

Libros de **Cátedra**

Propiedad y Libertad

El cine bajo la crítica del derecho penal toma 3

Gabriel Vitale (coordinador)

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales


EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

PROPIEDAD Y LIBERTAD

EL CINE BAJO LA CRÍTICA DEL DERECHO PENAL TOMA 3

Gabriel Vitale

(coordinador)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Agradecimientos

Este nuevo estudio sobre delitos y cine, el tercero, busca continuar el trabajo profesional de este grupo docente que me acompaña desde hace varios años. Por ello, queremos agradecerle al Profesor Titular, Dr. Manuel Garrido que nos permite investigar el Derecho penal en este proyecto, asimismo a las autoridades de la Facultad, en especial al Sr. Decano Miguel Berri, a la Secretaria Académica Valeria Moreno, y a los autores de los diferentes capítulos, quienes se sumaron a este proyecto, sin los cuales, este libro no hubiera sido posible. A nuestras familias, quienes nos escuchan y acompañan en esta tarea docente e investigadora.

La gratitud para todo el equipo Editorial de EDULP por la energía y dedicación que nos brindan a los docentes de la Universidad Pública, gratuita y laica y a nuestro Editor Lic. Nicolás Simonoff.

Gabriel M. A. Vitale

Índice

Introducción	7
 Capítulo 1	
Reducción a la esclavitud y servidumbre	8
<i>Dolores Amaya</i>	
 Capítulo 2	
Privación ilegal de la libertad	15
<i>Lautaro Villordo</i>	
 Capítulo 3	
Secuestro coactivo	21
<i>Gabriel Vitale y Marlene Montenegro</i>	
 Capítulo 4	
La Privación ilegal de la libertad, Severidades, apremios, vejaciones y torturas en el Séptimo Arte	29
<i>Cristian Ariel González</i>	
 Capítulo 5	
Trabajo ¿Infantil? Art. 148 del Código Penal de la Nación	38
<i>Griselda B. Hernández</i>	
 Capítulo 6	
Amenazas y Coacción	46
<i>Pilar Rodríguez Genin</i>	
 Capítulo 7	
Violación de domicilio	55
<i>Felipe Mas Arrouzet</i>	
 Capítulo 8	
Allanamiento ilegal	67
<i>Felipe Mas Arrouzet</i>	

Capítulo 9

Cine, correspondencia y datos secretos: Un guion penal..... 80

Alfredo Masi Barrio

Capítulo 10

Un análisis cinematográfico del Derecho Penal..... 88

Agustina Ma. Bernardi

Capítulo 11

...pues fuistes en el hurto conocidos 95

Andrea V. Quaranta

Capítulo 12

Hurtos calificados 107

María Cecilia Corfield y N. Ezequiel Curvelo Lepera

Capítulo 13

El delito de robo..... 115

María Elia Klappenbach

Capítulo 14

Homicidio con motivo u ocasión de robo 127

Nahuel Alifracó

Capítulo 15

Superman nunca viene por acá..... 134

Andrea V. Quaranta

Capítulo 16

Robo calificado 142

Mercedes González Isabella

Capítulo 17

Robo Agravado: cuando el ingenio desafía al sistema 154

Nadía Marina Rivas

Capítulo 18

Extorsión..... 160

Jonatan Robert

Capítulo 19

Chantaje 167

Agostina Vincentti

Capítulo 20

Secuestro extorsivo 174

Patricio Tomás Rizzi

Capítulo 21

Sustracción de cadáver 187

Ignacio Blanc Codina y Tomás Bartolo

Capítulo 22

Nueve reinas, vendedor de ilusiones. Estafas y otras defraudaciones 193

Lucas Fernández

Capítulo 23

Jurisprudencia 200

Mercedes González Isabella

Los Autores 210

Introducción

Propiedad y libertad, el cine bajo la crítica del derecho penal toma 3 es una construcción transversal de docentes, ayudantes y alumnos durante el transcurso de estas dos décadas de docencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El Derecho penal y la reflexión sobre el fenómeno jurídico, en tanto arte narrativo y centrado en el cine por la multiplicidad de los argumentos que otorga, establece criterios, instrumentos y elementos que vinculan ambos mundos de forma ostensible. De esta manera queremos acercar la frialdad de la norma, a los movimientos concretos de escenas, tramas y desarrollos.

En este recorrido, hemos utilizado películas, obras de teatro, canciones, extractos bíblicos, literatura clásica, cuentos infantiles y todo elemento que pudiera acercar el Derecho Penal Parte Especial a la cotidianidad, superando los titulares de diarios, revistas y televisión, dando forma a esta obra como elemento pedagógico llegando a películas de criminales, secuestradores, estafadores, para proponer un análisis jurídico sobre cada una de las problemáticas penales.

Con este proyecto colectivo, volvemos a conectar conceptualmente al Cine con esa visión compartimentada de la realidad, que a fuerza de distinción penal declara múltiples facetas de la vida que son interesantes para buscar una educación jurídica integral.

Con esta tercera entrega, nos sentamos en las butacas de la filmografía buscando una educación jurídica integral a través de la normativa, los tratados y las leyes, sin que sea un atentado contra la tradicional pedagogía jurídica.

La Universidad Nacional de La Plata, en estos tiempos tan complejos, sigue educando, investigando y publicando para contribuir con el tejido social universitario y reducir las desigualdades, fomentando el sentido crítico y edificando un pensamiento con perspectiva en Derechos Humanos, de manera totalmente gratuita gracias a la facilidad que produce la descarga de libros. Ahora, tomen asiento, apaguen sus móviles, compren sus pochoclos y disfruten de los guiones y las escenas desde la perspectiva penal, agradeciendo a todxs los que han contribuido en esta obra.

Gabriel M. A. Vitale

CAPÍTULO 1

Reducción a la esclavitud y servidumbre

Dolores Amaya

A lo largo de este libro, se desarrollan distintas figuras penales y, en este vasto camino, observaremos como el derecho penal se ocupa de proteger la vida humana en su amplio espectro. En sus distintos títulos, el Código Penal se ha encargado de preservar, entre otros, la vida y la integridad sexual.

En el presente capítulo nos ocuparemos de abordar y analizar los delitos que se encuentran comprendidos bajo el título “Delitos contra la Libertad”.

Para ello, es de suma importancia, antes que nada, especificar ¿Qué es la libertad?

La libertad, como bien sabemos, es un bien personal e intransferible del individuo. Así, la persona humana presupone una conexión inseparable con esta, cuya negación implicaría, lisa y llanamente, el rechazo del hombre y su existencia misma.

La libertad personal integra una cualidad esencial humana, no es creada por la constitución ni por las leyes, sino que surge de la propia existencia del ser humano en cuanto único titular de derechos y deberes. Ésta es inherente al individuo que nace con ella y solo con el término de su existencia se extingue.

La primera referencia a un film que podemos hacer es a “El Patriota”, esta es una película épica histórica del año 2000. La historia se desarrolla durante la Guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775-1783)¹.

En la misma, el personaje principal, Benjamín Martin (interpretado por Mel Gibson), es un viudo y padre de siete hijos que se une al ejército continental para luchar contra los británicos después de que su hijo mayor, Gabriel, tras unirse a las milicias se encuentra capturado por los británicos.

Lo importante para destacar de este film, es que Benjamin Martin es el dueño de una plantación, en la cual tiene esclavos realizando tareas que, si bien llegan a presentarse como libertos trabajando por propia iniciativa, cuando aparece el Coronel Tavington, es claro que estaban reducidos a esta condición y, por lo tanto, privados de su libertad.

¹ A mi entender, ésta es una de las películas más emblemáticas. Estrenada en el año 2000, Duración: 165 minutos, Estadounidense. Director: Roland Emmerich, Guión: Robert Rodat, Música: John Williams, Fotografía: Caleb Deschanel. Reparto: Mel Gibson, Heath Ledger, Joely Richardson, Jason Isaacs, Chris Cooper, Tom Wilkinson, Tchéky Karyo, Rene Auberjonois, Lisa Brenner, Peter Woodward, Donal Logue, Leon Rippy, entre otros. Producción: Centropolis Entertainment y Mutual Film Company, Género: bélico, drama, histórico.

Antecedentes y contexto

En el Derecho Romano se encuentran precedentes de las conductas reprimidas en la figura denominada crimen vis que, en una primera etapa comprendía los delitos de amenazas y coacciones, dentro de las cuales fueron incluidas posteriormente ciertas formas de abuso de autoridad, detención ilegal, exacción, extorsión, rapto, cárcel privada y estupro violento.

Más allá de la amplitud de las conductas que abarcaba el crimen vis en el Derecho Penal Romano, bajo el nombre de plagium se castigaba la violación de los derechos dominicales respecto de los esclavos y la compra o venta de hombres libres, tutelándose así el derecho de propiedad y no la libertad en sí misma. El fundamento del castigo de tales conductas se remontaba a la necesidad de poner fin al robo de esclavos y hombres libres, actividad que se multiplicó durante los últimos tiempos de la República.

Con la incorporación del artículo 140 a nuestro código adjetivo, la Comisión que redactó el proyecto de 1891 entendió que con ello se castigaba el delito previsto por el artículo 15 de la Constitución Nacional que establece: *“En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”*.

En la actualidad, luego de la reforma constitucional de 1994, la reducción a esclavitud o servidumbre, en todas sus formas, está expresamente prohibida en varios de los documentos internacionales introducidos por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pudiendo citarse la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.4°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.6°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.8°), entre otros.

Análisis del tipo

Para comenzar con el correcto estudio de este tipo penal, primero tenemos que hacer hincapié en el bien jurídico protegido por el artículo 140 del Código Penal. Éste debe ser entendido como la libertad en el sentido establecido en el artículo 15 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

No existe consenso entre los doctrinarios sobre cómo debe ser entendido el término libertad, en razón de que este engloba una amplitud de definiciones y puede ser utilizado en una pluralidad de sentidos. A efectos de configurar el bien jurídico protegido por la norma, muchos consideran que la nota definitoria está dada porque en una sociedad civilizada la dignidad, la personalidad y la libertad se consideran atributos esenciales de la persona humana, por lo que la esclavitud y la servidumbre sólo pueden ser interpretadas como degradantes.

La protección penal de la libertad abarca tanto el libre despliegue (capacidad de acción) de la conducta humana como las zonas más íntimas y espirituales del hombre, en cuyo ámbito la injerencia del Estado sería arbitraria e ilegítima. Su reconocimiento como derecho humano fundamental proviene no sólo del texto expreso del art.19 de la Constitución Nacional, sino de los propios tratados internacionales que han sido incorporados a su plexo normativo (art.75 inc.22).

Resumiendo, entonces, podemos concebir la libertad personal como la *facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o estado) interfiera arbitraria o ilegítimamente en la esfera de la reserva o de intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley.*²

“Reducir a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad”

La **esclavitud** es una forma de trabajo forzoso que implica el control absoluto de una persona por otra o, en ocasiones, de un colectivo social por otro. Quien se encuentra en una situación de esclavitud puede ser utilizado para la realización de cualquier actividad, sea lucrativa o no. La condición de esclavo, por otro lado, no tiene una duración determinada.

Cabe destacar que, de acuerdo a lo previsto por el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, la esclavitud, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, es un “crimen de lesa humanidad” (artículo 7.1. “C”).

Una película de la que podemos hablar para hacer mención a este tipo penal es “Los juegos del hambre”³. Este film nos muestra un mundo distópico donde los Estados Unidos han sido devastados tras varias guerras, convirtiéndose en una nueva nación llamada Panem, un estado donde reina la pobreza. Estos juegos son un evento televisivo anual en el que el despiadado Capitolio selecciona al azar un niño y una niña entre las edades de 12 a 18 años de cada uno de los doce distritos, poniéndolos unos contra otros en un juego de supervivencia, donde se ven obligados a luchar entre sí hasta la muerte. El vencedor gana una nueva casa para él y su familia en el Distrito, junto con comida, fama y riqueza.

Lo destacable es que, el objetivo de los juegos es recordar a los habitantes de Panem que, 75 años atrás una rebelión de todos los distritos contra el Capitolio, terminó con el sometimiento de doce de ellos y la destrucción total del décimo tercero.

² Boumpadre, ob.cit.

³ Película de ciencia ficción, acción y drama, basada en la novela best-seller de Suzanne Collins. Estrenada en el año 2012, Duración 142 minutos, Estadounidense. Director: Gary Ross, Guion: Billy Ray, Gary Ross, Suzanne Collins. Música: James Newton Howard, Fotografía: Tom Stern.

Podemos observar la configuración de la reducción a la esclavitud por parte del Capitolio, es decir, de su presidente Coriolanus Snow para con los distritos, toda vez que éstos realizan trabajos forzosos para alimentar y conservar la vida en el Capitolio, teniendo este último un control absoluto sobre ellos.

En cuanto a la **servidumbre**, implica las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de los que la persona no puede escapar y tampoco puede modificar.

Finalmente, la expresión “bajo cualquier modalidad” involucra que la conducta reprimida podría ser cometida a través de engaño; fraude; violencia; amenaza; abuso de autoridad; concesión o recepción de pagos; el consentimiento de la víctima (viciado o no) o el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella; etc.

Como en toda estructura penal, la misma requiere de un tipo objetivo en donde la figura exige la reducción de una persona a la condición de cosa, esto implica que pueda ser vendida, comprada, cedida o que un tercero se sirva de ella sin reconocerle ningún derecho o prestación por su trabajo.

En cuanto al tipo subjetivo, se requiere el dolo directo del autor y no exige condiciones o cualidades para ser considerado autor o víctima.

La reducción a la esclavitud o servidumbre se trata de un delito permanente y de resultado que se consuma cuando el sujeto pasivo queda sometido al verdadero dominio de otro sobre su voluntad, sin importar el medio utilizado para ello. La tentativa también es viable.

“Recibir a una persona reducida a servidumbre o esclavitud para mantenerla en ella”

Esta modalidad consiste en recibir a una persona que ya se encuentra en la condición de esclavitud o servidumbre, con la finalidad de mantenerla en dicha condición. La figura requiere, entonces, la concurrencia de un particular elemento subjetivo que especializa el tipo: la intención del autor de mantener al sujeto en la misma condición en que lo recibió. De modo que cualquier otra finalidad (como liberar a la víctima) torna atípica la conducta, por ausencia del elemento subjetivo. El delito, a diferencia del tipo anterior, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento en que el agente recepta a la víctima.

Un film en el que podemos visualizar este tipo penal es “*Aladdín*”⁴. En esta película, el personaje principal es un ladronzuelo que se enamora de la hija del Sultán, la princesa Jasmine. Para poder conquistarla aceptará un desafío de Jafar, consejero del monarca. Aladdín tendrá que entrar en una cueva en mitad del desierto y conseguir una lámpara mágica en cuyo interior se encuentra el Genio que será el encargado de concederle todos sus deseos.

⁴ Es una película animada basada en Aladino, cuento popular de Las mil y una noches. Estrenada en el año 1992, Duración 90 minutos, estadounidense. Director: Ron Clements y John Musker, Guion: Ron Clements, John Musker, Ted Elliot y Terry Rossio. Música: Alan Menken.

El Genio es un espíritu cómico, muy poderoso. Actúa como un sirviente de quien tiene la propiedad de la Lámpara Mágica donde reside. Él posee un poder cósmico que le permite conceder deseos, cambiar de forma y trascender en el espacio y el tiempo; sin embargo, tiene la carga de permanecer atado a su lámpara toda una eternidad a menos que su amo le otorgue la libertad.

¿Cuándo podemos visualizar la acción típica? En el momento en que una persona recibe la lámpara en la que está el genio y mantiene su condición de siervo para obtener de él los tres deseos. Cabe aclarar que en la película podemos abrir un debate en cuanto a si Aladdín configura el tipo penal, debido a que una vez que éste obtiene la lámpara, usa dos de sus tres deseos y con el último libera al Genio.

Para que la conducta quede subsumida en el tipo no resulta suficiente recibir a una persona en estado de servidumbre o esclavitud, sino que el tipo objetivo requiere que el sujeto activo haya logrado efectivizar un poder sobre la víctima, aunque sea fugaz.

Con respecto a la intencionalidad del autor, el tipo subjetivo que se exige es el dolo directo, quien tiene que recibir a la víctima con la intención específica de mantenerla en las condiciones que implican la esclavitud y servidumbre.

Al igual que en el supuesto anterior, la figura no exige requisitos o cualidades para el sujeto activo, pero sí para el pasivo, quien previamente debió ser reducido a esclavitud o servidumbre.

El delito se consuma en el momento en que la víctima es recibida por el autor con el fin específico establecido por el tipo penal. Es de carácter permanente en la medida en que el sujeto activo mantenga al sujeto pasivo en condición de esclavitud o servidumbre.

Mientras que, habrá tentativa si la recepción no se consuma por circunstancias ajenas al autor teniendo éste el fin de recibir a la víctima para mantenerla en situación de esclavitud o servidumbre. Finalmente, la conducta resultará atípica, si el sujeto activo hubiere recibido a la víctima para liberarla, aún en el supuesto que, por ejemplo, la hubiese comprado, si al momento de hacerlo tuvo esa intención.

“Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados”

La figura típica prevista en el artículo que venimos estudiando la debemos interpretar en el sentido de castigar la reducción a la esclavitud o servidumbre de quien fue obligado a realizar los trabajos o servicios forzados y no su mera imposición.

El delito, en su estructura objetiva, va a quedar configurado cuando sean modificadas las condiciones en que se realizan los trabajos o servicios forzados, de modo tal que la víctima termina subsumida en condiciones análogas a la esclavitud o servidumbre.

Al igual que los tipos que venimos estudiando, esta figura requiere el dolo directo del autor. No reviste cualidades especiales para los sujetos, con diferencia del sujeto pasivo, quien solo podrá ser aquél que fue obligado a prestar servicios o trabajos forzados.

El delito quedará consumado cuando las condiciones de trabajo impuestas al sujeto pasivo se asemejen al estado de una persona cuando es reducida a esclavitud o servidumbre.

“Obligar a una persona a contraer matrimonio servil”

El matrimonio forzoso o servil debe ser entendido como *“toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer [persona] o una niña sin derecho a negarse a ello es prometida o dada en matrimonio con arreglo al pago de una suma en dinero o en especie a sus padres, tutores, familia o a otra persona o grupo; o ii) El esposo de una mujer, su familia o su clan tiene el derecho de transferirla a otra persona por un valor recibido u otra consideración; o iii) Una mujer, a la muerte de su esposo, puede ser heredada por otra persona”* (artículo 5, inc. “J”, cfr. artículos 7 y 1 de la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”).

Ahora bien, esta norma penal debe ser entendida como aquella que castiga la imposición de la celebración del matrimonio ante las autoridades correspondientes, con el fin último de sumir a uno de los contrayentes víctima de un estado de esclavitud o servidumbre. Para que este tipo de delito quede configurado, la víctima debe haber sido coaccionada o forzada a contraer matrimonio con ese fin.

Sumado al resto de los tipos penales que venimos viendo, esta figura solo recepta el dolo directo y no exige condiciones o cualidades especiales en los sujetos. Aunque es importante destacar que, como la norma habla de persona, puede ser sujeto pasivo tanto un hombre como una mujer, debido a la recepción de la unión en matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

El delito quedará consumado cuando se someta a la víctima a un estado de esclavitud o servidumbre luego de haber sido forzada a contraer matrimonio. De ahí que, si el sometimiento a la relación servil se diera en el marco de cualquier tipo de unión de hecho que presentare características similares al matrimonio (la convivencia, por ejemplo), nos encontraríamos ante un supuesto de reducción a esclavitud o servidumbre bajo cualquier modalidad y no ante una conducta que podría ser encuadrada dentro de la figura que ahora comentamos.

La tentativa es viable en la medida en que el sujeto pasivo hubiera sido obligado a contraer matrimonio, mediando la intención del sujeto activo de someter a aquél a un estado de servidumbre o esclavitud que no se haya materializado.

Finalmente, y a modo de breve conclusión, podemos determinar que la conducta punible es reducir (sujetar, someter, constreñir, adaptar, etc.) a un individuo a alguna de estas condiciones o a otras semejantes que les son equivalentes. A estas situaciones el autor puede llegar por cualquier medio (violencia, engaño, persuasión), siendo indiferente el propósito perseguido. Lo que importa es que, valiéndose de cualquier medio, el autor logre un estado de subordinación o sometimiento de la víctima.

En la modalidad de la reducción a esclavitud o servidumbre, el delito es material y de carácter permanente. Se consuma cuando se logra la situación de dominio o sometimiento de la persona, manteniéndose la consumación mientras dicho estado continua. La infracción es dolosa, de dolo directo y resultan admisibles las formas imperfectas de comisión.

Bibliografía

BUOMPADRE, Jorge “Derecho Penal – Parte Especial”, Buenos Aires, Contexto Libros, 2018.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge “Derecho Penal Parte Especial”, Buenos Aires, Astrea 2018.

DONNA, Edgardo Alberto “Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A”, Buenos Aires, Rubinzal, 2011.

FONTÁN BALESTRA, Carlos “Derecho Penal II Parte Especial”, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2008.

NUÑEZ, Ricardo “Manual de Derecho Penal”, Buenos Aires, Astrea, 2009.

Revista Pensamiento Penal “Código Penal Comentado”.

SOLER, Sebastián “Tratado de Derecho Penal”, Astrea 2022.

CAPÍTULO 2

Privación Ilegal de la libertad

Lautaro Villordo

Bien jurídico protegido

El artículo 141 sanciona con una pena de seis meses a tres años a quien ilegalmente privare a otro de su libertad.

En primer lugar, he de mencionar que el artículo bajo estudio protege la libertad de las personas, derecho que también se encuentra tutelado por diversos artículos de la Constitución Nacional.

De este modo, y ya habiendo individualizado el derecho que se encuentra protegido en el presente artículo, corresponde definir el significado de libertad a fin de poder determinar cuándo este derecho se encuentra vulnerado.

Así, la libertad del sujeto es entendida como libertad de movimiento corporal y de locomoción, la cual también es denominada como libertad ambulatoria, que es el derecho de trasladarse de un lugar a otro sin ningún tipo de impedimentos por parte de un tercero, pero también abarca el derecho del sujeto a efectuar libremente todo tipo de movimientos sin que sean interferidos por otro sujeto.

Grisetti y Villanueva (2019) citan a Edgardo Donna quien refiere que *“lo que protege es la libertad física de las personas en su sentido amplio, siendo este entendido como la libertad de movimiento corporal y la de trasladarse de un lugar a otro”* (págs. 751 y 752), en igual sentido se expresan Soler, Nuñez, Creus, Boumpadre y Estrella.

De este modo, podemos referenciar a modo de ejemplo la película *“El Clan”*⁵ que muestra una familia que se dedicaba a secuestrar gente en la década de 1980 en Argentina. Si bien en el film nos encontramos con el fin de obtener rescates de los secuestros (punto que se evaluará seguidamente), lo cierto es que la familia Puccio privaba de la libertad de trasladarse de un lugar a otro a sus víctimas.

Si se busca otro fin con esa privación ilegal de la libertad, podría constituir otro delito y no quedar encuadrado en el artículo bajo análisis. Así podemos señalar como ejemplo la perpetración de un robo (delito pluriofensivo), donde se restringe la libertad ambulatoria por unos momentos del sujeto pasivo, sin embargo, allí no se ataca directamente la libertad ambulatoria de

⁵ Película Argentina estrenada en el año 2015, dirigida por Pablo Trapero, basada en una historia real.

la persona, sino que se comete un delito contra la propiedad que conlleva -necesariamente- la restricción ambulatoria de la víctima.

Pero si el robo excede el tiempo necesario para su consumación podríamos encontrarnos frente a un concurso real con el delito de privación ilegal de la libertad.

Acción y omisión

Este delito puede ser cometido a través de una acción o de una omisión del sujeto activo. Aquí tenemos el claro ejemplo de un chofer de micro que debe frenar en una esquina para dejar a un pasajero, pero no lo hace. Así, encontramos un tema a debatir, y es si se configura el delito con el hecho de que el chofer pase una parada solicitada por el pasajero. Es que, al ser solo una parada, si bien se reúnen los requisitos que requiere el tipo penal en estudio, lo cierto es que dicha acción podría encontrarse comprendida por el principio de insignificancia.

Asimismo, puede configurarse el tipo a través de la omisión de una conducta del sujeto activo cuando el sujeto pasivo se encuentra privado legítimamente de la libertad, y por determinada circunstancia esa privación debe cesar, y sin embargo el sujeto activo no realiza la acción correspondiente para ello.

A modo de ejemplo, nos encontramos con el agente del Servicio Penitenciario que recibe una orden de un Juez competente a fin de que se le dé la libertad a determinada persona detenida, haciendo caso omiso a dicha orden.

Por otro lado, cabe destacar que la duración de la privación ilegal de la libertad no es relevante, siempre y cuando no resulte de aplicación el principio de insignificancia, o se constituya un agravante, tal como se verá *infra*.

Tipo objetivo

El tipo objetivo requiere la privación de la libertad del sujeto pasivo, y que esa privación sea ilegal.

A fin de clarificar la acción aquí sancionada, debemos entender que se configura el tipo al momento de que el sujeto activo restringe el movimiento o la disposición –aun cuando sea parcial- del cuerpo del sujeto pasivo, en definitiva, se priva ilegalmente al otro de su libertad personal.

No resulta necesario el traslado del sujeto pasivo a otro lugar, basta con privarlo de su libertad en un lugar, aun cuando sea en el lugar donde ya se encontraba el sujeto pasivo.

El tipo penal también se configura cuando el sujeto pasivo es privado de la libertad parcialmente, es decir, cuando por ejemplo se le atan las manos, pero se lo deja trasladar con los pies. Aquí nos encontramos con que si bien la víctima se puede desplazar -mediante sus piernas- lo cierto es que se encuentra restringido su movimiento corporal.

La libertad va de la mano de la responsabilidad, justamente a los inimputables se les restringe la libertad, pero ello es con un criterio tuitivo.

Por otro lado, el tipo objetivo requiere que la restricción de la libertad sea ilegal, es que en caso de contar con una manda judicial que la ordene nos encontraríamos sin la ilegalidad que requiere la figura, y, por lo tanto, no se configuraría el tipo objetivo.

Un claro ejemplo de ello son las órdenes de detención emanadas por autoridad competente en el marco de la ley procesal respectiva a cada provincia.

Asimismo, si el sujeto pasivo presta consentimiento para ser privado de su libertad también impide que se configure el tipo penal, es que esa restricción no sería ilegal, a modo de ejemplo cabe traer a cuento la pareja que consiente el ser atado en una práctica sexual.

Así, a fin de entrelazar el ejemplo mencionado con el cine, he de mencionar la película 50 sombras de Grey⁶ donde el protagonista Christian Grey (interpretado por Jamie Dornan) entrega un contrato a Anastasia Steele (interpretada por Dakota Johnson), estableciendo los términos de su relación, incluyendo ciertas restricciones a la libertad de Anastasia.

Tipo subjetivo

Se trata de una figura dolosa, el tipo requiere dolo directo o dolo eventual. Es decir, para su configuración se necesita tener conocimiento de que se impide a otro hacer uso de su libertad ambulatoria y asimismo contar con la voluntad de su resultado.

Si el autor actúa con error o ignorancia de la ilegalidad de la privación de la libertad que está cometiendo, puede quedar excluida la figura. Resulta un ejemplo de ello el policía que detiene a una persona a raíz de que un tercero lo señaló como autor de un delito, siendo ello falso. Aquí el policía habría actuado ignorando la ilegalidad de su actuar. Sin embargo, la figura bajo estudio admite autoría mediata, por lo que en el ejemplo resultaría autor mediato quien le solicitó al policía que detenga a otra persona, sabiendo que este no debía ser privada de su libertad.

Medios de comisión

Cualquier medio de comisión es admitido para configurar el tipo penal en estudio -como, por ejemplo, el encierro de una persona en una habitación, o ponerle esposas-, ello sin perjuicio de aquellos que configuren un agravamiento de la figura.

Es que el tipo se configura aun cuando el sujeto pasivo no sea trasladado de su propia vivienda, por ejemplo, al ser encerrado en su propia vivienda.

⁶ Película del año 2015 basada en la novela homónima de E. L. James.

