.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS PRECEDENTES

§ 2421. *LA FABRICACIÓN, INTRODUCCIÓN O TENENCIA DE INSTRUMENTOS PARA FALSIFICAR.* – A pesar de la pluralidad a la que alude el título de esta parte, en realidad se trata de una única disposición común, que consiste en un particular tipo penal como el epígrafe muestra, al sancionar a quienes fabriquen, introduzcan en el país o conserven en su poder instrumentos destinados a falsificar.

§ 2422. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 299 del Cód. Penal castiga con prisión de un mes a un año, al que "fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este título".

El Capítulo IV del Título XII del Código Penal, pese a la denominación de su rubro, no contiene disposiciones que –como en algunos otros lugares del cuerpo legal– introduzcan modos o formas o punibilidades particulares de los delitos comprendidos en los capítulos I, II y III del Título; trae un especial tipo penal, que se une con referencia a aquéllos, porque las conductas descriptas por él aparecen como sus actos preparatorios punibles, constituyendo una de las escasísimas excepciones al principio de impunidad de dichos actos en la legislación argentina.

§ 2423. *CONDUCTAS TÍPICAS.* – El tipo prevé distintas conductas punibles; por tanto, se lo señala como un tipo de formulación complejo-alternativa, en el cual, si bien cada una de las acciones autónomamente consideradas es suficiente para consumar el delito, la perpetración conjunta de varias de ellas no multiplica la delictuosidad: quien fabrica el objeto comete ya el delito, pero el que lo fabrica y lo conserva en su poder, comete un delito único; lo mismo ocurre con quien lo introduce en el país y después lo conserva.

Fabrica el que construye, hace, confecciona, elabora el objeto típico. Asume la conducta típica tanto quien crea el objeto a partir

de distintos materiales como el que modifica un objeto ya existente para que sirva a los fines típicos; no es indispensable que sea una fabricación por *medios mecánicos*; no es ése el concepto estricto de la ley: cualquier medio puede ser empleado en aquélla (mezcla de tintas, variaciones químicas, etcétera).

Introduce en el país el objeto quien lo hace traspasar las fronteras desde un país extranjero. Es indiferente que lo haga él transportándolo personalmente, o lo logre mediante la intervención de terceros, que sean o no partícipes.

Conserva en su poder el objeto quien lo tiene, asumiendo dicha tenencia cierto carácter de permanencia; por tanto, no basta la simple tenencia sin el impulso anímico de prolongarla en el tiempo, aunque más no fuere que por el lapso necesario para poder llegar a emplear el objeto con la finalidad a que se lo destinaba; la tenencia *efímera* (Chiappini) –como puede ser la que se realiza en función exclusiva de transporte o de guarda esporádica– no ingresa en el tipo. Pero la respuesta subjetiva de tener la cosa *para* conservarla no importa, por sí, la exigencia de que se sepa lo que se tiene, de la finalidad de su empleo y el querer tenerla como tal, según sostiene plural doctrina; ello atañe al contenido del dolo, no es propiamente un problema de elemento subjetivo del tipo. Mucho menos es sostenible que el hecho de la *conservación* presuma la demostración de *la mala fe del autor*, sin perjuicio de que, en determinados casos, opere como prueba válida de su dolo, dadas ciertas circunstancias, lo cual es otra cosa.

Advirtamos, además, que se trata de conservar *en su poder*, es decir, teniendo la disponibilidad del objeto, puesto que de lo contrario podremos estar en presencia de otro delito, pero no se tratará del que nos ocupa, como veremos.

§ 2424. *Objetos del delito.* – Entiéndese por *materia toda sustancia que puede servir para la falsificación*, como papel, tintas, metales, etc., y por *instrumento* el *ingenio* o *máquina*, en cuanto *piezas combinadas adecuadamente* para la finalidad expresada por la ley, o la pieza única que puede aplicarse a ella.

Pero la una y el otro tienen que ser *conocidamente destinados a cometer algunas de las falsificaciones legisladas en el título*, lo cual implica una destinación objetiva de los objetos a la falsifica-

ción; no es suficiente que puedan ser utilizados para falsificar o que el agente los haya destinado a ese fin; el objeto mismo, por su propia naturaleza, tiene que ser materia o instrumento para falsificar, a cuya característica hay que agregar lo notorio de ese destino. Por tanto, un instrumento apto para falsificar, pero no conocido como tal, no queda comprendido en la enunciación del tipo. Por supuesto que tales características pueden radicar en una conjunción de materias o instrumentos que, separadamente, carezcan de ellas; las conductas realizadas respecto del conjunto no eludirán la tipicidad.

Nuestro artículo –a diferencia del Código italiano de 1930, que sólo comprende en el tipo los objetos destinados *exclusivamente* a cometer falsificaciones– proviene del Proyecto Tejedor, que lo tomó del antiguo Código español, y cataloga los objetos como los *conocidamente destinados*. Esa procedencia y las explicaciones de Pacheco sobre la ley española, han inspirado a la doctrina argentina para excluir del tipo los objetos con fines múltiples, que, además de la falsificación, pueden servir para fines lícitos (Oderigo, Gómez, Malagarriga); sin embargo, tal doctrina no coincide con una clara restricción típica: la materia o el instrumento de fines múltiples puede quedar comprendido en el tipo –y ser base del delito cuando la conducta del autor se cumple en función de su empleo falsificador– siempre y cuando su destino ilícito sea tan conocido como el lícito. Mucho menos se puede sostener que la caracterización de la ley argentina importe la exigencia de que se trate de objetos que, además de su idoneidad para ser empleados en falsificaciones, sean "más bien integrativos del equipo profesional de un falsificador" (Vázquez Iruzubieta).

Pero hay que tener en cuenta que cuando la norma introduce la mentada caracterización, no lo hace con un criterio subjetivo referente al autor, sino en todo caso acudiendo a una pauta subjetiva de *comunidad*, esto es, al conocimiento que puede estar al alcance de cualquiera, lo cual, en definitiva, es un criterio objetivo; tal *notoriedad* de la destinación no puede resolverse, por tanto, ni a base de la calidad de la persona que asume la conducta, ni por su concreto conocimiento: aunque pueda ser excepcional, una persona con antecedentes de falsificador puede conservar en su poder un instrumento *conocido por su finalidad*, pero que él concretamente no sepa para qué sirve; y esto será un problema de culpabilidad, no de tipo.

También parece exagerado –por lo menos desde el punto de vista de la tipicidad– afirmar que la ley, en la mención de la destinación de los objetos, "quiere captar un cuadro tal que sea compatible *con un proceso*", por lo cual "no bastará guardar uno o varios elementos idóneos; se necesitará que en tales casos se pueda poner en movimiento todo un proceso para alcanzar los resultados" (Laje Anaya), si es que con ello se pretende excluir del tipo la hipótesis del que, por ejemplo, conserva en su poder un único instrumento apto para insertarse en un procedimiento de falsificación, requiriendo indispensablemente que la conducta recaiga sobre una pluralidad de tales objetos.

La resonancia subjetiva que tiene la caracterización de *conocidamente destinados* de los objetos, se refiere a que ese conocimiento no puede ser patrimonio de un grupo diferenciado de personas, sino de un grupo indiferenciado, relativamente considerable dentro de la sociedad. En tal sentido no es un instrumento *conocidamente destinado* aquel respecto del cual el conocimiento de su destinación sea propio de técnicos de alta especialización; aunque esta actitud conlleva más peligro, la ley no castiga las conductas con relación a un objeto del cual el agente conoce que su destino es el de falsificar, sino la conducta que recae sobre un objeto, conocidamente destinado a falsificar, de cualquier agente que no esté al margen de ese conocimiento (siendo este último un problema de dolo, no propiamente de la objetividad de la acción típica).

§ 2425. *Consumación.* – El delito se consuma con la realización de las mismas acciones, sin que se requiera ningún resultado que pueda independizarse de ellas en la realidad. Es más, trátase de delito de simple conducta, en que el peligro para el bien jurídico se pune ya como abstracto. En dos de las formas del tipo: la de fabricar y la de introducir, aparece como delito de consumación instantánea; en la otra, la de conservar, es un delito permanente, al cual le es aplicable el art. 63 del Cód. Penal.

§ 2426. *Tentativa.* – Tanto la fabricación como la introducción al país admiten tentativa, no así la conservación. Tal solución se impone porque la fabricación y la introducción al país son conductas que pueden presentarse con secuencias ejecutivas no consumativas (el que fabrica la plancha para imprimir billetes y no la

termina a raíz de un incendio en el taller; quien trata de introducir en el país la plancha y se lo impide la policía del puesto fronterizo).

§ 2427. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter de los objetos, pero no es indispensable que las conductas se enfrenten con la voluntad de emplearlos *para falsificar*: ni esa exigencia puede ser inferida del tipo, ni la ausencia de tal finalidad en el agente ahuyenta el peligro que puede correr el bien jurídico protegido. Basta, pues, con la voluntad del autor de realizar las conductas típicas, mediando en él aquel conocimiento.

§ 2428. *El autor y las posibilidades de complicidad.* – Cualquier persona puede ser autor de este delito. La coautoría sólo es pensable en términos de realización de la conducta completa en conjunto (p.ej., que los dos socios de una empresa conserven en los talleres de ella los instrumentos o materias). Son admisibles, claro está, la autoría mediata y la instigación.

