lecciones
Y ENSAYOS

SEGUNDA EPOCA

1

Temas de Derecho Penal I I

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

diciembre, 1981

EUDEBA S.E.M.
Fundada por la Universidad de Buenos Aires

Editorial Universidad de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Rivadavia 1571/73
Queda hecho el depósito que marca la Ley Nº 11.723
Derechos reservados
Impreso en la Argentina
Printed in Argentina

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano
MARTIN CASEY

Secretario Académico
Roberto Durrieu

Subsecretario Académico
Alberto Blousson

Secretarios de Redacción
Ana R. Cusnir

Diego César Bunge

ORDENAMIENTO TEMATICO DE ACUERDO A PROGRAMA DE DERECHO PENAL IIa. PARTE

1. PRELUDIO AL BIEN JURIDICO, *Dr. Eduardo Aguirre Obarrio.* 17
2. LOS BIENES JURIDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS, *Antonieta Goscilo.* 25
3. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES, *Dr. José Ignacio Garona.* 40
4. LA VERDAD Y EL HONOR, *Dr. José María Orgeira.* 45
5. EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO, *Dr. Jorge Rodríguez Palma.* 50
6. FALSEDADES DOCUMENTALES, INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CAPITULO III DEL TITULO XII DEL CODIGO PENAL, *Dr. Gerardo Peña Guzmán con colaboración del Dr. Sobral.* 57
7. ABORTO (concepto e historia), *Dra. Noemí Goldstein de Rempel.* 60
8. ¿ES PERDIDA LA COSA PREVIAMENTE HURTADA O ROBADA?, *Dr. Fernando Archimbal.* 67
9. BANDA Y ASOCIACION ILICITA, *Dra. María Liliana Acosta.* 72
10. LA REPRESION PENAL DEL GIRO SIN PROVISION DE FONDOS, *Dr. Alejandro A. Dávila.* 76
11. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL HOMICIDIO, *Francisco P. Laplaza.* 90
12. EL DELITO DE ABORTO, *Dr. Enrique A. Alvarez Aldana.* 95
13. LEY N° 20771, *Dra. Liliana Catucci.* 101
14. EL DELITO DE COACCIONES, *Dra. Eleonora A. Devoto.* 109
15. REVELACION DE SECRETOS POLITICOS Y MILITARES, *Dr. Juan José Rho.* 117
16. EL DELITO DE ESTUPRO, *Dr. Juan José Yalj.* 125
17. OFENSAS EN JUICIO, *Luis María Rizzi (h).* 130
18. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MEDICOS, *Jorge A. Valerga Araoz.* 142
19. UN ASPECTO DE LOS DELITOS DE VIOLACION DE SECRETO Y DE ENCUBRIMIENTO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD DE LOS MEDICOS, *Dr. Daniel López Bolado.* 150
20. LESIONES QUIRURGICAS, *Dr. Héctor Guillermo Vidal Albarracín.* 156
21. LA CULPA Y EL DERECHO PENAL ARGENTINO, *Eduardo Raúl Geromc.* 161

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

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

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

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

Buenos Aires, **diciembre de 1981.**

Martin J. Casey

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

Redacción.

Discurso del Sr. Decano Dr. Martín J. Casey

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obviamente, maestro así, tiene derecho al honor, al respeto y a la amistad, a la expectatibilidad y a la tranquilidad económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Discurso del Sr. Profesor Emérito Dr. Mario Justo López.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora. Y siempre.

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

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

NOMINA DE PROFESORES EMERITO Y CONSULTOS

Titular Emérito

Dr. Mario Justo LOPEZ

Titulares Consultos

Dr. BUSTAMANTE ALSINA Jorge Horacio
Dr. COLOMBO Carlos José
Dr. LUQUI Juan Carlos
Dr. MOLINARIO Alberto Domingo
Dr. PARODI Horacio Duncan
Dr. PEÑA GUZMAN Gerardo
Dr. RAMOS MEJIA Enrique

Profesores Asociados Consultos

Dr. LIMA QUINTANA Omar
Dr. ORLANDI Héctor Rodolfo

Profesores Adjuntos Consultos

Dr. GATTI Edmundo
Dr. MALAVER Alberto M.

PREMIOS OTORGADOS

Premio "LA LEY"

Año 1980

ZURETI, Mario Ernesto

MEDALLA DE ORO

RADOVICH, Jorge Marcelo (entregado el 7/7/81) Promoción 1980.
RISOLIA, María Matilde (entregado el 7/7/81) Promoción 1973
WEISS JURADO, Rosa Delia (entregado el 7/7/81) Promoción 1979

PREMIO TEDIN URIBURU

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

PREMIO RAYMUNDO M. SALVAT

OLKENITZKI, Olga Promoción 1974

DIPLOMAS DE HONOR

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

PRELUDIO AL BIEN JURIDICO

Por Eduardo Aguirre Obarrio

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

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

Trataron la cuestión llamándola 'objeto del delito'.

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

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

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

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

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

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

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

II

¿Cuál es esa naturaleza, esa esencia del delito?