Sujetos

Se trata de un delito que admite a cualquier persona como sujeto activo. Por otro lado, el sujeto pasivo debe contar con posibilidad de formar y expresar su voluntad, a modo de ejemplo, un niño de pocos años de edad o una persona inconsciente no podría ser sujeto pasivo del delito bajo estudio, es que tal como señalé *ut supra* el consentimiento del sujeto pasivo de ser privado de su libertad excluye el tipo penal.

Por otro lado, Donna (2001) menciona que pueden *“ser sujetos pasivos los que necesitan ayuda para moverse por parte de terceras personas, o medios auxiliares, como por ejemplo las muletas o la silla de ruedas, en la medida que se les prive de ellas”* (pág. 131).

Consumación y tentativa

Tal como se mencionó con anterioridad, la acción típica es privar a otra persona de su libertad, es decir, el delito se configura en el momento en que se produce la privación de la libertad de la víctima.

Es un delito material y permanente siendo que su consumación es abarcativa desde el momento en que el sujeto pasivo es privado de su libertad hasta recuperarla. Si bien para autores como Buompadre (2021) ello sucede *“por muy breve que ésta haya sido”* (pág. 274), lo cierto es que siempre debe tenerse en cuenta el principio de insignificancia, pues sino el presente tipo penal se configuraría continuamente en la vida cotidiana de las personas.

En esa línea Donna (2001) cita a Nuñez en su obra quien refiere que *“no basta con que la privación de la libertad se haya producido, sino que la misma debe ser ‘significativa’”* (pág. 135)

Por otro lado, la tentativa es admisible, sin embargo, se debe tener en consideración que al ser un delito permanente, la misma sólo puede ser posible en las etapas previas a la consumación y no en la fase de permanencia posterior.

Agravantes

El artículo 142 del Código Penal agrava la figura descripta en el artículo 141 del Código Penal, la cual fuera analizada con anterioridad. Es decir, los elementos que exige la figura básica son necesarios para configurar también algunos de los agravantes.

El inciso 1) del artículo 142 del Código Penal agrava la figura *“si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza”*. Pasando al análisis de dicho inciso podemos empezar clarificando el significado de violencia, siendo esta la fuerza o energía física aplicada sobre el sujeto pasivo o un tercero.

Ahora bien, la amenaza es la intimidación o violencia moral que consiste en el anuncio de un mal futuro para el sujeto pasivo o un tercero, siendo que, a fin de no sufrir dicho mal, la víctima acepta quedar privada de la libertad.

Por otro lado, el fin religioso debe ser comprendido como la privación de la libertad del sujeto pasivo por una finalidad del sujeto activo con cualquier propósito religioso, este agravante debe entenderse de forma amplia, es decir, teniendo en consideración dentro del mismo, cualquier fin religioso que tenga el sujeto activo.

Finalmente, la venganza debe entenderse como una represalia del sujeto activo en virtud de un comportamiento anterior efectuado por el sujeto activo o un tercero.

El inciso 2) del mencionado artículo agrava la figura *“si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto en particular”*.

El motivo de este inciso no es el vínculo de sangre que une al autor con la víctima -advértase que no se encuentra comprendido el hijo del sujeto activo-, sino que el agravante se funda en el particular respeto que le debe a la persona privada de su libertad. Por ello que con relación a aquel “otro individuo a quien se deba respeto en particular” se debe entender que quedan allí comprendidos los tutores, maestros y/o profesores del sujeto activo.

El sujeto activo debe tener conocimiento que mantiene uno de estos vínculos con la persona que priva de la libertad. Así pues, si el autor priva de la libertad a un sujeto y luego se entera que esa persona es un hermano al cual no conocía, no se configurará el agravante, solamente será de aplicación la figura básica.

Debo poner de resalto que el inciso bajo análisis -como señalé- no incluye dentro del agravante a los descendientes, es que en el año 1919 se sancionó la ley 10.903 mediante la cual se legitimaba el encierro de los menores a fin de “protegerlos” y de vigilarlos, es decir, que los padres contaban con un poder de encierro y de vigilancia de sus hijos en atención a que la mentada ley incorporaba derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos. De este modo, y atento que la sanción del Código Penal Argentino fue en fecha 1921, no se incluyó en el presente inciso a los descendientes.

El inciso 3) del artículo bajo estudio agrava la figura *“si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor”*.

Aquí se pena con mayor severidad a raíz de un resultado que se produce en razón de la privación de la libertad. El resultado debe ser producido de manera preterintencional y no de forma dolosa.

Es una agravante subsidiaria, ello en razón de que es de aplicación siempre y cuando “el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga mayor pena”.

El inciso 4) agrava la figura *“si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública”*.

La figura queda agravada si el sujeto activo simula ser autoridad pública o contar con una orden de autoridad pública, es decir que el sujeto activo no debe ser autoridad pública.

La simulación es el ardid o el engaño causado al sujeto pasivo, utilizado a fin de privar de la libertad a la víctima.

El inciso 5) del artículo aquí analizado agrava la figura “*si la privación de la libertad durare más de un mes*”.

El agravante resulta claro, si la privación ilegal de la libertad dura menos de un mes la figura aplicable debe ser el tipo básico, ahora bien, si el lapso temporal es de más de un mes se aplicará el presente agravante.

Si la privación de la libertad dura un mes exacto se debe aplicar la figura básica, pues el presente agravante indica que se aplicará si durare más de un mes.

El plazo del mes debe ser computado según el artículo 6 del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que se debe contabilizar como un mes cuando haya transcurrido desde un día de determinado mes y el mismo día del mes siguiente, sin importar la cantidad de días sucedidos en el medio, cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el mes se cumple el último día.

Bibliografía

- Buompadre, Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021.
- Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, t. II-A, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- Grisetti, Ricardo Alberto y Romero Villanueva, Horacio, Código Penal de la Nación comentado y anotado, t. I, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019.
- Pereyra Paulo en https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art._141_privacion_ilegal_de_la_libertad.pdf
- Soler, Sebastián, Tratado de derecho penal, actualizado por Buompadre, Jorge Eduardo, Astrea, Buenos Aires, 2022.
- Vitale M. A. Gabriel y Milei Luis https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art._142_privacion_ilegal_de_la_libertad_agravada_0.pdf

CAPÍTULO 3

Secuestro coactivo

Gabriel Vitale y Marlene Montenegro

Para comenzar a adentrarnos en la figura que deseamos abordar, tomamos *El Rapto*⁷, que nos otorga varios elementos que nos servirán para analizar la figura. Este film es un thriller político de la Argentina post dictadura donde el actor Rodrigo de la Serna⁸ interpreta a un hombre que reconstruye la historia familiar y política de su padre. El contenido hace alusión a varios hechos que tuvieron lugar en el país luego de la dictadura militar a partir del año 1976.

Al regresar a Buenos Aires, debe enfrentarse al violento secuestro de su hermano, puntapié para el desbarajuste económico de la empresa financiera con negocios inmobiliarios⁹ que tenía junto a su familia, y terminaría en quiebra. Los ribetes de esta sinopsis, nos podrían llevar al secuestro extorsivo del art. 172 CP que analizaremos más adelante, o al secuestro coactivo, ya que se ha obligado a Rodrigo de la Serna, hacer, no hacer o tolerar algo, como reproduce la figura.

El artículo 142 bis, ubicado dentro del título V, de los delitos contra la libertad, en su capítulo primero titulado “delitos contra la libertad individual” de nuestro Código Penal, regula la figura del Secuestro Coactivo. El artículo dice: “... *Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.*

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

- 1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.*
- 2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.*
- 3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.*
- 4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.*

⁷ Film argentino protagonizado por Rodrigo de la Serna y basado en una historia del escritor Martín Sivak producida por Paramount+, Rei Cine e Infinity Hill y dirigida por Daniela Goggi que dejó huella con *Abzurdah*, *El Hilo Rojo* y *María Marta: el crimen del country*,

⁸ El elenco se completa con figuras de primer nivel: Julieta Zylberberg, Jorge Marrale, Germán Palacios y Andrea Garrote.

⁹ Esta situación de conflictos económicos es el eje para interpretar que no se trata de un secuestro extorsivo (solamente) sino que también la intención de los perpetradores es hacer caer en quiebra a la empresa para luego adquirirla a precio vil.

5. *Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

6. *Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.*

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad...”¹⁰.

La figura legal fue agregada al Código Penal por la Ley 20.642¹¹. El legislador ha castigado la privación ilegítima de la libertad, agregando elementos objetivos y subjetivos a la del tipo básico previsto en el art 141 del CP.

En el caso que nos ocupa, la privación de la libertad es un “medio” tendiente a la obtención de un fin que trasciende a ella, fusionando en un mismo tipo legal dos conductas que dan origen a un tipo penal complejo. Encontramos la privación ilegal de la libertad y las amenazas coactivas fusionadas con la finalidad de hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

Antecedentes

Los artículos 142 bis y 170 del Código Penal, que prevén respectivamente las figuras de secuestro coactivo y extorsivo, fueron modificados por la ley 25.742

Jorge Buompadre (2017) refiere al respeto que “*la aparición de este fenómeno delictivo nunca visto con tanta intensidad en la República Argentina, motivó el Poder Ejecutivo nacional a crear la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas, cuyo trabajo se limitó a la reforma de los artículos 23, 41 ter, 142 bis y 170 del Código Penal, especialmente estos últimos dos, a los que le afectó particular atención, apartándose de los precedentes nacionales, introdujo una agravante basada en el logro de las finalidades perseguidas por el autor, elevando el mínimo de la pena a 8 años*” (Páginas 294 y sigs.).

¹⁰ Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003

¹¹ Conocida como ley Juan Domingo Perón e incorporada por la Ley 23.077

Con respecto al bien jurídico protegido y en consonancia a la ubicación que le ha dado el legislador no quedan dudas de que se trata del bien *libertad*¹² y que, en este tipo en particular, se ven afectados dos de sus tres aspectos, y esto es así debido a que se entiende que, producto del accionar del sujeto activo, la víctima ve reducida su libertad tanto en su aspecto físico como psíquico. Encuentra su fundamento protectorio dentro de la norma magna de nuestro ordenamiento jurídico, en su artículo 19.

En la exitosa película infantil estadounidense *Sherk*¹³ podríamos subsumir este tipo penal ya que relata la historia de la princesa Fiona, quien desde adolescente fue depositada por sus progenitores en un castillo tenebroso custodiado por una dragona que lanzaba fuego. Para poder rescatarla, alguien tendrá que superar diferentes obstáculos y cumplir con una serie de prerrogativas.

Ahora bien, para comenzar a deslindar esta figura tenemos que entender cuáles son los elementos que van a configurarla.

Por sustraer se entiende tomar a una persona, apoderarse de ella, quitándola de una determinada esfera de poder.

Por retener, se entiende tener que mantener, guardar, conservar a la persona en un sitio determinado por un lapso más o menos prolongado. Con respecto a ocultar, se entiende que se trata de esconder al retenido de la vista o vigilancia de los demás, de manera que se impida o dificulte su reintegro al ámbito del que se ha sustraído. Las últimas dos conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona sustraída. Siguiendo con el ejemplo de Fiona, tanto su libertad física como psíquica se han visto reducidas en el momento en el que sus progenitores la obligaron a vivir allí hasta ser rescatada por su verdadero amor.

La diferencia que existe entre el secuestro coactivo y la coacción simple¹⁴, está dada en que, en esta última, la amenaza recae sobre un mal futuro e inminente, obligando al otro al hacer, no hacer o tolerar. En cambio, en el secuestro coactivo, la privación de la libertad ya se ha producido, y a través de ella, se ejerce la intimidación para que se haga, no se haga o se tolere algo.

Con relación a los sujetos, podemos decir que el Código Penal no ha determinado alguna calidad específica en su figura básica, por lo tanto, es acertado afirmar que se trata de un delito de *delicta communia*, o sea, puede ser cometido por cualquier persona, siempre y cuando, no se den ninguna de las figuras especiales por las cuales se agrava.

En tanto al sujeto pasivo, puede darse la situación de que sea un tercero quien sufra un menoscabo en su libertad, así lo expresa el Código cuando indica “*con el fin de obligar a la*

¹² La libertad civil de las personas queda comprendida tanto la esfera física, psíquica y social.

¹³ Película de comedia estadounidense de animación, basada en el libro de William Steig, de 1990. Dirigida por Andrew Adamson y Vicky Jenson.

¹⁴ Arts. 149 bis y 142 bis del Código Penal.

víctima o a un tercero”, siendo de suma relevancia que aquella sustracción, retención u ocultamiento, se realice a los efectos de obligar a la propia víctima (secuestrada) o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad.

Cualquiera de las conductas típicas que configura el delito que viene siendo analizado puede llevarse a cabo por cualquier medio, por cuanto el legislador ha decidido no hacer especificaciones al respecto. De acuerdo con ello, la sustracción, la retención o el ocultamiento de la persona por cuya libertad se exige algo a cambio, pueden llevarse a cabo mediante ardid, engaño o bien de manera violenta, es decir, cualquier medio, modo o forma, ya que la ley no especifica vía alguna.

Empero, de la manera en que han sido redactadas las disposiciones legales comentadas, lo que no puede faltar, en el supuesto fáctico que se analice, es la de *intimidación* como medio para la obtención de la exigencia de que se trate. Solo resta advertir que, cuando el medio y el modo utilizado para llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas previstas por la disposición comentada constituya un delito en sí mismo, o bien, sea una circunstancia agravante, se deberán aplicar las disposiciones legales que correspondan, sea en forma individual o bien aplicando las reglas del concurso.

En cuanto al tipo subjetivo, Buompadre indica que el delito exige la concurrencia de un propósito definido, obligar a la persona a una determinada acción u omisión. Y se configura aun cuando el autor no logre el fin propuesto.

De la tentativa se advierte que, toda vez que el sujeto activo de inicio a su plan delictivo y este desista voluntariamente, se le imputará el delito de privación ilegal de la libertad, con la excepción de que en el juicio sea probada la finalidad coactiva del autor.

Extraemos de pensamiento penal¹⁵ que *“este delito solo admitirá la tentativa una vez que se verifique el principio de ejecución de la conducta privativa de la libertad y hasta inmediatamente antes de que la misma se materializa”*.

Habiendo dado análisis a la figura básica del artículo 142 bis, veremos a continuación que en la última oración del primer párrafo establece su insólito agravante: *“si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a 8 años”*, lo cual transformaría, a todo el primer párrafo en actos de ejecución, pero no de consumación, por el agregado de este párrafo final. La técnica legislativa ha sido muy criticada por la doctrina y jurisprudencia.

En el segundo párrafo se eleva el quantum de la escala penal de 10 a 25 años de prisión o reclusión: 1. Si la víctima fuese una mujer embarazada, un menor de 18 años de edad o un mayor de 70 años de edad, 2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular, 3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas, 4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma, 5. Cuando el agente, sea funcionario o empleado

¹⁵ Código Penal Comentado de la Asociación Pensamiento Penal (APP)

público, o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una Fuerza Armada de seguridad u organismo de inteligencia del Estado, 6. Cuando participarán en el hecho 3 o más personas.

Las agravantes utilizadas, son las que ya existían en la privación de la libertad del art. 142 del CP, a tal punto, que sigue desconociendo la privación de libertad de los descendientes, como mecanismo coactivo. En otras palabras, un ascendiente priva de la libertad a un descendiente, para obligar hacer, no hacer o tolerar algo, y la figura es atípica.

Esto se debe, a que la reforma, ha construido las agravantes sobre el 142 de Código Penal, (1921) el cual preveía la posibilidad de encierro a los descendientes, como facultad de corrección. Esta facultad de corrección ha sido tan importante en la construcción de la cultura argentina, que se encontraba avalada, además, por la ley 10.903 (1919) donde exigía deberes y obligaciones a los padres y, en caso de no cumplirlos, su suspendía o privaba de la patria potestad, la cual sería ejercida por el Estado a través del Patronato de Menores.

Esta misma situación la vemos reflejada en el art. 172 CP de secuestro extorsivo, en la exclusión de los descendientes. Es coherente que con una ley de Patronato de menores sancionada en 1919 (ley 10.903) sea congruente con el código penal sancionado en 1921. Lo que es realmente inadmisibles, que luego de haber sido sancionada la Convención de los derechos del niño en el año 1989, incorporada a nuestra legislación a través de ley 23.849 y luego al bloque de constitucionalidad del art. 75 inc. 22 del CN, se mantenga la atipicidad de la conducta.

Un claro ejemplo de esto, es el film “Hombre en llamas” película mexicana-estadounidense de acción y drama del año 2004¹⁶.

Denzel Washington¹⁷ un alcohólico oficial de la Marina de los EE.UU. y ex agente de la CIA, trabaja como guardaespaldas de Lupita Ramos (Pita)¹⁸ una niña de nueve años de edad. La familia Ramos queda impresionada con el currículum de Denzel, pero el padre de la niña lo contrata sabiendo que es un alcohólico, ya que eso facilitaría los planes que pretende llevar a cabo, el secuestro de la pequeña “Pita”. Esta es la cuestión que venimos analizando en los últimos párrafos, la atipicidad de la privación de la libertad de los descendientes, que se repite sin razonar en el secuestro coactivo (art. 142 bis CP) y en el secuestro extorsivo (art 170 CP), más aún teniendo en cuenta la incorporación de la CDN a nuestro sistema legal.

Volviendo exclusivamente al art 142 bis, en su tercer acápite, establece un agravante en razón al resultado, elevando la escala penal de 15 a 25 años de prisión o reclusión, si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida como consecuencia no querida por el autor. Nuevamente la técnica legislativa en debate sobre “consecuencia no querida”, es accidental, culposo o preterintencional.

¹⁶ Basada en la novela homónima de A. J. Quinnell (Q), que ya había sido llevada al cine en 1987. Esta versión, dirigida por Tony Scott, fue estrenada el 23 de abril de 2004. Este film también es recordado por la renuncia de Ricardo Darín a ocupar el lugar del padre traficante, fundamentada en la lucha con los estereotipos que quieren imponer a los latinos.

¹⁷ interpreta a John Creasy

¹⁸ Dakota Fanning. El reparto de la cinta incluye a Christopher Walken, Radha Mitchell, Giancarlo Giannini, Marc Anthony, Rachel Ticotin y Mickey Rourke.

En su ante último apartado aplica la pena mayor estableciendo prisión o reclusión perpetua si se causare *intencionalmente*¹⁹.

En cuanto al fundamento del primer y cuarto inciso, hallan su naturaleza en el particular estado de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.

En todos estos supuestos (mujer embarazada, un menor de 18 años o un mayor de 70 años, personas con discapacidad, enferma o que no pueda valerse por sí misma) denota una situación de mayor defensa del autor respecto del sujeto pasivo, lo que lleva a una mayor facilidad para ejecución del plan delictivo perseguido por el agente. En el inciso segundo encontramos un agravamiento de la pena que tiene relación al vínculo que une al autor con la víctima, trayéndonos un sujeto especial poco mencionado en el Código de fondo: el hermano. Es fundamento de esta agravante el respeto particular que debe el secuestrador a la persona secuestrada.

“Se trata de un caso de supuestos de delitos especiales impropios, pues la no acreditación de las circunstancias relativas a los sujetos desplaza la conducta de la figura básica al primer párrafo”²⁰.

Continuando con el análisis de la película Shrek, con la cual iniciamos este artículo, observaremos que, de acuerdo con lo descripto no cuadraría el accionar de los sujetos activos progenitores de Fiona, por cuanto en este supuesto se excluye al descendiente, y esto tiene que ver con el deber de corrección que tenían los progenitores para con sus hijos/as, como mencionamos anteriormente, pero, podría tipificar en el primer inciso donde se refiere a las víctimas menores de 18 años de edad.

En la película Fragmentado²¹, Kevin, el actor principal, padece de una enfermedad mental que hace que subsistan en él 23 personalidades. Kevin, decide un día secuestrar a tres adolescentes y las mantiene en cautiverio en una habitación en las inmediaciones donde el protagonista trabaja. Nos detendremos allí para analizar la conducta del agresor, Kevin realiza la acción de sustraer, retener y ocultar a las víctimas, a su vez, podríamos agravar su conducta debido a que, las víctimas son menores de 18 años.

Así mismo, podemos cuestionar la reprochabilidad del sujeto activo, entendiendo que se trata de una persona con tratamiento psiquiátrico y que carece de capacidad de comprensión acerca de la criminalidad de sus actos. Pero al final del film, Kevin mata a su psiquiatra y también a dos de las tres niñas adolescentes que había secuestrado. Configurando entonces este accionar delictivo en otro supuesto de este mismo código.

En el inciso tercero y en los acápites 3 y 4 del precepto en estudio, se aumenta la pena consecuente al resultado obtenido por el autor; en el primer supuesto, se causa a la víctima lesiones graves o gravísimas, en los términos de los artículos 90 y 91 del mismo Código.

¹⁹ La palabra intencionalmente, incorporada al tipo penal ha sido muy criticada por la doctrina y jurisprudencia, ya que, al tratarse de un delito doloso, construye sobre ese elemento subjetivo una ultrafinalidad.

²⁰ Código Penal Comentado, ob. Cit.

²¹ Se estrenó el 15 de noviembre de 2016, en Estados Unidos. Dirigida por Manoj Nelliyattu Shyamalan conocido como M. Night Shyamalan, exitoso director de cine, guionista y productor indostadounidense.

En la plataforma de Netflix, la exitosa serie *Black Mirror*²², nos trae en su temporada Quinta, un capítulo llamado “Smithereens” en el que un conductor londinense desata un conflicto internacional tras secuestrar a un empleado de una empresa especializada en redes sociales.

El secuestrador le exige a la víctima que realice un llamado telefónico a la empresa de la cual formaba parte recientemente, con la finalidad de que logre comunicarlo con un referente superior de la misma llamado Bauer, amenazando con terminar con la vida de la víctima en caso de no colaborar o de que no pueda lograr su cometido. Christopher, el secuestrador, había sido víctima de un accidente vial en el cual su pareja había fallecido, motivo por el cual se cree buscaba comunicarse con Bauer, quien finalmente accede y se comunica con él.

Durante la conversación que tienen, Christopher le cuenta al empresario (creador de una red social) que debido a un despiste por revisar su aplicación impactó contra otro vehículo y a causa de ello, el conductor del otro automóvil muere y la prometida del agente fallece en el hospital unos meses después. Del siniestro en cuestión se le asignó la culpa al conductor del otro automóvil, pero él (Christopher) se sentía culpable y sabía que la muerte de esas personas eran responsabilidad suya directa e indirectamente, la adicción a esa red social llevaba a que todas las personas se encuentren conectadas constantemente.

Podemos afirmar que el autor secuestró a una persona a los efectos de obligarlo a hacer o tolerar algo en contra de su voluntad, todo ello bajo amenaza de muerte con un arma de fuego, conforme establece el artículo que desarrollamos.

El quinto inciso, modificado por la ley 26.394, eleva el quantum de la pena por cuanto la calidad del agente (funcionario²³) debido a su condición tiene una mayor facilidad de llevar a cabo o concretar el plan delictivo. No quedan alcanzadas por la agravante los miembros de la Dirección General de Aduanas y el cuerpo de bomberos.

En cuanto al inciso sexto, aumenta la pena toda vez que haya una pluralidad de sujetos (3 o más agentes) activos que hacen que la indefensión del sujeto pasivo o víctima sea menor. Para la concurrencia del agravante es suficiente con la participación, sea como autores o partícipes, de 3 o más personas en el hecho, sin que deban concurrir con las condiciones de la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal, en cuyo caso se daría la presencia de un concurso delictivo.

Por último, el artículo en análisis establece una atenuante especial para el partícipe que se esfuerce por recuperar la libertad de la víctima reduciendo su pena de 1/3 a la mitad. Se trata de un premio al arrepentimiento de uno de los partícipes en el secuestro, el beneficio solo será aplicable cuando la libertad de la víctima es la consecuencia directa de su intervención. Esta figura tiene una estrecha relación con la modificación mencionada ut Supra por la ley 26.364. Que incorporó el artículo 41 ter del Código Penal.

²² Estrenado el 4 de diciembre del año 2011 en el Reino Unido. Pertenece a los géneros de ciencia ficción y drama. Sus autores son Charlie Brooker, William Bridges y Jesse Armstrong.

²³ Por los términos funcionario público y empleado público, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Código Penal.

Esperamos hayan disfrutado de la lectura de este capítulo, en el próximo abordaremos el delito de “Trata de personas”.

Bibliografía

Buompadre Jorge, ob.cit. Manual de Derecho Penal, parte especial. Tercera impresión. Editorial astrea. Año 2017.

Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal.

Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 1, Ed. Astrea, 6ta. reimpression actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1999.

Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A”, Buenos Aires, Rubinzal, 2011.

Fontan Balestra, Carlos “Derecho Penal II Parte Especial”, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2008.

Marín, Jorge L. (2008) Derecho Penal parte especial 2° edición actualizada. Editorial Hammurabi.

Núñez, "Derecho Penal Argentino, Parte General", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

CAPÍTULO 4

La Privación ilegal de la libertad, Severidades, apremios, vejaciones y torturas en el Séptimo Arte

Cristian Ariel González

Las privaciones de la libertad, las vejaciones, severidades, apremio y las torturas son moneda corriente en el cine de acción, pero también se hacen presentes en comedias y se vuelven más crudas o duras, cuando son obras basadas en historias reales. En el presente texto abordaremos comedias, películas basadas en hechos reales y hasta el padecimiento del preso más famoso, basado en el libro más vendido de la historia y veremos como el presente artículo viene a reforzar el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Constitución²⁴

144 bis inciso 1. División Palermo y La noche de los Lápices

Actualidad y Memoria

Más allá del comentario al presente artículo, debo recomendarles la Serie División Palermo²⁵. La serie trata sobre una “Fuerza” municipal, conformada por civiles no armados, de Prevención y Orientación Ciudadana que tiene como principal objetivo la inclusión al momento de la selección de quienes integraran la denominada “Guardia Urbana”.

En el capítulo 3 “Fin de Semana Verde”, los agentes Felipe y Sofía²⁶ observan como un civil estaría vandalizando uno de los carteles promocionales de la Guardia Urbana, en ese momento Sofía le pide que abra el bolso para ver si el mismo contiene un aerosol con el cual dañaba los anuncios, el civil se niega y le pregunta si tienen una orden para eso. La situación escala y el ciudadano le pega un codazo a Felipe y huye, siendo posteriormente interceptado.

Acá comienzan una serie de irregularidades del obrar de la guardia urbana, que terminan con la detención del ciudadano a manos de los agentes municipales, configurando prima facie una Detención Abusiva de la Libertad. Pero ¿por qué sería una detención abusiva, si Felipe se encuentra en ejercicio de sus funciones como guardia urbana?

²⁴ Derecho Penal Parte especial; Jorge Eduardo Boumpadre ; 1 edición Editorial ConTexto, año 2018, pag. 252;

²⁵ División Palermo; serie Original Netflix

²⁶ Santiago Korovsky, Pilar Gamboa

Tanto para Buompadre como Creus para que se constituya el tipo, el agente que realice la privación de la libertad debe estar en ejercicio de las funciones propias del cargo y la ilegalidad se da en que carezca de la función de detener, la cual el funcionario se atribuye abusivamente. Para la mirada de Soler este supuesto consiste en un abuso de carácter Jurisdiccional, mientras que Rafecas lo toma como un abuso funcional lesivo absoluto²⁷.

Más allá de las distintas clasificaciones que realizan los doctrinarios, ¿podemos coincidir en que Felipe privó abusivamente de la libertad al ciudadano?

Primeramente, al momento de la detención el agente se encuentra en ejercicio de sus funciones y la ejecuta en un acto de servicio, careciendo la guardia urbana de facultades para hacerlo. Ahora al analizar la faz subjetiva, el tipo exige dolo. En este caso podemos inferir que el agente desconoce las limitaciones de funciones.

Si bien el personal de la guardia urbana debería saber que no posee la facultad de detención, durante la serie se ve la falta de capacitación respecto a las limitaciones de su accionar, como tampoco se vio en la escena que se representara si la detención le correspondía o no a sus funciones, con lo cual también en el presente caso podemos eliminar que se haya obrado con dolo eventual. El error elimina el dolo y al no existir el tipo culposos, la conducta es impune, aun en los casos de error vencible, como en el de esta detención. Es decir, la detención en este caso es ilegal, pero no será punible.