La complicidad, básicamente en su forma de no necesaria o secundaria (v.gr., quien suministra los materiales para fabricar), no es descartable respecto de las conductas de fabricar e introducir en el país; en cambio, la complicidad necesaria puede plantear algunas dificultades, reconocible respecto de la fabricación, en los casos de introducir en el país la mayor parte de ellos se resolverán preferentemente por medio de la coautoría. Pero en el tema de la conservación, las cosas no son sencillas: normalmente quien colabora con otro en la conservación de un objeto, lo conserva él mismo, pero eso no significa que se niegue la posibilidad de complicidad, lo cual ocurrirá cuando la conducta del partícipe constituya una ayuda para la conservación y no la conservación misma (v.gr., acondicionar los objetos conservados por otro en su poder), aunque aquí se plantea un especial problema de confluencia de figuras que veremos a continuación.

§ 2429. *Confluencia de figuras. Subsidiariedad del delito.* – Partiendo del carácter de actos preparatorios punibles que se asigna a las conductas típicas, la doctrina ha llegado a la conclusión de que el empleo de los objetos en una falsificación o hasta en su tentativa, absorbe la figura del art. 299.

Lógicamente, una tal conclusión puede hacernos desconfiar de lo equitativo de las penas legales, pues, por ejemplo, la pena de una tentativa de falsificación puede resultar menos grave que la que podría aplicarse por el delito que comentamos; se justificaría, por tanto, la crítica de que "es mucho más conveniente *comenzar a falsificar* que seguir teniendo los instrumentos" (Laje Anaya) que, aunque se formuló durante la vigencia de la ley 21.338 (en la que la pena de este delito era de uno a seis años de prisión), no desaparece del todo con la reforma de la ley 23.077.

Pero la consecuencia aminora su incongruencia si se admite que el desplazamiento de la figura del art. 299 se produce cuando la fabricación, introducción o conservación se suponen que tienden a la perpetración de un determinado delito de falsificación; cuando aquellas conductas operan independientemente, las razones de aplicación de las reglas del concurso aparente ceden para dar lugar a un concurso real; por ejemplo, quien introdujo en el país los objetos para cometer una determinada falsificación, y una vez perpetrada ésta los conserva en su poder, indudablemente suma al delito de falsificación el del art. 299; lo mismo ocurre con quien fabricó o introdujo el objeto o lo conserva en su poder con la finalidad de facilitarlo por precio a quien se lo requiera para falsificar, sin proponerse, inicialmente, la complicidad en una falsificación determinada. Si esa complicidad se concreta en algún momento posterior a la consumación –o dentro de la continuación de consumación– de aquellas actividades, no parece lógico sostener que el delito del art. 299 haya quedado desplazado por dicha complicidad.

CAPÍTULO V

DE LOS FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA

§ 2430. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – En estos delitos no se ataca la fe pública lesionando la veracidad de los signos de autenticidad, sino la confianza del público en el normal desenvolvimiento del tráfico comercial.

I. AGIOTAJE

§ 2431. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 300 del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a dos años distintos delitos, y entre ellos el que veremos en este apartado, regulado por el inc. 1°, que se refiere al "que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado".

§ 2432. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *producir el alza* o *la baja de precios*. La ley se refiere al precio actual vigente como término medio en un mercado, sea de carácter nacional, zonal o de determinado lugar (mercados locales). Ese resultado debe alcanzarse mediante maniobras que se introduzcan perturbadoramente en el juego normal de la oferta y la demanda. Pero no cualquier alza o baja lograda de ese modo queda incluida en la tipicidad, sino aquella en cuyo procedimiento se han utilizado los medios taxativamente enumerados por la ley, a saber:

Noticias falsas es la difusión pública de hechos falsos pasados, presentes o futuros, que tendrían influencia en el proceso productor o de comercialización de una mercadería o en el del ofrecimiento, tráfico o garantías de los títulos valores públicos o privados. La falsa noticia debe ser difundida o hecha difundir por el agente como *medio* para lograr el alza o la baja. El aprovechamiento de la noticia difundida o hecha difundir por otro, aun de la que se originó en la propia ligereza no dolosa del autor, no es típica.

Negociaciones fingidas son los negocios jurídicos simulados (total o parcialmente) que, versando sobre los objetos del delito, por su monto o las circunstancias en que se produce la simulación, resultan idóneos para influir en el juego de la oferta y la demanda, incitando la una o la otra. No lo son, por supuesto, los negocios que se fundan en una liquidación de pérdidas o ganancias sobre una determinación futura de los negocios, cuyo mecanismo es públicamente conocido y está legalmente aceptado (p.ej., mercado a término de cereales, juego de bolsa de valores).

Reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género es la fusión de firmas o convenios realizados entre quienes tienen a su disposición (como propietarios o en otro carácter, p.ej., en consignación) la mercadería o el género (que puede ser títulos valores) con la finalidad de *no vender* o de *vender a un precio determinado*. Lógicamente, estos acuerdos sólo son punibles cuando persiguen el objetivo de emplearlos como maniobras tendientes a lograr el alza o la baja de los precios.

§ 2433. *Objetos.* – Los objetos cuyos precios se procura alzar o bajar son las *mercaderías*, es decir, toda clase de objetos susceptibles de expendio, según el art. 77 del Cód. Penal; no está incluido aquí el precio de la mano de obra, ni en su forma de precio de la locación de obra, ni bajo la forma de salarios por prestaciones de servicios; los *fondos públicos*, en los que se comprenden todos los títulos representativos de valores de la renta pública, cualquiera que sea la esfera de competencia del órgano expendedor (nacional, provincial o municipal) y los *valores*, o sea los *títulos valores* emitidos por entidades particulares que pueden ser objeto de comercialización pública.

§ 2434. *Autoría.* – Aunque los dos primeros medios de los enunciados pueden ser utilizados por cualquier persona, incluso por quienes no se vayan a beneficiar con el alza o la baja de los precios, en el último sólo pueden aparecer como autores (es un delito de participación necesaria) los *principales tenedores*. Quienes sean los que poseen ese carácter es una cuestión de hecho determinable en virtud de diversas circunstancias: monto de lo que poseen, circunstancias de la actividad, modo en que puede influir la medida de su tenencia en el objetivo perseguido, etcétera. Por supuesto que el delito admite todas las formas de participación.

§ 2435. *Consumación y tentativa.* – El delito se consuma al concretarse el alza o la baja de los precios. Discute la doctrina, sin embargo, sobre la extensión de la influencia causal de la acción en dicho resultado: para algunos no es indispensable que la acción haya determinado por sí el alza o la baja, pudiendo insertarse en una situación en la que otras causas hayan producido la alteración y, entonces, tanto se consumará el delito cuando la acción haya creado

la situación de alza o de baja, como cuando haya incidido en ella empeorándola (Soler); para otros es menester que la acción constituya un factor *desencadenante* del alza o la baja (Núñez). En realidad, el tipo no exige que la maniobra sea causa exclusiva de la variación del precio, pero sí debe ser causa suficientemente determinante de esa variación por el modo en que ha operado dentro del proceso causal.

Siendo un delito de resultado es admisible la tentativa.

§ 2436. *Culpabilidad.* – El dolo exige el conocimiento del carácter de la maniobra y la voluntad de utilizarla como medio para lograr la variación de los precios. Es indiferente el motivo que haya impulsado al autor a lograr esa variación: tanto puede ser un fin de lucro como otro cualquiera. La culpabilidad típica es incompatible con el dolo eventual.

II. Ofrecimiento fraudulento de efectos

§ 2437. *El texto legal.* – El art. 300, inc. 2°, pune (con la misma pena que en el delito anterior) al "que ofreciere fondos públicos o acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas".

§ 2438. *Acción típica.* – La acción es la de *ofrecer*, lo cual implica proponer la toma, suscripción o compra del título por parte de terceros. Puesto que la ley ha colocado el tipo entre los delitos contra la fe pública, es claro que el ofrecimiento punible es el genérico, o sea el impersonal, hecho al público en general. El realizado a personas determinadas en las condiciones engañosas que se enuncian, sólo puede caber en delitos contra la propiedad (estafa).

El ofrecimiento ataca la fe pública cuando se lo hace sin observar el deber de veracidad que debe acompañarlo, lo cual puede acarrear una estimación del título en el mercado distinta de la que merece. Esa inobservancia se da cuando el agente *disimula u oculta hechos* o *circunstancias verdaderas* que pueden incidir en la disminución del valor o *afirma* o *hace entrever* (da a entender) *hechos* o

circunstancias falsas que incidirían aumentando ficticiamente el valor. La acción, pues, tiene que estar orientada a presentar el título con un valor que realmente no tiene o no podrá alcanzar en el mercado, y objetivamente debe tener idoneidad para lograrlo. Cuando el silencio o la mentira carezcan de tal posibilidad de repercutir de ese modo en el mercado (por no versar sobre hechos o circunstancias relacionados con la estimativa de los objetos), no habrá tipicidad.

§ 2439. *Objetos.* – Son los *fondos públicos*, es decir, como vimos, los títulos de la deuda pública y los que representan *acciones* de capital de una compañía (sociedad) o representen *obligaciones* (deudas) de una compañía o persona jurídica, siempre que tengan la característica de poder ofrecerse públicamente (no lo será, p.ej., un pagaré).

§ 2440. *Consumación.* – Se da con el mero ofrecimiento engañoso, sin que sea necesario que el agente haya logrado colocar los títulos. Es inadmisible la tentativa.

§ 2441. *Culpabilidad.* – El dolo se integra con el conocimiento del hecho o circunstancia que se oculta o disimula o de la inexistencia de los que se afirman o se sugieren, de su incidencia en la estimativa del valor del título y del carácter del que se ofrece y con la voluntad de ofrecerlos engañosamente como medio para lograr su colocación. Se requiere, pues, el dolo directo.