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

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

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

III

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

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

V

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

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

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

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

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

Estas dos funciones –interpretiva y sistemática– tienen gran importancia y volveremos sobre ellas más adelante.

VI

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

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

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

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

VII

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII

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

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

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

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

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

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

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

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

IX

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

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

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

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

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

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

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

X

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

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

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

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

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

XI

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

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

XII

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

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

XIII

La segunda dificultad proviene del carácter complejo de algunas figuras.

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

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

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

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

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

XIV

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

XV

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

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

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

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

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

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

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

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

XVI

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

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

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

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

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

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

XVII

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

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

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

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

NOTAS

I Entre *objicio, objecto y objectum* hay pequeñas diferencias. En la 4a. edición del Diccionario de la Real Academia (1803) ya figuraba como antigua la acepción del substantivo objeto: "objeción, ó tacha o reparo"; "tacha y excepción". A ella recurre Ortega y Gassett, "El Espectador", I. *Filosofía.* Carrara en el *Programa,* habla de ente jurídico y objeto. Después emplea las locuciones del texto *(Criterio distintivo delle contravvenzioni dai delitti,* en "Opuscoli", III, y sobre todo en *Lección sobre la ontología,* en "Riminiscenze di cattedra e foro").

III Tesis muy antigua (v.g. Covarrubias). En el siglo pasado la siguieron Birnbaum, Mittermaier, Haus, Pessina, Garraud.

VI Es un error atribuir a Feuerbach la paternidad de este enfoque, corriente en Italia por entonces (Renazzi en 1772, Ammirati en 1795, por ejemplo).

VII Conviene recordar la definición de delito propuesta por Carrara.

XI La función interpretativa del bien jurídico tiene mucha importancia, además, en cuanto a la antijuricidad, concursos aparentes, delito continuado, participación, tentativa, etc. A título de ejemplo, véase Jorge Alberto Sandro, Garantías constitucionales, dolo y tentativa inidónea, en el Homenaje de la Universidad de Córdoba a Sebastián Soler.

XVI Antolisei, "Problemi penali odierni", 1940; Dahm, Verbrechen und Tatbestand, 1935; Klee, Das Verbrechen als Rechtsgut, 1936; Schaffstein, Das Verbrechen als Phichtverletzung, 1935.

XVII v.g. la ley de contrabando, la de vinos, ciertas infracciones fiscales, etc.

INDICACION BIBLIOGRAFICA

En castellano, para los alumnos

MOLINARIO Alfredo J. El bien jurídico protegido por los delitos contra el orden público o la páz pública, Montevideo, 1942.

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

GRISOLIA Alberto, El objeto jurídico del delito, Santiago, 1959. (Francesco Carrara, Lección sobre

CARRARA, Francesco, Lección sobre la ontología; en el "Programa", Apéndice (vol. 10), traducción de Sebastián Soler, Ricardo C. Nuñez y Ernesto R. Gavier; Buenos Aires, 1949.

FRANZ von liszt, Tratado de Derecho Penal II, traducción de Luis Jiménez de Asúa. Madrid, 1927.

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

COUSIÑO MC IVER Luis, Derecho Penal chileno I. Santiago, 1975.

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

Lo más reciente: Michael Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972: Miguel Polaino Navarrete, El bien jurídico en el derecho penal, 1974, y Giorgio Gregori, Saggio sull'oggetto giuridico del reato, 1978.

LOS BIENES JURIDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS

*Por Antonieta Goscilo**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Título I: Delitos contra las personas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Título II: Delitos contra el honor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Título III: Delitos contra la honestidad.

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

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

La ley y la doctrina han dado diversas soluciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Título IV: Delitos contra el estado civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

En nuestros antecedentes legislativos recibieron este orden de infracciones variado tratamiento. En el caso del Proyecto de Tejedor se preveían dos títulos "Matrimonios ilegales" y "Delitos contra el estado civil". El Proyecto de Villegas–Ugarriza y García, dos capítulos del Título "Delitos contra el orden de las familias y la moral pública". El Código de 1887, Proyecto de 1891, el de 1906 y el Código de 1922, unificaron ambas clases en Delitos contra el estado civil.

Título V: Delitos contra la libertad.

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

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

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

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

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

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

Esta formulación negativa da carácter propio a estas infracciones.

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

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

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

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

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

La externa presupone una presión física.

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

Título VI: Delitos contra la propiedad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Título VII: Delitos contra la seguridad común.

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

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

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

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

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

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

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

efectivamente resulten lesionados. *Común* reemplaza a *público* (Ley 17.567–21.338) para evitar la equivocidad de este último término.

El peligro puede presumirse legalmente por el riesgo propio de la actividad realizada, como puede apreciárselo en concreto y en ocasiones deriva de acciones dañosas como, por ejemplo, en la figura prevista en el artículo 188 del Código Penal. Pero siempre el delito consiste en crear peligro, agravándose cuando los bienes mediatamente protegidos resultan lesionados.

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

Título VIII: Delitos contra la tranquilidad pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Al orden se corresponde el sentimiento que genera (postura que incorpora tanto el aspecto objetivo como el subjetivo).