La Noche de los Lápices

Uno de los objetivos de esta obra es relacionar las figuras descritas en el código Penal con piezas más actuales del cine. Sin embargo, al igual que Eisenhower entendía que era crucial documentar visualmente las atrocidades cometidas en los campos de concentración Nazi, para que el mundo nunca olvidara ni minimizara los horrores del Holocausto²⁸, entiendo como un deber/obligación citar y mantener vigente la obra **“La noche de los Lápices”**²⁹ de Héctor Olivera de 1986. Con el fin de mantener viva la memoria y no olvidar ni minimizar los horrores sufridos en nuestra última dictadura militar.

Esta obra retrata los hechos sucedidos durante la noche del 16 de septiembre de 1976 y días posteriores en la Ciudad de La Plata, luego de la protesta por el boleto estudiantil. Si bien los hechos narrados en el film, se corresponden con el terrorismo de estado, no es menos cierto que

²⁷ Comentario Art 144 bis, Código Penal y normas complementaria. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 5; pág. 356/357; Federico Delgado/ Juan C.Seco Pon/ Máximo Lanusse Nogueira

²⁸ “Que se tenga el máximo de documentación, hagan films y graben testimonios, por que ha de llegar un día en que algún idiota se va a plantar y decir que esto nunca sucedió” Dwight D. Eisenhower.

²⁹ La noche de Los Lápices; 1986, **Dirigida por:** Héctor Olivera; **Guion:** Daniel Kon, Héctor Olivera

al momento de llevarse a cabo las detenciones de María Clara Ciocchini, Claudia Falcone, Claudio de Acha, Daniel Racero, Horacio Húngaro y Francisco López Muntaner³⁰ las mismas son llevadas a cabo por las fuerzas policiales y de inteligencia, funcionarios públicos con capacidad para realizar detenciones, sin las formalidades prescriptas por la ley.

Donna, al hablar de “Privación de la libertad por ilegalidad formal” cita como ejemplo lo que pasa en la escena descrita. En donde encontramos a un funcionario público, realizando una detención sin la orden escrita de un Juez competente. Asimismo, Núñez entiende que el delito también se comete aun si existiese una orden y la misma no se le exhibe a quien se procede a detener o cuando esta contiene defectos como un error al individualizar a quien se debe detener³¹. En la escena podemos apreciar además de la extrema violencia que, a las personas detenidas en ningún momento se le exhibe o menciona la orden de la detención.³²

Cabe aclarar que hoy en día con la disponibilidad de firmas digitales y dispositivos electrónicos, no es necesaria que el agente que realice la detención lleve la orden en formato papel, pero si debe exhibírsela a quien es detenido³³.

En resumen, si bien la escena de División Palermo y la de La noche de los lápices, son abismalmente diferentes, ambas constituyen la figura típica del inciso primero del 144 bis en sus dos variantes, “*Privación Abusiva de la Libertad*” y “*Privación Formalmente ilegal de la libertad*”. El texto legal tratado refuerza el Art. 18 de la constitución tutelando la libertad individual contra procedimientos arbitrarios, sea por un abuso funcional o por incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, siendo la acción típica un delito doloso que no permite la figura culposa.

³⁰ María Clara Ciocchini (Adriana Salonia), Claudia Falcone (Vita Escardó), Claudio de Acha (Pablo Machado), Daniel Racero (Leonardo Sbaraglia), Horacio Húngaro (Pablo Novak) y Francisco López Muntaner (Pepe Monje)

³¹ Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A; Edgardo Alberto Donna, Editorial Rubienzal Culzoni, Pag 176

³³ DECRETO Nro. 118/2019 CODIGO PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL. ³³ ARTÍCULO 144.- Orden del juez. El juez examinará el cumplimiento de los requisitos formales y la razonabilidad de los motivos que fundan el pedido del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. La orden será escrita y contendrá la identificación de la investigación en el marco de la cual se libra, la indicación detallada del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad con la que se practicará el registro, el día en que la medida deberá efectuarse y, si correspondiera, la habilitación horaria y la descripción de las cosas a secuestrar o personas a detener, así como de la autoridad que la llevará a cabo. En casos graves y urgentes, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo, con constancia fehaciente sobre el modo de comunicación utilizado y de la identificación del receptor. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos referidos en el segundo párrafo sean correctos. Podrá usarse la firma digital. Si la solicitud fuese por vía telefónica, el juez exigirá al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL los requisitos del artículo 143 y, si fueran reunidos, autorizará la medida. Dentro de las VEINTICUATRO (24) horas deberá dejar constancia por escrito de la orden emitida.

Inciso 2 y 3 Severidades, vejaciones y apremios

La violencia, la denigración y la Brutalidad como recurso para obtener información

Vejaciones y apremios ilegales

La doctrina es conteste en que, nada tiene que ver con la privación de la libertad la imposición de vejaciones, apremios o severidades ilegales a la persona detenida. Es más, la privación de la libertad, en su caso concurrirá realmente con el delito en cuestión. Nuevamente se refuerza el Art. 18 de la Constitución Nacional, especialmente donde prohíbe toda especie de tormento y los azotes, constituyendo este artículo un límite a la coerción penal y a la ejecución por parte de los funcionarios públicos.

El Bope en las Favelas

La violencia en sus distintos niveles, ha sido y es uno de los reproches más frecuentes que reciben las fuerzas de seguridad, incluso algunas fuerzas en particular como el BOPE brasileiro, goza y hace alarde de la fama de su rudeza, tan así que le valió la realización de la película “Tropa de Elite”³⁴.

El film muestra el despliegue de estas fuerzas especiales y su ferocidad al entrar en acción. No debemos esperar mucho en el film para encontrarnos con la primera escena de violencia extrema. En el marco de una redada por drogas en una favela de Rio de Janeiro, el BOPE ve en una locación a un grupo de 11 personas de las cuales 3 se encuentran armadas, en ese momento el Capitán Roberto Nascimento³⁵ da la orden de disparar a matar a los sujetos armados sin dar la voz de alto, y luego de efectuar los disparos proceden a reducir al resto de los sujetos. Si bien esta parte no la vamos a considerar por entender que corresponde a otras figuras de nuestro ordenamiento jurídico, si vamos a analizar lo sucedido con los sujetos retenidos.

Nascimento pide a sus hombres que ordenen en filas a todos los sujetos reducidos delante de él, y a los gritos dice “VOY A PREGUNTAR UNA SOLA VEZ, ¿QUIEN TENIA LA CARGA?”; uno de los sujetos le contesta “*nadie de aquí, no sé, soy estudiante*” a lo que el policía le dice “*QUE ERES QUE? AAAA ESTUDIANTE*”, lo toma del pelo y le hunde la cara en la herida de bala de uno de los muertos. La persona nerviosa y llorando no deja de tartamudear mientras le gritan “*ESTAS VIENDO ESO, VES EL AGUJERO, QUIEN MATO A ESE IDIOTA?; DIME QUIEN LO*

³⁴ Tropa de Elite, Brasil 2007, dirección Jose Padilha,

³⁵ Nascimento (Wagner Moura)

HIZO?; COMO QUE NO LO VISTE? CLARO QUE LO VISTE, QUIEN LO MATO? VAS A HABLAR!!!, mientras continúan golpeándolo a mano abierta al grito de “HABLA, HABLA...”, QUIEN LO MATO?; FUISTE Tú, Tú DESGRACIADO ERES Tú QUIEN PAGA POR ESTA MIE..DA, Tú MARIGUANO ERES BASURA!!!”, seguidamente lo vuelve a tomar del pelo, lo arroja contra el resto de las personas reducidas y lo golpea a patadas mientras le grita “POR ESO ESTAMOS AQUÍ PARA ACABAR CON LA MIE..DA COMO TU, QUE COMPRA ESA MIE..DA”.

Seguidamente, Nascimento toma a un menor al que se refiere despectivamente como “semi-llita del mal”, que obraba de vigilante del grupo, lo toma del pelo, le apunta en la cabeza con el arma mientras lo pateaba y le grita “DIME QUIEN TENIA LA CARGA, ¡¡¿DIME QUIEN FUE?!!” hasta que el niño identifica quien poseía la mercancía para vender. En esta escena podemos ver claramente la diferencia entre el vejamen y el apremio.

El primer caso vemos un trato denigrante o humillante, físico y verbal con el solo propósito de mortificar al destinatario atacando su sentido de la dignidad y respeto que merece como persona, humillándolo al hacerle poner la cara en la sangre de un cadáver, teniéndolo esposado, y al hacerlo delante del resto de las personas reducidas. La escena es prácticamente la definición de libro que da Creus (1993), cuando sostiene que “*en la vejación pesa más un menoscabo psíquico que físico (por ej., la exigencia de adoptar actitudes indignas ante la presencia de funcionarios o de terceros)*” (pág. 302).

Mientras que en la vejación se busca humillar, en el apremio ilegal se buscará, ilegalmente, una declaración o confesión; eso lo vemos no solo al momento del interrogatorio del menor tomado del pelo y con un arma de fuego apoyada en la cabeza, sino también en las escenas de detención de La noche de los lápices.

El agravante de Jesús

El inciso tercero, engloba las dos acciones descritas en el inciso segundo sumándole también las severidades, más el factor de que ya la persona se encuentra privada de su libertad o bajo la guarda del funcionario público. La película “Milagro en la celda 7”³⁶, nos da varios ejemplos de este inciso. Ya cuando Memo³⁷ es detenido por el homicidio de una niña, es llevado por la policía y es golpeado por los efectivos policiales que lo tenían en custodia durante el interrogatorio. El apremio ilegal es realizado con la finalidad de que firmara su confesión sobre el homicidio, un hecho que él no había cometido.

Asimismo, como adelantamos, a este inciso también se suman las severidades, Buompadre (2018) las define como tratamientos rigurosos y ásperos que se aplican al preso, implicando un exceso o una extralimitación de lo que permiten los reglamentos penitenciarios (pág.253). En

³⁶ Milagro en la celda 7; Turquía 2019, Dirección Mehmet Ada Öztekin

³⁷ Aras Bulut Iynemli,

este film, también podemos ver como ante la solicitud de la familia de Memo de que vea a su hija, antes de ser ejecutado, se le es negado con el solo fin de generar más sufrimiento. Esta mortificación innecesaria va más allá de lo permitido como precaución con los detenidos. Justamente Soler al momento de explicar las severidades pone entre los ejemplos la negación de visitas a los internos.

Pero si hablamos de severidades y vejaciones de un detenido no podemos dejar pasar por alto, el caso de quien considero el recluso más famoso de todos los tiempos. El trato recibido por Jesús a merced del ejército romano nos regala varios films de antaño, pero una obra a destacar es “La Pasión de Cristo”³⁸, película que ha llevado un realismo y fidelidad pocas veces visto, tal es así que incluso los diálogos fueron íntegramente realizados en arameo, hebreo y latín.

Además de la severidad, vejaciones y apremios, acá se incluye otro factor que es el religioso y la venganza. El legislador agregó en el último párrafo del 144 bis, como agravantes si concurrieran algunas de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3, y/o 5 del art 142³⁹. En el caso de Jesús veremos varios de estos supuestos, tanto en la cantidad de latigazos sufridos que dejan su espalda en carne viva, como así también la denigración y severidad sufridas al colocarle una “corona” de espinas solo por el hecho de haberse proclamado rey de los judíos.

Tanto en el apremio, como las vejaciones y severidades exigen un dolo directo, y que el hecho se cometa por un funcionario en un “acto de servicio”. Como se dijo supra la diferencia entre el inciso 2 y 3, además de agregar las severidades, está dado en que en el inciso 3 el sujeto activo es todo funcionario público que tenga a su cargo, aun accidentalmente, la guarda o custodia de la persona detenida, sea de forma directa (policías, guardia cárcel, celador, etc.) o de forma indirecta (alcaldes, directores de institutos penitenciarios).

144 ter. Tortura

El terrorismo de estado, la Tortura y la tortura al Torturador

De todas las definiciones de tortura creo que la más acabada es la elaborada por Donna (2011) cuando la define como, *“todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche*

³⁸ La Pasión de Cristo; Año 2004; Dirección Mel Gibson; Producción Mel Gibson y Benedict Fitzgerald.

³⁹ **ARTICULO 142.** - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza; 2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular; 3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor; 5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otras personas en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” (pág.194).

A esta definición creo acertado agregarle lo sostenido por Creus (1993), para el autor es indiferente la finalidad perseguida por la tortura o su motivación; puede ser el medio de un apremio ilegal o agotarse como finalidad en si misma cualquiera sea su motivación (pág. 330).

Para graficar las torturas⁴⁰ no se me ocurre mejor ejemplo que citar el film “la Noche de 12 años”⁴¹, la misma trata sobre las detenciones de nueve de los militantes del Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros dentro de los cuales se encuentra Pepe Mujica⁴².

En la cinta los reclusos son sacados de sus celdas en una operación militar secreta para ser mantenidos en diminutas celdas en dónde pasarán la mayor parte del tiempo encapuchados, atados, en silencio, privados de sus necesidades básicas, apenas alimentados y viendo reducidos al mínimo sus sentidos.

Durante el transcurso del film se ve como son sometidos a distintos castigos como mantenerlos en sus capuchas de tela arrojándoles agua para producirles sensación de ahogamiento, permanecer de pie sin tocar las paredes, atados y vestidos con apenas unos harapos en el cuerpo, sin la posibilidad de poder hablar entre ellos de celda a celda o con los guardias, despertarlos durante la noche, cubrir las entradas de luz, encadenados, amordazados y golpeados, todo, durante 12 años.

En la misma sintonía “La noche de los lápices” relata con una extrema crudeza las torturas sufridas por los jóvenes detenidos, mostrando interrogatorios donde se encuentran desnudos, con los ojos tapados, golpeados luego de cada pregunta, sometidos a picanas eléctricas, violados, hacinados uno encima de otros, obligados a permanecer con los ojos vendados hasta el punto de producirles laceraciones por el tiempo que llevan puestas las vendas. Este tipo de torturas son las más fáciles de identificar y graficar dado que se corresponden con una abrupta y sostenida degradación de la dignidad y dolor físico incalculable, con el único fin de generar padecimiento al sujeto pasivo, pero existen otro tipo de torturas.

⁴⁰ **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada el 4 de febrero de 1985 por el Gobierno de la República Argentina.** Art 1. A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

⁴¹ La noche de 12 años, Uruguay 2018, Dirección Alvaro Brechner

⁴² Jose Alberto Mujica Cornado, Presidente de Uruguay desde 1 de marzo de 2010 a 1 de marzo de 2015

En el film “El secreto de sus ojos”⁴³ de Juan José Campanella, Benjamín visita a Morales⁴⁴, para tratar de entender como pudo hacer para vivir y sobrellevar el dolor después del homicidio de su esposa a sabiendas que el culpable había quedado libre por formar parte de los servicios de inteligencia del último gobierno de facto que hubo en la Argentina.

Al entrar en una de las dependencias de la casa ve una celda construida con una ventana tapada con ladrillos y en ella el hombre que acabó con la vida de la esposa de Morales, quien balbuceando le suplica a Benjamín que interceda por él y, aunque sea le hable. Ha pasado 25 años retenido ilegalmente sin siquiera poder hablar con persona alguna, el único objetivo que persiguió Morales con la detención es la de infringirle dolor y estirar el padecimiento de Isidoro la mayor cantidad de tiempo posible, en palabras del personaje *“que viva muchos años así se va a dar cuenta que su vida va a estar llena de nada”*.

En el presente caso no se le ha infringido un dolor físico, pero si mental. Al respecto el tribunal de casación penal de Bs. As. ha dicho que *“Para individualizar la tortura y diferenciarla del apremio ilegal debe tenerse en cuenta que aquélla no solamente abarca los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente; con lo cual el legislador vino a establecer un criterio diferenciador a partir de la intensidad del padecimiento -inc. 3º del art. 144 tercero CPENAL-”* (Trib. Casac. Penal Bs. Aires, in re “Russo, Leandro”, sent. 10/2/2004, cit. en J.A. 2004-II-279)⁴⁵. También es de destacar que en este caso ya no nos encontramos con un funcionario público como sujeto activo si no que es un civil quien desarrolla el accionar típico antijurídico y culpable.

En ese orden de ideas, vale aclarar que, si bien la mayoría de las definiciones de tortura que podemos encontrar en la doctrina hablan del sujeto activo como un funcionario público en actos de servicio, nuestro ordenamiento jurídico fue más allá, incorporando a los “particulares”, estableciendo como única diferencia entre estos y el funcionario la inhabilitación perpetua para el último. Por lo dicho, entiendo correcto decir que en este artículo a diferencia del 144 bis, hablamos de delicta comunia.

Ahora bien, al momento de imaginarnos una tortura lo primero que se nos viene a la mente es una relación directa entre el torturado y el torturador, como hemos relatado en los casos precedentes, pero también existe otro tipo de tormento, en la cual los malos tratos y vejámenes están dirigidos hacia una persona para que el sufrimiento de esta mortifique psíquicamente a otra.

En el Final del capítulo 16 de la temporada 6 de “The walking dead” Negan⁴⁶ tiene reducidos a todo el grupo de sobrevivientes obligándolos a estar arrodillados en ronda mientras sostiene

⁴³ El secreto de sus ojos, Argentina 2009, Dirección Juan José Campanella

⁴⁴ Benjamin Esposito (Ricardo Darín) visita a Ricardo Morales (Pablo Rago),

⁴⁵ Procuración Penitenciaria de la Nación. Cám. 1º en lo Criminal de General Roca, **VEJACIONES, SEVERIDADES, TORTURA SEGUIDA DE MUERTE**.

<https://ppn.gov.ar/index.php/documentos/jurisprudencia/226-tortura-y-malos-tratos/1843-vejaciones-severidades-tortura-seguida-de-muerte>

⁴⁶ The Walking dead, serie USA, basada en los comics The walking dead; Negan (Jeffrey Dean Morgan)

un bate de béisbol con alambre de púas en uno de sus extremos, mientras repite *“alguien tiene que morir hoy”* y golpea en la cabeza a una de las personas arrodilladas provocando el terror del resto del grupo.

Podemos apreciar en la escena que no solo lo golpea para darle muerte, si no que luego del primer golpe, donde se ve a la víctima con el cráneo partido y evidente daño cerebral, Negan le habla y le dice *“veo que quieres hablar, pero te di un tremendo golpazo”*, espera y, mientras tanto, se regocija de las secuelas que sufre la víctima y el horror del resto de los sujetos reducidos. Aguarda entre golpe y golpe para denigrarlo y que el resto vea el dolor que sufre, hasta que pierde el conocimiento y ahí es cuando termina por pulverizarle el cráneo con fuertes impactos delante del resto de sus compañeros y novia.

Este tipo de tortura es denominada como Tortura Oblicua. En este caso en una misma acción disponemos una pluralidad de sujetos pasivos, y una concurrencia de calificaciones legales. Por un lado, tenemos a quien sufre los golpes como sujeto pasivo de una tortura seguida de muerte y tortura oblicua hacia el resto de los sobrevivientes.

Como vimos, la tortura puede manifestarse tanto como un medio apremiante para lograr extraer datos, confesiones o imputaciones por la fuerza o ser un fin en sí mismo por cualesquiera sean las razones que tenga el sujeto activo.

Para finalizar a diferencia de todas las situaciones relatadas, espero que el presente artículo no sea calificado dentro del 144 ter o que la recomendación de su lectura sea considerada como un vejamen de algún profesor para sus alumnos.

Bibliografía

- Buompadre, Jorge Eduardo. Derecho Penal Parte especial, 1 edición Editorial ConTexto, año 2018.
- Creus, Carlos. Manual parte especial, 4ta edición, Astrea, Bs. As. 1993.
- Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A; Editorial Rubienzal Culzon
- Solsana, Enrique F., Delitos Contra la Libertad, Universidad, Buenos Aires 1987.

CAPÍTULO 5

Trabajo ¿Infantil? Art. 148 del Código Penal de la Nación

Griselda B. Hernández

Para comenzar, podemos decir que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, al menos así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En tal sentido, la Convención de los Derechos del Niño, a su vez, reconoce la dignidad humana fundamental de todos los niños y la urgente necesidad de velar por su bienestar y su desarrollo. Por lo cual, queda clara la idea de que todos los ellos deben tener derecho a una calidad de vida básica, en lugar de ser un privilegio que pocos disfrutan.

Sin embargo, sabemos que, en la actualidad- muchas niñas, niños, adolescentes, atento a la situación económica, social en la cual se encuentran inmersos tanto ellos como sus progenitores, tienen que dejar de lado- la educación, el juego, su salud, y, como anteriormente mencionamos, su dignidad, sus derechos fundamentales, para llevar adelante tareas laborales que se encuentran prohibidas conforme a la normativa nacional e internacional.

El término trabajo infantil se refiere a cualquier trabajo que es física, mental, social o moralmente perjudicial para el niño, afecta su escolaridad y le impide jugar, básicamente, se les niega la oportunidad de ser niños.

“Se considera trabajo infantil toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo (16 años).” Se trata de una vulneración de derechos de la niñez que afecta la salud, la educación y la posibilidad de juego o esparcimiento.

Señala Grisetti (2018) “Más de la mitad de estos niños están expuestos a las peores formas de trabajo infantil como trabajo en ambientes peligrosos, esclavitud y otras formas de trabajo forzoso y actividades ilícitas, incluyendo el tráfico de drogas y la prostitución” (pág. 747)

La erradicación de la explotación laboral de niñas y niños, es una realidad que tanto el estado como la sociedad en su conjunto debemos priorizar.

Está claro, que constituye una problemática social compleja que atenta contra el proceso de crecimiento y el normal desarrollo de niñas, niños y adolescentes. (en adelante NNA)

La República Argentina ratificó los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), referidos al trabajo infantil, y adecuó la legislación sobre niñez y aspectos laborales a estas normas internacionales.

En la actualidad, en nuestro país, el trabajo de menores de 16 años está prohibido por ley, y se penaliza a los empleadores que se aprovechan económicamente del trabajo de menores. Desde el año 2016, Argentina cuenta con un listado de trabajo infantil peligroso.

Normativa Nacional e Internacional

Ley Nacional 26.390 “Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente”

En el año 2008, la República Argentina, sancionó la ley 26390, mediante la cual prohibió el trabajo infantil y estableció modalidades de protección del trabajo adolescente.

Esta normativa, determina la edad mínima de admisión al empleo en los adolescentes de 16 años prohibiendo el trabajo de las personas menores de esa edad en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea el empleo remunerado o no.

La ley mencionada, prescribe un máximo de 3 horas para la jornada laboral y 15 horas semanales, en el caso de los mayores de 14 años y menores de 16 que realicen tareas en empresas de la familia y siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia a la escuela. Además, prohíbe el trabajo de menores de 18 años en jornadas nocturnas.

Ley Nacional 26.847 “Trabajo Infantil”

En el año 2013, se promulgó la Ley 26.847, la cual fue incorporada al Código Penal al art.148 bis, estableciendo: *“Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieron fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”*.

Convención sobre los Derechos del Niño

En el año 1989, los dirigentes mundiales suscribieron un compromiso histórico con todos los niños del mundo al aprobar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), una ley internacional que se ha convertido en el acuerdo de derechos humanos más ampliamente ratificado de la historia y ha contribuido a transformar la vida de niños de todo el mundo.

La República Argentina ratificó la CDN en el año 1990 y en la Reforma de 1994 le otorgó rango constitucional.

El art. 19 de dicha convención, manifiesta la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de explotación.

Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil

Este Convenio, aborda las denominadas "peores formas de trabajo infantil" e insta a los Estados a tomar medidas inmediatas y eficaces a fin de prohibir y eliminar estas prácticas con carácter de urgencia.

Ley Nacional 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente

Esta Ley Nacional, fue promulgada en el año 2008 y entiende lo referente al trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años.

Atento a la presente ley, se elevó la edad mínima de admisión al empleo en 16 años y se establecieron las condiciones de la jornada laboral para los jóvenes de 18 años con el objetivo de firmar contratos de trabajo, participar en juicios entre otros.

A lo largo de la historia de nuestro querido país, se han desarrollado programas especializados en la prevención y erradicación del trabajo infantil. Dichos programas también han diseñado estrategias a través de las cuales abordaban acciones concretas para garantizar la protección de las infancias ante el atropello de sus derechos.

El eje central de esa política pública, era básicamente que se garantizara el cumplimiento de los derechos de cada uno de los niños.

Modelo de Identificación del Riesgo de Trabajo Infantil y Adolescente (MIRTI)

“El MIRTI es una herramienta que permite identificar los territorios con mayor riesgo de trabajo infantil y determinar en qué zonas geográficas y grupos poblacionales se deben concentrar los esfuerzos”.

De esta manera, se brinda una herramienta que puede mejorar el desempeño y efectividad de las políticas públicas orientadas a la prevención y erradicación del trabajo infantil⁴⁷.

⁴⁷ <https://www.trabajo.gob.ar/estadisticas/eanna/mirti.asp>.

Alcance jurídico del Art. 148 bis del Código Penal de la Nación

El tipo penal del Art. 148 bis del Código Penal de la Nación, se encuentra desarrollado bajo el título V, Capítulo I, Libro II. El bien jurídico protegido es la libertad individual, ya que el interés jurídico - social que está detrás de la sanción de la norma, es el de garantizar la libertad, no solo física sino también la psíquica, ya que cualquiera de ellas es presupuesto mínimo y necesario para que una persona esté en condiciones de elegir un plan de vida digno y llevarlo adelante.

El trabajo de niños, niñas y adolescentes transgrede diferentes aristas del bien jurídico de la libertad, ya que, al menoscabarla, invariablemente se entorpecerá el desarrollo integral del niño afectado, y se vulnerarán sus derechos humanos básicos, tales como el derecho a la no discriminación, a la salud, a la igualdad de trato y oportunidades, a la educación, y al juego.

La conducta típica consiste en aprovecharse económicamente del trabajo de un niño. Debe entenderse por tal la obtención de una ventaja patrimonial apreciable en dinero por parte del sujeto activo, obtenida a través del trabajo del sujeto pasivo. Consiste, básicamente, en sacar provecho de carácter económico de la fuerza laboral de un niño/a de edad cuya ocupación laboral se encuentra prohibida por la legislación nacional argentina.

Es dable manifestar, que ese beneficio también podría materializarse merced al consentimiento de quienes ejercen autoridad sobre aquéllos, pero que, por carencias económicas o condicionamientos culturales, tampoco están en igualdad de condiciones a la hora de asentir el empleo pernicioso del niño.

En lo que respecta al provecho económico, la doctrina entiende que se deduce, del hecho de que la niñez representa mano de obra barata -incluso gratuita- que coadyuva a mejorar la rentabilidad de los negocios ajenos.

Ahora bien, para muchos autores, son sinónimos de explotación y aprovechamiento destacando que: Aprovechar es sacar provecho de algo o de alguien generalmente con astucia o abuso (acepción Real Academia).

En cambio, según el Dr. Buompadre, la mera acción de aprovecharse implica abuso o explotación porque la víctima es un niño o niña. Entonces, el aprovechamiento de trabajo infantil implica el disfrute o goce de los resultados económicos que provienen de la actividad laboral de un menor en beneficio de un tercero, o sea, una modalidad de sacar ventaja o beneficio de la actividad laboral de un menor, pero cuya ocupación laboral por su edad o en tales condiciones se encuentre prohibida por la legislación nacional argentina (elemento normativo del tipo penal, que resulta insoslayable al momento de interpretar y aplicar la ley). Ello puede ocurrir tanto del trabajo no remunerado, como de aquel por el cual se entrega una contraprestación, ya que la ley no distingue (en caso de remuneración deberá valorarse si ésta, por su exigua cantidad o desproporción con las tareas realizadas, implica un verdadero "aprovechamiento económico" del niño, niña o adolescente en beneficio de quien lo ocupare en tal actividad).