III. Balance o informe falso

§ 2442. *El texto legal. Variaciones. Figuras comprendidas.* – También con la misma pena que en los casos anteriores castiga el art. 300, inc. 3°, al "fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación econó-

mica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo".

El tipo en su forma actual (salvo las expresiones *certificare* y *actas*) proviene de la ley 17.567, ya que el texto original punía al "fundador, director, administrador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otro establecimiento mercantil, que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera que hubiese sido el propósito perseguido al verificarlo".

En realidad las figuras previstas en esta disposición en su redacción actual son dos: la que podemos llamar –de modo genérico y no del todo propio– *balance falso* y el *informe falso.*

A) Balance falso

§ 2443. *Acciones típicas.* – Son las de publicar, certificar o autorizar. *Publica* el que lleva a conocimiento de los destinatarios, según las formas exigidas por la ley o por los estatutos sociales, el balance, las cuentas, los informes, etcétera. *Autoriza* quien teniendo facultades legales o estatutarias para permitir la comunicación del balance, etc., lo hace. *Certifica* el que teniendo la facultad de corroborar o dar fe de la veracidad de lo que se comunica, lo hace conociendo la falsedad del contenido.

§ 2444. *Objetos.* – Los objetos de la publicación, certificación o autorización son los inventarios, balances, cuentas de ganancias y pérdidas, informes, actas o memorias. *Inventarios* son los documentos en que se enuncian los bienes y los datos necesarios para individualizarlos. *Balance* es la enunciación del activo y del pasivo y el resultado de su confrontación, correspondiente a períodos determinados o comprendiendo toda la actividad de la entidad hasta que aquél se realiza. *Informes* son los que se brindan al directorio o socios sobre la marcha de la entidad. *Memorias* son las referencias sobre la actividad de la entidad. *Actas* son los documentos que se refieren al desarrollo de las sesiones de los directorios o de asambleas y las respectivas decisiones que se adopten en ellas.

La tipicidad de la acción se da cuando lo que se publica, certifica o autoriza es *falso* o *incompleto*, es decir, no corresponde a lo que existe, a la realidad del activo o del pasivo, a las reales entradas

o salidas, a lo que verdaderamente se hizo, a lo que se decidió en la asamblea o reunión, o que calla circunstancias que deben ser vertidas en esos documentos. Es lógico exigir que la falsedad o la reticencia se refieran a hechos o circunstancias que puedan incidir sobre la estimativa de la marcha de la persona colectiva o sobre las decisiones que sus integrantes o directores deben o pueden adoptar, ya que sólo de ese modo puede verse vulnerado o puesto en peligro el bien jurídico protegido.

La publicación, autorización o certificación deben referirse a actos destinados a ser conocidos por un número indeterminado de personas o, cuando menos, por la generalidad de los integrantes de la persona colectiva. La falsedad de los actos destinados al conocimiento de una persona determinada con el fin expreso de engañarla puede quedar comprendida en los esquemas defraudatorios, pero no en este capítulo.

§ 2445. *Consumación.* – El hecho se consuma con las respectivas acciones, sin necesidad de la causación de resultados. Las acciones de autorizar y certificar constituyen el delito en sí mismas, sin que se requiera la publicación de los documentos autorizados o certificados. No parece posible la tentativa.

§ 2446. *Autores.* – Los sujetos activos son los fundadores, directores, administradores, liquidadores o síndicos de sociedades anónimas, cooperativas o personas colectivas de otros tipos. La publicación, certificación o autorización por quien no posee esas calidades pueden quedar tipificadas a través de otras falsedades documentales o dentro de los delitos contra la propiedad cuando se las utiliza como medios de perpetración de ellos, pero no constituirán el delito de que hablamos. Debe, pues, darse una relación funcional entre el agente y las acciones típicas, lo cual no empece, sin embargo, a la aplicación de los principios generales de la participación.

§ 2447. *Culpabilidad.* – En el aspecto subjetivo la expresión *a sabiendas* poco agrega a la culpabilidad del delito según los principios generales que rigen las falsedades, ya que no hay falsedad sin un conocimiento cierto por parte del autor de la contradicción entre lo verdadero y lo expresado y es precisamente esa característica la

que en este caso, como en otros, elimina toda posibilidad de admitir un dolo distinto del directo. Pero el tipo no requiere ninguna motivación específica: el agente puede actuar con finalidades de lucro, de daño, etcétera.

B) Informe falso

§ 2448. *Acción típica.* – La acción del segundo de los tipos a que hicimos referencia es *informar a la asamblea* o *reunión de socios, con falsedad* o *reticencia*, es decir, en forma inexacta u ocultando hechos que deben informarse.

Pero la inexactitud debe referirse a *hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa*, o sea hechos que pueden influir en las decisiones sobre su marcha económica. Un informe falso o reticente sobre hechos que no tengan esa influencia, carecerá de tipicidad (p.ej., sobre la actuación extrafuncional de un empleado, sin relación alguna con la economía de la empresa).

El informe puede ser verbal o escrito, pero tiene que tratarse del que se ofrezca a la asamblea o reunión de socios; los que se produzcan ante otros órganos de la persona colectiva, no entrarán en esta figura, sin perjuicio de que puedan quedar comprendidos en la anterior.

§ 2449. *Consumación.* – Como en el caso anterior, se consuma con la presentación del informe; no admite tentativa. Si el informe se presenta en una reunión de socios, la oportuna rectificación antes de que ella termine marginará el hecho de la tipicidad.

§ 2450. *Autoría y participación.* – Autor puede ser cualquiera de las personas enunciadas en el tipo anterior. También aquí estamos en presencia de un delito propio, donde la relación funcional entre la acción y el agente es imprescindible, sin que ello importe rechazar la aplicación de los principios generales de la participación.

§ 2451. *Culpabilidad.* – La culpabilidad requiere los mismos extremos que en la figura precedente. La ley señala que carece de toda influencia en la configuración de la culpabilidad típica cuál

haya sido la motivación del autor ("cualquiera que hubiese sido el propósito perseguido al verificarlo", dice la norma).

IV. AUTORIZACIONES INDEBIDAS

§ 2452. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES.* – El art. 301 del Cód. Penal reprime con prisión de seis meses a dos años, al "director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio", y aumenta el máximo de la pena a la de tres años de prisión "si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital..., siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado".

El texto original era distinto, pues castigaba al "director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, que prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas que los rijan, a consecuencia de los cuales la persona jurídica o la asociación, quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en necesidad de ser disuelta". La fórmula actual proviene de la ley 17.567, que hizo suya la ley 21.338, y, luego, fue ratificada por la ley 23.077.

A) FIGURA BÁSICA

§ 2453. *ACCIONES TÍPICAS.* – Son las de prestar el *concurso* (cooperación) o *el consentimiento a actos contrarios a la ley* o *a los estatutos*. Sostiene la doctrina que aun bajo la forma del *consentimiento*, la acción no se satisface con una simple inactividad; sin embargo, no siempre se ha interpretado del mismo modo esta exigencia; no parece posible excluir del tipo el consentimiento omisivo; no sería, por tanto típicamente ineludible un no actuar por parte del agente (p.ej., el caso del director que a sabiendas no acude a la reunión de directorio para permitir que en su ausencia se decida un acto contrario a la ley o a los estatutos); lo que ocurre es que la acción (positiva u omisiva) tiene que versar sobre un acto que se

oponga a las reglamentaciones; o sea, tiene que tratarse de decisiones que dispongan la realización de actividades que no están permitidas por aquéllas; lo que no bastaría para el tipo es que se dejara de disponer un acto ordenado por ellas, lo cual es algo diferente (p.ej., sería típico disponer un negocio jurídico expresa o implícitamente prohibido, pero no dejar de convocar la asamblea de accionistas en el tiempo reglamentario, sin perjuicio de la comisión de otros delitos a través de esa omisión y, por supuesto, de sus repercusiones en el derecho privado).

Para que el acto decidido permita integrar la tipicidad, es necesario que de él *pueda derivar algún perjuicio*. Como vimos, la ley actual, a diferencia del texto original, no requiere que el acto produzca la imposibilidad, por parte de la persona colectiva, de *satisfacer sus compromisos* o la coloque *en necesidad de ser disuelta*, por lo cual es evidente que el eventual perjuicio puede ser de cualquier otra índole; lo dicho acerca de la posibilidad de perjuicio en las formas de falsedad documental tiene, pues, cabida aquí.

§ 2454. *Elemento subjetivo.* – El tipo contiene un verdadero elemento subjetivo: la cooperación o el consentimiento deben ser prestados *a sabiendas* del carácter del acto, lo cual reclama la certeza sobre la oposición del acto al reglamento legal o estatutario. No basta la duda; por consiguiente, menos quedan comprendidos los hechos cometidos a raíz de errores interpretativos, aunque provengan de la más flagrante negligencia del agente.

§ 2455. *Autores.* – Es un delito propio que sólo puede ser cometido por alguna de las personas enunciadas en el tipo, sin perjuicio, como en los casos anteriores, de la aplicación de los principios de la participación. Señala la doctrina que la relación funcional entre el agente y el acto existe tanto en los casos en que aquél desempeña la función de modo permanente, como en el caso de los que transitoriamente los reemplazan, siempre que se trate, por supuesto, de un reemplazo reglamentariamente posible y no de una usurpación, en cuyo supuesto son otros los delitos que el agente puede perpetrar.