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

d) No existe el orden público, realmente.

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

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

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

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

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

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

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

Título IX: Delitos contra la seguridad de la Nación.

Este título tiene como figura principal el delito de traición.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución Nacional define a la traición y establece su concepto a modo de garantía. Y de este concepto deriva lo anteriormente afirmado en cuanto a la guerra. Efectivamente, en el artículo 103 se dispone: "La traición contra la nación consistira únicamente en tomar las armas contra ellas, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. . .". La Ley 17.567 adecúa el texto legal previsto en el Código Penal al texto constitucional, ya que el anterior no lo hacía exactamente como surge del estudio de la figura en cuestión. (La ley 21.338 vuelve al régimen de la 17.567).

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

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

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

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

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

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

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

Título XI: Delitos contra la Administración Pública.

La administración pública no es estrictamente un bien jurídico.

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

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

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

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

Título XII: Delitos contra la fe pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se trata de delitos pluriofensivos.

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

Por José Ignacio Garona *

I) CONCEPTO Y NATURALEZA

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

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

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

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

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

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

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

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

II) ESTRUCTURA DE LA ACCION EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO

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

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

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

III) ACCION PUBLICA

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

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

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

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

IV) ACCION PUBLICA DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA

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

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

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

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

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

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

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

V) ACCION PRIVADA

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

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

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

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

Finalmente, creo necesario destacar que por ser la acción privada un derecho personal no es trasmisible a los herederos salvo el caso del primer párrafo del art. 75 que es aplicable en tanto y en cuanto la ofensa no haya sido hecha a una persona ya muerta (C. Crim. y Correc. Cap. Fed., en pleno, 17/12/72 "Romay Alejandro").

LA VERDAD Y EL HONOR

Por José María Orgeira *

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

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

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

Enseña Soler (t. III, p. 219) que deshonrar (una de las dos formas de injuriar del art. 110 del C. Penal) es delito lesivo de la autovaloración del honor, *con independencia de que se trate o no de la imputación de algo verdadero.* Añade más adelante (pag. 225) que la ley no quiere acordar patentes de censores de la vida ajena.

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

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

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

(1) Con relación al art. 109 del C. Penal traté esta regla en "La prueba de la verdad de la imputación y el delito de calumnia" en Jurisprudencia Argentina, Serie Contemporánea, Doctrina, 1970, p. 804.

Profesor titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Eduardo Aguirre Obarrio.

Como explica Ramos (p. 127) a veces se ha resulto el punto aludiendo innecesariamente a la existencia de "animus injuriandi" para condenar al que difunde sin razón valedera un hecho que deshonra o desacredita.[2]

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Juan imputa a Pedro una violación o cualquier otro delito doloso de los enumerados en el art. 72 del C. Penal. Aunque Pedro lo querelle criminalmente por calumnia, Juan no puede aportar prueba de la violación, etcétera, si la víctima o sus representantes legales no promovieron la acción dependiente de instancia privada.

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

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

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

La veda probatoria para el acusado de calumnia por haber atribuído a otra persona delitos de instancia privada o acción privada, suscita un interrogante: ¿Puede ser condenado alguien como autor de calumnia sin haberle permitido probar que la imputación de delito doloso no era falsa? Sostuve [3], y lo sigo pensando, que ningún juez puede considerar falsa una imputación si está prohibido probar su veracidad. Claro está que siendo la calumnia una forma agravada de injuria, el destinatario de la imputación tiene la facultad de promover subsidiariamente la acción penal por infracción al art. 110 del C. Penal.

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

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

Pero además de público el interés tiene que ser actual, no histórico (Cámara del Crimen de la Capital, Sala VI, causa "Bald, J." del 28-8-970, publicado en La Ley, t. 141, ejemplar del 31-3-71, y El Derecho, t. 35, fallo 17.069).

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

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

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

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

(3) Ver trabajo citado en nota 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por Bernardo Jorge Rodriguez Palma *

I) BIEN JURIDICO TUTELADO

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

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

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

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

(1) Maurach, R. Derecho Penal, T. I. pág. 235.

(2) Nuñez, Ricardo C.: Derecho Penal Argentino T. V. pág. 69, Ed. 1962.

(3) Carrara, Francesco Programa de Derecho Criminal parágrafo 1656.

(4) Carrara, F. op. cit. parágrafo 1656.

Profesor titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Eduardo Aguirre Obarrio.

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

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

II) ANTECEDENTES

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

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

El texto actual proviene del proyecto de 1891, que sufre variantes en el Proyecto de 1906 cuyo texto expresa: "Será reprimido... sino resultare otro delito mas severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, o el que encontrándose allí no se retirare, después de recibir éste la intimación de salir". Este último párrafo desaparece –sin explicación– en el Proyecto de 1917 y así pasa a ser el texto ahora vigente. La única modificación que posteriormente se efectúa, según los textos de las leyes 17.567 y 21.338 se refiere a la forma de ejercicio de la acción penal, ya que, según lo dispone el art. 72 del C. P. reformado la acción si bien seguirá siendo pública es de instancia privada.