Por otro lado, el Dr. Villada (2014), le asiste razón al Dr. Buompadre, en cuanto entiende que la conducta ilícita no requiere del empleo de medios violentos, fraudulentos, o coercitivos para vencer la voluntad del NNA ya que, por su propia condición, el presunto consentimiento prestado

para ello se reputa inválido, siendo suficiente que el autor *"obtenga frutos o ganancias de contenido patrimonial en beneficio propia, y que sean provenientes del trabajo realizado por NNA"* (pág. 150 y ss.). En tal sentido, si existen estos medios abusivos, la conducta se traslada al delito de trata de persona o al art. 140 del C.P

Es de relevancia, mencionar que varios autores, entienden que nos encontramos ante un tipo penal en blanco. Al respecto, el Dr. Núñez (1959) hace las siguientes distinciones:

1. La ley penal en blanco en sentido propio, estructurada mediante dos actos de legislación, uno de determinación genérica y otro de creación específica de la conducta punible por la instancia legal complementaria que puede cambiar el número calidad de hechos tipificables, sin más límite que la materia señalada por la ley principal. Ej., art. 206 C.P, que sanciona con prisión de uno a seis meses al que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal. Dicho supuesto no entra en conflicto con los principios constitucionales de legalidad y reserva y se diferencia de las leyes incompletas o imperfectas porque la ley en blanco puede variar indefinidamente su contenido dentro del marco trazado por su enunciación genérica y de esta manera puede resultar que conforme a la misma ley sea delito hoy lo que ayer era permitido y que mañana sea permitido lo que ayer era prohibido.

2. La ley penal en blanco en sentido impropio, que sólo castiga específicamente determinadas conductas violatorias de lo que en algunas materias ordena la ley, el reglamento, etc., sin posibilidad creadora a favor de estas disposiciones. Ej., art. 143, inc. 4º C. Penal que reprime al jefe de prisión u otro establecimiento penal que colocare al detenido en lugares del establecimiento que no sean señalados al efecto. Solamente se plantea su adecuación o no a la garantía constitucional de legalidad y la consiguiente prohibición de delegar la facultad legislativa penal que le corresponde exclusivamente al Congreso (18, CN) cuando la enunciación genérica de la ley penal remite a normas de rango inferior como lo es un reglamento que el Poder Ejecutivo puede dictar, para caracterizar el supuesto de hecho punible. En tal sentido cabría preguntarse si el art. 205 resulta o no violatorio del principio establecido por la Corte Suprema en el caso "Mouviel" (pág. 100 y ss.).

El art. 189 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) dispone: "Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de 16 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro". Concuera con los arts. 32 y 187 de la LCT.

La ley 26.844 de Trabajo en Casas Particulares establece en su art. 9º -Personas menores de dieciséis -16- años. Prohibición de su Empleo. Queda prohibida la contratación de personas menores de dieciséis (16) años. Excepciones a la prohibición de trabajo para menores entre 14 y 16 años. Trabajos ligeros.

En otro orden de ideas, el art. 25 de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, refiere el derecho al trabajo de los adolescentes *"DERECHO AL TRABAJO DE LOS ADOLESCENTES. Los Organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del*

trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes.

Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes.

Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo.”

Por otro orden de ideas, el Código Civil y Comercial contempla en su art. 25 que es menor de edad quien no tiene 18 años cumplidos. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. Asimismo, el art. 30 preceptúa: Persona menor de edad con título profesional habilitante. La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

Debemos recordar, que la actual redacción del Código Civil y Comercial, el adolescente puede celebrar contrato de trabajo y administrar y disponer de los bienes que con su producto adquiere, desde los dieciocho años sin necesidad alguna de autorización.

En tal sentido, autores como Buompadre destaca que el tipo objetivo necesariamente hay que buscarlo fuera de la ley penal: "trabajo infantil". Conceptualizar este elemento reclama bucear en la normativa nacional aplicable, y para ello -señala- debemos recurrir a la Comisión Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), que expresa en el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil que "trabajo infantil" es toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños y niñas, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, independientemente de su categoría ocupacional.

El Estado argentino, como firmante de la Convención sobre los Derechos del Niño, se comprometió a proteger a cada NNA contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo peligroso o que entorpezca su educación, o sea nocivo para su salud o su desarrollo físico, moral, espiritual o social.

La participación de NNA, en actividades económicas, exponen a los sujetos de este grupo poblacional a múltiples riesgos en las capacidades físicas y psicológicas, y en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho al juego recreativo, la práctica de deportes, el esparcimiento, entre otros.

El Trabajo Infantil y el cine.

Para adentrarnos un poco más y mejor en el tipo penal del art. 148 bis del C.P, podemos mencionar y destacar un documental en el que se visibiliza la problemática que estamos desarrollando “Libres de Trabajo Infantil”.

"Libres de Trabajo Infantil" es un documental argentino, que cuenta la cruel realidad que viven los niños que trabajan y viven detrás de la cosecha de yerba mate, la bebida nacional de Argentina⁴⁸.

Atento a lo que se desprende del citado documental, sería importante analizar esta dolorosa problemática desde una perspectiva integral teniendo en consideración la normativa nacional e internacional. Tanto desde el abordaje que se puede hacer teniendo en cuenta lo tipificado en el C.P, en la LCT, como en las Convenciones Internacionales ratificadas por la República Argentina, especialmente como eje central la Convención de los Derechos del Niño. Para ello, se exigen cambios institucionales, articulación de políticas públicas en distintos niveles, trabajo sistemático con las familias, con las comunidades y con las escuelas.

Ahora bien, podemos mencionar en lo que respecta a la temática que estamos desarrollando, la película "Los hijos del sol", la cual expone la realidad indigna, compleja que atraviesan los chicos que se encuentran en situación de calle.

El director iraní del mencionado film, convocó a niños que se encontraban sin hogar, sin familia, sin referente alguno, para denunciar que no tienen acceso a la educación y expresó: *"No hay nada más importante que los niños porque son el futuro de cada sociedad, de cada país"* y agregó *"Si invertimos en los niños tendremos un país mejor y con más posibilidades de futuro. Pero si no lo hacemos nos espera una sociedad sin identidad"*. Una gran historia premiada en Venecia y que figuró entre los 15 films preseleccionados para el Oscar a la mejor película de habla no inglesa del año 2021.

La película, está protagonizada por Alí, un niño de 12 años y sus tres amigos que trabajan en un garaje y cometen delitos menores para sobrevivir y ayudar a sus familias. Un día reciben el encargo de encontrar un tesoro oculto bajo tierra al que solo se puede acceder por el sótano de la Escuela del Sol, una institución caritativa que intenta educar a niños de la calle, así que Alí y sus amigos deciden matricularse para poder buscar ese tesoro.

El director destacó que la idea se le ocurrió cuando visitó una escuela en el sur de Teherán creada por una organización no gubernamental (ONG) y dirigida a aquellos niños que están obligados a trabajar por la situación que se encuentran afrontando, transitando. Así conoció de cerca a esos niños y quiso hacer pública su situación para ver si era posible lograr que haya más colegios para ellos, visibilizar esa gran problemática y que eso sirviera para modificar algo de esa cruda realidad que les toca atravesar.

Por último, otra gran cinta que expone la problemática en cuestión es "COCO"⁴⁹. La mayoría de quienes hemos visto esta película animada estamos convencidos de que es imposible no emocionarse al verla. Perteneciente a la factoría Disney, fue estrenada en el año 2017 y narra la historia de un niño mexicano de 12 años (Miguel) que sueña con ser músico.

⁴⁸ Documental disponible <https://web.app.flow.com.ar/peliculas/libres-de-trabajo-infantil/39905255>

⁴⁹ "COCO" disponible en <https://www.disneyplus.com/es-419/browse/entity-ce1ccdca-f468-4960-b67c-026b01ba42ab>

La película muestra como Miguel ha aprendido del negocio familiar: el calzado. Él colabora con su familia y, aunque no se muestra mucho detalle sobre esta parte de su vida, a primera vista no pareciera que su ayuda haciendo zapatos calificara como trabajo infantil.

Resulta interesante advertir que conforme a lo que se desprende de la película, Miguel no quería dedicarse al negocio familiar, ni lo disfrutaba. Él quería invertir su tiempo en la música, nada más.

Para finalizar, creo que es importante destacar, priorizar, no olvidar, que el trabajo “infantil” no permite el adecuado desarrollo integral de los niños, ya que les limita sus derechos fundamentales como la educación e incluso el derecho al juego y la recreación.

Debemos velar por la completa erradicación de todas las formas de violencia y tortura contra ellos.

Más allá de lo expuesto, concuerdo con parte de la doctrina que sostiene que el término “infantil” para referirse a estos graves delitos debe ser reemplazado para que quede claro que la niña, el niño o el adolescente son las víctimas.

Creo y entiendo que sería un gran paso, que podamos trabajar en forma integral e interdisciplinariamente para que ni el trabajo ni ninguna otra cosa, prive a los niños y niñas de su potencial, su dignidad y su niñez.

Es imperioso reconocer, que la principal causa que permite que todavía existan NNA trabajando es la pobreza extrema, la cual impide a las familias proporcionarles a sus hijos los recursos básicos para subsistir y el acceso a la educación.

Bien sabemos que los NNA forman parte de uno de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, si no les prestamos la atención necesaria, nos enfrentaremos con una generación destruida.

Bibliografía

BUOMPADRE, Jorge A., "Explotación del Trabajo Infantil (ley 26.847)", disponible en www.pen-samientopenal.com.ar/autores/jorge-eduardo-buompadre.

Grisetti, Ricardo TR LALEY AR/DOC/3068/2017 Publicado en LA LEY 29/01/2018, 1 LA LEY 2018-A, 747 LA LEY 30/01/2018.

NÚÑEZ, "Derecho Penal Argentino, Parte General", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

VAZZANO, Florencia, "El trabajo de niños, niñas y adolescentes que no tienen la edad mínima de admisión al empleo con causa en la necesidad económica familiar", 07/07/2014, MJ-DOC-6784-AR – MJD6784.

Villada, Jorge Luis. Delito de trata de personas y otros delitos conexos", Ed. Advocatus, Córdoba, 2014.

CAPÍTULO 6

Amenazas y Coacción

Pilar Rodríguez Genin

Introducción

La Real Academia Española define a las amenazas como el *“delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia”*.

Mediante la Ley N° 17.567 se incluyó en nuestro actual Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad, los tipos penales conocidos como amenazas y coacciones en su artículo 149 bis, refiriéndose a las amenazas en su primer párrafo; a la coacción en su párrafo segundo, y el agravante de esta última en el artículo 149 ter, pudiendo categorizar a los mismos como género y especie.⁵⁰

Nuestro Código Penal Argentino reza en su artículo 149 bis: *“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.*

*Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a cuatro (4) años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.”*⁵¹

Autores como Carrara define al delito de amenazas como *“cualquier acto con el cual alguien, sin razón legítima y sin trascendencia en otro delito los modos o por el fin, deliberadamente afirma que quiere ocasionar a otro algún mal futuro”*.

Las amenazas constituyen un delito en sí mismo, ya que coarta la libertad con su simple pronunciamiento, a diferencia de la coacción, la cual necesariamente se encuentra condicionada a que, como resultado de la misma, la víctima haga algo, deje de hacer algo o tolere algo.

En las amenazas el sujeto activo actúa **CONTRA** el sujeto pasivo; y en las coacciones, por el contrario, actúa **CON** el sujeto pasivo.

En otras palabras, las figuras de estos delitos, se dividen en tipificaciones de autoría inmediata o directa, cuando el actuar “contra la voluntad de la víctima” pertenece ya conceptualmente al tipo objetivo. En las amenazas y en las coacciones, hay en las primeras como delito, un actuar contra la víctima, y en las segundas, un actuar de ir con la víctima.

⁵⁰ https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art.149_bis_amenazas_y_coacciones.doc.pdf

⁵¹ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

En palabras de Buompadre, estos delitos tienen en común producir una crisis en la tranquilidad espiritual de los individuos. El bien jurídico tutelado es la libertad individual en su esfera psíquica, el ámbito de la facultad que toda persona tiene de obrar conforme a su propia voluntad, o bien de optar, libre de injerencias externas.

Para este autor, en el delito de coacciones se ataca directamente la libertad de determinación del sujeto pasivo, procurando suplantar su voluntad por la del agente activo, mientras que en las amenazas la atacan de manera indirecta.

Bien jurídico protegido

En ambos tipos penales de estudio, el bien jurídico protegido se trata de la libertad individual, específicamente a la libertad psíquica del sujeto amenazado. Atacando este bien, el individuo amenazado, ve disminuida su seguridad y tranquilidad.⁵²

Edgardo A. Donna por su parte expresa, sic *“la jurisprudencia ha sostenido que el delito previsto por el artículo 149 bis protege la integridad corporal y la vida, en definitiva, desde el más remoto límite en cuenta a la inmediatez de su posible afectación. La amenaza es un delito contra el sentimiento de seguridad del individuo, en el que se protege su libertad psíquica, que encuentra su expresión en la intangibilidad de sus determinaciones”*.⁵³

Ricardo C. Núñez, por su parte, también nos habla de cómo el bien de los individuos, la libertad, consiste en la facultad de determinarse, obrar o de no obrar en un determinado sentido, por ese motivo; entiende el autor; que el legislador pretendió preservar y proteger la propia tranquilidad, desde un ámbito de la intimidad material, de las ideas y pensamientos propios.

La protección dispensada a la libertad por las leyes penales puede tener diferentes alcances, como ser la libertad individual, la libertad del domicilio, la libertad de trabajo, de reunión, entre otras, pero en este capítulo, nos centraremos en la libertad psíquica del individuo de determinarse y elegir libremente sus decisiones o su obrar.

Tipo objetivo

En el delito de amenazas, la conducta típica es hacer uso de ellas; no consiste en amenazar propiamente dicho a otro, sino en “hacer uso” de esa amenaza para infundirle miedo o temor. El “hacer uso” quiere decir, emplear la figura para producir en el sujeto pasivo un estado de temor, intranquilidad. Sin esa dirección final, el hecho no resulta punible en este tipo, ejemplo de esto

⁵² <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/43716-art-149-bis-amenazas-y-coacciones>

⁵³ Derecho Penal parte especial- Tomo II-A

es que la simple expresión de deseo de que a alguien le ocurra un mal (ej. “ojalá te maten”) queda fuera de la esfera de la tipicidad.

Éste delito se lleva a cabo para alarmar o amedrentar con el anuncio a otra persona de sufrir un mal futuro, cuya producción queda en la voluntad del agente; debe infundir en el sujeto un miedo o temor relacionado con ese daño futuro y debe reunir ciertas características: debe ser *grave, futuro; determinada o determinable; injusta, sería, posible e idónea (para algunos autores)*; debe *constituir* un peligro potencial para la víctima capaz de perturbar su normalidad vital.

Parte de la doctrina habla de la “gobernabilidad del daño”, debe depender de la voluntad del que la profiere, debe poseer el dominio o poder sobre la producción del mal, dado que, en este delito, lo que importa es la autoría de la amenaza y no el daño en sí mismo.

La ley pena las amenazas en sí mismas, prescindiendo de todo resultado, requiriendo solamente que tengan idoneidad para actuar sobre el ánimo y la voluntad de la víctima. El concepto de idoneidad es relativo en relación con las condiciones del amenazado, dado que lo que importa es que el afectado se amedrente o alarme. No serán objetivamente idóneas ni serias las amenazas que el autor no esté en condiciones de cumplir, pero sí lo serán si el afectado ignora esas imposibilidades de cumplimiento porque podrían ser aptas para su intimidación.

En lo que respecta al delito de amenazas a modo de ejemplificar lo hasta aquí desarrollado, podemos hacer mención a algunas películas o series, tales como:

-- ***Cape Fear (1991)***: (*El cabo del miedo* en España y *Cabo de miedo* en Hispanoamérica) es una película estadounidense de 1991 del género suspenso psicológico dirigida por Martin Scorsese a partir de un guion escrito por Wesley Strick. La trama de la película se centra en Max Cady, un violador convicto que, utilizando su nuevo conocimiento de la ley y sus numerosas lagunas, busca venganza contra un ex defensor público a quien culpa por su encarcelamiento de 14 años debido a la utilización de tácticas de defensa deliberadamente defectuosas durante su juicio, acechando y amenazando a la familia de su abogado. Cuando Max sale de la cárcel, su única obsesión es vengarse del abogado Sam Bowden, al que acusa de no haber hecho lo suficiente por él.

Cady comienza a acosar a la familia de Sam a través de amenazas, incluyendo a su esposa e hija, lo que lleva a Sam a intentar proteger a sus seres queridos. A medida que la tensión aumenta, se revela la naturaleza manipuladora y peligrosa de Cady, quien utiliza tácticas psicológicas para desestabilizar a Sam. La película explora temas de justicia, culpa y la lucha entre el bien y el mal.

El clímax se desarrolla en un enfrentamiento final en un entorno tenso y lleno de suspenso, donde se pone a prueba la moralidad de los personajes. "Cape Fear" es conocida por su atmósfera inquietante y las actuaciones intensas de su elenco. ¡Es una película que realmente mantiene al espectador al borde de su asiento.⁵⁴

⁵⁴ <https://www.sensacine.com/buscar/?q=cape%20fear>

- ***The Gift (2015): El regalo*** es una película australiana-estadounidense de suspenso psicológico dirigida, escrita y producida por Joel Edgerton, siendo ésta su debut como director. Fue protagonizada por Jason Bateman y Rebecca Hall como una pareja que es intimidada por un personaje de su pasado interpretado por el que es también el director y el guionista del filme, Edgerton. El filme fue estrenado en los Estados Unidos el 7 de agosto de 2015.

La historia sigue a una pareja, Simón y Robyn, que se mudan a una nueva casa y se encuentran con un antiguo conocido de Simón, Gordo. Al principio, Gordo parece ser amistoso, pero pronto comienza a dejar regalos inquietantes y a revelar secretos del pasado de Simón que él preferiría mantener ocultos. A medida que la trama avanza, se desvelan tensiones y oscuros secretos, lo que lleva a un clímax sorprendente. La película explora temas como el acoso, la venganza y las consecuencias de las acciones pasadas. Es un relato intrigante que mantiene al espectador en vilo hasta el final.⁵⁵

Tipo subjetivo

Estos delitos requieren para su consumación la forma dolosa y el dolo directo de su autor, por tanto, no admite las amenazas a título culposo ni el dolo eventual. Se requiere el propósito específico de causarlo (dolo especializado: “para alarmar o amedrentar”).

Respecto al objeto, debemos decir que el daño contenido en la amenaza puede ser de cualquier índole: físico, económico, espiritual, moral, etc.; puede recaer sobre cosas o bienes del sujeto pasivo. La ley no selecciona medios de comisión, de manera que puede cometerse por medio del lenguaje oral, escrito, mímico, manifiesto o encubierto, explícito o implícito.

Sujetos

Para hablar de los sujetos, debemos destacar que estamos frente a delito de *delicta comunia*, esto quiere decir que no se requieren condiciones especiales en los sujetos intervinientes, esto es que cualquier persona puede ser tanto sujeto activo como pasivo para configurar el delito de amenazas, lo único que requiere esta figura es que el sujeto tenga la capacidad de comprender el significado y el alcance de la amenaza. Dicho esto, no podrían ser sujetos pasivos de este delito los dementes, los recién nacidos, las personas inconscientes, alcoholizadas o bajo los efectos de estupefacientes por carecer todos estos de la capacidad para entender el sentido o significado del acto, siempre y cuando esta incapacidad de comprensión sea absoluta y permanente al momento del hecho.

⁵⁵ <https://www.sensacine.com/peliculas/pelicula-235976/>

Consumación y tentativa

Para su consumación, por tratarse de una infracción de pura actividad y peligro concreto, la figura se concreta una vez que la amenaza llega a conocimiento del sujeto pasivo, independientemente de su efectiva concreción. Esta figura no requiere el logro del fin perseguido por el autor, lo que conllevaría a algunos autores a entender que la tentativa resultaría admisible.

La tentativa es admitida por autores como NÚÑEZ, DI RENZI, LAJE ANAYA y CREUS. La niegan en cambio, URE, SOLER Y FONTÁN BALESTRA. Aquellos que niegan la tentativa, lo hacen a partir del fundamento de que el delito es de “pura actividad”.

Figura agravada

Para continuar desmenuzando el artículo del Código, podemos observar que esta figura se ve agravada, al final del primer párrafo [...] *En este caso la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas [...]*, en dos supuestos: cuando se emplearan armas, se incluyen en este estadio a las llamadas armas propias, como aquellas armas impropias; o si las amenazas fuesen anónimas.

Respecto al empleo de armas, se requiere para agravar esta figura, que las mismas sean empleadas de manera real y efectiva, de modo tal que demuestre un acto intimidatorio en sí mismo aunque el legislador no diferencia como requisito de la figura que las mismas sean aptas para el disparo o se encuentren en perfecto funcionamiento, solo con el hecho de que el sujeto activo las utilice para amedrentar al sujeto pasivo, queda subsumido en el agravante, distinto ocurriría si la víctima tuviese conocimiento del desperfecto del arma utilizada o que la misma no pudiese producirle daño como tal, por lo que no se configuraría la agravante, por no infundir en la víctima ese temor o acto intimidatorio per se. Además, corresponde mencionar que, la mera portación de un arma, sin ser exhibida al sujeto que se pretende intimidar, no configuraría la figura agravada, por los mismos fundamentos previamente desarrollados.

Las amenazas anónimas también pueden ser consideradas dentro del agravante del delito, ya que se produce un mayor temor en la víctima, por el desconocimiento de éste, respecto al origen de las mismas y sobre la identidad de su autor o autores y, por ende, se ve limitado en su capacidad para disponer de los recursos necesarios para su defensa

Coacción

Tal como se mencionó ut supra, el bien jurídico protegido en este tipo penal también es la libertad individual de los sujetos, su libertad psíquica, y como ocurre con las amenazas, podríamos diferenciar estas figuras como género (las amenazas) y especie (la coacción), por lo que el bien jurídico protegido resulta idéntico.

En la misma redacción del artículo 149 bis, en su último párrafo expresa [...] *Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a cuatro (4) años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*” [...], configurando este, otra figura delictiva que conocemos como *coacción*.

La coacción, es un delito de amenazas calificadas, que atenta contra el desenvolvimiento libre de la voluntad del sujeto pasivo, porque ve delimitada su capacidad de autodeterminación respecto a lo que puede hacer o no (conducta activa u omisiva). Consiste en violentar a una persona para condicionarla bajo amenaza y restringir su decisión de hacer, no hacer o tolerar algo. Lo que se castiga en este delito es la modalidad del requerimiento. En el delito de coacción las amenazas son un medio para el logro de un fin trascendente a ellas mismas.

Obligar consiste en compeler, viciar la voluntad del sujeto pasivo a través de la amenaza para realizar la conducta perseguida.

Tolerar se refiere a soportar, permitir en contra de su voluntad, una conducta omisiva que permita al sujeto activo realizarla.

Para autores como Fontán Balestra y Buompadre la coacción es un delito contra la libertad de resolución y de actuación de la voluntad. El hecho que se exige en este delito no debe constituir otro delito, de lo contrario podrán entrar en juego los principios de participación.

Para estos autores, la acción material del delito consiste en *hacer uso de amenazas* para obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Aun cuando el sujeto esté obligado a realizar la conducta exigida por el autor, es suficiente para perfeccionar el tipo penal, un ejemplo de esto, dice Buompadre, es el juez al que se lo amenaza para que dicte una sentencia, no obstante que el juez se encuentre obligado jurídicamente a hacerlo, el haberlo coaccionado en su libertad configura el tipo penal de estudio.

Tipo objetivo

Esta figura exige, en lo que respecta al plano de la culpabilidad, un elemento subjetivo, esto es que el autor obre con el propósito de obligar al sujeto pasivo a hacer, no hacer o tolerar algo, por lo que esta conducta también, solo es compatible con el dolo directo del autor; la ausencia de este elemento subjetivo, desplazaría a las coacciones al ámbito de las amenazas del primer párrafo del artículo 149 bis.

Respecto a la figura de coacción podemos usar de ejemplos algunas de las siguientes películas:

- **Misery (1990)**: Basada en el best-seller de Stephen King, 'Misery' tiene todos los ingredientes del thriller de sobremesa: un personaje inmovilizado, una mujer demente obsesionada con él, una casa en medio de la nada rodeada de nieve y un juego constante entre la expresión y la ocultación de las verdaderas motivaciones de los personajes. En esta película, una fanática secuestra a su autor favorito y lo amenaza para que escriba una novela sobre su personaje favorito. La trama se centra en un autor cautivo de una fan obsesiva que lo obliga a reescribir el final de

su serie de novelas. La película fue estrenada en los Estados Unidos el 30 de noviembre de 1990 por Columbia Pictures. Recibió críticas muy positivas y fue un éxito de taquilla.⁵⁶

- **El Padrino (1972)**: (título original en inglés: **The Godfather**) es una película estadounidense de 1972 dirigida por Francis Ford Coppola. La película fue producida por Albert S. Ruddy, de la compañía Paramount Pictures. Está basada en la novela homónima (que a su vez está basada en la familia real de los Mortillaro de Sicilia, Italia) de Mario Puzo, quien adaptó el guion junto a Coppola y Robert Towne, este último sin ser acreditado.

Protagonizada por Marlon Brando y Al Pacino como los líderes de una poderosa familia criminal ficticia de Nueva York, en el verano de 1945, en donde tiene lugar la celebración de la boda de Connie (Talia Shire) y Carlo Rizzi (Gianni Russo). Connie es la única hija de Don Vito Corleone (Marlon Brando), jefe de una de las familias que ejercen el mando de la Cosa Nostra en la ciudad de Nueva York. Don Vito además tiene otros tres hijos: su primogénito Sonny (James Caan), el endeble Fredo (John Cazale) y el más joven de todos, Michael (Al Pacino), un marine condecorado por su lucha en la Segunda Guerra Mundial que acaba de regresar a su hogar en Nueva York. Por designios de la fortuna, Michael terminará llevando la vida que no deseaba, tomando las riendas del negocio familiar, cambiando su moral y sus valores, para defender a toda costa a su familia.

Los cuatro hijos de Don Vito Corleone, Connie, Sonny, Fredo y Michael, no quieren saber nada de los negocios sucios de su padre. Sin embargo, cuando otro capo, Sollozzo, intenta asesinar a Corleone, empieza una cruenta lucha entre los distintos clanes

Podemos observar en la escena donde Don Vito Corleone es visitado por Bonasera (Salvatore Corsitto), quien le pide un favor y Don Vito le responde con una amenaza implícita.

A su vez, tenemos la escena donde Tom Hagen (Robert Duvall) es coaccionado por los estudios de cine para que permita que Johnny Fontane (Al Martino) obtenga un papel en una película.⁵⁷

- **Taken (2008)**: (titulada **Búsqueda implacable** en Latinoamérica y **Venganza** en España) es una película de acción francesa de 2008, protagonizada por Liam Neeson, Famke Janssen y Maggie Grace. Está dirigida por Pierre Morel y fue escrita y coproducida por Luc Besson.

El ex agente de las fuerzas especiales de élite Bryan Mills se ve enredado en la trama de una organización criminal cuando trata de salvar a su hija, Kim. En un viaje a París, Kim y una amiga son raptadas por una red criminal que trafica con mujeres, especialmente chicas jóvenes. Mills sólo tiene 96 horas para rescatar a su hija antes de que se pierda su rastro.

En una de las escenas de la película podemos ver donde Bryan Mills coacciona a un ex compañero y actual funcionario del gobierno francés, para que le dé información sobre los secuestradores.

Sin embargo, todo cambiará por completo cuando se ve en la obligación de solucionar el que sin duda va a ser el quebradero de cabeza más preocupante que ha debido afrontar en toda su existencia. Se trata del secuestro de Kim, su hija, a quien un peligroso grupo procedente del este de Europa ha apresado con el objetivo de sobornar y manipular a sus seres queridos. La tensión

⁵⁶ <https://www.sensacine.com/peliculas/pelicula-6432/>

⁵⁷ https://www.imdb.com/title/tt0068646/?ref=fn_al_tt_1

irá aumentando con el desarrollo de la trama, mientras que el protagonista experimentará el terror en su propia piel al comprobar que los días de su primogénita pueden estar contados.⁵⁸

Consumación y tentativa

Respecto a la consumación y tentativa, al igual que ocurre en la figura básica de las amenazas, la coacción se consuma cuando el sujeto activo exige la acción, omisión o tolerancia de algo contra la voluntad de la víctima, con independencia de la concreción o perfeccionamiento del propósito perseguido por el autor.