Lo que todavía se discute es qué personas colectivas quedan abarcadas por la figura. Dijimos que el texto anterior se refería a sociedades anónimas, cooperativas o personas jurídicas de otra ín-

dole, en tanto que el texto vigente se refiere a sociedades anónimas, cooperativas u otra *persona colectiva*. El cambio lo explicó el legislador afirmando que con él se obviaba la discusión sobre si sólo quedaban comprendidas las sociedades comerciales o también las civiles, admitiéndose expresamente a éstas dentro de las posibilidades típicas. Pero, aparte de que la terminología en sí no tiene virtualidad para producir el efecto dogmático señalado, no debemos olvidar que el rubro del título ("De los fraudes al comercio y a la industria") no ha cambiado, por lo cual, en principio, todavía siguen teniendo razón los que restringen la expresión a las personas colectivas que realizan actos que son negocios jurídicos regidos por la ley comercial.

§ 2456. *Culpabilidad.* – Viene configurada por la particular exigencia de conocimiento que hemos señalado al hablar del elemento subjetivo, a lo cual hay que sumar la previsión de la posibilidad del perjuicio. Sólo el dolo directo es admisible.

B) Figura agravada

§ 2457. *Circunstancias de agravación.* – Cuando el acto que se opone a la ley o a los estatutos es la *emisión de acciones* o *cuotas de capital* vimos que se eleva el máximo de pena.

§ 2458. *Confluencia de figuras.* – Es éste, sin embargo, un delito subsidiario, pues expresamente dispone la ley su exclusión cuando *el hecho importare un delito más gravemente penado*. Recordamos, al respecto, que el art. 287 pune la emisión de aquellos títulos "en cantidad superior a la autorizada", cuando reviertan sobre la responsabilización del Estado, así como que el art. 285 pune su falsificación en las mismas circunstancias, pero estos tipos no desplazan a la figura agravada del art. 301 en virtud de la subsidiariedad, sino por alternatividad, porque los objetos típicos son distintos. En esas figuras, los títulos valores son públicos; en la que ahora comentamos son privados. La subsidiariedad legalmente establecida tiene valor cuando el hecho previsto por el art. 301 es el modo comisivo de un delito más grave, como sería la estafa, que sí desplazaría, en virtud de aquella regla de concurso aparente, a la que estudiamos.

§ 2459. *Culpabilidad.* – Por supuesto que el aspecto cognoscitivo del dolo debe constituirse, necesariamente, con el conocimiento cierto de la naturaleza del acto opuesto a la ley o reglamento estatutario, en cuanto constituya emisión de acciones o cuotas de capital.

V. Infracción de obligaciones comerciales (derogación del artículo 301 *bis*)

§ 2460. *El texto derogado.* – El art. 301 *bis* del Cód. Penal, procedente del decr. ley 6601/63, castigaba con pena de multa, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o reparatorias que correspondiesen: "*1*) el vendedor que transgrediera las disposiciones del primer párrafo del art. 7° del Capítulo XV del Título X del Libro 2° del Código de Comercio; *2*) el vendedor que se negare a exhibir la documentación mencionada en los arts. 17 y 18 del Capítulo XV del Título X del Libro 2° del Código de Comercio, o que la hubiera llevado con atraso de más de quince días y/o con irregularidades o alteraciones de cualquier índole; *3*) el comprador que omitiera devolver la factura conformada de acuerdo con el art. 8° del Capítulo XV del Título X del Libro 2° del Código de Comercio". La disposición, además de regular el destino de las multas (ingresa a Rentas Generales), dispone que "el sancionado quedará inhabilitado, según la naturaleza o importancia de la transgresión y la reincidencia en ella, por el término de uno a tres años para operar con facturas conformadas".

Dicha disposición fue derogada por ley 24.064.

Capítulo VI

DEL PAGO CON CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS

§ 2461. *Tratamiento legislativo y doctrinario.* – Circunstancias financieras (o quizás económicas de orden más general) de la vida comercial han llevado a un primer plano estas figuras, las

que han sido objeto, no sólo de profundas reformas (la redacción actual pertenece a la ley 16.648, pero el texto original ya había sido reformado con anterioridad por el decr. ley 4778/63), sino también de una abundante jurisprudencia –no pocas veces contradictoria–, mereciendo, además, una excesiva atención doctrinaria. Y resultaría inútil volcar en esta obra toda esa larga serie de precedentes de distinta índole –que pueden ser fácilmente consultados–, siendo más conveniente exponer los principios generales ya consolidados y enunciar las cuestiones que resaltan como fundamentales en el tratamiento de la tipicidad. La ley 24.452 sustituyó al decr. ley 4778/63, además introdujo el cheque de pago diferido. Las normas punibles mantienen su vigencia.

§ 2462. *El bien jurídico protegido.* – Estas figuras también tutelan la fe pública. En este caso se trata de la confianza que debe merecer el cheque como instrumento de inmediata realización como orden de pago y como procedimiento para facilitar las transacciones comerciales, evitando el movimiento de moneda. Esa confianza la vulneran los cheques que, por cualquier razón, carecen del sustento monetario para ser pagados o que no puedan ser convertidos en dinero al ser presentados. Hay que insistir en el carácter del bien jurídico protegido –en el que nada tiene que ver la propiedad privada–, pues cuando no se lo puede lesionar (p.ej., porque el cheque no ha entrado en la circulación comercial), no podrá abrirse el camino de las tipicidades.

§ 2463. *Objeto de los delitos: el cheque.* – El documento cuya veracidad sustancial se protege es el cheque en cuanto papel de comercio con características formales expresamente enunciadas por el texto legal (ley 24.452). Quedan claramente excluidos otros papeles que cumplan funciones parecidas a las del cheque, como las letras de cambio.

Mucho se ha discutido sobre si el cheque dado *en blanco*, es decir, en formularios con la firma del librador, pero en el que no se hacen figurar otras enunciaciones necesarias –como es el monto por el cual se libra o la fecha de libramiento–, constituye *cheque* a los efectos típicos. Una corriente bastante apreciable de la doctrina y la jurisprudencia insiste en que no cumpliendo el *cheque en blanco* los requisitos formales exigidos por la ley comercial, no es cheque

y no constituye el objeto de los delitos comprendidos en el art. 302, particularmente el del inc. 1°; pero no debe olvidarse que el art. 1016 del Cód. Civil presume, en esos casos, la existencia de una autorización para completar los espacios dejados sin llenar (las enunciaciones faltantes) y que el cheque completado por quien es legítimo tenedor de él en esas condiciones, al convertirse en corriente en el tráfico comercial, es tan idóneo para atacar el bien jurídico protegido como aquel que inicialmente se ha librado con todas las enunciaciones requeridas por los reglamentos comerciales (arts. 2° a 11, leyes 24.452 y 24.760), por lo que la posibilidad de convertirse en objeto típico del cheque entregado sin alguna de las enunciaciones no puede ser puesto en duda.

§ 2464. *Clases de cheques.* – Las leyes 24.452 y 24.760 distinguen los que denominan *cheques comunes* de los llamados *cheques de pago diferido*. Los primeros son los que siempre han sido regulados como cheques; a éstos se les aplican las normas penales según las consideraciones que han sido comunes en nuestra doctrina, en especial con relación a todas las figuras del art. 302 y a la del art. 175, inc. 4° (desnaturalización del cheque).

Los segundos, antes que cumplir la finalidad jurídica propia del cheque, tal como hasta ahora ha sido conocida (ser instrumento de pago), están destinados a *garantizar* una *deuda de futuro*, ya que sólo se convierten en corrientes (ejecutables por medio de la presentación y atención por el banco girado) al vencimiento de la respectiva obligación asumida, carácter que reafirma la ley 24.760.

Con relación a estos últimos no les es aplicable la norma del art. 175, inc. 4°, del Cód. Penal, puesto que ella requiere, precisamente, que la desnaturalización radique en la conversión del cheque en un instrumento de crédito extorsivo, garantizando por su intermedio el pago de una obligación no vencida, en tanto que el cheque con pago diferido está, justamente, destinado por ley a garantizar una obligación no vencida.

§ 2465. *Subsidiariedad de las figuras.* – La expresa enunciación del art. 302 otorga carácter subsidiario a las figuras en él contenidas, señalando que ellas son aplicables *siempre que no concurran las circunstancias del art. 172*. Cuando el cheque dado en

cualquiera de la condiciones del art. 302 ha sido el medio empleado para configurar un procedimiento estafatorio (es el vehículo del ardid, p.ej.), sus figuras quedan desplazadas por las de estafa. De más está decir que el cheque no es procedimiento estafatorio cuando se lo da para pagar una deuda preexistente, ya que, entonces, aquél no ha sido el motivo de la prestación; esos cheques sólo pueden integrarse en los distintos tipos del art. 302.

Se ha discutido si el cheque que presenta alguna de las características típicas de esa norma y que se cambia por dinero, constituye o no una estafa; se niega esa posibilidad argumentando que en esos casos "el canje... no responde a otra cosa que al crédito que puede merecer el firmante" (Millán - Fontán Balestra); sin embargo, cuando el cheque se ha cambiado como corriente, no siéndolo, no puede descartarse la posibilidad de la estafa, y también en ese supuesto podrían quedar desplazadas las figuras del art. 302.