III) LUGARES PROTEGIDOS POR LA LEY

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

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

(5) La cual puede integrarse con muy distintos delitos de indole diferente.

Es fácil de observar entonces que la noción de domicilio que surge del nombre de capítulo y del "nomen iuris" del delito excede en amplitud al concepto civilista, para el cual domicilio solo es el lugar donde tienen las personas establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios (art. 89 C.C.). Ya Carrara expresaba que para la ley penal domicilio es "... cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada..." (6) y "... sin distinción si lo ha escogido para morada continua, o solamente para algunas horas de la noche o para alguna destinación transitoria especial..." En otras palabras como dijera Chattan (7), "la casa del hombre es su castillo ¿Por que? ¿Porque se halla rodeada por un foso, o defendida por una muralla? Puede bien ser una cabaña de paja, puede el viento silbar alrededor de ella, la lluvia entrar pero el rey nó".

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

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

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

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

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

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

Como he dicho, el Código de 1887 excluía expresamente en su articulado la casa de negocio. El Proyecto de 1906 la incluye y en la exposición de motivos decía: "El capítulo segundo de este Título se ocupa de la violación de domicilio, y en él nos pronunciamos expresamente sobre la cuestión que discute la doctrina, respecto de la que se considerase el domicilio... con relación a la primera, consideramos que el delito existe cuando se entra en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o en el recinto habitado por otro..." (8)

(6) Carrara, F. op. cit. paragrafo 1656.

(7) Laloull, Les Orateures de la Grand Bretagne T.I. pág. 103.

(8) Código Penal, Edición Oficial pág. 382.

Tanto Rodolfo Moreno como Díaz pensaban que la inclusión del concepto de casa de negocio en el art. 150 del C.P. no importa modificación sustancial a lo legislado en el Código anterior, entendiendo que la prohibición de la norma precitada se aplica cuando dichas casas se encuentran cerradas y en las mismas quedan sus dueños, encargados o familia (Moreno) o que se limita a la parte del local excluida al público (Díaz), cosa que ya se consideraba delito por la jurisprudencia durante la vigencia del Código de 1887 [9].

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

c) *Dependencias:* Son aquellos lugares que, sin formar parte principal de la morada, se complementan con aquella formando un todo, habiéndose considerado tal los patios, los lavaderos, garages, zótanos, etc. De todas maneras, debe considerarse como violación de domicilio la acción en la que se puede decir que el sujeto pasivo ingresa –entra– en un lugar [10], para lo cual deben presentar algunos signos que permitan exteriorizar la voluntad del morador de excluir a un tercero. Así, un jardín que no se encuentre acotado aunque solo sea por un cerco simbólico, no es dependencia a los efectos de esta norma.

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

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

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

IV) LA ACCION TIPICA

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

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

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

(9) Moreno, R. El Código Penal y sus antecedentes, T. V. pág. 13; Díaz, F.: El Código Penal de la República, pág. 273.

(10) Soler, S. Derecho Penal Argentino, T. IV, pág. 81. 3ra. Edición.

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

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

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

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

V) LA VOLUNTAD DE EXCLUSION

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

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

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

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

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

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

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

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

(11) Código Penal Edición Oficial, pag. 382.

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

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

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

VI) SUJETO ACTIVO

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

Respecto a los cónyugues, el divorciado comete violación de domicilio respecto de su ex-consorte ya que si bien no hay disolución de vínculo, el divorcio hace cesar el hogar conyugal (art. 72 L.M.C.).

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

VII) SUJETO PASIVO

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

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

En los casos en que se trate de varias personas con similares derechos de exclusión se ha reconocido que en caso de divergencia primará el derecho de exclusión[12] sin que esta opinión resulte pacífica ya que se ha dicho también[13] que cuando los titulares son dos o más y varias permiten la entrada y una se opone no habrá delito para quien ingrese y en cambio si se cometerá delito si una sola se opone y las demás callan. –Consideramos mas atinada la primera solución ya que ante derechos iguales, se vulnera mas el bien jurídico tutelado admitiendo a quien uno de los titulares se opone, que excluyendo a quien se quiere hacer ingresar contra una voluntad expresa.

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

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

(13) Breglia Arias, El Delito de Violación de domicilio, Depalma, 1968, pág. 48.

VIII) LA SUBSIDIARIEDAD

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

Al respecto existen dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas.

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

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

Esta última tesis se funda en que, de no interpretarse así la ley se daría el contrasentido que, cuando el delito que se comete tiene pena igual o menor y no es un presupuesto necesario de la violación de domicilio quedaría excluída la aplicación de la pena de este último delito dando lugar a situaciones injustas ya que tendría igual resultado ingresar a un domicilio para injuriar (art. 150 mas 110 es decir dos años mas un año: tres años de prisión) que hacerlo para calumniar (sola aplicación del art. 109 por eutoexclusión del art. 150 del C.P.), Para esta última posición, dado que no resulta de la violación de domicilio ni la injuria ni la calumnia, deberán concurrir siempre[14] y en el supuesto de la calumnia la pena se elevará a cuatro años de prisión.