Figura agravada

La figura agravada de coacción se encuentra en el artículo 149 ter:

[...] *“En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:*

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieran como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieran como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.” [...]

El primer inciso del artículo de estudio resulta idéntico a la figura agravada de las amenazas por lo que no requiere la reiteración en su tratamiento, debido a que posee los mismos fundamentos ya explicados anteriormente, y por ende, remito a su lectura.

En lo que respecta al inciso 2°, apartados a) y b), cabe destacar algunas cuestiones.

El artículo habla de una específica finalidad del autor; obtener alguna medida (resolución, disposición) o concesión (otorgamiento de algo) por cualquier miembro de los poderes públicos; incluyéndose los miembros de los tres niveles, nacional, provincial o municipal. El contenido de esta exigencia puede ser un acto lícito o ilícito, lo reprochable en la coacción es el medio seleccionado para la obtención de la medida o la concesión.

Por último, el precepto contempla el supuesto que el autor se haya propuesto por medio de amenazas obligar a la víctima a hacer abandono del país, de una provincia o de su residencia habitual. El legislador se motivó al incorporar esta agravante en el hecho de que la conducta que

⁵⁸ <https://www.sensacine.com/peliculas/pelicula-126169/> . https://www.imdb.com/title/tt0936501/?ref=fn_al_tt_1

se demanda implique para el sujeto pasivo un efecto permanente que pudiese acarrearle sensibles perjuicios.

Bibliografía

- Breglia Arias, Omar. Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal - https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/art_149_bis_amenazas_y_coacciones.doc.pdf
- Buompadre, Jorge Eduardo (2008) Derecho Penal, Parte Especial. Editorial con Texto Código Penal Argentino. (<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>)
- D' Alessio, Andres José. (2004). Editorial “La Ley”. Código Penal Comentado y Anotado. Tomo II. Derecho Penal Parte Especial Tomo II (2001) Editorial Rubinzal-Culzoni editores
- Fontán Balestra, Carlos (2008) Derecho Penal, Parte Especial.
- Marín, Jorge L. (2008) Derecho Penal parte especial 2° edición actualizada. Editorial Hammurabi.
- Núñez Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Especial, 2° edición actualizada (1999)
- Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, editorial La Ley. (2013) <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=3964>

CAPÍTULO 7

Violación de domicilio

Felipe Mas Arrouzet

Art.: 150: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

Es habitual que, antes de ver un largometraje, se nos generen expectativas con el tráiler del mismo. En este caso, y para la fortuna del lector, tanto este último como la historia completa se mostrarán juntos, con el objetivo de ahorrar tiempo. Les presento entonces, el adelanto.

En un mundo, donde la violación de domicilio es *“Un delito que, como fin en sí mismo, sólo lo cometen los niños y los locos”*, solo un texto -este mismo- podrá contenerlo. Mediante las inagotables posibilidades de la pantalla grande, la frase citada será demostrada.

Solo en Cine y Derecho Penal.

Terminado este cómico inicio, invito a que silencien -o apaguen- sus teléfonos y preparen sus pochoclos, en breve, se apagará las luces para comenzar.

“Hace mucho tiempo, en una galaxia muy, muy lejana...”

Como no puede ser de otra manera, el título introductorio de este capítulo es la icónica frase de la saga de Star Wars⁵⁹, que nos sumerge en un universo futurista, desarrollando su historia en el espacio y explorando toda la galaxia. En este caso, usamos la oración como puntapié para dar lugar a la enumeración de algunos antecedentes históricos de vital importancia. Después de todo, hay que conocer el pasado para entender el presente.

En primer lugar, dejando el arte a un lado momentáneamente, debemos contextualizar este tipo penal, aclarando que no estamos en presencia de una innovación de la normativa contemporánea. No obstante, los primeros juristas tampoco lo encontraron necesario, tanto el derecho romano como las legislaciones de la edad media obviaron desarrollar esta protección jurídica tan importante en la actualidad.

⁵⁹ Star Wars: Episodio IV - Una nueva esperanza, George Lucas, 1977. La frase citada está presente en todas las películas de la saga, siendo ya icónica en la historia del cine, y la cultura popular, por la trascendencia que ha logrado esta historia galáctica.

Por lo dicho, deberemos posponer la exploración del cosmos, para adentrarnos en el mundo medieval de la obra titulada *El Señor de los Anillos*⁶⁰. Esto, con ánimo de dejar en claro lo resalado en el anterior párrafo.

Es entonces que, por la ambientación con la que cuenta el filme, no se configurará este delito en Hobbiton -pueblo de La Comarca⁶¹-, cuando durante una oscura y lluviosa noche, Frodo (Elijah Wood) -el elegido para acabar con el mal que acecha al mundo-, junto a sus compañeros, descansan ocultos, luego de haber sido advertidos por Aragorn (Viggo Mortensen) -un guerrero desconocido hasta ese momento-, de que el anillo de oro que el protagonista posee es buscado por fuerzas oscuras. Este objeto dorado es de suma importancia en la historia, debido a que con él se podrá “gobernarlos a todos” -esta es la inscripción que puede leerse dentro del anillo-.

Se nos presentan sobre caballos negros a los Nazgûl, espectros que solían ser hombres, reyes de los hombres, corruptos ahora por Sauron El Impostor -el antagonista principal en esta historia y dueño original del anillo- quien en provecho de la avaricia de poder de los líderes, los obliga ahora a buscar su propiedad, sin que medie ningún valor moral.

Avanzan galopantes, mientras se expone el terror de los demás ciudadanos ante tal presencia. El momento exacto en que se configuraría la acción, es cuando la cámara enfoca las botas metálicas de estos tenebrosos caballeros, ingresando en la habitación donde creen que están ubicados los Hobbits -configurando el delito- y se posicionan junto a las camas de los mismos, para luego tomar sus espadas y clavarlas a través de las sabanas, descubriendo que, contrario a sus suposiciones, solo había almohadas que simulaban ser los protagonistas.

Reitero, para evitar dudas, que el delito en la escena relatada se ve consumado apenas ingresan estos aterradores seres en la casa que habitan los protagonistas, más nos será imposible incriminarlos, debido a la falta de tipificación por el momento histórico en el que la película se ambienta.

Me permito hacer una aclaración, aplicable tanto a este ejemplo como a todos los siguientes, de que -como se expuso en la introducción- la violación de domicilio por sí sola es prácticamente inexistente, es así que siempre existirá el concurso con otros tipos penales.

Regresando al racconto histórico, es en Alemania donde el concepto de “Hausfrieden” surge como “la paz del hogar”, siendo “Hausfriedensbruch” lo que los germanos entenderían como la “violación de morada”.

Más cercano a nosotros, la Constitución de 1853 enunciaba: *“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”*, redacción calcada en la reforma de 1994⁶².

⁶⁰ *El Señor de los Anillos: la Comunidad del Anillo*, Peter Jackson, 2001.

⁶¹ Este es el lugar donde habitan los Hobbits, una de las especies del vasto mundo de esta saga de películas. Estos son de importancia ya que Frodo -el personaje principal- es uno de ellos.

⁶² Artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina.

Con respecto a nuestra materia, es en el Proyecto de Carlos Tejedor, inspirado -como explica en su preámbulo- en las legislaciones europeas, que en el artículo 257 nombra, por primera vez en la Nación Argentina, el delito de violación de domicilio de esta manera: *“El que entre en casa ajena contra la voluntad de su dueño sufrirá arresto menor.”*, siendo seguido por la tipificación del allanamiento y los artículos 258 y 259 donde menciona los casos de justificación, distribución que se mantiene de manera similar en la actualidad.

“Se está mejor en casa que en ningún sitio”

Esta es la frase pronunciada por Dorothy (Judy Garland) para despertar en su cama y culminar su aventura en el clásico *“El Mago de Oz”*⁶³, la que, en mi opinión, simboliza de la mejor manera la importancia de la protección jurídica que se ha intentado cubrir con la creación de este artículo.

De esta manera, y ya en conocimiento de la influencia histórica con la que cuenta este delito, comenzaremos su desglose técnico con el largometraje de fines de los noventa titulado *“El Club de la Pelea”*⁶⁴, el que durante su narración realiza una crítica social al consumismo capitalista. Es el personaje de Brad Pitt el precursor de esta idea, manteniendo una actitud desinteresada sobre los objetos materiales, como se verá claramente a continuación.

Así es que Tyler Durden (Brad Pitt), junto al protagonista del filme (Edward Norton), luego de haberse golpeado el uno al otro en un estacionamiento -esta fue la forma en la que Tyler convence al protagonista de comenzar la aventura juntos-, vagan por una de las calles de la ciudad, llegando a una morada - la cual se planeaba demoler - para habitar en ella, ya que la misma se encontraba abandonada.

Para explicar lo que sucede en el párrafo previo, es menester dejar en claro que el bien jurídico tutelado no es -como lo evidencia su ubicación en el título *“Delitos contra la libertad”*⁶⁵- la construcción material per se. Es indistinta la infraestructura de la que se trate o la porción de espacio que la misma ocupa, ya que la protección legal se asienta sobre la libertad, y más precisamente, la libertad de autodeterminación del ser humano actuando sobre el ámbito material de la intimidad personal, permitiendo al titular la posibilidad de gozar de la intimidad necesaria para entregarse a sí mismo, a sus afecciones, a su familia o a sus asuntos. En palabras de Sir Edward Coke *“Mi casa es mi castillo”*⁶⁶.

⁶³ El mago de Oz, Victor Fleming, 1939.

⁶⁴ El Club de la Pelea, David Fincher, 1999.

⁶⁵ Título V del Código Penal Nacional.

⁶⁶ Se atribuye al jurista inglés Sir Edward Coke, quien en 1604 expresó la famosa sentencia *“For a man's house is his castle”* en el caso *Semayne's Case*.

Por lo tanto, si lo indispensable es lo mencionado, ponemos en evidencia que, los personajes que nombramos no estarían cometiendo el delito de violación de domicilio.

“Esperen, esperen. ¡No han escuchado nada aún!”

Es en la cinta *El Cantor de Jazz*⁶⁷ donde el cine cambió para siempre, al ser la primera película con sonido sincronizado en la historia. En nuestro caso, la presento ante ustedes con el objetivo de alentarlos a continuar la lectura ya que, ahora que conocemos el origen y lo que busca preservar este artículo, estamos en condiciones de describir todos sus ingredientes.

Comenzando con la acción típica, consistente en entrar al domicilio, es decir, adentrarse desde el exterior hacia el interior, transgrediendo un límite determinado, penetrando en el recinto. Es de común acuerdo que esta definición requiere que la entrada sea del cuerpo completo, por el contrario, no habrá tipicidad⁶⁸ en la introducción de partes corporales, como tampoco de objetos que extienden el alcance del sujeto, menos aún serán considerados los actos por fuera del domicilio como se pueden mencionar el tirar piedras, espiar o simplemente molestar desde las inmediaciones.

Entiendo que la comprensión del concepto “entrar” no tendrá mayores dificultades luego de lo explicado, por lo que considero que un mejor uso de este espacio será presentarles una escena que contenga un caso de atipicidad, es decir, una conducta no considerada en el artículo 150 del código penal.

Hasta el momento solo hemos remitido a grandes escenas del cine de Estados Unidos, siendo que en nuestro país -existen quienes no comprenden la suerte que tenemos de esto- contamos con una gran calidad artística. En esta oportunidad quiero detenerme en el filme *El Hombre de al Lado*⁶⁹ que, a pesar de no ser tan popular, es perfecto para ejemplificar lo que estamos tratando.

Es entonces que Víctor (Daniel Aráoz), por su necesidad de entrada de luz solar para la nueva habitación de su casa, se dispone a realizar un agujero en la pared e instalar una ventana con el fin de darle solución a su situación. Para Leonardo (Rafael Spregelburd) -su vecino en el edificio- este hecho es terrible, no solo por los ruidos de la construcción que no le permiten conciliar el sueño, sino, y más importante, porque la obra en proceso se enfrenta directamente a la ventana de su propia casa, con lo cual, en palabras del mismo personaje, estaría “*violando mi intimidad y la de mi familia*”. Sin embargo, y pese a las lógicas palabras del protagonista, no se tipificará el delito.

⁶⁷ El cantor de Jazz, Alan Crosland, 1927.

⁶⁸ Una conducta es considerada delito cuando una ley la criminaliza. Cuando una ley señala una conducta conflictiva y la amenaza con una pena está creando un tipo penal. La Conducta será típica cuando cumpla los requisitos del tipo.

⁶⁹ El Hombre de Al Lado, Mariano Cohn y Gastón Duprat, 2009. Esta película argentina no desarrolla mucha historia más allá del conflicto presentado, sin embargo, es una gran película nacional.

De vuelta en nuestra materia, no es motivo de polémica en la actualidad todo lo antedicho, más sí encontramos un gran caudal de controversias en el momento en que el sujeto activo se encuentra dentro del domicilio, polémica inexistente en el pasado debido a que se encontraba agregada en la redacción del artículo.

Citamos entonces, los antiguos proyectos del código como el de 1891 donde en su artículo 180 dictaba *“El que entrare ... contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirllo, o permaneciere allí después de recibir de éste la intimación de salir ...”*. El cual fue modificado por el proyecto de 1906 dictando en su artículo 158 *“... de quien tenga derecho de excluirllo, o el que encontrándose allí, no se retirare, después de recibir de éste la intimación de salir”*. En los referidos, la prohibición de permanencia se encontraba claramente redactada. En la actualidad, por el contrario, y debido a considerarse “redundante”, el agregado desapareció. A causa de esta ausencia es que los autores con interpretaciones más restrictivas, sustentándose en el principio de legalidad, argumentan que la única forma típica de configuración es el ingreso y por lo tanto no configuraría ilícito otra conducta.

Otros consideran que, si bien este accionar no está comprendido por el desarrollado, sí existe la posibilidad de encuadrarlo en el delito de coacciones⁷⁰. Como tercera opción, se entiende que esta es una agresión ilegítima que puede dar lugar a la legítima defensa, es decir, la expulsión por propios medios del sujeto pasivo o a través del aviso a la autoridad.

Se observa entonces que la característica común es que ese actuar no configura la violación de domicilio. Caso contrario es la situación de violación “de interior en interior”. A pesar de existir opiniones de renombre que sostienen que tampoco se encuentra comprendida en el tipo penal, discrepo con las mismas.

El acto de penetrar en un espacio prohibido es típico, más allá del permiso primigenio de acceso. Esto lo evidenciará claramente el siguiente ejemplo.

Durante esta primera mitad, hemos hablado ya del espacio, la era medieval y la actualidad, me dará el gusto de referenciar ahora a una película que, si bien está ambientada en una época no muy lejana a la nuestra, su fantasía le permite agregar seres anteriores al ser humano, me refiero a la emblemática Jurassic Park⁷¹. La cual relata la historia de un grupo de paleontólogos que tienen la oportunidad de asistir a la preapertura de un zoológico de dinosaurios, concebidos en la modernidad mediante arduos procesos científicos de alteración de ADN extraído de mosquitos -conservados por estar cubiertos de ámbar- de la era Mesozoica.

Es así que Dennis Nedry (Wayne Knight), un programador especializado -que lógicamente tiene permiso para acceder a la oficina donde trabaja-, encargado de mantener los sistemas del parque jurásico en desarrollo, durante la visita de los científicos, utiliza su computadora para hackear el sistema de seguridad de las puertas y entrar en áreas restringidas las cuales, aun encontrándose dentro del edificio donde desarrolla sus actividades, no estaban permitidas para su ingreso, con el objetivo de hurtar los ADN de algunos de los especímenes prehistóricos.

⁷⁰ Art. 149 bis del Código Penal Nacional.

⁷¹ Jurassic Park, Steven Spielberg, 1993.

“Elemental, mi querido Watson”

La frase de este título es atribuida al icónico detective, del autor Arthur Conan Doyle, Sherlock Holmes. Las obras literarias están ambientadas a finales del siglo XIX, siendo un personaje caracterizado por su gran intelecto, razonamiento deductivo y capacidad de observación, con los cuales se gana la vida como detective privado junto a su fiel compañero el doctor Watson. Estos dos se cruzan, por primera vez, debido a un conocido en común, con el objetivo de adquirir la propiedad del 221B de Baker Street, dando lugar así, al inicio de su historia.

Es en el filme titulado *Las aventuras de Sherlock Holmes*, donde por primera vez escuchamos la frase que nos da el epígrafe para esta sección⁷², cuando Sherlock Holmes (Basil Rathbone), en medio de una explicación sobre un caso, se la comparte a John Watson (Nigel Bruce).

En esta oportunidad, tal como lo hizo el detective, la utilizaremos para dejar claro una de las cuestiones elementales del tema que nos compete, el concepto jurídico de domicilio, y más estrictamente, en materia penal, ya que en el caso del Código Civil y Comercial de la Nación se ve reducido a *“La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual”*.

Es de común acuerdo, como ha quedado claro previamente, que “el objeto de la protección no debe ser entendido como la cosa o porción de espacio que el sujeto habita, sino como un derecho eminentemente personal”⁷³.

En el artículo en desglose entonces, se reconoce fácilmente la sustitución de la palabra “domicilio” por los conceptos de “morada”, “casa de negocios”, “dependencias” y “recinto habitado por otro”.

El primero se concibe como el lugar donde la persona desarrolla su vida privada, es decir, la efectiva ocupación del lugar con el fin de habitarlo. No es requisito para esto que se haya desarrollado esta actividad por un tiempo determinado, tampoco lo es que el lugar esté destinado a vivienda permanente, sino que la condición es que se le de esa función, es decir, que esté ocupado con esos fines. En base a esto se entiende que una casa rodante o en obras, una carpa o una cueva pueden comprenderse en esta categoría, además de las evidentes como pueden serlo una casa o un departamento.

La segunda forma destacada se entiende como el lugar utilizado por la persona para realizar algún tipo de actividad comercial, profesional, deportiva, científica, artística, o de otro tipo, que se ejecuta con o sin fines de lucro. Es así que en el clásico de terror titulado *The Ring*⁷⁴, Samara Morgan (Deveigh Chase) -una niña que fue ahogada en un pozo y que aparece, a los siete días de que una persona visualice su cortometraje, para asesinar al espectador del mismo- aguardaba a que se cumpliera el plazo para visitar a Noah (Martin Henderson) -un especialista en cámaras

⁷² *Las aventuras de Sherlock Holmes*, Alfred L. Werker, 1939. Como curiosidad, esta frase jamás se escribió en los libros.

⁷³ FONTAN BALESTRA Carlos, *Derecho Penal: Parte Especial*, AbeledoPerrot, 2008.

⁷⁴ *The Ring*, Gore Verbinski, 2002.

de video que durante todo el filme ayuda a Rachel Keller (Naomi Watts) a descifrar el misterio del vídeo maldito-.

Es entonces, cuando descubren toda la verdad sobre el asesinato de Samara -y de cómo era la madre de la niña la responsable del suceso-, que Noah -cumplido el terrorífico séptimo día- se encuentra en su oficina⁷⁵, cuando de repente se enciende el televisor, produciendo estática y sintonizando la imagen del pozo donde habían ahogado a la joven. El miedo se apodera de él, inmovilizándolo por un instante, mientras en la pantalla se ve al espectro avanzando, para luego proceder a traspasar el vidrio de la TV, materializándose en el medio de la oficina -configurando el crimen articulado de este capítulo- y asesinando a Noah.

Encontramos en este segundo concepto una diferencia sustancial con el previamente referido, ya que, en el caso de la morada, se presume que el acceso es privado, mientras que en el actual es lo contrario, con la aclaración de que solo las secciones destinadas al público estarán permitidas, mientras que las dedicadas a los empleados o trabajadores del lugar mantendrán la primera presunción. Lógicamente, lo recientemente descrito se aplicará exclusivamente en los períodos en que la casa de negocios esté abierta al público. Cuando esto no suceda, tendrá las mismas características que la morada en cuanto al ingreso. Comprende entre otros, teatros, bufetes de abogados, consultorio médico, atelier de un artista, casa de comercio, taller mecánico, etc.

“Las dependencias” comprenderán cualquier sitio que, aunque no forme parte de la morada o casa de negocios, tenga una función doméstica o de servicio y se encuentre materialmente unido con aquellos. Como por ejemplo establos, cocheras, corrales, terrazas o garajes.

Por último, el recinto habitado por otro comprende todo espacio habitado no comprendido en las anteriores definiciones, con la característica especial de que, en este caso, hay una permanencia accidental o relativa como lo puede ser una habitación de hotel o un camarote de barco.

“¡Tú no pasarás!”

Esta es la mítica expresión realizada por Gandalf (Ian McKellen) en la ya mencionada película, “El Señor de los Anillos: la Comunidad del Anillo”⁷⁶. En la respectiva escena, Gandalf -mago y líder de la comunidad del anillo-, debe sacrificarse para vencer a un monstruo en una cueva y así posibilitar que Frodo y su grupo puedan escapar.

Tanto sujeto activo como pasivo son de delicta comunia, es decir que puede ser cualquier persona quien lo realice, como también quien lo sufre. Los primeros detentan una excepción,

⁷⁵ En el filme no se especifica expresamente si es su casa, por lo que supondremos que es su oficina por motivos didácticos.

⁷⁶ El Señor de los Anillos: la Comunidad del Anillo, Peter Jackson, 2001.

los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, los cuales están comprendidos en el próximo artículo.

Ante lo dicho, y como último inciso de la tipicidad objetiva, mencionaremos a la voluntad de exclusión. Dejando claro que, el consentimiento del ingreso debe ser libre y voluntario, es decir, desprovisto de vicios (engaño, intimidación o violencia). Si se presentare la situación de ser reacios al ingreso de una persona, el único requisito será entonces, replicar la frase del título actual.

La mencionada voluntad la encontramos en la categoría de la tipicidad⁷⁷, por lo tanto, el sujeto que ingresa en el domicilio con el permiso de su titular, no realiza la conducta típica. Puede ser expresa o presunta, la primera entendida como la manifestación de la voluntad de exclusión del sujeto activo por un medio idóneo, de cualquier naturaleza, mientras que la segunda es deductiva, es decir, que el sujeto activo, debido a las circunstancias de lugar, tiempo, conocimiento, etc., debería por sí mismo interpretar la exclusión, por ejemplo, una puerta cerrada.

El derecho de exclusión se presenta mucho más amplio que el de admisión, ya que el mismo puede ser ejercido por terceros sin distinción. Contrario a esto, el derecho de admisión está limitado a los moradores o titulares de la propiedad. Se entiende más claramente con un ejemplo, donde los empleados de servicios de limpieza o de seguridad tienen el derecho de negarle el paso a los forasteros, mas no se les permite ingresarlos sin autorización.

La cinta surcoreana *Parasite*⁷⁸ presenta la realidad de los integrantes de la familia Kim, de escasos recursos, quienes se hacen pasar por profesionales de altas capacidades como profesores de idioma o críticos de arte, logrando ser contratados por el acaudalado hogar de la familia Park para desarrollar distintas labores. Es en este caso que encontramos dos posibilidades de enmarcar este tipo penal, en primer lugar, cuando, mediante engaños, logran entrar en los aposentos, ya que, si se tuviere conocimiento de que los nombrados no son quienes dicen ser, se les negaría la entrada.

La segunda posibilidad de tipificación se presenta cuando los Park deciden realizar un viaje por el cumpleaños de su hijo menor, Da-song (Jung Hyun-joon). La Sra. Park (Cho Yeo-jeong)⁷⁹, antes de irse, le encarga una serie de tareas a la Sra. Kim (Jang Hye-jin) y le entrega la llave de la casa. Apenas parte la millonaria familia, la madre de los Kim procede a notificar a sus familiares que pueden ir con ella y así disfrutar de la morada ajena, consumando el crimen.

Notamos en el último ejemplo un cambio en la posibilidad de ingreso, por cuanto con respecto a los Kim -aun suponiendo que fueren profesionales realmente-, no cabe duda de que sólo estarán facultados al acceso en tanto desarrollen su labor, en consecuencia, una vez que se torne innecesario para los Park -como sucede cuando estos viajan-, la autorización pierde validez y por tanto configura el delito.

La titularidad de inclusión es un derecho que dependerá del caso concreto. Los casos más comunes son las casas de negocio, que están abiertas al público y, por lo tanto, cualquiera puede

⁷⁷ No está presente en la antijuridicidad ya que no es una causa de justificación, sino de atipicidad.

⁷⁸ *Parasite*, Bong Joon-ho, 2019.

⁷⁹ Evitaremos poner los nombres de los personajes para no crear confusiones en la lectura.

acceder (teniendo en cuenta lo ya desarrollado en el respectivo título), y las moradas, que dependerá de quién detente el derecho a morar; en el caso de una familia serán los mayores responsables, estando sus hijos limitados en este sentido. En los monasterios o conventos la ejerce, en igual sentido, el jefe o cabeza del grupo.

Si existiese un sistema de “relaciones igualitarias”, es decir, sin que haya una voluntad que prevalezca por encima de las demás, el derecho de admisión y de exclusión lo tienen en forma indistinta cada uno de ellos. En caso de controversia o discrepancias de los iguales, prevalecerá el derecho de quien prohíbe el ingreso basado en la máxima romana *“el que prohíbe es de mejor derecho”*.

Es menester mencionar que el domicilio, para configurar el delito, debe ser ajeno, pero no en materia de propiedad, sino de titularidad de voluntad de exclusión, lo que quiere decir que el sujeto activo podría, en su caso, ser el dueño registral del inmueble y aun así no tener posibilidad legal de ingresar si el morador se negare, por ejemplo, el dueño del hotel que invade la habitación de uno de los huéspedes.

“¡Aquí está Johnny!”

El delito en desarrollo es de carácter doloso, aceptando tanto dolo directo como eventual. Este, se materializa al adentrarse en el domicilio sabiendo que es en contra de la voluntad de quien detenta el derecho de exclusión.

Con respecto al encabezado, este hace referencia a la emblemática escena del largometraje “El Resplandor”⁸⁰, donde Jack Nicholson interpreta a Jack Torrance, un padre de familia violento, que debe mudarse a un hotel con su familia para oficiar de vigilante durante el invierno. Apenas llegan, son recibidos por Dick (Scatman Crothers), quien les hace un tour por las instalaciones y advierte que el anterior cuidador se volvió loco, asesinó a su familia y luego se suicidó. Además, les prohíbe entrar en la habitación 237.

Hacia el final de la película, luego de muchos sucesos sobrenaturales, a Jack se le aparece el fantasma del anterior vigilante, llamado Lloyd (Joe Turkel), quien motiva a nuestro personaje a “corregir” a su mujer e hijo, como lo hizo él. En ese momento, Jack encuentra a Wendy (Shelley Duvall), su esposa, y la amenaza hasta que ella lo deja inconsciente con un bate de béisbol, para luego encerrarlo en el almacén del hotel. Al despertar, Jack, pide disculpas y otra oportunidad a Lloyd, que se la concede y lo ayuda a escapar.

Encerrados en su habitación del hotel, Danny y su madre descansan, cuando de repente el niño se levanta y escribe “asesinato” en una pared, su madre despierta y rápidamente abraza al

⁸⁰ El Resplandor, Stanley Kubrick, 1980.

niño, conteniéndolo. Seguido a esto, Jack, totalmente poseído por el fantasma⁸¹ -con lo que entendemos que ya no es Jack, sino Lloyd-, rompe con un hacha la puerta de entrada del departamento, para luego ingresar en él -configurando el delito tipificado-. Wendy se mete en el baño con su hijo, a quien logra sacar por la ventana, pero es demasiado pequeña para que ella escape, por lo que se encierra en el mismo. Jack se acerca a la puerta y comienza a arremeter contra la misma con el hacha, haciendo un agujero, para luego introducir su rostro a través de esta y así decir la icónica frase del título en desarrollo.

“Yo sólo puedo mostrarte la puerta, tú tienes que atravesarla”

A fines de los años noventa, fueron las hermanas Wachowski, inspiradas por el cine oriental, las que llevaron a cabo la obra titulada Matrix⁸², convirtiéndose en un antes y un después en la historia del cine -además de por su influencia en la cultura popular-, por sus técnicas de grabación innovadoras.