Señálase que no sólo se produce ese desplazamiento cuando se da la confluencia con una estafa del art. 172, sino también en los casos en que "el hecho constituye una forma especial de ese delito, según sucede si el cheque se utiliza con arreglo a los incs. 3° y 4° del art. 173" (Núñez), pero esas especies nada tienen que ver con las figuras del art. 302, cuyo agente es el que libra el cheque o quien lo entrega, mientras que en los delitos de los incs. 3° y 4° del art. 173 sería el librador del cheque el sujeto pasivo del delito y no el agente de él; la referencia de la ley al art. 172 no puede extenderse entonces a supuestos distintos de los contemplados en él, o sea que se refieren exclusivamente a aquellos en que el cheque –dado en las condiciones del art. 302– es el procedimiento ardidoso o engañoso.

I. LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS

§ 2466. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 302, inc. 1°, del Cód. Penal se aplicará la pena (común a todos los casos del artículo) de seis meses a cuatro años de prisión y de uno a cinco años de inhabilitación especial, al "que dé en pago o entregue 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 veinticuatro horas de habérsele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación".

§ 2467. *Acción típica.* – Aunque se ha discutido el tema, la mayoría acepta el carácter complejo del delito, constituido por una acción positiva y una omisión.

La primera es la de dar en pago o entregar por cualquier otro concepto a un tercero un cheque *sin tener provisión de fondos* o *autorización para girar en descubierto.* Da en pago quien intenta cancelar una obligación haciendo servir al cheque como medio de pago; lo entrega el que lo coloca en poder de otro para que éste lo utilice según las finalidades propias del documento. Pero la entrega puede ser *en cualquier concepto*, ya uno que implique la posibilidad de inmediata disposición del cheque (p.ej., donación), ya se le haga cumplir al cheque objetivos que legalmente no tiene; así queda aun comprendido en la tipicidad el que ha hecho servir al cheque como garantía de una deuda no vencida, sin perjuicio de la comisión del delito de desnaturalización de cheque (art. 175, inc. 4°, Cód. Penal) por parte del aceptante.

Tiene que tratarse de un cheque que, en el momento de la presentación, no sea pagado por falta de fondos y respecto del cual el librador no esté autorizado para girarlo en descubierto por parte de la autoridad del banco sobre el cual lo gira. Aunque la literalidad del artículo parecería decir otra cosa, la ausencia de fondos debe darse en el momento de la presentación del cheque al banco para su conversión, siendo irrelevante la circunstancia de que hubiera podido ser atendido en el momento en que se lo libró.

La segunda de las acciones es de carácter omisivo: no abonar el cheque en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de haberse comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación. Como se ve, es presupuesto de esta omisión la presentación del cheque al banco girado; esa presentación debe hacerse dentro del plazo en que los bancos están legalmente autorizados para pagar el cheque (treinta días del libramiento los emitidos en el país, sesenta días si se trata de cheques librados en el extranjero; arts. 25, 26 y 28, ley 24.452): la no atención del cheque presentado fuera de

esos términos no fundamenta la punibilidad. Es también presupuesto de la omisión la comunicación al librador de la no atención del cheque; tiene que tratarse de una comunicación *documentada*, que puede estar constituida por el aviso bancario, la comunicación del tenedor mediante telegrama, carta certificada, etc., u otro medio cualquiera (p.ej., acta notarial); queda excluida la mera noticia verbal. La noticia debe haber llegado al librador, no siendo suficiente una notificación no personal hecha en su domicilio real o legal, si no se acredita que el medio documentado llegó a su poder o a su conocimiento.

Discuten la doctrina y la jurisprudencia el plazo dentro del cual se debe formalizar la interpelación (comunicación) y se han suscitado las más variadas tesis, desde la que afirma la exigencia de que se haga en el plazo de dos días a partir del rechazo (se invoca el art. 39, ley 24.452), hasta la que admite la posibilidad de que se haga dentro del plazo de prescripción de la acción procesal penal por el delito (cuatro años), pasando por aquella que expresa que se debe efectuar dentro del tiempo en que el cheque puede ser legalmente pagado por el banco girado (treinta o sesenta días, como hemos dicho). La dogmáticamente más adecuada es la que sostiene que la interpelación de pago (comunicación de la no atención del cheque) tiene que ser formulada dentro del plazo en que el cheque conserva su acción cambiaria, esto es un año a partir de la expiración del plazo para la presentación (art. 61, ley 24.452): la producida en ese tiempo constituye al librador en la obligación de pagar personalmente el importe del cheque y por tanto su omisión será para él ilícita.

Hay que aclarar, por otro lado, que esta obligación existe mientras el librador pueda pagar jurídicamente el cheque; no tiene esa posibilidad el que antes de ser interpelado ha sido declarado en quiebra o interdicto por cualquier otra causa; si la comunicación se hace después de producida la interdicción, no se da la ilícita omisión imprescindible para que se complete el tipo del art. 302, inc. 1°.

La obligación de pagar se cumple *abonando* el importe del cheque en *moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de la interpelación*, lo cual indica que todo otro modo de resolver la no atención del cheque que no sea el pago en dinero corriente en la República deja subsistente el delito (p.ej., novaciones de deudas, sustitución del cheque por otro documento), así como que queda él

consumado cuando ha transcurrido el plazo de veinticuatro horas indicado por la norma sin ser atendido al cheque, aunque posteriormente se lo pague.

§ 2468. *Consumación.* – Pero la consumación requiere que el cheque no atendido esté en el torrente circulatorio de los papeles de comercio. No lo está cuando lo mantiene en su poder quien lo ha recibido sabiendo que no va a ser atendido; en ese caso, sólo cuando se lo entrega a un tercero ignorante de aquella circunstancia puede abrirse la posibilidad de consumación del delito, ya que sólo entonces se pone en peligro la vulneración de la fe pública que debe rodear al documento. Pero se trata, insistimos, de un delito de peligro, que se completa con la omisión de la atención del cheque por parte del librador, sin que sea necesaria la consolidación de un perjuicio económico para terceros. Es inadmisible la tentativa (ya que la consumación viene decantada por la omisión, en una forma que no permite pensar en ella).

§ 2469. *Autoría y participación.* – Lo dicho hasta ahora nos indica que aunque autor del delito sólo puede serlo el librador del cheque (pues es él quien debe tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto), no se descarta la posibilidad de participación a nivel de complicidad (tema en el que se ha puesto escasa atención todavía); es cómplice necesario, por ejemplo, el que habiendo recibido el cheque sabiendo que no va a ser atendido por falta de fondos al tiempo de su presentación, lo introduce en el torrente circulatorio.

§ 2470. *Culpabilidad.* – No se puede constituir la culpabilidad del delito sin considerar el dolo que debe asignarse a cada uno de los componentes de la acción típica compleja. Si en el actuar del autor basta el conocimiento del carácter de cheque del documento que entrega y la voluntad de hacer la dación o la entrega, el aspecto cognoscitivo de la omisión necesita, como vimos, el conocimiento de la no atención del cheque por ausencia de fondos o falta de autorización para girar en descubierto y la voluntad de no abonarlo en el plazo establecido. Sin embargo, en ambas circunstancias el dolo típico se conforma con el eventual; de ningún modo es imprescindible el dolo directo.

II. LIBRAMIENTO DE CHEQUES QUE LEGALMENTE NO PUEDEN SER PAGADOS

§ 2471. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 302, inc. 2°, del Cód. Penal castiga al que "dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado".

§ 2472. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la misma que se configura en el actuar positivo de la figura anterior: dar en pago o entregar, por cualquier concepto a un tercero, un cheque. Lo dicho precedentemente tiene aquí valor. Los tipos difieren en cuanto al carácter del cheque, pues ya no es el que al tiempo de su presentación no es atendido por falta de fondos o autorización para girar en descubierto, sino el que se da o entrega *sabiendo* el librador que al tiempo de su presentación *no podrá legalmente ser pagado.*

§ 2473. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Ese conocimiento se refiere a una *imposibilidad legal* que impide la atención del cheque, entendiéndose por tal todo obstáculo que, de conformidad con las leyes, se opone a la atención del cheque, por tratarse de vicios contenidos en el documento mismo (falta de requisitos esenciales, ausencia de las firmas necesarias, etc.), en la cuenta respectiva (cuenta que ha sido clausurada o con fondos embargados) o por circunstancias que colocan al librador en situaciones jurídicas particulares que no permiten afrontar el pago del cheque (librador que está en quiebra o concursado cuando libra el cheque, o sufre una inhibición general por otras causas).

La dación o la entrega debe realizarlas el librador *a sabiendas* del impedimento legal que no permitirá la atención del cheque al ser presentado. Tal exigencia subjetiva del tipo lo torna inconciliable, no sólo con la negligencia del librador, que le ha bloqueado ese conocimiento, sino también con la duda sobre la existencia del impedimento. También indica que el impedimento debe existir y ser conocido cuando se da o entrega el cheque o, por lo menos, ser de indefectible vigencia en el momento de su presentación, y que el agente conozca esta circunstancia en aquel momento (p.ej., quien sabiendo que está en camino la comunicación al banco girado del

embargo de todos los fondos de la cuenta, libra el cheque en otra plaza minutos antes de que se reciba allá esa comunicación).

§ 2474. *Consumación.* – El delito se consuma, pues, con la dación o entrega en las circunstancias típicas; ni requiere el rechazo del banco, ni siquiera es necesaria la presentación del documento a él. Por lo cual es indiferente que cuando se inicia la acción procesal penal esté ya vencido el plazo para su presentación; también es indistinto que en la cuenta sobre la que se gira existan o no fondos. En consecuencia, no es posible la tentativa.

§ 2475. *Autoría.* – También aquí autor es el librador, sin perjuicio de la operabilidad de los principios generales de la participación.