IX) CULPABILIDAD

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

X) TENTATIVA

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

XI) ACCION

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

(14) Nuñez, Ricardo C. op. cit. T V pag. 83; Soler, S. op. cit T IV pag. 90.

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

Por Gerardo Peña Guzmán *
con la colaboración de Sobral

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

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

I) DOCUMENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

II) DOCUMENTOS E INSTRUMENTO. DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

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

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

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

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

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

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

No he de repetir lo expuesto en ocasión de tratar lo relativo al bien jurídico protegido, pero me permito subrayar la importancia de la cuestión, por las distintas escalas penales que prevée el art. 292, según se trate de una u otra clase de documentos. Al menos sumariamente, recordemos que la inclusión de los documentos privados en este título de "la fe pública", tiene como fin proteger todos aquellos papeles cuyo uso es prácticamente insustituibles en nuestros días, al punto que, en el caso de los papeles de comercio, no es posible imaginar que una sociedad moderna pueda funcionar prescindiendo de ellos (no obstante el sensible descrédito que en la actualidad es dable verificar en muchaos de ellos).

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

III) FORMAS DE FALSEDAD

Nuestro Código prevee tres formas, a saber:

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

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

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

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

ABORTO
(Concepto e Historia)

Por Noemí Goldsztern de Kempel *

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

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

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

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

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

(1) Antonio Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Madrid, 1962, pág. 475).

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

(3) Luis Jiménez de Asúa, Libertad de Amar y Derecho a Morir (Buenos Aires, 1946, pag. 329, item 60 y nota 509).

(4) Eugenio Cuello Calón, Cuestiones penales relativas al aborto (Barcelona, 1931, pag. 67).

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

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

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

Para Bernaldo de Quirós [6] el aborto delictuoso se presenta, con intervención de la acción humana, "cuando, sin propósitos eugénicos o terapeúticos, determinados por verdaderos estados de necesidad, se provoca dolosa o culposamente en el organismo femenino la suspensión de la gestación con consecuencias eliminatorias".

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

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

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

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

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

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

(5) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit, pag. 329.

(6) Constancio Bernaldo de Quirós, ob. cit. pág. 83.

(7) Eugenio Cuello Calón, ob. cit. pág. 68.

(8) Franz Von Liszt, Traité de Droit Penal Allemande (Paris 1913, tomo II, pág. 53).

(9) Franz Von Liszt, ob. cit., (nota (1) pag. 53).

(10) Francesco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal (Buenos Aires, 1945, pag. 322).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(13) Francesco Carrara, ob. cit. nota 1, pág. 323.

(14) Anne Desmeules, L'avortement et le contrôle des naissances, Lausane, 1954, pág. 14.

(15) Quintano Ripollés, ob. cit. nota 10, pag. 479

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

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

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

En la India el más antiguo texto conocido, el Veda, contiene un solo pasaje referido al aborto, donde se hace una invocación a Ani a fin que mate y aleje de la mujer embarazada los espíritus malignos y de este modo impida que muera el fruto de la concepción [16]

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

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

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

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

Tanto Aristóteles como Platón sostenían la importancia de arbitrar los medios a fin de limitar la población y regular la demografía. Entre esas medidas, Aristóteles, proponía el aborto, pero este debía realizarse antes que el embrión hubiese recibido "el sentimiento y la vida" (la animación), para agregar a continuación que "el crimen o la inocencia de ese hecho (el aborto) depende absolutamente de esta condición" [17]

Platón por su parte sostenía la importancia de mantener en equilibrio las cifras de la población y entre otras medidas consideraba un deber provocar el aborto de toda mujer mayor de cuarenta años. En relación a este tema, Aristóteles permitía la concepción hasta los cincuenta años y explicaba que las personas muy jóvenes "engendraban seres incompletos de cuerpo y espíritu" en tanto que los hijos de las ancianas poseían una "debilidad irremediable"[18]

(16) Anne Desmeules, ob. cit., pág. 15.

(17) Anne Desmeules, ob. cit., pág. 18.

(18) Anne Desmeules, ob. cit., pág. 19.

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

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

La evolución del tratamiento del aborto en Roma es más compleja e interesante, ya que si bien mantiene el concepto heredado del pensamiento griego que sostiene que el feto es víscera materna introduce matices diferentes al atribuirle derechos al "nasciturus", siempre que estos le resultaran favorables. Por ejemplo se prohibió el entierro de la mujer embarazada antes de extraer el feto, como así también se ordenó la suspensión de las ejecuciones capitales de la mujer en ese estado [19], lo que demuestra un reconocimiento del derecho a la vida del ser aún no nacido.