La frase que le pone título a esta sección la afirma Morfeo (Laurence Fishburne) a Neo (Keanu Reeves) mientras lo entrena para acabar con el dominio de las máquinas, las que controlan a la humanidad en el futuro distópico en el que está ambientado el filme.

En este caso, hace referencia a que, estamos en presencia de un delito material e instantáneo, es decir que tiene un resultado determinado y se verá perfeccionado en el momento que el autor se haya introducido por completo en el recinto ajeno. La infracción no se consumará, si sólo se ingresara una parte del cuerpo o se irrumpiere con objetos materiales, y aún menos si se observare desde fuera.

Así, en una de las películas navideñas más taquilleras de la historia, Mi Pobre Angelito⁸³, donde un dúo de ladrones, Harry (Joe Pesci) y Marv (Daniel Stern), descubren que Kevin (Macaulay Culkin) se encuentra solo en su casa debido a que sus padres olvidaron llevarlo en un viaje familiar. La escena que nos interesa comienza con el dueto en una camioneta, fuera de la vivienda, cuando Harry le indica a Marv que vaya a investigar. El segundo obedece y se adentra en el jardín detrás de la casa -configurando ya el delito-, llega a la puerta, pero no puede abrirla, por lo que mete su pie a través de la entrada del perro, ubicada en la base de la puerta, perdiendo el zapato y luego recuperándolo al introducir su mano por la misma abertura.

En el ejemplo anterior, si, por el contrario, y siendo un caso hipotético, Marv llegara frente a la puerta, pero esta fuese la principal -es decir que no se hubieran transgredido las dependencias- y se ejecutara la misma conducta a través de la entrada del perro, no estaríamos

⁸¹ En realidad, simplemente se vuelve loco por las visiones, pero por motivos didácticos diremos que está poseído por el fantasma, con lo cual, aunque sea su cuerpo, ya no será Jack, sino Lloyd en el cuerpo de Jack, quien comete el delito.

⁸² Matrix, Hermanas Wachowski, 1999.

⁸³ Mi Pobre Angelito, Chris Columbus, 1990.

ante una violación de domicilio por la falta de cumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo precedente.

En el caso de que el proceso delictivo comience, pero el sujeto se vea detenido por razones ajenas a su propia voluntad, se configurará la tentativa. Por otro lado, en caso de desconocer que quien le permite el ingreso obra en contra de la voluntad del titular, no se configurará el tipo penal, ya que el ingresante no tiene por qué suponer que existe esta contradicción. El ejemplo típico de lo expuesto es el caso del amigo del titular que ignora que el segundo se ha disgustado con él y le ha prohibido la entrada. Por lo tanto, entendemos que el error vencible como el de tipo invencible⁸⁴ producen la atipicidad de la conducta.

“Louis, creo que éste es el inicio de una hermosa amistad”

Como último elemento destacamos que el tipo penal en comentario es de carácter subsidiario. Esta propiedad requiere ciertas aclaraciones, pero antes de realizarlas, me permito comentarles que este último título pertenece a Casablanca⁸⁵, una película ambientada en la localidad homónima, ubicada en Marruecos, perteneciente al régimen títere de Vichy, que se desarrolla durante los primeros años de la segunda guerra mundial. Si bien es una gran historia sobre la dicotomía entre el amor y el deber, lo que resaltamos es el final de este clásico, cuando Rick (Humphrey Bogart), luego de ser ayudado a no ser arrestado por el Capitán Renault (Claude Rains), da cierre al emblemático largometraje expresado en el epígrafe.

La historia en sí misma, no tiene relación directa con la subsidiariedad, mas creo que es de utilidad la frase en concreto como una forma de entenderla como una “relación amistad” entre tipos penales, siendo que, en cierto sentido, y como explicaremos a continuación, dependiendo del caso concreto, los tipos penales se ven apoyados por otros para comprender la totalidad de la conducta⁸⁶.

En cuanto al desarrollo técnico, es de coincidencia mayoritaria el requisito de que el delito “más severamente penado” incluya como parte integrante de su tipicidad la violación de domicilio, por ejemplo, un hurto con ganzúa o, en igual sentido, que el hecho conforme el corpus del delito más grave, como puede ser la permanencia en un domicilio configurando coacciones o usurpación. En estos casos no será aplicada la violación de domicilio, ya que, de lo contrario se vería vulnerado el principio non bis in ídem⁸⁷.

Puede darse el caso de que la persona ingrese al domicilio con el fin de desarrollar otro delito, si este se desistiere por motu proprio, de todas formas, se aplicará este artículo.

⁸⁴ Error vencible comprende el error que hubiera podido evitarse si el acusado hubiera aplicado total diligencia, mientras que en invencible, ni con esa total diligencia podría haberse evitado.

⁸⁵ Casablanca, Michael Curtiz, 1942.

⁸⁶ Además, hace al buen desarrollo que el título final sea a la vez la última frase de una película.

⁸⁷ Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.

Por otro lado, en los casos donde el delito sea más severamente penado, pero en su complejidad no comprenda la violación de domicilio, estaremos ante un concurso de delitos, ya que la figura no tiene la capacidad de absorber el tipo en desarrollo. Arribamos al mismo resultado en el caso de que el delito no esté previsto con pena mayor, por ejemplo, en la combinación más frecuente, que es violación de domicilio y el hurto, siempre y cuando la acción no se comprenda dentro de los agravantes del segundo, estaremos nuevamente ante la solución descrita.

Con lo dicho, finaliza este capítulo, no sin antes dejar en claro que, toda gran película, tiene una secuela.

Art. 150 Cód. Penal

No puede tenerse por acreditado el delito de violación de domicilio, si el inmueble al que se ingresó se hallaba desocupado, y no deshabitado momentáneamente, toda vez que aquél se hallaba vacío, salvo por la presencia de unos pocos muebles, carentes de entidad para entender que en ese lugar funcionaba una oficina. (CNACyC, 1993, sala 01, c. 43.027 - SELSER, Simón)

En el delito de violación de domicilio, para considerar típica la conducta, el sujeto activo debe tener conocimiento no sólo de que se trata de una *"morada o casa de negocio ajena"*, sino también que se ingresa *"contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo"*. (CNACyC, 2002, sala 04, SIANCHA, Claudio A.s)

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido conforme el art. 150, C.P., y toda vez que la imputación esgrimida consiste en haber ingresado a un ámbito que no es privado, ya que siendo un albergue transitorio es de libre acceso al público, no se configuran los elementos que requiere la norma citada. (CNACyC, 2001, sala 06, GUIDOBONO, Hugo F.)

Bibliografía

- BUOMPADRE, Jorge, Derecho Penal: Parte Especial, ConTexto, Resistencia, 2018.
- Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal.
- DONNA Edgardo, Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A, Rubinzal Culzoni, 2011.
- FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal: Parte Especial, AbeledoPerrot, 2008.
- MARIN Jorge, Derecho Penal Parte Especial, Hammurabi, 2008.
- NÚÑEZ Ricardo, Manual Parte Especial, Parte Especial, 3° Edición actualizada por el Dr. Víctor F. Reinaldi, Lerner Editora, Córdoba, (1976) 2008.
- SOLER Sebastian, Tratado de Derecho Penal 2, Astrea, Buenos Aires, 2022.
- TEJEDOR Carlos, Proyecto de Código Penal, El Nacional, 1881.
- ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA Alejandro, Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal: Parte General, 2° edición, Ediar, 2006.

CAPÍTULO 8

Allanamiento ilegal

Felipe Mas Arrouzet

El art. 151 del Código Penal establece lo siguiente “Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.

Antes de comenzar, e intuendo que si están en el presente es debido a que finalizaron con el artículo anterior, quiero dejar en claro dos cuestiones que suceden en la redacción de este tipo penal.

Como primer punto, observamos que la pena comprendida aquí es una réplica exacta de su compañero de capítulo⁸⁸. Esto es un claro sinsentido si tenemos en consideración que, en el allanamiento ilegal, no sólo comprendemos la transgresión de la libertad de autodeterminación, sino que también se ve lesionada la administración pública, mediante la defraudación de las expectativas de que los funcionarios cumplen legal y correctamente con sus cargos. La ponderación de la vulneración se desdibuja, ignorando que en este caso no sólo existe el deber general negativo de no dañar a otros -neminem laede-, sino también el deber positivo reflejado en el cuidado y protección de los bienes jurídicos.

En segundo lugar, haciendo eco de lo analizado en el pasado, el verbo típico “allanar” funciona como sinónimo de “entrar”, lo que nos obliga a replicar la crítica sobre la reducida aplicación que detenta esta tipificación con respecto a las posibilidades que existen en la actualidad. Es decir, no se comprende, por ejemplo, la posibilidad de realizar actos desde el exterior de la propiedad, como tampoco la utilización de medios tecnológicos, para causar un daño al bien jurídico protegido. Las mencionadas conductas no configurarían, debido al limitado espectro de acción del tipo -in malam partem-, el delito.

⁸⁸ Título V, Capítulo II del Código Penal de la Nación.

“Tócala de nuevo, Sam”

Como se verá repetidas veces en el transcurso de este desarrollo, daremos inicio haciendo referencia al anterior capítulo -Violación de domicilio-, ya que ambos comparten varias características.

El previo, finaliza con una icónica frase de Casablanca⁸⁹, por lo que considero que, buscando un desarrollo armónico y conjunto -aunque manteniendo la autonomía de cada uno-, lo mejor es comenzar aquí con otra cita del mismo filme⁹⁰.

Me permitiré, por única vez en estos dos artículos, titular una frase que no existe realmente. La frase original es “Tócala una vez, Sam⁹¹”, dicha por Ilsa Lund (Ingrid Bergman) al pianista, Sam (Dooley Wilson), ya que esta es la canción que solía escuchar con su antiguo amor

Es entonces que, con motivo del nuevo inicio, pero en relación con el anterior escrito, el epígrafe seleccionado parece el indicado para simbolizar la idea de que, una vez más, recorreremos el mundo de la libertad en el domicilio.

Una vez aclarado esto, identificamos el bien jurídico tutelado como la libertad de autodeterminación del ser humano, con la salvedad de que, en este caso, el sujeto activo goza de una característica distintiva que obliga al ordenamiento jurídico a desarrollar un tipo penal especial para el caso concreto. Como resultado de esta particularidad, encontramos que no sólo se ve transgredido el mencionado, sino que se vuelve un tipo complejo, agregando la afectación a la administración pública.

Esta protección no sólo la contiene el artículo 18 de la Constitución -como se mencionó en el desarrollo del Artículo 150-, sino también en pactos y convenciones de gran impacto internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual dicta en su artículo 11.2 *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*.

También mencionan esta protección, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12 o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo IX, el Pacto de San José de Costa Rica, art. 11, entre tantos otros.

⁸⁹ Casablanca, Michael Curtiz, 1942.

⁹⁰ Además, empezar el artículo con la misma película que termina el anterior, justifica lo que haremos en el final del presente.

⁹¹ La razón de este cambio, lejos de ser una decisión propia, es una consecuencia de que a través de los años la frase original se ha tergiversado en la cultura popular, resultando en que, en la actualidad, la titulada sea la habitualmente asociada a la escena.

"¡No intenten nada! ¡Es la policía!"

Creo obligatorio que, el primer título correspondiente a los ingredientes particulares de este tipo penal, debe ser una frase que sea habitualmente invocada, en el cine, por los funcionarios en situaciones de crimen. Por lo dicho, presento este título, extraído de la primera película de RoboCop⁹². El personaje principal, de homónimo nombre, es un androide que tiene la misión de servir a la policía con el objetivo de atrapar criminales en un futuro distópico, donde el delito está descontrolado en la ciudad de Detroit, Estados Unidos.

Más allá de la razón mencionada, también existe otra que veo aún más importante. En el siguiente párrafo se explicitara qué conductas son comprendidas por el tipo penal, siendo menester dejar en claro la posición en contra de que, se avanza tecnológicamente en los medios con los que cuenta el poder policial para reprimir a las personas, sin embargo, el abuso de estos no se ve comprendido en los delitos que estos funcionarios policiales podrían llevar a cabo, lo que parece, cuanto menos, una incoherencia siendo que, en teoría, se debería ponderar positivamente los derechos de los ciudadanos sobre los medios de limitación de los mismos.

Es notable entonces, como se destacó al principio del capítulo, la desactualización de los requisitos para incurrir en este ilícito. La acción típica comprende, únicamente, entrar al domicilio -sin cumplir con las formalidades prescritas por la ley y en contra de la voluntad-, dejando de lado todas las posibilidades que existen en el presente para obtener los mismos resultados sin exponerse al plano físico, es decir, que imperando el principio de legalidad⁹³, los medios tecnológicos, a distancia o de cualquier otra naturaleza similar, no están comprendidos en este delito.

Es de interés también mencionar que, aún con una legislación que se esfuerza por consagrar la protección a la intimidad, este tipo penal no comprenderá otro lugar que no sea el domicilio, por lo que quedarán fuera de esta esfera de protección importantes espacios como puede ser el automóvil o los bolsos, maletines, etc. En relación a la tecnología, tampoco están comprendidos los archivos informáticos.

Algunos autores mantienen la opinión de que, aunque lo antedicho es cierto, como la legislación busca proteger la intimidad de toda injerencia estatal arbitraria y, al no existir una forma en la que la autoridad pública pueda ingresar en esas esferas privadas, esta no estará habilitada a hacerlo, o al menos, deberá justificar la razón de llevarlo a cabo. Por cuanto, en rigor de verdad, al contrario de los particulares, para quienes todo lo que no está prohibido está permitido, en el caso del funcionario público, sólo podrá llevar a cabo facultades expresamente otorgadas.

⁹² *RoboCop*, Paul Verhoeven, 1987.

⁹³ Principio jurídico conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y no a la voluntad o arbitrio de particulares.

“Los modales hacen al hombre”⁹⁴

Acabamos de mencionar, de manera casi desapercibida, que el requisito indispensable para que la irrupción sea ilegal –siempre y cuando no exista orden–, es que debe ser en contra de la voluntad del titular del derecho de admisión. En consecuencia, de haber autorización por parte del mismo, resultará atípica la acción. Es así que el título busca reflejar esto, siendo Harry Hart (Colin Firth) quien lo materializa por primera vez en la película *Kingsman*⁹⁵. Los modales son concebidos como la conducta correcta y educada que exterioriza respeto hacia otra persona, característica necesaria también para entrar en un domicilio con motivo de registro, más aún cuando no se cuenta con orden judicial.

Como se explicará posteriormente, es imprescindible, salvo excepciones, que se cuente con una orden de allanamiento debidamente confeccionada y emitida por un juez competente. Si esta no existiese, la única forma de acceder al inmueble sin quebrantar el ordenamiento jurídico será el consentimiento del titular del derecho mencionado en el párrafo previo. Este asentimiento debe ser prestado por la persona que, en su caso, pueda verse perjudicada por el resultado del registro.

Además, la conformidad tiene aparejada que debe ser libremente otorgada, sin que haya mediado engaño, presión, fuerza, violencia, intimidación o cualquier otra forma de transgredir la voluntad. Asimismo, se debe poner en conocimiento del habitante la posibilidad de negarse al registro.

Por último, pero no menos importante, es de común acuerdo que la aquiescencia nunca se presume, como tampoco será suficiente el silencio o la falta de reparos. Será entonces indispensable que la misma sea expresa, escrita y anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública, de manera que no haya posibilidad de sospecha sobre la plena libertad de la decisión.

Un claro ejemplo de cómo **NO** realizar un allanamiento es Darth Vader (David Prowse) -némesis principal en la segunda mitad de la saga *Star Wars*⁹⁶-, en su primera aparición en el cine.

Quiero suponer que, en la actualidad, no existe persona en el mundo que desconozca a este villano. Ahora bien, como breve repaso, contextualizaremos la escena.

Luego de la introducción más famosa de la historia del cine⁹⁷ -que a la vez es el título que da inicio al desarrollo del artículo 150-, se nos presenta un texto ascendente, donde se sintetiza la situación sociopolítica de la Galaxia⁹⁸.

⁹⁴ *Kingsman: el servicio secreto*, Matthew Vaughn, 2014.

⁹⁵ Más allá de ser un gancho para el lector.

⁹⁶ *Star Wars: Episodio IV - una nueva esperanza*, George Lucas, 1977.

⁹⁷ Ver el primer título de “violación de domicilio”.

⁹⁸ Si tuvieron la oportunidad de leer el capítulo anterior verán que aquí cumplo la promesa de las primeras páginas donde les comenté que pospondríamos la exploración de la galaxia, pero no la dejaremos de lado.

Son tiempos de guerra civil. Las naves rebeldes acaban de hacerse con su primera victoria contra el Imperio Galáctico, lograron interceptar los planos secretos del arma más poderosa del Imperio, la Estrella de la Muerte, una estación espacial con suficiente potencia como para destruir planetas. La líder del escuadrón rebelde es la Princesa Leia (Carrie Fisher), quien se dirige velozmente a casa en su nave, con el objetivo de restaurar la libertad en la Galaxia.

La primera imagen que sintonizamos es la pequeña nave⁹⁹, en donde se encuentra la princesa, siendo perseguida fervientemente por el Destructor Estelar –una gigantesca nave del imperio– justo detrás de nuestros héroes.

Lo que a nosotros nos interesa es el momento en uno de los pasillos de la primera nave, donde los soldados rebeldes apuntan hacia la puerta de entrada, temerosos. Se produce un momentáneo silencio para que, inmediatamente después, la puerta explote y comiencen a entrar los clones –fuerza militar del Imperio– reduciendo a los sublevados y dando ingreso libre a su líder, Darth Vader. Este personaje, con su imponente traje negro, toma por el cuello a un comandante rebelde, separándolo del suelo, mientras le exige que le indique dónde se encuentran los planos que interceptaron. Ante la negativa del soldado, Vader lo asesina para, inmediatamente después, ordenarles a sus tropas que registren todo el lugar.

Reconocemos entonces, a simple vista, que el Escuadrón Imperial, haciendo uso de la violencia, se impone sobre los habitantes de la nave rebelde para registrarla y así hacerse con los planos.

"Voy a hacerle una oferta que no podrá rechazar"

Deteniéndonos en la misma materia –penal–, pero en diferente código –de fondo a forma, de sustancial a procesal–, entendemos que el allanamiento de domicilio, siempre que se cumplan las condiciones establecidas normativamente, es una medida de investigación válida, que debe estar comprendida en el marco de un proceso penal y que tendrá por objeto la realización de una requisa con la finalidad de encontrar objetos relacionados al presunto delito investigado o de detener al imputado.

El epígrafe, referente a la aclamada película El Padrino¹⁰⁰, donde Vito Corleone (Marlon Brando) –líder de las cinco familias de la mafia de Nueva York–, recibe a Johnny Fontane (Al Martino) –su protegido–, el que tiene un problema con la obtención de un papel en una película. Vito, un hombre de mucho poder, luego de escuchar como Johnny se lamenta, le deja en claro que él se encargará del director del filme, dando nacimiento a la frase titulada.

Una vez contextualizada la escena, entiendo que el título seleccionado es la perfecta elección para simbolizar la situación en la que se encuentra el titular del derecho de admisión ante la

⁹⁹ Pecando de nerd, les comento que esta es conocida como "Tantive IV".

¹⁰⁰ El Padrino, Francis Ford Coppola, 1972.

presentación de una orden, siendo que no podrá rechazar la misma si esta cumple con los requisitos legales.

Luego de destacar en el anterior título el *modus operandi* de Dath Vader, como el que, probablemente, sea el ejemplo más distante a un allanamiento legal y, antes de continuar con el desarrollo del tipo penal, es menester mencionar el destacado obrar de Clarice Starling (Jodie Foster), una joven estudiante y agente del FBI, encargada de entrevistar a Hannibal Lecter (Anthony Hopkins), un asesino en serie de gran intelecto, con el objetivo de que este complete un formulario para informarlos sobre Buffalo Bill (Ted Levine), un psicópata que ha secuestrado y asesinado a varias mujeres.

Utilizaremos entonces, una de las últimas partes del filme, cuando la detective descubre que Bill conocía personalmente a la primera de sus víctimas, Federika Bimmel, por lo que acude a la casa de la joven asesinada para investigar. Al llegar, se encuentra con Mr. Bimmel (Harry Northup) -el padre-, y le comenta “Soy Clarice Starling, del FBI”, mostrando su placa y consultándole si existía la posibilidad de entrar para hablar con él y revisar la vieja habitación de la joven. Mr. Bimmel accede sin problemas y se lleva a cabo el allanamiento descubriendo pruebas de trascendental para el caso.¹⁰¹

"Un gran poder conlleva una gran responsabilidad"

Agradecemos al Tío Ben (Cliff Robertson) por dejarnos esta enseñanza, tanto a nosotros como a Peter Parker (Tobey Maguire) –su sobrino–, antes de morir. Siendo que este será el valor moral que seguirá Peter durante todo el largometraje, tanto en su vida de estudiante, como también siendo Spider-Man¹⁰², el héroe de Nueva York.

Al igual que el último, y en coincidencia con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Nacional, los jueces, por su calidad de custodios de las garantías ciudadanas –su gran poder–, son los únicos que pueden expedir órdenes de allanamiento, por lo que también detentan una gran responsabilidad.

El código de forma impone que la orden, para ser válida, debe encontrarse fundada con un desarrollo de las razones específicas que habilitan a llevar a cabo esta medida. Además, debe notificarse fehacientemente al posible perjudicado el día, la hora, el domicilio, el nombre del funcionario y los objetos o bienes que se buscan y podrían llegar a ser secuestrados o, en su caso, el nombre de la persona a detener. En caso de ausencia del eventual afectado, un encargado o cualquier mayor de edad cohabitante podrán recibir la notificación.

El horario de ejecución será, salvo excepciones, durante el día, es decir, luego del amanecer y previo a que se ponga el sol. Esto debido a que, durante este proceso, se intentará vulnerar en

¹⁰¹ El silencio de los inocentes, Jonathan Demme, 1991.

¹⁰² Spider-man, Sam Raimi, 2002.

la menor medida posible la privacidad¹⁰³. Sólo estará permitido el proceso en la nocturnidad si esta fuese consentida por el titular del derecho de admisión, se presentara un caso de gravedad y urgencia o peligrare el orden público.

El código de forma comprende en su articulado una habilitación expresa, es decir la orden y, de no existir la misma, una implícita, nos referimos al consentimiento. Pero existen, además de estas, tres causas de justificación que, por situaciones de urgencia, permiten efectuar el proceso sin los requerimientos mencionados.

Estos escenarios son, en la Provincia de Buenos Aires, según el CPPBA¹⁰⁴ y de manera taxativa¹⁰⁵:

ARTÍCULO 222.- Allanamiento sin orden. - No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la Policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:

1.- Se denunciare que alguna persona ha sido vista mientras se introducía en una casa o local, con indicios manifiestos de cometer un delito.

2.- Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión.

3.- Voces provenientes de una casa o local advirtieren que allí se está cometiendo un delito o pidieren socorro.

Como requisito, en estos casos, quien ejecute el allanamiento deberá redactar un acta dejando constancia de los actos realizados y, además, deberá ser fiscalizada por un testigo ajeno a la institución que lo realice.

Es Hartigan (Bruce Willis), en el cortometraje titulado Sin City¹⁰⁶, se nos presenta en su automóvil mientras como narrador nos contextualiza su situación. Un policía con treinta años de servicio -a quien hace poco tiempo se le detectó un problema cardíaco-, desarrollando su último trabajo, encontrar a una niña de once años secuestrada por Roarck Junior (Nick Stahl).

Llega al muelle, donde sabe que el criminal tiene a la víctima. Encuentra ahí a su compañero, Bob (Michael Madsen), quien intenta convencerlo de no entrar. Hartigan hace caso omiso, lo noquea y continúa hacia el bunker donde Roark Jr. planea abusar de la menor de edad.

Con total determinación y a pesar de sus recurrentes problemas cardíacos, logra reducir a los guardias que se encontraban en el exterior. Llega a la entrada, prepara su arma y entra destruyendo la puerta con el objetivo de detenerlo.

Como se ha explicado, en este caso un policía está allanando la propiedad de un individuo – sin orden y contra su voluntad–, mas la situación objetiva del delito en curso por parte del titular del derecho de admisión, y por imperio de lo articulado en el código de forma, este allanamiento es totalmente legal.

¹⁰³ Se considera que durante la noche la vulneración se ve intensificada.

¹⁰⁴ Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

¹⁰⁵ Existe una excepción más comprendida en el artículo 12 inciso b de la ley 20.680, la misma le permite el ingreso e inspección a funcionarios encargados, en horas y días hábiles, a locales comerciales, industriales y establecimientos.

¹⁰⁶ Sin City, Robert Rodriguez, Frank Miller, Quentin Tarantino, 2005.

“¿Insignias? No tenemos. No necesitamos insignias. No tenemos que mostrarle ninguna insignia apestosa”

La frase pertenece a Gold Hat (Alfonso Bedoya), un bandido de México y villano en la película *El Tesoro de Sierra Madre*¹⁰⁷, quién persigue a los protagonistas para robarles su oro.

Aunque el filme no sea tan popular, la expresión resaltada es considerada una de las más famosas del cine. Nosotros, lejos de referirnos a bandidos, la tomaremos como la representación de los funcionarios públicos que tienen como objetivo contradecir los requerimientos impuestos por la ley.

Entendemos que esta medida vulnera la libertad de la persona sometida a la misma, por lo que exige que exista, como mínimo, una presunción penal concreta, durante la investigación de un hecho punible, con un cierto grado de conocimiento sobre él y la necesidad de la medida para impedir su resultado, o para asegurar elementos de prueba sobre la infracción o del actor. Esto se refleja en el artículo 219 del CPPBA.

En base a lo previo, existe la posibilidad de que se practiquen registros de forma dolosa, es decir, sin justificación suficiente para inferir que existen elementos o personas relacionadas con la investigación penal, o por razones ilegítimas como el odio o la venganza.

Es así que, durante la tarde, en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁸, una familia lava su ropa en una tranquila granja de Francia, mientras Perrier LaPadite (Denis Ménochet) corta madera con su hacha. En la lejanía, aproximándose, tres vehículos militares alertan a Julie LaPadite (Tina Rodríguez) -su hija-, que le da aviso inmediato, a lo que este ordena que toda la familia entre en la casa y cierre la puerta. Arriban y mientras Perrier lava su cara, un Coronel de la SS¹⁰⁹, Hans Landa (Christoph Waltz), se acerca preguntando si esa propiedad le pertenece, a lo que el oriundo afirma. Ambos se presentan, LaPadite se encuentra tenso, serio, casi inmóvil, mientras el coronel se muestra sonriente, cómodo, con la luz del sol sobre su rostro. De inmediato el militar exclamó: “esperaba que me invite a pasar a su casa para poder hablar”, a lo cual el granjero accedió de inmediato, dejándolo entrar y presentando a su familia. El objetivo del visitante es, como descubriremos posteriormente en la charla entre estos dos personajes, y por mandamiento del Führer, dar caza a los judíos que aún habitan en Francia.

Con la revelación del final deducimos que no se trata de una simple visita y, aunque durante toda la secuencia relatada, hasta el ingreso en el hogar, no hay indicios de violencia o intimidación explícitos, es menester contextualizar la situación que esa familia vivencia en el momento que se presenta en su morada un grupo de militares armados. Es claro que el consentimiento de la admisión no está expresado libremente, ya que la SS es conocida como

¹⁰⁷ 'El tesoro de Sierra Madre', John Huston, 1948.

¹⁰⁸ En 1941 para ser exactos.

¹⁰⁹ Schutzstaffel. Fue un escuadrón paramilitar durante el régimen nazi.

un grupo militar perteneciente al régimen nazi, es decir que no había, en esta situación, posibilidad de negarse a su ingreso.

“La diferencia entre un villano y un supervillano es ¡la presentación!”

La particularidad en este tipo penal, que hace a su singularidad, es el abuso de competencias que realiza el funcionario público como autor del hecho. La comprensión conceptual de este se encuentra en el artículo 77 párrafo 4° del Código Penal.