§ 2476. *Culpabilidad.* – El dolo exige, además del conocimiento cierto del impedimento legal que obstaculiza la atención del cheque, la voluntad de entregarlo o darlo en las circunstancias en que ese impedimento obstará a la atención. Sólo es posible el dolo directo.

III. Bloqueo y frustración de cheque

§ 2477. *El texto legal. Figuras comprendidas.* – El art. 302, inc. 3°, del Cód. Penal castiga al que "librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago".

Es una fórmula que en realidad contiene dos tipos distintos: el bloqueo del cheque y la frustración del cheque, que tienen que tratarse por separado.

A) Bloqueo de cheque

§ 2478. *Acción típica.* – Es la de *librar un cheque y dar contraorden para el pago fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo.*

Es evidente que aquí el libramiento del cheque equivale, no sólo a la completividad documental de él, o a la posibilidad de que

se lo complete, sino más precisamente a la conducta de hacerlo ingresar en el torrente circulatorio mediante su dación a terceros.

Dar contraorden para el pago es la acción de comunicar al banco girado que no atienda el cheque al ser presentado. Dicha contraorden debe ser dada fuera de los casos en que la ley autoriza a darla, y que son: extravío o sustracción del cuaderno de cheques y de la fórmula especial para pedirlos; adulteración del cheque ya librado (art. 5°, ley 24.452); existencia de violencia en el libramiento o sustracción de un cheque completado en su literalidad o librado (art. 34, ley 24.452). Fuera de esos supuestos, la contraorden es ilegítima y, por tanto, da pie a la tipicidad.

Sin embargo, hay supuestos distintos de los detallados que realmente no son merecedores de punibilidad, como ocurre con los cheques obtenidos por medios fraudulentos, pero ellos no se resuelven por la atipicidad, sino en la esfera de la justificación; no cabe duda de que la víctima del fraude ejerce una legítima defensa de su patrimonio al solicitar que el cheque que libró engañado no se pague.

§ 2479. *Consumación.* – El delito se consuma en el momento en que se comunica la orden, o sea, cuando la autoridad bancaria toma conocimiento de ella, pues allí comienza el ataque a la confianza que merece el documento. El envío de la orden que no llega a conocimiento del banco puede constituir una tentativa.

Es indiferente, a los fines de la consumación, que en la cuenta haya o no fondos disponibles, que se produzca o no interpelación de pago. Por supuesto, la circunstancia de que el cheque sea pagado en el banco por un error o que el librador, después de aquel momento consumativo, lo pague él personalmente, no impide la tipicidad, que ya se ha completado.

§ 2480. *Culpabilidad.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter ilegal de la contraorden. La duda equivale al conocimiento; pero el *error iuris* puede llegar a eliminar la culpabilidad.

B) Frustración de cheque

§ 2481. *Acción típica.* – En este tipo, a la acción de librar el cheque tiene que seguir la de *frustrar maliciosamente su pago*, por

un medio que no sea el de quitar los fondos de la cuenta (pues entonces se podría estar en un supuesto del inc. 1°) o el de bloquear el cheque con el procedimiento indicado precedentemente.

Frustra el pago del cheque el que lo malogra; lo cual importa que tiene que tratarse de un cheque que, de no haber mediado la maniobra frustrante, hubiese sido atendido. Los actos frustratorios son todos actos de contenido jurídico, en muchos supuestos a través de negocios jurídicos simulados: cerrar la cuenta antes de que el cheque sea presentado, hacerse embargar por un tercero los fondos existentes en ella, lograr por medios fraudulentos ser declarado en quiebra, etcétera.

§ 2482. *La malicia.* – La ley califica a la frustración como *maliciosa*. La malicia no parece tener aquí otro contenido que el de requerir la específica utilización del acto jurídico como medio para frustrar el pago del cheque.

§ 2483. *Consumación.* – El delito se consuma cuando el cheque no es atendido a causa del acto frustratorio. Como en el caso anterior es admisible la tentativa.

§ 2484. *Culpabilidad.* – El dolo exige algo más que el conocimiento del carácter frustratorio del acto que se realiza; la voluntad de realizarlo para frustrar la atención del cheque, según surge de la calificación maliciosa de la frustración que contiene el tipo; no hay más posibilidad que la del dolo directo.

IV. Libramiento de cheque en formulario ajeno

§ 2485. *El texto legal.* – El art. 302, inc. 4°, del Cód. Penal reprime al que "librare un cheque en formulario ajeno sin autorización".

§ 2486. *Acción típica.* – Aquí también la acción es la de *librar un cheque*, con el mismo contenido que hemos señalado en los tipos anteriores; es decir, entregar el cheque en su completividad enunciativa o con la posibilidad de que sea completado por terceros

para ingresarlo en la circulación. Pero el libramiento tiene que hacerse *en formulario ajeno*, es decir, en un formulario que pertenezca a una cuenta en la que el agente no está habilitado para librar cheques.

§ 2487. *Elemento normativo.* – El libramiento tiene que hacerse *sin autorización*. Este elemento complica extraordinariamente el tipo, ya que el titular de una cuenta no puede autorizar a otro a que libre cheques en los formularios que corresponden a aquélla; si lo hiciera, el cheque firmado por el autorizado no deberá ser atendido por el banco girado y, por tanto, el librador en formulario ajeno, pese a la autorización, no quedaría comprendido en la punibilidad de este inciso, sino en la del inc. 2°. El supuesto de autorización que excluye la tipicidad queda entonces para los casos de cuentas en que, perteneciendo a personas ideales, requiérese la expresa autorización de los órganos de dirección a determinados sujetos para librar cheques sobre ellas.

§ 2488. *Consumación.* – El hecho se consuma con la libranza del cheque, siendo indiferente que por ese medio se cause algún perjuicio. No parece admisible la tentativa. Es obvio aclarar que no interviene en la tipicidad la formulación de interpelación, así como que aquélla permanece vigente a pesar de la atención del cheque.

§ 2489. *Autoría.* – Autor puede ser cualquier persona que se constituya en librador del cheque. El hecho de que la acción consista en *librar el cheque*, muestra que el sujeto activo debe hacerlo con su propia identidad, utilizando su firma; cuando emplea (imitándola) la firma del verdadero titular de la cuenta deja de ser *librador* en el sentido jurídico y el hecho queda comprendido dentro de las falsedades documentales, como vimos.

Discute la doctrina si cae en la figura quien utiliza una firma imaginaria, es decir, que se hace corresponder a una persona ficticia. Para algunos, ello es posible (Núñez); para otros, en ese caso se trata de una falsificación (Rubianes). Ya vimos (§ 2402) que, en principio, para esta falsificación se requiere la atribución del tenor del documento a una persona existente o que ha existido, por lo cual la segunda tesis quedaría excluida. Es indudable que quien firma el cheque en formulario ajeno con una firma imaginaria no se consti-

tuye él en *librador* –que es lo que requiere la acción–, ya que siendo inexistente la persona a quien se asigna la firma, no existe en realidad quien haya dado la orden al banco librado (que es lo que constituye a la persona en libradora del cheque); ese hecho puede ser vehículo de otro delito, como el de estafa, pero no del que aquí estudiamos. Distinto es que se asigne a un tercero –existente o que existió–, que no es titular de la cuenta, la categoría de librador empleando imitativamente su firma en el formulario ajeno; allí sí habrá falsificación documental, pero no el delito del art. 302, inc. 4°, puesto que el agente no se ha constituido él en *librador*.

§ 2490. *Culpabilidad.* – La culpabilidad requiere el conocimiento del carácter de ajeno del formulario en que se libra el cheque y la voluntad de librar éste; no es concebible el dolo eventual.

En relativamente poco tiempo el régimen legal del cheque ha sufrido importantes reformas: en 1988, por la ley 23.549; en 1995, por la ley 24.452 y, en 1996, por ley 24.760. La influencia que ellas han tenido sobre los tipos penales relacionados con dichos documentos deben ser tratadas por separado y de modo particularizado.

V. Los cheques diferidos y los incisos del artículo 302 del Código Penal

§ 2491. *Aplicabilidad del artículo 302 del Código Penal.* En cuanto a la operatividad de los tipos del art. 302 del Cód. Penal con respecto a los cheques con pago diferido, la misma ley 24.452 excluye el inc. 1° de aquél, ya que el cheque no tiene que ser entregado poseyendo provisión de fondos, pero expresamente indica la aplicación de los tipos previstos en los restantes incisos: "Son aplicables a los cheques de pago diferido previstos en el art. 1° de la presente ley, los incs. 2°, 3° y 4° del art. 302 del Cód. Penal" (art. 6°): entrega de cheque que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado, frustración de cheque, libramiento en formulario ajeno, etcétera.

Cabe señalar, con relación al tipo del inc. 2° del art. 302, que el conocimiento (*a sabiendas*) tiene que ser relacionado con una previsión formulable en el momento de la entrega del cheque: que

cuando la obligación a que refiere el documento se encuentre vencida y, en consecuencia, el mismo sea presentado al banco girado, no existan en éste fondos expeditos en la respectiva cuenta por una causa ya constatable en el momento de la entrega del documento o que se pueda prever con certeza, o como seria posibilidad que se va a suscitar luego de dicha entrega.

BIBLIOGRAFÍA

Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 1977.