Con todo, la incriminación del aborto tuvo lugar en este derecho bajo el postulado de un atentado a la vida, integridad y derechos de la madre pero sobre todo al valor de la patria potestad del padre. De esto surge que en el aborto provocado por un extraño contra la voluntad de la mujer o ignorándolo ésta, los antiguos romanos encontraban tan solo una ofensa contra la mujer, en tanto que en aborto que la mujer se hubiese procurado por sí misma veían un acto de disposición del propio cuerpo y por lo tanto no sancionable políticamente [20]. Solamente castigaban a la mujer casada cuando dolosamente hubiese provocado su propio aborto contra la voluntad del marido (ya que de consentir éste no habría sanción) y en base a "la indigna conducta que pudiera constituir el fraude de hijo al marido". Esta norma relativa a la punibilidad del aborto realizado en fraude a la patria potestad del marido aparece con los emperadores Sptimio Severo y Antonino quienes lo csstigaban con la pena de destierro y sobre la base que esta patria potestad torna al marido dueño absoluto de todas las personas ubicadas bajo su autoridad de padre de familia, otorgándole el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y lógicamente también sobre esos hijos antes de su nacimiento, es decir del feto.

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

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

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

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

(19) A. Quintano Ripolles, ob. cit., pág. 481.

(20) Francesco Carrara, ob. cit., pág. 317.

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

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

Se establece una curiosa distinción para determinar cuanto tiempo después de la concepción es preciso para que el semen llegado al útero se forme como cuerpo para recibir el alma, convirtiéndose en feto animado y se cree entonces que esto tiene lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y ochenta para las hembras.(21)

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

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

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

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

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

En su artículo 133 la Constitución Carolina asimila el aborto del feto viviente al delito de esterilización del hombre o la mujer (22) y sanciona solo el aborto fetal. El fundamento de esta medida es posible que radique en la preocupación demográfica.

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

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

(21) E. Cuello Calón, ob. cit., pág. 10.

(22) Franz Von Liszt, ob. cit., pág. 52.

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

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

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

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

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

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

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

¿ES PERDIDA LA COSA PREVIAMENTE HURTADA O ROBADA?

Por Fernando Archimbal *

I) INTRODUCCION

II) CRITERIO SUBJETIVO

III) CRITERIOS OBJETIVOS

IV) CONCLUSION

I) INTRODUCCION

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

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

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

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

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

II) CRITERIO SUBJETIVO

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

A la misma postura adhiere Sebastián Soler, quien señala: "Lo importante, por lo tanto, es que el autor o bien sepa que es una cosa que el propietario ha perdido, . . . o bien crea, por la situación de la cosa, que efectivamente era perdida. (Derecho Penal Argentino, To. IV, pág. 375, Edición 1963) ". . . a quien sigue, entre nosotros J. Laje Anaya (Aprobación Indebida, en Cuadernos de los Institutos, N°97, Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, Pág. 74, y, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, To. II, Pág. 162).

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

III DIVERSOS CRITERIOS OBJETIVOS

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

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

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

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

IV CONCLUSION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BANDA Y ASOCIACION ILICITA

*Por María Liliana Acosta**

I) BANDA Y ASOCIACION ILICITA

II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL

III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION ILICITA

La Banda y la Asociación Ilícita, son conceptos que han suscitado desde antiguo las más encontradas opiniones en lo que hace a la diferencia que existe entre ellas. Tanto es así, que la Excelentísima Cámara ha resuelto en sucesivos Plenarios, exactamente en sentido inverso, la misma cuestión (Cfr. C.C.C. Fallos, T.V., Pág. 604, y Fallos Plenarios, T. 1, Pág, 102).

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

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

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

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

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

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

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

II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION

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

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

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

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

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

Para el caso de no admitir dicha semejanza de términos, postura a la que en el capítulo II he adherido, la solución no ofrece ninguna dificultad, pues tratándose de delitos independientes el único concurso posible es el previsto en el artículo 55 del Código Penal, afirmación que se compadece con lo resuelto en el Plenario Coronel, vigente, a mi juicio, aún después de la reforma 21.338.

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

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

LA REPRESION PENAL DEL GIRO SIN PROVISION DE FONDOS

Por Alejandro A. Dávila *

PARTE GENERAL

I) RAZON DE SER DE LA FIGURA EN ANALISIS

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

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

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

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

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

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

(1) Pina Vara, A.: El cheque. Teoría y práctica. Méjico 1960, pág. 291.

(2) Cervantes Ahumada: Títulos y Operaciones de crédito, Méjico 1954, pág. 141.

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

II) FUENTES

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

En cuanto a la fuente mediata, la podemos encontrar en la ley 9077 del año 1912, basada en un Proyecto del diputado Delfor del Valle, la cual agregaba un inciso –el 15°– al art. 203 vigente en su momento. Dicho texto pasó, prácticamente sin variantes, a constituir el art. 302 del Código de 1921, y de allí al inciso 1° del art. 19 del decreto-ley 4778/63, y art. 10 de la ley 16.648.

III) EL BIEN JURIDICO TUTELADO

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

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

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

(3) Art. 240 del Anteproyecto.

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

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

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

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

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

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

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

IV) SUJETOS

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

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

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

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

(8) Derecho Penal Argentino (Parte Especial), Bs. As., 1970, T.V., pág. 383.

(9) L.L., 12-830.

(10) Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, en J.A., 1969-II-304; Sup. Trib. de Entre Ríos, en Rep. LL, XXIX-A/1, pág. 581; Cám. Penal 1a. de Tucumán, en LL, 142-423.

(11) El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico, en LL, 121-797.