ARTÍCULO 77.- *Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:*

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Es un delito especializado por la calidad del autor, este no se configurará si el mismo, aun manteniendo el puesto tipificado, no lo utilizare como medio para ingresar al domicilio. Por el contrario, si sucediese el hecho descrito, devendrá en la aplicación del artículo 150 ya que, la sola condición de funcionario del autor del hecho no transforma la violación de domicilio en allanamiento ilegal.

Las características del sujeto activo, como se explicó, son indispensables para que se vea configurado este tipo y no el básico del artículo 150. Es este mismo argumento el que sustenta la elección del epígrafe, extraído de la película Megamente¹¹⁰.

Una particular disyuntiva se presenta en el caso del juez que ordena un allanamiento ilegal a sabiendas de ello. En principio, se encontraría comprendido en el artículo 248, referido al delito de abuso de autoridad. En discordancia, se entiende que, por motivos de especialidad, corresponde la aplicación del allanamiento ilegal.

En relación a lo dictado, existen dos posibilidades, en primer lugar, si un juez entregare la orden, conociendo los funcionarios encargados su ilicitud, estaremos ante una participación de primer grado como cómplice¹¹¹; de lo contrario será considerado autor mediato, ya que se valió, para delinquir, del error de los preventores.

¹¹⁰ Megamente, Tom McGrath, 2010. En realidad, esta frase se ha adaptado ya que pertenece a un diálogo entre dos personajes. Su original se desarrolla cuando Megamente (Will Farrell) le pregunta a Hal Stewart “¿Cuál es la diferencia entre un villano y un supervillano?” y ante la nula respuesta, continúa exclamando “¡La presentación!”

¹¹¹ Cómplice será el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal, preste al autor/es ayuda para la comisión de un delito. Será primario por la magnitud de la ayuda prestada.

Gracias a las inagotables posibilidades que entrega el cine, comentaremos no una, sino dos escenas del filme *The Departed*¹¹², para remarcar la importancia de utilizar como medio las facultades públicas.

La película en cuestión relata la historia de dos personajes, uno es Billy Costigan (Leonardo DiCaprio), un joven policía que tiene la difícil tarea de infiltrarse en la mafia, con una nueva identidad, para atrapar a su líder, Frank Costello (Jack Nicholson). El otro es Colin Sullivan (Matt Damon), el hijo adoptivo del mafioso, encargado de la tarea inversa del primero, debe infiltrarse en la policía para informar a su padre.

La primera escena que mencionaremos se presenta con un cuadro de Jesucristo, utilizado por Billy para golpear en la cabeza a un ladrón de camiones blindados que trabaja para Costello. Nos ubicamos en la sala del departamento de este último, cuando por la conmoción del golpe cae del sillón al piso. Costigan saca su arma y le apunta, interrogándolo sobre sus tratos con la policía, a lo que el delincuente le pregunta si todo eso se debe a los tratos internos entre el FBI y el líder mafioso. En ese momento, nuestro protagonista descubre que está próximo a descubrir información importante por lo que reacciona cuestionándolo con elevada voz y, en su momento, disparándole en la rodilla para que diga todo lo que sabe.

En este caso, si bien es un funcionario público que ingresa a una morada, sin orden y contra la voluntad del titular del derecho de admisión, no está haciendo uso o abuso de sus facultades como tal, por lo que, en rigor de verdad, no configura el delito en comentario.

En segundo lugar, ya en los últimos minutos del filme, con Costello asesinado, Billy ingresa al Departamento de Policía para que sea devuelta su identidad y al fin culminar con su arduo trabajo. Para su mala suerte, es recibido por Colin, el cual no estaba muy contento de por fin conocer al infiltrado en la mafia de su padre. Costigan le explica la situación -ya que todos los que sabían de su misión en la mafia estaban muertos para ese momento-, y le revela la contraseña de los documentos que contenían la información confidencial sobre la misión y su identidad. Ante esto, Sullivan reacciona rápidamente y le pide que espere sentado mientras él buscaba en otra habitación los documentos. Una vez que logra ingresar a los datos, comienza a borrarlos¹¹³, mientras Billy, sospechando de la extraña actitud del policía, se da a la fuga sin anoticiarlo.

En el último caso desarrollado, el personaje de Matt Damon, aprovechándose de sus facultades, ingresa en la cuenta privada de la policía. Lo interesante de esta segunda escena, es que, si bien cumple todos los requisitos para que exista el abuso de autoridad, debido al principio de legalidad, este actuar no es comprendido por la conducta típica característica del delito en desarrollo.

¹¹² *The Departed*, Martin Scorsese, 2006.

¹¹³ Esto, aunque no viene al caso, podría encuadrarse con mayor precisión en el Artículo 153 bis del CPN.

"Francamente, querida, eso no me importa"

El delito en desarrollo es, al igual que el anterior, un delito de carácter doloso, comprendiendo tanto dolo directo como eventual. Entendemos entonces que el autor debe contar con conocimiento y voluntad para ejecutar la acción típica. Es así que, presentamos la frase de *Lo que el Viento Se Llevó*¹¹⁴, expresada por Rhett (Clark Gable) al despedirse de Scarlett (Vivien Leigh), luego de que éste se haya cansado de buscar el amor de ella durante más de una década.

En nuestro caso, la usaremos para expresar cómo el sujeto activo está plenamente consciente de la acción que realizará, lo que significa que, no le importa respetar los requisitos legales.

Si este no fuera el caso, y se presentara un incumplimiento por un actuar distinto al mencionado, resultará una simple nulidad.

"Que la fuerza te acompañe"

Una vez que ingrese el cuerpo completo del funcionario, se verá configurado el delito. Como se explicó, no existirá ilícito si sólo ingresaren partes del cuerpo y, aún menos, si lo hiciese con otros medios o tecnologías.

En igual sentido que la violación de domicilio, si durante la ejecución del mismo, por causas ajenas a su voluntad, se lo detuviera, existirá la tentativa.

Concluimos aquí con nuestro recorrido por el capítulo II del Título V del Código Penal Nacional. Y como no podía ser de otra manera, citamos una de las despedidas más emblemáticas del cine, perteneciente a la saga de *Star Wars*¹¹⁵, para, por fin, encender las luces de la sala.

Art. 151 Cód. Penal

Que en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas en el art. 189 del Código de Procedimientos en Materia Penal, ni ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado, dado que la prueba examinada revela la falta de fundamentación en ese punto de la sentencia del a quo. En efecto, aun de haber autorizado éste el ingreso como se señala en los testimonios del oficial subinspector Verdini (fs. 1/2) y de Omar D. Antonelli (fs. 13) y en el acta de fs. 3/4; y hasta dejando de lado las declaraciones vertidas en el plenario por Antonelli, Fiorentino y Mira (fs. 104, 112 y 115), el permiso que podría haber otorgado carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al

¹¹⁴ *Lo que el viento se llevó*, Victor Fleming, George Cukor, Sam Wood, 1939.

¹¹⁵ *Star Wars: Episodio IV - Una Nueva Esperanza*, George Lucas, 1977.

haber sido Fiorentino aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia en el hall del edificio donde habitaba, quedando detenido. En tales condiciones, lo expresado por el a quo en el sentido de que debió mediar al menos una resistencia verbal para que fuera oída por los testigos, resulta irrazonable dada la situación referida, a lo que se suma la inexperiencia del imputado en trances de ese tipo, factor que puede presumirse en razón de su edad y de la falta de antecedentes judiciales. Por otra parte, admitido como fue en la sentencia que los progenitores no autorizaron el allanamiento, aparece carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había consumado el ingreso de los extraños en la vivienda, máxime si se tiene en cuenta el modo como se desarrollaron los hechos según surge de los testimonios de fs. 104 y 115. Esperar una actitud de resistencia en ese caso importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas. Lo expuesto, y la falta de extremos de necesidad que impidieran proceder de acuerdo a la ley recabando la pertinente orden judicial, lleva a concluir en la ilegitimidad del allanamiento. (CSJN, Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes, 1984).

El Tribunal no comparte este razonamiento pues no existe en autos manifestación alguna del personal de prevención que señale expresamente la existencia de una actividad policial de investigación previa a la detención que hubiera llevado al hallazgo del rodado en cuestión. También corresponde desestimar el argumento según el cual no existiría relación causal entre la detención de Garbin (p) y los allanamientos ya que aquél negó en sede judicial (fs. 78 vta. del expte. A-6324) haber manifestado espontáneamente a la policía que sus hijos tenían autos importados. Dicha rectificación tampoco sería idónea para acreditar la existencia de un curso de prueba "independiente"; sólo indicaría que la policía carecía de motivos para requerir la orden de allanamiento y que, en consecuencia, la decisión del juez que ordenó el allanamiento no se encontraba fundada, en violación al art. 403 del Código de Procedimientos en Materia Penal. (CSJN, Daray, Carlos Angel s/ presentación., 1994).

La interrupción del gobierno constitucional, como la designación por las autoridades federales de los gobernadores de Provincia -que detentan el carácter de interventores federales-, en manera alguna significa desnaturalizar nuestro régimen federal de forma tal que habilite el quebrantamiento de normas procesales que emanan de la Constitución. (CNACyC, CATINARI, R. Y OTRO s/ PRIVACION LIBERTAD CON ABUSO FUNCIONES - ALLANAMIENTO ILEGAL, sala 05, 1983)

Es nula el ACTA DE SECUESTRO labrada por las autoridades de prevención en orden al delito de tenencia de estupefacientes, si no se recabó la pertinente orden de ALLANAMIENTO y no se han dado los requisitos exigidos por el art. 188 del C. P.C., en razón de no haberse configurado ninguna de las circunstancias de excepción que contempla el art. 189.

Es insuficiente en el caso, la simple constancia asentada en el acta, de que el padre de la menor acusada "no opuso reparos en la inspección", habida cuenta que por las características de tiempo, modo y lugar, no puede interpretarse como un consentimiento expreso o tácito del inc. 4to. del art. 400; descalificando también el procedimiento, la facilitación del lugar por el padre

de la incapaz, a quien se hizo participar en la producción de una prueba notoriamente contraria, todo lo cual afecta las garantías de la inviolabilidad del domicilio y de la defensa en juicio, como así también la protección del núcleo familiar (CNACyC, GOROSTIAGA, MAGDALENA. s/ ACTA SECUESTRO. ALLANAMIENTO. ESTUPEFACIENTES. NULIDAD PROCESAL, sala 01, 1983).

Bibliografía

- BERTOLINO Pedro, Código Procesal Penal de la Provincia de Bs. As: Comentado. AbeledoPerrot, 2009.
- BUOMPADRE, Jorge, Derecho Penal: Parte Especial, ConTexto, Resistencia, 2018.
- CAFFERATA NORES José, Manual de Derecho Procesal Penal, Intellectus, 2012
- Código Penal Comentado de libre acceso Asociación Pensamiento Penal.
- DONNA Edgardo, Derecho Penal Parte Especial Tomo II-A, Rubinzal Culzoni, 2011.
- FONTAN BALESTRA Carlos, Derecho Penal: Parte Especial, AbeledoPerrot, 2008.
- GRANILLO FERNANDEZ, Héctor, Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Bs. As, 2da. edición actualizada, La Ley, 2009.
- “Lagos”, CNCCC 61061/2013/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 663/2016, resuelta el 30 de agosto de 2016.
- MARIN Jorge, Derecho Penal Parte Especial, Hammurabi, 2008.
- “Martinez”, CNCCC 55649/2013/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 428/2017, resuelta el 2 de junio de 2017.
- NÚÑEZ Ricardo, Manual Parte Especial, Parte Especial, 3° Edición actualizada por el Dr. Víctor F. REINALDI, Lerner Editora, Córdoba, (1976) 2008.
- SOLER Sebastián, Tratado de Derecho Penal 2, Astrea, Buenos Aires, 2022.
- ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA Alejandro, Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal: Parte General, 2° edición, Ediar, 2006.

CAPÍTULO 9

Cine, correspondencia y datos secretos: Un guion penal

Alfredo Masi Barrio

I. Protección de la correspondencia y comunicaciones

ARTICULO 153. - *Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.*

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Bien jurídico

El artículo objeto de la presente se encuentra situado dentro del título “Delitos contra la Libertad”. Así, el bien jurídico protegido será la libertad; más precisamente ha de definirse qué ámbito de la libertad es que se protege.

Se trata del derecho del individuo a elegir quién debe acceder o quiénes pueden acceder, leer o disponer de los escritos mencionados en el tipo penal, siendo ellos comunicaciones electrónicas, cartas, pliegos cerrados, despachos telegráficos, telefónicos o de otra naturaleza.

Su fundamento radica en que ninguna persona distinta a la del destinatario tiene derecho a acceder a estos, porque sería violatorio de la intimidad y de la esfera de reserva de la persona afectada.

La doctrina afirma que el bien jurídico protegido es la intimidad. Por intimidad Ekmekdjian (1993) entiende que *“la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos”* (Pág. 567).

Este derecho, es reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional y por Pactos Internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De esta manera, el principal fundamento del tipo penal es la protección constitucional dada por el artículo 18 al decir que *“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.”*, puniendo el Código Penal aquellos que violen la correspondencia en los casos no justificados por el ordenamiento jurídico.

Tipo Objetivo

El tipo objetivo del artículo se conforma de varias acciones independientes las unas de las otras, que configuran el tipo penal.

Las primeras de ellas no presentan dificultades siendo abrir o acceder, de manera tal que por acceder Buompadre (2018) entiende *“ingresar, introducirse, penetrar”* y por abrir *“descubrir o hacer patente lo que está cerrado u oculto”* (pág. 285).

A título ejemplificativo, en el caso de acceso indebido tenemos la película *“El Patriota”*; en una de las escenas, el protagonista Benjamin Martin asalta un convoy que llevaba pertenencias del gobernador en el marco de la guerra de la independencia; allí, descubre pertenencias del general de las fuerzas británicas, entre ellas su correspondencia, las cuales abre luego para conocer las estrategias del general y aquello que planea y piensa¹¹⁶.

Otra conducta típica es la acción de apoderarse, la cual indubitablemente resulta en la aprehensión del objeto. La dificultad se encuentra en definir si resulta un hurto con objeto específico, o si la aprehensión va más allá que los elementos y características del hurto; en torno a esto la doctrina está dividida entre autores como Molinario y Aguirre Obarrio quienes arguyen lo dicho en primer lugar; mientras que autores como Nuñez argumentan lo contrario, dado que en este caso la acción aparte de tratarse de un hurto con objeto específico, puede incluir apoderamiento por ardid o engaño y además también incluiría la retención de la cosa, como en el caso que presenta Muñoz Conde de un cartero que no entrega la carta y luego la abre.

¹¹⁶ El Patriota es una película bélica estadounidense del año 20002 dirigida por Roland Emmerich, escrita por Robert Rodat y protagonizada por Mel Gibson y Heath Ledger. Min. 1:09:00

Respecto del apoderamiento indebido de correspondencia podemos mencionar la segunda película “Harry Potter y La Cámara Secreta” perteneciente a la saga “Harry Potter”¹¹⁷.

En ella, Dobby, se apodera de las cartas enviadas a Harry (destinatario), por sus amigos Ron y Hermione (remitentes) con la clara finalidad de que no lleguen a su destino. Sin perjuicio de que las mismas no fueron abiertas por este tercero ajeno, igualmente la intimidad de Harry se ve violada, quedando tipificado con el accionar de Dobby el apoderamiento indebido de correspondencia¹¹⁸.

Si bien la conducta es típica, en este delito no sería imputable al autor, Dobby, quien efectúa esta acción con la ultrafinalidad de que el famoso mago no vuelva a Hogwarts, lugar peligroso y hasta mortal para Harry en ese momento. El plan de Dobby era hacer creer a Harry que sus amigos ya no lo querían para así evitar su vuelta a Hogwarts. De esta manera, Dobby violó la intimidad de Harry para salvaguardar un bien jurídico mayor, la vida de Harry. Bajo este análisis, la conducta de Dobby puede ser típica pero no antijurídica por obrar el estado de necesidad como causal de justificación¹¹⁹.

La tercera conducta tipificada es la supresión o desvío indebido de la correspondencia o comunicación. Supresión significa destruir o quitar definitivamente de su curso y desvío implica cambiar el curso original de la misma. Vale aclarar que, a diferencia de las otras acciones, no importa que la correspondencia esté abierta o cerrada, o que contenga o no secretos, sino que lo importante es que la misma se encuentre en curso. No configurará la conducta aquel que utilice un software para eliminar correos indeseados (spam) y este mismo borre una comunicación electrónica en este sitio, ya que no se configuraría el dolo en el supuesto.

La supresión se ve representada nuevamente en la saga “Harry Potter”; se trata de la escena donde Bernon, el tío de Harry Potter, quema o suprime -como dice específicamente el tipo penal-, en la chimenea de su casa, las cartas enviadas a Harry por Hogwarts, las cuales quedan destruidas frente a sus ojos para que nunca llegue el contenido a su destinatario¹²⁰.

La última acción es la de *“interceptar o captar indebidamente las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones”*; refiere la misma a que el autor se apodera de las comunicaciones o tenga conocimiento de ellas mediante cualquier medio tecnológico, con la finalidad de conocer la totalidad de comunicaciones recibidas de una persona o saber el contenido de las telecomunicaciones que se están efectuando -tales como llamadas, video llamadas y mensajes escritos-.

Lo que diferencia la interceptación de las otras figuras es que el sujeto activo se apodera de la comunicación antes de que siquiera lleguen a la esfera de conocimiento del destinatario, pudiendo en principio saber mediante esta conducta que recibe y si se va más allá, qué se recibe.

¹¹⁷ La serie cinematográfica de Harry Potter comprende ocho películas basadas en Harry Potter, una serie de siete novelas juveniles escritas por la autora británica J. K. Rowling y protagonizadas por el mago ficticio del mismo nombre.

¹¹⁸ Harry Potter y La Cámara Secreta, Min. 6:05

¹¹⁹ Harry Potter y La Cámara Secreta, Min. 4:50

¹²⁰ Harry Potter y La Piedra Filosofal, Min. 11:45

En la película “The Net”¹²¹ encontramos esta figura típica; durante toda la película se captan las llamadas telefónicas de Ángela Bennet (interpretada por Sandra Bullock). En una escena, Ángela llama a la compañía donde trabaja para hablar con su compañero de trabajo y ex jefe, Russ Melbourne -el cual fue asesinado-. Allí le comentan que el señor Melbourne no trabaja más en la empresa y la comunican con una tal Ángela Bennet -la cual había robado su identidad-. En ese momento, le pasan la llamada al número de la impostora, quien había hackeado la base de datos de la compañía y reemplazado el número original por el suyo, para que si alguien la llamara hablase con la Ángela Bennet falsa y no con la verdadera. Configurando claramente el delito no sólo de desviación de llamadas telefónicas, sino también el delito de captación de llamada, por haber sido escuchada en su totalidad por su perseguidor y antagonista de la película Jack Devlin¹²².

Respecto de los otros elementos que conforman el tipo objetivo, es esencial describir la carta. La doctrina rechaza la definición que da de la Ley de Correos, que define como carta a todo papel escrito, ordinariamente cerrado, cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse. De acuerdo a esta definición, se incluirían cartas en blanco o sin contenido –razón por la cual la mayoría de la doctrina rechaza esta definición- diciendo que debe entenderse por carta a toda comunicación escrita entre dos personas.

Por pliego cerrado debe entenderse *“las llamadas cartas plegadas, oficios o documentos de cualquier naturaleza que, cerrados, se envíen de una parte a otra”*. Si estuviese abierto, no sería delito abrirlo.

Despacho telegráfico comprende todo telegrama; y con respecto al despacho telefónico, autores como Aguirre Obarrio, dicen que no tiene sentido y debe ser reemplazado por escuchar una conversación telefónica.

Por comunicación electrónica debe entenderse *“una transmisión de señales mediante un código común al emisor a través de electrones en diversos medios, como el vacío, los gases, y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos. Es entonces una comunicación electrónica toda señal de electrones entre emisor y receptor emitida en campos eléctricos y magnéticos”*¹²³.

Cada conducta, debe necesariamente ser indebida para que se configure el tipo. Esto implica, que las conductas se pueden ejecutar de manera debida, por lo que, el derecho de la inviolabilidad de la correspondencia consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional no es absoluto y es pasible de ser limitado en razón del artículo 28 de la Carta Magna. Así en el Código Procesal Penal de la Nación se legisla del artículo 234 al 237 los casos en que un juez puede violar este derecho.

¹²¹ La red en español es una película de suspenso del año 1995 protagonizada por Sandra Bullock y dirigida por Irwin Winkler

¹²² https://www.youtube.com/watch?v=6PEQcK6G_4M&list=PLZbXA4lyCtqr_4QnHePwJsm-LiM-3ZbD7&index=5

¹²³ Lucero y Kohen, ob. cit., p. 68

Ello se ve reflejado en la película “Mi Abuela Es Un Peligro 2”¹²⁴ donde un agente del FBI, infiltrado como niñera accede a la oficina y capta una comunicación electrónica –video llamada– que tiene su supuesto empleador e investigado con otro sujeto¹²⁵. Esta acción es efectuada en el marco de una investigación federal del gobierno estadounidense y permitida por el ordenamiento jurídico de este, por lo tanto, si bien configura la acción típica no lo hace de manera indebida ya que una norma faculta a este agente a efectuar la acción.

Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso donde el autor debe conocer el objeto y que las acciones efectuadas sobre este son indebidas, teniendo como finalidad lesionar la intimidad del sujeto pasivo. La doctrina en su gran mayoría solo admite el dolo directo.

Es destacable aclarar que el error de tipo sobre la persona destinataria excluye el tipo penal.

Agravantes

Se encuentran dos agravantes descriptas en el mismo artículo. La primera refiere a comunicar o publicar el contenido de lo obtenido efectuando las conductas típicas de los párrafos precedentes. Por lo tanto, basta con que por la acción y dolo directo del autor llegue la información a una sola persona distinta del sujeto activo, pero a través de él, o que se haga notoria para que cualquiera pueda acceder a ella para que se configure la agravante.

Esto mismo fue lo que pasó en la primera película mencionada –“El Patriota”- puesto que, al encontrar y acceder a las cartas del convoy, Benjamin Martin comparte con sus compañeros los datos de ellas, expresando las estrategias que efectuaba el comandante del ejército británico y sus pensamientos acerca de la guerra.

El último párrafo describe la segunda agravante, dada por el carácter del sujeto activo de los delitos descriptos, esto es, se trata de un funcionario público; el fundamento de esta agravante radica en el fácil acceso a la información que tienen sujetos de esta investidura y su deber de secreto, de acuerdo a la ley del funcionario público.

¹²⁴ Es una película cómica estadounidense estrenada en el año 2006 con la actuación protagónica de Martin Lawrence y la dirección de John Whitesell

¹²⁵ Mi Abuela Es Un Peligro 2, Min. 31:49

II. Protección de datos de acceso restringido

ARTICULO 153 BIS. - *Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.*

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

Bien Jurídico

Más allá de lo expuesto en el art. 153, lo cual comparte mayoritariamente el tipo penal en cuestión, se observa que el objeto protegido y la razón de ser del tipo es la protección a datos secretos.

Tipo Objetivo

La acción típica de esta figura penal se conforma por el verbo típico acceder; por él debe entenderse “*ingresar, introducirse, penetrar*”. Se menciona luego que el medio utilizado es indistinto.

Ahora bien, con respecto al objeto destinatario de la conducta se encuentran dos especificados, siendo el primero el sistema informático, definido por el art. 1 del “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest expresando en su inc. a.: “*sistema informático designa todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos*”.

Luego, este mismo define al segundo objeto protegido -dato informático- en su inc. b “*datos informáticos designa toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función; ...*”. Añadido a esto, nuestra legislación también ha dado un concepto en la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales, en su art. 2 que por datos informatizados se entiende “*Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado*”.

Para graficar la conducta volvemos a la película “Mi Abuela Es Un Peligro 2”. En una de las escenas, un agente del FBI infiltrado como niñera, completamente disfrazado, empieza a charlar en una sala de bingo con su empleador para obtener de él información personal; esto con la clara finalidad de conseguir su contraseña de seguridad, para poder acceder a toda la base de información de la empresa privada del investigado como cámaras de seguridad y

base de datos de los servidores. Habiendo hecho varios intentos recabando su información personal con la creencia de que algunos de aquellos datos personales puedan ser la contraseña, consigue al final el dato esencial que funciona como clave de seguridad para acceder a los servidores y sus datos informáticos¹²⁶.

El acceso, tal como en el art. 153, ha de ser sin la debida autorización o excediendo la que posea pudiendo solo acceder legalmente aquellos autorizados por el ordenamiento jurídico o por el propio propietario de los datos.

Tipo Subjetivo

El delito solo admite el dolo directo debiendo el autor conocer el objeto donde realiza la acción y querer efectuarla sobre este. Esto lo indica claramente el tipo penal utilizando la expresión “a sabiendas”.

Agravante

El delito se agrava cuando la acción es dirigida contra un sistema o dato informático estatal. Esto en razón de la mayor sensibilidad potencial del contenido de los datos o el sistema informático.

Para representar la agravante se puede mencionar a la película “Snowden”¹²⁷ donde un ex contratista de la NSA (Agencia de Seguridad Nacional), llamado Edward Snowden (interpretado por Joseph Gordon Levitt) accede a sistemas ultra secretos que contienen información clasificada, con la finalidad de revelar como el gobierno espía de manera ilegal a los ciudadanos. Si bien este ya tenía acceso a este sistema se extralimita en los permisos que tenía para luego copiarlo todo en una tarjeta SD.¹²⁸

También se agrava la figura en el caso de que el acceso fuese en perjuicio de un proveedor de servicios públicos o financieros. Por servicio público se entiende, según D’Alessio (2009) *“a todo aquel que se encuentra destinado a servir a la población en forma más o menos generalizada, más a allá que la prestación en si este en manos del Estado o de particulares”* (pág. 532). En el caso de servicios financieros, los podríamos definir como un conjunto de actividades y productos ofrecidos por instituciones financieras destinados a los particulares.

¹²⁶ Mi Abuela Es Un Peligro 2, Min. 1:11:10 y 1:15:20

¹²⁷ Película biográfica y de suspenso estrenada en 2016, dirigida por Oliver Stone y escrita por el director junto a Kieran Fitzgerald.

¹²⁸ Snowden, min 1:44:00

Bibliografía

Asociación Pensamiento Penal. Código Penal Comentado de Acceso Libre.

Buompadre, Jorge Eduardo. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea 3º edición actualizada.

Creus, Carlos. Derecho penal, Parte especial, Editorial Astrea 6 º edición actualizada.

D' Alessio, Andrés José (director) Mauro Divitto (coordinador). Código Penal, Comentado y Anotado, Parte Especial, editorial La Ley (2009)

Donna, Edgardo. Derecho Penal, Parte especial, Editorial Rubinzal - Culzoni 2º edición.

Ekmekdjian, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Bs.As., 1993.

Marín, Jorge L. Derecho Penal, Parte especial, Editorial Hammurabi 2º edición actualizada.

Núñez, Ricardo. Manual de Derecho Penal: Parte Especial, Editorial Lerner 4º edición actualizada.

CAPÍTULO 10.

Un análisis cinematográfico del Derecho Penal

Agustina Ma. Bernardi

Introducción

En el presente trabajo nos enfocaremos en analizar el artículo 158 del Código Penal Argentino, los cambios en la Argentina de la doctrina y cómo impacta el mismo en el imaginario social, conforme la legislación de nuestro país, con un análisis que incorpora la perspectiva holística y contenidos audiovisuales cinematográficos. A continuación, lo expondremos de manera sintética:

Art. 158: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.*

Antecedentes

Según diversos autores, la redacción actual del delito del art. 158 del Código Penal tiene como antecedentes los proyectos de 1891 y 1906, las leyes 2873, 4189 y 7029, y el artículo 186 del Código penal italiano de 1889. El Código Penal de 1886 no tenía un título sobre los delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

Fue recién con el Proyecto, de 1891, que en el artículo 187 se castigaba con prisión de seis meses a dos años al que obligare a un obrero, con violencias o amenazas, a tomar parte en una huelga. Tenía inspiración en la legislación italiana que ya lo había previsto como una forma específica de afectación a la libertad. Por otra parte, en la exposición de motivos se fundamentó la autonomía de esta figura frente a las previstas para los delitos contra la libertad individual en el concepto de que, así como la libertad del trabajo estaba especialmente garantizada por la Constitución Nacional, resultaba apropiado considerar la violación a esta garantía como un delito distinto a los demás. El Proyecto de 1906 redactó tres artículos por los que se diferenciaban las conductas de:

- 1) quienes ejercieren violencias o amenazas sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga;
- 2) quienes impidieran el ejercicio de la industria o el comercio;

3) quienes, por maquinaciones fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratare, con un fin interesado, de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

El Proyecto de 1906 llamaba a este delito propaganda desleal y caracterizó la acción con el requisito de que el autor obrare “con un fin interesado”. Sin embargo, esa frase fue sustituida en el Proyecto de 1917 por la frase “en provecho propio” que permitió circunscribir el aspecto subjetivo a un acto de carácter lucrativo.