Aquino, Pedro B., *Aborto, lesiones, duelo y otros delitos*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Arias, Marcelo E., *Consideraciones comunes a los Títulos IX y X del Código Penal*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Arrieta, Hernaldo E., *Delitos agrarios en el ordenamiento jurídico penal argentino*, en Giletta, Francisco I. - Arrieta, Hernaldo E. - Martínez Golletti, Luis E., "Cuestiones de derecho agrario", t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1979.

— *Los delitos agrarios*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1979.

Bacigalupo, Enrique, *Estafa de seguro. Apropiación indebida*, Bs. As., Pannedille, 1971.

— *Estudios jurídicos penales sobre insolvencia y delito*, Bs. As., Depalma, 1970.

Baigún, David - Tozzini, Carlos A., *El bien jurídico tutelado en la falsedad documental*, "Doctrina Penal", 1978-531.

— *La falsedad documental en la jurisprudencia (elementos comunes a todos los tipos)*, "Pensamiento Jurídico", 1982, p. 74.

— *La falsificación de instrumentos privados*, "Doctrina Penal", 1981-279.

— *Los conceptos de documento e instrumento público en la jurisprudencia penal*, "Doctrina Penal", 1980-23.

Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *En torno a la "creación imitativa de algo jurídicamente trascendente", la "imitación de firmas" y el "perjuicio", cual requisitos típicos del delito de falsificación de documentos a la orden (arts. 292 y 297, Cód. Penal)*, *LL*, 81-473.

— *Supresión o destrucción de documento. Delito o tentativa imposible. Impedimento o estorbo a funcionario en el ejercicio de su función*, *LL*, 79-748.

Borinsky, Carlos, *Derecho penal del cheque*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1972.

Breglia Arias, Omar, *El delito de violación de domicilio*, Bs. As., Depalma, 1968.

Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1994.

Cafure de Batistelli, María E., *La "imitatio" como requisito en la falsedad documental*, en "Cuadernos del Instituto de Derecho Penal", Universidad Nacional de Córdoba, 1975, nº 126, p. 215.

Calandra, Roberto J., *Calumnias e injurias*, Bs. As., La Ley, 1982.

Carmignani, Giovanni, *Elementi di diritto criminale*, Napoli, 1850.

Carnelli, Lorenzo, *El perjuicio de la falsificación de documento privado ¿es una condición objetiva de punibilidad?*, "Revista de Derecho Penal", 1945, nº 4, p. 587.

Carnelutti, Francesco, *Teoria del falso*, Padova, 1945.

Carrara, Francisco, *Programa de derecho criminal*, tr. S. Soler, E. R. Gavier y R. C. Núñez, Bs. As., Depalma, 1944-1949; tr. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, Temis, 1972-1974.

Carrera, Daniel P., *Defraudación por infidelidad o abuso*, Bs. As., Astrea, 1973.
— *Falsificación de documentos destinados a acreditar la identidad de las personas. Ley 20.642*, *JA*, doctrina 1974-778.
— *Hurto de objetos de viajeros*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1968.
— *Peculado. De bienes públicos y de trabajos o servicio*, Bs. As., Depalma, 1968.

Carreras, Eduardo R., *El perjuicio en el delito de falsedades documentales*, *JA*, 16-517.

Catucci, Silvina G., *Calumnias e injurias. A la luz de la jurisprudencia*, Bs. As., Ediar, 1982.

Chiappini, Julio O., *Cuestiones de derecho penal*, La Plata, Platense, 1982.
— *Estudios de derecho penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
— *Hurto y hurtos agravados*, Rosario, Zeus, 1982.
— *La "estafa paraprocesal"*, Bs. As., Astrea, 1981.

Chiara Díaz, Carlos A., *Ley penal tributaria*, Sante Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990.

Chichizola, Mario I., *Delitos contra el estado civil*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Cossio, Raúl E., *El delito de robo. Reformas introducidas al capítulo II del título VI, libro II del Código Penal por la ley 17.567*, *LL*, 132-1368.

Creus, Carlos, *Cuestiones penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982.
— *Delitos contra la administración pública*, Bs. As., Astrea, 1981.
— *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1996.
— *Derecho procesal penal*, Bs. As., Astrea, 1996.
— *Falsificación de documentos en general*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1993.
— *Las reformas del Código Penal de la ley 20.642. Nuevos delitos*, Rosario, Zeus, 1974.
— *Los delitos contra la propiedad en la reforma penal de la ley 17.567*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1968.
— *Protección penal y procesal del secreto profesional*, Santa Fe, Colegio de Magistrados, 1971.
— *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As., Astrea, 1993.

Creus, Carlos - Olazábal, Julio de, *Modificaciones al Código Penal. Ley 23.057*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.

D'Antonio, Daniel H., *El menor ante el delito*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1992.

Damianovich, Laura T. A., *El delito de usura*, Bs. As., Ediar, 1971.

Damianovich, Laura T. A. - Rojas Pellerano, Héctor F., *Delitos contra la propiedad*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

De la Rúa, Jorge E., *El nuevo régimen penal del cheque*, Bs. As., Lerner, 1968.

Di Renzi, Luis R., *Delitos contra la libertad*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Díaz, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina*, 4ª ed., Bs. As., La Facultad, 1942.

Edwards, Carlos E., *Garantías constitucionales en materia penal*, Bs. As., Astrea, 1996.

Estrella, Oscar A. - Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Bs. As., Hammurabi, 1994.

Etkin, Alberto M., *La estafa por venta de cosa ajena*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962.

Feuerbach, Paul A. von, *Tratado de derecho penal vigente en Alemania*, tr. E. Zaffaroni y J. Hogemen, Bs. As., Hammurabi, 1989.

Finzi, Conrado A., *Estafa y otros fraudes*, Bs. As., Depalma, 1961.

Folchi, Mario O., *Los delitos aeronáuticos*, Bs. As., Astrea, 1970.

Fontán Balestra, Carlos, *Delitos sexuales*, Bs. As., Depalma, 1945.
— *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.
— *El delito de falsa denuncia*, Bs. As., Depalma, 1952.
— *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969-1977.

Fontán Balestra, Carlos - Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

García, Luis M. - Llerena, Patricia M., *Criminalidad de empresa, responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras*, Bs. As., Ad-hoc, 1990.

García Maañón, Ernesto, *Aborto e infanticidio*, Bs. As., Universidad, 1982.
— *Homicidio simple y homicidio agravado*, Bs. As., Universidad, 1980.

García Maañón, Ernesto - Basile, Alejandro, *Aborto e infanticidio. Aspectos jurídicos y médico-legales*, Bs. As., Universidad, 1990.

García Zavalía, Rafael, *Las falsedades documentales en el proyecto argentino de Código Penal*, *LL*, 11-80.

Gavier, Ernesto, *El delito de falsa denuncia*, separata del "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", 1958, año XXII, nº 314.

Genócrates, *El delito de adulteración de documento*, *LL*, 127-442.
— *El destino probatorio del documento y la falsedad ideológica*, *LL*, 139-704.
— *La posibilidad de perjuicio en la falsedad documental*, *LL*, 146-75.

Ghione, Ernesto V., *Constituye calumnia la falsa imputación de un delito de acción pública aunque ésta no proceda en el caso concreto*, *LL*, 108-1000.

Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1993.

Goldsztern, Noemí E., *Delitos contra la honestidad*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Cía. Argentina de Editores, 1939-1942.

González, Juan F., *El Código Penal y la jurisprudencia*, Bs. As., 1934.

González Roura, Octavio, *Derecho penal*, Bs. As., Abeledo, 1925.

Grisolía, Francisco, *El objeto jurídico del delito*, "Revista de Ciencias Penales", Santiago de Chile, dic. 1958.

Grispigni, Filippo, *Dalla esegesi alla dommatica della parte speciale*, "Scuola Positiva", 1947.

Hendler, Edmundo S., *La responsabilidad penal de los directivos de entidades financieras*, Bs. As., Depalma, 1982.

Hermelo (h.), Oscar, *La tarjeta de crédito en el derecho penal*, Bs. As., Pensamiento Jurídico, 1985.

Herrera, Lucio E., *Delitos contra la administración pública*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *Uso de documento adulterado*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1969, nº 2, p. 252.

Irurzún, Víctor J. - Luque, Clodomiro J. - Rossi, Héctor M., *El ardid en la estafa*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1968.

Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7ª ed., Bs. As., Depalma, 1984.

— *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., Bs. As., Losada, 1958.

Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Bs. As., Depalma, 1978-1982.

— *Homicidios calificados. Sistematización jurisprudencial y doctrinal*, Bs. As., Depalma, 1970.

— *Quebrados y otros deudores punibles*, Bs. As., Depalma, 1967.

Levene (h.), Ricardo, *Delito de falso testimonio*, Bs. As., Depalma, 1978.

— *El delito de homicidio*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1977.

— *Homicidio calificado por agravación*, en "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *Homicidio calificado por atenuación: homicidio en estado de emoción violenta*, en "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *La clasificación de los delitos. El homicidio* , en "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Levene (h.), Ricardo (dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Zavalía, 1978.

Lilli, Alicia R. - Massa, María A., *Delitos informáticos*, *LL*, 1986-A-832.

Lombardi, Giovanni, *Delitti contro la fede pública*, en "Trattato di diritto penale", Milano, Vallardi, 1935.

López Bolado, Jorge D., *Los homicidios calificados (art. 80 del Código Penal)*, Bs. As., Plus Ultra, 1975.

Malagarriga, Carlos, *Código Penal argentino*, Bs. As., Librería Cervantes, 1927.

Maldonado, Horacio S., *Delitos contra el honor*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *Delitos contra la administración pública*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Manigot, Marcelo A., *Código Penal de la Nación Argentina*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1960.

Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1920.

M. A. P. L., *El falso endoso y la falsificación de cheque, equiparada a la de moneda*, *LL*, 127-1003.

Marcópulos, Mario M., *Delitos contra la fe pública*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Masnatta, Héctor - Bacigalupo, Enrique, *Negocio usurario; ilícito civil y delito de usura*, Bs. As., Astrea, 1972.

Maurach, Reinhart - Gössel, Karl H. - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., tr. J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, supervisor E. A. Donna, Bs. As., Astrea, 1994-1995.

Mezger, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, tr. M. Finzi, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1950.

Millán, Alberto S., *El delito de encubrimiento*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.

— *Las reformas al Código Penal*, Bs. As., 1968.

— *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

— *Nuevo régimen penal del cheque*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

Molinario, Alfredo L., *Derecho penal. 2º curso, "El libro II del Código Penal argentino (Títulos I a VI)"*, La Plata, 1943.

Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, actualizador E. Aguirre Obarrio, Bs. As., Tea, 1996.

Moras Mom, Jorge R., *El delito de insolvencia fraudulenta*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975.

— *Los delitos de violación y corrupción*, Bs. As., Ediar, 1971.

Moras Mom, Jorge R. - Damianovich, Laura T. A., *Delitos contra la libertad*, Bs. As., Ediar, 1972.

Morel, Clemente, *Del pago con cheques sin provisión de fondos*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs., As., Zavalía, 1978.

Moreno (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., Tommasi, 1921.

Núñez, José M., *Usurpación, despojo y turbación de la posesión*, *LL*, 77-610.

Núñez, Ricardo C., *Análisis de la ley 21.338. Reformas a la parte especial del Código Penal*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1976.

— *Calificación y escala penal aplicables a la conducta de quien, en estado de emoción violenta excusable, lesiona levemente a su cónyuge*, *LL*, 35-616.

— *Delitos contra la propiedad*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1951.

— *Derecho penal argentino*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1961.

— *Derecho penal argentino*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959-1975; tomo de actualización, Bs. As., Lerner, 1975.

— *El concepto de automotor*, *JC*, XXI-1968-37.

— *"Iniusta petitio". Falsedad ideológica y estafa procesal*, *LL*, 63-718.

— *Manual de derecho penal. Parte especial*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1976.

Oderigo, Mario A., *Código Penal anotado*, Bs. As., Depalma, 1965.

Ojeda Gómez, Julio A., *Los "bienes de uso público" a que se refiere el artículo 184, inciso 5° del Código Penal*, *JA*, 1948-III-64, secc. doctrina.

Olazábal, Julio de, *Atentados al orden constitucional y a la vida democrática. Torturas*, Santa Fe, Panamericana, 1984.

— *Suspensión del proceso a prueba*, Bs. As., Astrea, 1994.

Pagano, José. L. - Rodríguez Grondone, Carlos. A., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Plus Ultra, 1979.

Peco, José, *Delitos contra el honor. Calumnia, injuria y difamación*, "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales", Bs. As., 1936.

Pelossi, Dener N., *Problemática en el delito de aborto e infanticidio*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1976.

Peña Guzmán, Gerardo, *El delito de homicidio emocional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.

Pessagno, Hernán A., *Falsificación de cheque y falsificación de endosos*, "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología", Universidad de Buenos Aires, 1953, n° 3.

— *Los fraudes al comercio y a la industria*, Bs. As., Ideas, 1944.

Pessina, Enrico, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1883-1885.

Pisapia, Gian Domenico, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948.

Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, 2ª ed., Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1943.

— *Curso de derecho penal (segunda parte)*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1978.

— *Los delitos contra el honor*, Bs. As., Jesús Menéndez, 1943; 2ª ed., actualizada por E. Aguirre Obarrio, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1958.

Ramos Mejía, Enrique, *El delito de concusión. Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública*, Bs. As., Depalma, 1963.

Reinaldi, Víctor F., *El delito de tortura*, Bs. As., Depalma, 1986.

Reyna, Álvaro E., *Un error de técnica legislativa (a propósito de la ley 21.766)*, *JA*, 1978-II-693.

Rinesi, Antonio J., *Factura conformada. Estudio crítico y comparativo con su similar la "duplicata"*, *JA*, 1967-II-55, secc. doctrina.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El delito de contrato simulado*, Santiago de Chile, Cono Sur, 1992.

Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., Lajouane, 1890.

Rodríguez Devesa, José M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1980.

Romero, Gladys, *Los elementos del tipo de estafa*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1985.

Romero Soto, Luis E., *La falsedad documental*, Bogotá, Temis, 1960.

Rosal, Juan del, *Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del derecho penal*, en "Estudios penales", Madrid, 1948.

Rosasco, Marcelo, *Lucha contra la obscenidad*, *JA*, 1959-III-431.

Rotman, Edgardo, *Los fraudes al comercio y la industria*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.

Rubianes, Carlos, J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, 3ª actualización, Bs. As., Depalma, 1980.

Rubianes, Carlos J. - Rojas Pellerano, Héctor F., *El delito de usurpación*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1960.

Sagüés, Néstor P., *Constitución de la Nación Argentina*, 7ª ed., Bs. As., Astrea, 1997.

Sancinetti, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público*, Bs. As., Ad Hoc, 1994.

Sandro, Jorge A., *La calidad del autor en la falsedad ideológica*, "Doctrina Penal", 1982-145.

— *Relevancia jurídico-penal de la falsificación de cheque de viajero*, *JA*, 28-1975-201.

Sauer, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umrib einer Rechts und Sozialphilosophie*, Berlin, 1921.

Schröeder, Horst - Schönke, Adolf, *Strafgesetzbuch*, München, 1965.

Seminara, Gerónimo, *Los nuevos institutos jurídico-penales antiterroristas de la legislación italiana*, *JA*, 1984-I-808.

Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, vol. I: *Delitos contra las personas*, vol. II [I]: *Delitos contra el patrimonio*, Madrid, Dykinson, 1966.

Serrano Maíllo, Alfonso, *La compensación en derecho penal*, Madrid, Dykinson, 1996.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., La Ley, 1945; 2ª ed., Tea, 1963; 3ª ed., Tea, 1970.

Somoza, Lucio C., *Delitos contra la seguridad común*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

— *Delitos contra la tranquilidad pública*, en Levene (h.), Ricardo (dir.), "Manual de derecho penal. Parte especial", Bs. As., Zavalía, 1978.

Sosa Arditi, Enrique A., *Tarjeta de crédito*, Bs. As., Astrea, 1992.

Sozio (h.), Torcuato A., *Responsabilidad y funciones del escribano público*, *LL*, 115-2.

Spolansky, Norberto E., *La estafa y el silencio*, Bs. As., Pannedille, 1969.

Sproviero, Juan H., *Delito de violación*, Bs. As., Astrea, 1996.

— *Responsabilidad penal del divorcio vincular*, Bs. As., Ábaco, 1988.

Tarrío, Mario C. - Huarte Petite, José, *Torturas, detenciones y apremios ilegales (los arts. 144 bis a 144 quinto del Código Penal Argentino)*, Bs. As., Lerner, 1985.

Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho penal. Parte especial*, Bs. As., Astrea, 1983.

— *El cheque ante el derecho penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1978.

— *El tipo legal del artículo 173, inciso 2º del Código Penal*, "Revista del Colegio de Abogados", Rosario, 1945.

Terragni, Marco A., *El cheque*, Bs. As., Hammurabi, 1985.

— *Estupefacientes. Nuevo régimen penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.

— *Homicidio y lesiones culposas*, Bs. As., Hammurabi, 1979.

Travieso, Juan A., *Terrorismo y derecho internacional*, *JA*, 1984-II-738.

Ure, Ernesto J., *El delito de apropiación indebida*, Bs. As., Ideas, 1947.
— *El engaño en el delito de venta de cosa ajena*, *LL*, 14-42, secc. doctrina.
— *Once nuevos delitos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

Valencia M., Jorge E., *Estudio de derecho penal especial*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990.

Valerga Aráoz, Jorge A., *Falsificación de documento privado con firma no imitativa*, "Doctrina Penal", 1982-189.

Valotta, Marcelo R., *Comentario sobre jurisprudencia relativa a falsedades documentales: material, ideológica e impropia*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, nº 4, p. 71.

Varela, Bernando C., *El concepto de documento en el artículo 292 del Código Penal*, en "Cuadernos de los Institutos", *Universidad Nacional de Córdoba, Facultad* de Derecho y Ciencias Sociales, 1963, nº 77, p. 9.
— *Homicidio simple*, Bs. As. - Córdoba, Lerner, 1969.

Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal comentado*, Bs. As., Plus Ultra, 1969.

Vázquez Rossi, Jorge E., *Lo obsceno. Límites de la intervención penal*, Santa Fe, *Rubinzal-Culzoni*, 1985.

Vega, Juan C. - Graham, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Bs. As., Astrea, 1996.

Verón, Alberto V., *La sindicatura y el delito de balance falso*, Bs. As., Astrea, 1981.

Vigna, Piero L., *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, Giuffrè, 1981.

Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, tr. E. Aimone Gibson, revisor M. Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, Edeval, 1984.

Wolf, Erik, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Mannheim, 1928.

Zaffaroni, Eugenio R., *Circunvención o abuso de menores e incapaces*, Bs. As., Ediar, 1996.
— *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Bs. As., Ediar, 1985.
— *Teoría del delito*, Bs. As., Ediar, 1973.
— *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1981.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de agosto de 1998.