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

(13) Soler, op. cit., T.V., pág. 427; MILLAN, Nuevo régimen..., pág. 137; Ure-Orgeira, La Nueva reforma penal, pág. 62.

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

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

V) OBJETO

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

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

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

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

(14) Cám. Nac. Penal Económico, en "El Derecho", 26/VII/68, fallos 47 y 48.

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

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

(17) Fallo Plenario "CRIVELLI, Juan M.", en J.A. 1967-VI-37.

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

VI) PENALIDAD

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

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

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

VII) INTERPELACION

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

VIII) CORRELACION CON EL DELITO DE ESTAFA

Existe entre la norma en estudio y el delito de estafa una típica relación de subsidiariedad, toda vez que será de aplicación esta última figura, según el texto del art. 302: "... siempre que no concurran las circunstancias del art. 172...".

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

(18) ADLA T XXIV C 1964, pág. 2084.

Lo que se quiere establecer aquí es una separación entre aquellos supuestos en que concurren todos los elementos de la estafa, frente a otros en los que simplemente estamos ante una figura de peligor, formal, independiente del daño causado, y como protección al mero acto de librar un cheque sin provisión de fondos (19).

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

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

Partiendo de la base que el cheque es un medio de pago, y comprobado que éste provocó la disposición patrimonial perjudicial, nada obsta para sostener que en la confianza depositada en dicho documento fundamentó la víctima la entrega al sujeto activo, careciendo de relevancia el hecho de haber mediado o no crédito (caso típico de los cheques postdatados), ya que además el cheque presentado para su cobro no pudo ser efectivizado. Este es el criterio de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de San Isidro (20) en un reciente fallo que merece la pena ser tenido en cuenta, pues al menos deja abierta la puerta de la esperanza en que algún día pueda ser modificado un criterio que tan poco favor le hace a la "justicia".

IX) COMPETENCIA

En cuanto a la competencia en razón de la materia, la misma se encuentra establecida por el decreto ley 4933/63, que en su art. 3º consigna la de los Tribunales en lo Penal Económico en el ámbito de la Capital Federal. En tanto que en las provincias son competentes los jueces en lo Criminal.

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

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

La otra, parte del supuesto que el momento consumativo del delito se da con la entrega del cheque, por lo que le otorga competencia al juez del lugar en que ha sido entregado el mismo (21).

(19) De la Rúa. El nuevo régimen penal de cheque, pág. 109; Soler S. op. cit., T.V., pág. 426.

(20) Causa Ni 16.993, Sala I, "Crispino, Francisco J. s/estafa" del 21/IV/81.

(21) Fallo Plenario Ni 53 del 6/V/1963, in re "GERLERO, Carlos Juan" (Cámara Nacional en lo Penal Económico).

A nuestro entender, la primera de las tesis enunciadas se ajusta más a la realidad de los hechos, en lo que se refiere a los incisos, 2°, 3° y 4°. Pero, parecería que no sucede lo mismo en el supuesto del inciso 1° ya que tratándose en esta hipótesis, según lo ha entendido la doctrina, de un delito complejo, compuesto por una acción y una omisión, y consistiendo esta última en la falta de pago dentro de las 24 horas de haber sido el sujeto interpelado, encontramos más acertado sostener que el lugar de pago determinará el momento consumativo de la figura, y por ende el juez del lugar, su competencia.

PARTE ESPECIAL

I) INCISO 1°

a) *El tipo legal:* Su texto es el siguiente: "El que de 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 24 horas de habérselas comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación".

Se trata de un delito complejo y plurisubsistente, que encierra una doble actividad consistente por un lado en una acción y por el otro en una omisión, debiendo darse imprescindiblemente las dos para configurarse el mismo (22).

Se ha sostenido también que se trata de un delito de omisión pura (23) Tal proceder quedaría configurado por no pagar dentro de las 24 horas de la notificación. El fundamento de esta tesis se basa en que no es ilícito el mero acto de librar el cheque, sino que tal conducta se verá incriminada recién cuando se omita el pago requerido.

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

b) *Acción:* Consiste en "dar en pago o entregar un cheque". La misma ley establece que la entrega podrá hacerse "por cualquier concepto", quedando incluídos de tal manera los cheques entregados en garantía, respecto de los cuales no es de aplicación lo estatuído por el art. 175 inc. 4° del Código Penal (24).

(22) Conf. Soler, S.; op. cit. T.V., pág. 427. En contra Silveyra. Delitos que se cometen por medio del cheque, pág. 52.

(23) Bacigalupo, Enrique. Revista de Derecho Penal y Criminología. Ni 2-1968.

(24) Cámara Nac. Penal Econ., causa Diestefano, L.L. fallo 59-597 del 7/II/1968 y Vega, E.D. del 10/5/1968.

Otra exigencia establecida por la ley es que no se tenga "provisión de fondos al momento de la presentación al cobro del cheque", sea que se trate de una falta total o parcial, y aunque se haya efectuado un pago parcial o cuenta [25] (como lo autoriza el art. 31 del decreto-ley 4778/63).

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

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

Es bueno destacar a este respecto que la opinión predominante en doctrina, le otorga a dicha omisión el carácter de elemento tificante del delito, para cuya consumación no bastaría el mero libramiento o entrega del documento. [26]

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

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

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

Finalmente, la ley emplea un enunciado genérico, al decir: "o cualquier otra forma documentada de interpelación". En este sentido el término interpelación según su empleo en el texto, parecería indicar que quedan excluídas las formas verbales de notificación probada por testigos [27] pero no sucede lo mismo con las actas notariales [28].

El segundo interrogante se presenta respecto de ¿quién debe hacer la notificación? Si partimos de la base que lo que la ley quiere es que razonablemente el librador tome conocimiento del rechazo, parecería lógico que cualquiera estuviese legitimado a efectuar dicha notificación. Así al menos lo ha entendido la Cámara Nacional en lo Penal Económico [29].

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

(26) Millán. Op. cit., pág. 164.

(27) Conf. Ure-Orgeira. Op. cit. pág. 58.

(28) En contra De la Rúa. Op. cit., pág. 162.

(29) Causa "Vega" E.D. 10/V/1968.

La tercera cuestión que se plantea está referida al *lugar* donde debe hacerse la notificación, Nuevamente, debe primar aquí la premisa enunciada precedentemente. En virtud de ello, resultaría válida la efectuada en el domicilio fijado por el librador ante el Banco. Esto surge claramente del decreto-ley 4776/63 que en su art. 1°, tercer párrafo expresa: "El domicilio que el titular de la cuenta tenga registrado en el Banco podrá ser considerado domicilio especial a todos los efectos legales derivados de la emisión del cheque". Por lo tanto, tal domicilio tendría validez aún en los supuestos en el que el librador no se encontrase allí. (30).

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

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

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

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

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

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

(30) Conf. De la Rúa. Op. cit., pág. 82 y 11; C.N.P.Ec. Causa "Poggio Girard", J.P.B.A. Nis. 13, pág. 104. Fallo 1467; Causa "Caamaño" y "Winkur" del 30/VIII/1966 en J.P.B.A. Ni 13, pág. 105; Sala I, in re "Ortiz, Juan y otros" en E.D. del 26/VI/1968 e igualmente Sala II del 19/VIII/1966. En contra, Cám. 2a. de Apelaciones de Mar del Plata-Abril 20/1967 in re "Alcalde, José" – E.D. 9-467.

(31) A.D.L.A. Ti XXIV-C 1964, pág. 2084.

(32) Causa "Diestefano" – L.L. 7/II/1968 – Fallo 59.597 y Causa Ni 7156 "Levi, Luis y otra" del 5/6/1967.

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

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

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

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

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

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

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

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

(33) C.N.P.E.c., Sala II in re "Tawil, Moisés y otro" del 26/IV/1968; idem "Unión de Padres de Familia Santa Catalina" y "Ulman y Cía.".

(34) El libramiento de cheques sin provisión de fondos en la última reforma. En J.A. 1964-I-81.

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

(36) Nuevo. . ., pág. 176.

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

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

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

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

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

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

5) Finalmente, encontramos en la doctrina una posición que día a día se abre camino –a la cual adherimos– que sostiene como válido a los fines de la interpelación el término de prescripción de la acción cambiaria, es decir 1 año, tal como lo estatuye el art. 54 del decreto-ley 4776/63. El argumento mas poderoso que a nuestro entender sostiene a esta postura radica en la mejor tutela que se logra con un plazo más extenso, y que al mismo tiempo se compatibiliza con la normal agilidad del comercio. Esto, evidentemente, permite un mejor logro en la protección de los bienes jurídicos que se vulneran.

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

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

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

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

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

II) INCISO 2°

La reforma penal de 1964 por vía de la ley 16.648 ya mencionada amplió el ámbito del art. 302 del Código Penal, extendiéndolo a tres nuevas figuras que crea y que quedan redactadas en tres incisos.

El primero de ellos expresa: "El que de 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".

Introdúcese de esta manera con la expresión "a sabiendas" un elemento subjetivo específico que excluye la posibilidad del dolo eventual, debiendo estar presente en el ánimo del sujeto activo del delito exclusivamente el dolo directo. Esto entraña fundamentalmente un problema probatorio, ya que según se ha entendido debe exigirse una especial referencia psíquica: el conocimiento de la imposibilidad de pago [38].

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

Al respecto resulta muy ilustrativo el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Penal Económico [39], por el que se ha entendido que incurre en este inciso el librador que girase sobre una cuenta que sabe cerrada, no considerándose indispensable para acreditar este conocimiento la comunicación expresa del rechazo.

(38) Borinsky. Op. . . cit., pág. 131.

(39) Causa "Silenzi" del 9/VIII/1968, en J.P.B.A., XVIII-320.

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

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

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

III) INCISO 3°

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

Contémplase en este inciso dos hipótesis:

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

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

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

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

(40) Op. cit., págs. 178/189.

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

(42) Cám. Nac. Penal Econ., en public. cit., págs. 18/200 y J.P.B.A., XX-2678.

IV) INCISO 4°

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

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

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

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

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