El Proyecto de 1917 actualizó los contenidos de esta materia que tuvo en cuenta las diferentes formas de relación entre obreros y patrones.

Fontán Balestra enuncia que se encontraba prevista como forma típica la conducta de los patrones que ejercieran coacción sobre sus obreros o empleados, para que abandonasen la sociedad gremial a la cual pertenecían voluntariamente o para que ingresaran a otra; y también sobre sus propios colegas de industria o comercio para que secunden el cierre o lock-out decretado con propósitos de resistencia. Este artículo recobró vigencia por la ley 20.509, y fue mantenido por la ley de facto.

Bien Jurídico Protegido

Como puede verse de la ubicación del delito en el Libro II, Título V, se deduce que el bien jurídico protegido es la **libertad**. Sin embargo, como sabemos, la libertad es un término que importa muchos aspectos y, con ello, una gran cantidad de posibles ofensas y, además, como atributo de la personalidad, puede verse menoscabada de diferentes maneras. Vemos que la Constitución Argentina, ya en el Preámbulo contiene, entre las declaraciones y propósitos, el de asegurar los beneficios de la libertad.

En este sentido, la redacción del artículo 158 del C.P. tuvo en cuenta un aspecto esencial que permite identificar con precisión esta forma específica de lesión a la libertad, ésta es, como derecho laboral o como libertad de actuar frente a un derecho de esta clase. Los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional reconocen a todos los habitantes de esta Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y, también, el de asociarse con fines útiles

Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad

del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

En Argentina, el derecho de los trabajadores a hacer una huelga está contemplado por la Constitución Nacional en el artículo 14 bis. Además, del articulado surge su relación con el "*principio de legalidad*" establecido por la Carta Magna y, reafirmado en Tratados Internacionales de raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 CN) "*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*" (art. 18) como tampoco "*obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*" (art. 19).

Retomando el artículo en comentario, Carrara (2000) llamaba a este delito "*coalición o huelga industria*" (pág. 403). El artículo en análisis, lleva el nombre según la doctrina de "compulsión a la huelga". El término "huelga", en francés "grève" hace relación a la plaza del ayuntamiento de París o "Plaza de Grève", espacio donde, en otras épocas, se reunían los obreros sin trabajo. En español deriva de "holgar", haciendo referencia al tiempo que se está sin trabajo. Y como derivado del latín "follicare", da idea de respirar, tomar aliento, descansar después de un esfuerzo o fatiga.

Soler (2022)¹²⁹, enuncia que lo que aquí se tutela "*no es el derecho del obrero sino el derecho de libertad del otro obrero para trabajar o no según le plazca*", ya que "*no responde a ningún concepto especial de represión, sino a la protección de la libertad individual*" y, por ello no basta la coacción o la amenaza, ya que "*Se ha querido evitar la injusticia de que se castiguen meras vehemencias verbales, frecuentes en el calor de la lucha y de la propaganda*".

Según algunos autores, señala Romero (2022) la huelga es el "*medio de presión de acción colectiva por el cual un grupo persigue la defensa de intereses profesionales que son los obreros, los trabajadores, frente a otros que pueden estar formados por uno o más empleadores...*" (pág. 9), por el cual se abandona el trabajo en común, por pluralidad de trabajadores, con un fin determinado o concreto.

Creus (1974), enuncia que "*La libertad personal que aquí se ampara es la relacionada con las actividades laborales: la libertad de cualquier sujeto a trabajar cuando quiere, la acción es la*

¹²⁹ SOLER, Sebastián (Autor) "Tratado de derecho penal. 3 tomos. Parte general. Parte especial." Año: 2022. Edición: 6. Tapa: Rústica Editorial: Astrea

de ejercer violencia, o sea desplegar medios físicos. sobre el sujeto pasivo. La fuerza en las cosas no entra en el tipo, salvo que, a la vez, represente una violencia sobre la persona".

Núñez (1999) complementa diciendo que *"El medio compulsivo es el ejercicio de violencia física sobre la víctima. Sucede esto tanto si la energía física constitutiva de la violencia alcanza el sujeto pasivo, como si el autor la despliega amenazadoramente contra aquel. la violencia se debe ejercer para compeler a la víctima a tomar parte en una huelga."* Es decir *"No basta que se ejerza con motivo u ocasión de una huelga consiste en la suspensión colectiva del trabajo dispuesto por un gremio en razón de un conflicto o cuestión laboral"*. (págs. 185-186).

Por lo expuesto, observamos cómo el articulado presenta diferentes interpretaciones, complementarias entre los distintos maestros del Derecho Penal del siglo pasado.

Apuntes de Cine y Derecho: Un enfoque con una mirada holística

En los caminos del ámbito que nos concierne, el cine, en términos del Siglo XXI, ha sido una gran fuente para comprender el derecho y adentrarnos en él. No se trata de una relación dependiente, sino complementaria tanto como para el/la abogado/a, como así también, desde el punto de vista de la docencia, para el/la docente y sus alumnos/as, como diría Freire (2004) *"Enseñar no es transferir conocimiento, sino crear las posibilidades para su propia producción o construcción"*.

Pensamos que las películas traducen los bemoles de nuestra ciencia jurídica al imaginario social, por ello el cine puede ser entendido como una herramienta para apreciar las sensaciones que el Derecho deja en nuestra carrera, y puede ser analizado, a nuestro entender, con una perspectiva holística.

La holística, tomando a González Eglé (2007), alude a *"La tendencia que permite entender los eventos desde el punto de vista de las múltiples interacciones que los caracterizan; corresponde a una actitud integradora como también a una teoría explicativa que orienta hacia una comprensión contextual de los procesos, de los protagonistas y de sus contextos. La holística se refiere a la manera de ver las cosas enteras, en su totalidad, en su conjunto, en su complejidad, pues de esta forma se pueden apreciar interacciones, particularidades y procesos que por lo regular no se perciben si se estudian los aspectos que conforman el todo, por separado."* (Págs.338-354)

La voz griega "holos" se expresa en castellano como prefijo, hol u holo, y significa **entero, completo, "todo"**; indica también **íntegro y organizado**. Con holos se significa totalidad, relaciones, contexto o cualquier evento, aspecto, circunstancia, cualidad o cosa que en su momento esté siendo estudiado o tomado en cuenta, como "uno", como complejidad o como totalidad¹³⁰.

¹³⁰ Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Libro de estilo de la lengua española* [en línea], <https://www.rae.es/libro-estilo-lengua-espanola/citas>. Consultado el día 30/09/2024.

Por todo lo expuesto, buscamos introducir en la lectura hacia un campo de estudio que tiene como fin el entendimiento de las obras logradas (tales como películas), que no son pocas, pero a continuación demostraremos la selección que vale la pena tener en cuenta:

El Encargado

El encargado (2022), es una serie interesante emitida por la plataforma Disney, el abstracto detalla que *“es una comedia dramática que narra con ironía y humor las aventuras de Eliseo, que a espaldas del consorcio que lo emplea hace uso y abuso de su poder de vigilancia e intromisión. El edificio es un universo cuyo ecosistema tiene dinámicas y normas específicas, y Eliseo las conoce todas a la perfección”*.

En el último capítulo de la última temporada, (alerta spoilers si no han terminado la misma), se observa la figura típica del artículo 158, que nos traduce el lenguaje críptico y difícil de la abogacía, logrando ejemplos totalmente accesibles a los grandes problemas jurídicos al público y traduciéndolo al imaginario social.

Eliseo atento a una imprevista “huelga” en la puerta de su establecimiento, en carácter de empleador/empresario, dueño de su empresa SIB (Soluciones Integrales Basurto), decide coaccionar a su personal a tomar parte en un lock-out, lo hace mediante intimidaciones acerca de su estabilidad en la Empresa, en la serie se observa cómo varios de sus empleados no querían apoyarlo, y este los obligaba a *“no permitir el paso de cualquier persona ajena que vaya en contra de sus intereses profesionales y económicos”* en la puerta de la misma. Ante el miedo y la incertidumbre, sus empleados deciden apoyarlo. Eliseo, justifica su accionar para ejercer una presión no sólo contra el Estado, sino contra el Sindicato y los propios empleados. Ya que quería contrarrestar, el paro sorpresivo iniciado junto a trabajadores desvinculados que tenían como finalidad paralizar la empresa, detener su funcionamiento sujeto a una inspección previa, exigiendo mejores condiciones laborales, reingresos, salarios, reconocimiento de antigüedad, vacaciones y otros derechos.

Todo esto, con la finalidad de poder acceder a un cambio, que al fin y al cabo no sucede. Eliseo, es llevado a juicio por el delito penal cometido, se defiende asimismo sin necesidad de un abogado, pero con el paso del tiempo, por un arreglo “extrajudicial” con funcionarios públicos (en la misma escena vemos miles de lesiones a nuestra normativa penal), la justicia confirmó el sobreseimiento de Eliseo, y se observa como continúa infringiendo la normativa nacional en su libre albedrío.

La Patagonia Rebelde

Es una película argentina dramática-histórica de acción de 1974 dirigida por Héctor Olivera. El film refleja la desgarradora historia real de obreros que levantaron una huelga en la Patagonia

Argentina para conseguir mejores condiciones de trabajo y como respuesta del gobierno de Hipólito Yrigoyen obtuvieron represión, arrestos e incluso la muerte. Contexto de la huelga sindical: los trabajadores hoteleros reclaman un aumento salarial y los sindicatos de estibadores, choferes, mozos y carreros se les unen. Los terratenientes extranjeros y gobernantes buscan a alguien que represente y defienda sus intereses.

La sesenta: Crónicas de una lucha obrera

Realizada por Silbando Bembas. Allí, se relata la lucha de trabajadores del transporte que en 2015 fueron protagonistas de una histórica huelga de 42 días. El film se basa en parte en el libro “Sesentazo, crónicas de un lock out” de Santiago Menconi que además es trabajador y delegado de la línea 60.

Conclusión

La ejemplificación intentada ut supra, podría ser muchísimo más extensa y tornarse, por ello, fastidiosa. Entonces nos permitimos mencionar algunos otros títulos más o menos clásicos: Tout va bien, 1972, Jean Luc Godard y Jean-Pierre Gorin, grupo Dziga Vertov; Pago Justo, 2010, Nigel Cole; La sal de la tierra, 1954, Herbert J. Biberman y Los traidores, 1972, Raymundo Gleyzer, Cine de la Base; entre otras.

De este modo, si se valoran los aportes añadidos y tantos otros que podrían considerarse, sería posible advertir que desde el discurso cinematográfico se han desmenuzado con originalidad y profundidad cuestiones concernientes al derecho y su traducción al lenguaje coloquial, por ello es importante estudiar nuestra ciencia, como un todo. Entender que el derecho está presente no sólo hoy, aquí y ahora, sino en todos los días y los ámbitos. Por ello, debemos tomarlo como una idea que tiene como objetivo apoyarnos en primer lugar en la gente, generando, transmitiendo y compartiendo el conocimiento, ya sea mediante la escritura, publicación, investigación o desde cualquier tipo de contenido audiovisual cinematográfico.

Bibliografía

CARRARA, Francesco “Programa de Derecho Criminal, Parte Especial” Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000, pág. 403.
 CREUS, Carlos “Sinopsis de derecho penal, parte general”, Rosario, 1974.
 Disney+ [en línea]: <https://www.disneyplus.com>. Consultado el día 30/9/2024

- FONTÁN BALESTRA, Carlos “Tratado de Derecho Penal” tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 421.
- FREIRE, Paulo “Pedagogía de la autonomía”. Fuente: Paz e Terra SA. Ciudad: Sao Paulo. 2004.
- GONZÁLEZ, Eglé María “Fundamentos de totalidad y holismo en las competencias para la investigación laurus”, vol. 13, núm. 24, mayo-agosto, Universidad Pedagógica Experimental Libertador Caracas, Venezuela. 2007, págs. 338-354 y ss.
- Núñez, Ricardo "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", actualizado por Víctor Rinaldi, edit. Marcos Lerner, Córdoba 1999, págs. 185/6
- RAMOS, María Ángeles y DE LUCA, Javier “Delitos contra la Libertad de Trabajo y Asociación” 14/11/2013 en Revista Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar>. Consultado el día 30/9/2024.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Libro de estilo de la lengua española* [en línea], <https://www.rae.es>. Consultado el día 30/09/2024.
- ROMERO, Ramón, "Derecho de Huelga", edit. Depalma, Bs. As. 1973 pág. 9
- SOLER, Sebastián (Autor) “Tratado de derecho penal. 3 tomos. Parte general. Parte especial.” Edición: 6. Tapa: Rústica Editorial: Astrea Año: 2022.

CAPITULO 11

...pues fuistes en el hurto conocidos¹³¹

Andrea V. Quaranta

“... Aquellos dos, esperando a alguno con el maletín del lado de la calle; aquel, está marcando puntos para una salidera; están ahí pero no los ves. Bueno, de eso se trata. Están, pero no están. Así que cuidá el maletín, la valija, la puerta, la ventana, el auto. Cuidá los ahorros, cuidá el culo, porque están ahí, van a estar siempre.

-Chorros

- No, eso es para la gilada. Son descuidistas, culateros, abanicadores, gallos ciegos, biromistas, mecheras, garfios, pungas, boqueteros, escruchantes, arrebataadores, mostaceros, lanzas, bagalleros, pequeros, filos.”

Resulta difícil que alguna persona que vive o haya vivido en Argentina, no lea el diálogo precedente, sin recordar la cara de un Ricardo Darín un tanto altanero, explicando a un ingenuo Gastón Pauls los distintos tipos de “chorros” que transitan las calles. Que están ahí, pero no los ves.

Porque en eso basan su éxito. En volverse invisibles.

No necesitan romper cosas, ni lastimarnos, apuntarnos con un arma, amenazarnos, golpear-nos. Aprovechan nuestro descuido, los objetos que no están bajo nuestro cuidado o los que estaban de alguna manera a cargo de la persona que los termina apoderando.

Pero no son chorros. No nos roban.

Nos hurtan.

EL HURTO

A nivel coloquial, en Argentina, llamamos “robo” a todos los delitos que se encuentran bajo el título VI, Delitos contra la propiedad, aunque la ley históricamente ha realizado distinciones entre los hurtos y los robos.

¹³¹ Lope de Vega, Amor por ese sol divino jura.

El primer capítulo del título está referido al hurto, tema de este trabajo. Dice el artículo 162 que *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”*.

La diferencia entre el hurto y el robo (que se encuentra tipificado en el art 164) es el uso o no de la violencia.

En el hurto, el apoderamiento es cometido sin violencia física en las personas o fuerza en las cosas. Para Macagno *“De manera que confluyen un aspecto positivo –el apoderamiento- y dos negativos –la inexistencia de violencia contra las personas o de fuerza en las cosas-, que dan fisonomía a esta hipótesis delictiva”*.

Bien jurídico protegido

Si bien el título bajo el cual se encuentra el delito de hurto es “Delitos contra la propiedad”, parte de la doctrina considera que es impreciso.

Molinario (1996), por ejemplo, entiende que *“el nombre ‘Delitos contra la propiedad’ resulta inadecuado, porque la voz ‘propiedad’ es usada, en el Derecho, con acepciones diversas”*. Menciona, por ejemplo, supuestos de otros delitos contra la propiedad que no se refieren al dominio de la cosa (art 173 inc. 5, art 176 y 177, 181 inc. 1 CP). Al analizar la propiedad en sentido constitucional, hace referencia al artículo 17 de la Constitución Nacional y señala que allí la palabra propiedad se emplea *“como comprensiva de cualquier derecho patrimonial y, en síntesis, de todos aquellos derechos que no se confunden con la persona, conforme a fallos de la Corte Suprema”*. Tras analizar las íntimas relaciones con los conceptos del Código Civil, considera que el bien jurídico protegido en este título son los derechos patrimoniales.

En el mismo sentido, Macagno nos recuerda que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha identificado a la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando toda discusión sobre el punto. Así ha explicado que el art. 17 CN *“ampara todo aquello que forma el patrimonio del habitante, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales”*, aclarando en otro precedente que *“[e]l término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como la dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’*. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad. (pág. 6)

Concluye que el bien jurídico protegido por el hurto es la tenencia de las cosas muebles.

Tipicidad

Respecto del tipo objetivo, la conducta típica es el apoderamiento. Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritariamente han seguido la teoría de la disponibilidad o del apoderamiento. Este último está integrado por dos aspectos: sustraer la cosa de su dueño y el ánimo de apropiarse de ella.

En este sentido, la doctrina distingue entre el hurto y el “hurto de uso”. El segundo supuesto se configura, tomando a Días (2017), cuando *“un agente sustrae una cosa mueble de la esfera de custodia del sujeto pasivo, pero sin ánimo de apropiarse del objeto, sino de devolvérselo a su poseedor tras un uso provisorio.”* (pág. 136) Para parte de la doctrina, estos hechos no configuran un hurto, porque falta el segundo elemento mencionado en párrafos precedentes: el ánimo de apropiarse del objeto.

Otra parte, en cambio, señala que sí se configura el delito. Por ejemplo, Macagno dice *“Carnelli observa que el texto de la figura penal no significa que el apoderamiento exija implícitamente el ánimo de adueñarse de la cosa, ni ello puede pretenderse como un dolo específico no escrito, de allí que quien sustrae la cosa con el fin de utilizarla y luego devolverla incurre en el delito de hurto puesto que con el uso ya se está en posesión de la misma”.* (pág. 25)

Un ejemplo de este tipo de situaciones puede ser visto en el capítulo 7 de la séptima temporada, de la serie “Modern Family”¹³². El personaje de Gloria, hace uso de sus “habilidades delictivas” para sustraer las billeteras de Claire y Mitchell mientras les da un abrazo¹³³. Lo mismo hace más tarde con Phil¹³⁴. En todos los casos, con la anuencia de Jay, quien toma las billeteras y se las lleva. Éste luego explica (con el recurso de documental utilizado en la serie) que lo hicieron porque *“este año vamos a sorprender a la familia con un viaje a Miami. La agencia de viajes necesita nuestros carnets de conducir para reservar el vuelo. Es cuando resulta útil tener a alguien con las manos largas”*. Queda claro entonces que no tienen la intención de quedarse con las billeteras ni con su contenido, sino que las van a tener durante un corto período de tiempo para culminar los trámites respecto del viaje y luego las devolverán a sus dueños.

Otros ejemplos con los que la doctrina ilustra estos supuestos son, volviendo a Macagno, *“una fámula que para lucirse en la romería se apodera de los vestidos de su patrona y los devuelve luego, después de usarlos, no comete delito alguno dentro de nuestra ley. Tampoco lo comete quien, encontrándose con un automóvil cuya llave de contacto ha sido dejada en la cerradura respectiva por su dueño, sube, da una vuelta y lo restituye”* (pág. 221).

En la jurisprudencia, la postura no parece ser pacífica. Siguiendo el ejemplo del auto, tenemos dos fallos que resuelven el tema de un modo diferente al reseñado. Un antiguo fallo del año 1974 entiende que:

¹³² “Modern Family” es una serie de televisión estadounidense con formato de falso documental que se estrenó en ABC (Estados Unidos) en el año 2009. Sigue la vida de Jay Pritchett y su familia. Tuvo 11 temporadas.

¹³³ Minuto 7.04 en adelante.

¹³⁴ Minuto 8.03 en adelante.

Se debe distinguir entre hurto de una cosa con miras de uso hurto de uso impropio-que como apoderamiento ilegítimo de cosa ajena lo abarca el art. 162 del C.P. y el hurto de uso propio (contractatio usus) que supone una tenencia legítima de la cosa por el agente que o no lo habilita para usarla o solo lo habilita para realizar un uso determinado, por su modo, tiempo o extensión y no obstante la utiliza o usa abusivamente. El art. 37 del Decreto ley 6582/58 ratificado por ley 14467 atrapa esta última hipótesis castigando el uso indebido de automotor. Si el vehículo había quedado bajo la custodia del acusado y este lo usó con fines personales, con plena conciencia de proceder sin derecho, pues tenía en su poder la autorización, relativa a los límites de su facultad "para retirar" del *local* algún vehículo, este uso fue ilegítimo y tal conducta encuadra claramente en el art. 37 del Decreto Ley 6582/58." (Fallo Artaza, 1974)

Un fallo del año 1985, considera que:

Encuadra en la figura de hurto, la acción del procesado -empleado de la playa de estacionamiento- que utilizó un rodado que estaba estacionado en el lugar, restituyéndolo posteriormente. Aun cuando el propósito del causante se hallase alejado del ánimo de incorporar la cosa a su propio patrimonio, de tenerla definitivamente para sí, igualmente consumó el apoderamiento típico que reclama la figura del art. 162 CP, dado que el precepto mencionado sólo requiere el propósito arbitrario de someter la cosa ajena al propio poder cualquiera sea la finalidad de uso, goce, expectación o destino que una persona pueda obtener de una cosa, siendo el bien jurídico protegido por el art. 162 CP, el derecho del dueño a poseer la cosa por sí o por otro, y también el hecho de la posesión o la tenencia. (Fallo Kahl, 1985)

En cambio, otro fallo de ese mismo año, resuelve la situación de otra manera:

Ya sea que la conducta del encausado -que consistió en haber usado transitoriamente un vehículo que el propietario le había entregado para que le efectuara reparaciones de chapa y pintura- encuadre, por la fecha del hecho, en las figuras de hurto simple o hurto de uso, aquél no puede ser responsabilizado penalmente, porque no existe en el caso el APODERAMIENTO ILEGITIMO de la cosa mueble ajena que es un elemento integrativo del tipo penal; dado que el propietario del automotor reconoce expresamente haberlo entregado al procesado para su reparación. Al emplear el coche para una diligencia, aquél actuó con ligereza, pero usó una cosa de la cual ejercía en el momento señorío, con tenencia, aunque precaria, legítima. Ausente, pues, la acción básica del ilícito, queda en crisis el elemento subjetivo, ya sea para la modalidad apropiatoria (hurto), ya para su manifestación de usufructo transitorio (hurto de uso), o sea que por doble falencia legal (objetiva y subjetiva), resulta atípica la conducta juzgada. (Fallo Sanabria, 1985)

En el año 2004, otro fallo considera que la conducta es típica, dado que "El autor, cuando desapodera al tenedor o dueño contra su voluntad, lo hace con la voluntad de apoderarse de la cosa y ejerce sobre ella, aunque sea temporáneamente, actos que impliquen goce de su disponibilidad física, con lo cual vulnera la incolumidad del vínculo de poder que la ligaba con el anterior poseedor y consuma en ese instante el hurto, sin que tenga relieve desincriminador alguno lo que después se haga con la cosa". (Fallo González, 2004)

Cualquiera sea la calificación legal que adoptemos, es un hecho reiterado en las películas.

Basta recordar las muchas ocasiones que un auto se “toma prestado” por parte de adolescentes; de delincuentes en su huida o de policías o agentes del FBI que intentan atraparlos.

Pero ¿qué pasaría si quien nos hurta algo para usarlo, nos lo regresa en una versión mejorada? ¿Seguiríamos preocupados por la tipicidad de la conducta? ¿Qué pensaríamos si fuéramos uno de los chicos a quienes Marty Mc Fly¹³⁵ en el año 1955 saca su carrito y nos lo devuelve un rato más tarde transformado en una novedosa patineta? Ahora bien, ¿eso fue un hurto? Parte de la doctrina diría que se trató de un robo, porque Marty sujeta y levanta el niño a quien le quita el carrito. Podríamos decir que se lo arrebató.

El arrebato

De acuerdo a la una de las acepciones de la RAE, el arrebato es un “tirón”. Y arrebatar es “quitar con violencia y fuerza”.

La jurisprudencia está dividida. Ante hechos similares en la vía pública respecto de teléfonos celulares encontramos que es encuadrado en el artículo 164 CP ya que “(...) esta Sala entiende que la sustracción del bien que se encontraba en manos de C. ha involucrado la violencia que exige el artículo 164 del Código Penal, ya que del “arrebato” que relató la víctima puede extraerse la noción de que se ejerció una actividad de mayor entidad que la que supone el desapoderamiento previsto en el art. 162 del citado cuerpo legal.” (Fallo C.A., 2016) En otras ocasiones, se lo ha tipificado como hurto porque “considero que la acción que se le atribuye al imputado, consistente en haber arrebatado el teléfono celular que la damnificada llevaba en sus manos, configura el delito de hurto, en grado de tentativa (artículos 42 y 162 del CP), dado que de los elementos probatorios reunidos no surge que C. haya ejercido la violencia física en las personas que caracteriza al tipo penal previsto en el artículo 164 del código sustantivo”. (Fallo Cuadrado, DA, 2015)

Un fallo reciente analiza un hecho que tiene una modalidad de apoderamiento muy similar al de la película: *“El arrebato callejero en la modalidad fáctica descripta abastece suficientemente el medio comisivo violencia del robo simple previsto en el art.164 CPA. En el caso, el acusado interceptó a la víctima por atrás, de un modo subrepticio, artero, sorpresivo y despojó violentamente a la víctima de su celular arrebatándosele de la mano sin darle posibilidad a que oponga resistencia, escapándose raudamente a bordo de su ciclomotor”*. (Islas, 2020) La doctrina que analiza el fallo señala que *“El tipo penal aplicable del robo simple tal como hoy está redactado en la ley vigente en el art 164 del CPA no exige ningún grado de intensidad para consumir el desapoderamiento...”*

¹³⁵ De “Volver al futuro”. Película estadounidense de ciencia ficción y comedia de 1985 dirigida y escrita por Robert Zemeckis. Cuenta la historia de Marty McFly, un adolescente en 1985, amigo del Dr. Emmett Brown, un estrafulario científico, que viaja al año 1955, la época en que sus padres se conocieron, utilizando un vehículo como máquina del tiempo.

Idéntica postura sostiene el voto en disidencia en el fallo “AJR” (2019) cuando el Dr. López señala *“la doctrina sostiene que “La violencia es el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo o un tercero opone o puede oponer al apoderamiento (vis absoluta); no importa la intensidad de la energía ni es necesario que medie contacto físico entre el agente y la víctima (el arrebato de la cartera de un tirón constituye robo)”* (D’Alessio, Andrés José - Divito, Mauro A, “Código Penal de la Nación”, Tomo II, Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 592). La figura no distingue entre distintos grados de violencia... Sin embargo, el voto de la Dra. Laiño, al que adhiere el Dr. Lucero considera que *“el empleo del verbo mencionado [arrebatar] es poco categórico pues podría implicar tanto un simple escamoteo para sustraer (es decir, puede aludir a lo sorpresivo y fugaz de la maniobra de sustracción), como un ejercicio de fuerza de cierta significación (in re mi voto en la causa n° 4.221/2018, “Soria”, de la Sala VI de esta Cámara, resuelta el 5/7/2018)”*.

Dolo

Respecto del aspecto subjetivo, el hurto siempre es doloso. Se requiere saber que la cosa es ajena, que lo que uno hace implica apoderarse de ella y querer hacerlo.

En la película “Aladino”¹³⁶, cuando la princesa Jazmín decide salir de incógnito a pasear por la feria ve a un niño con hambre, toma una manzana, generosamente se la da¹³⁷ y se dispone a continuar su camino sin pagarla. El vendedor al advertirlo la increpa *“más te vale que tengas con qué pagar eso”*. La princesa Jazmín lo mira desconcertada y pregunta *“¿pagar?”*. Resulta claro que nunca consideró tal posibilidad. De hecho, salió a pasear sin dinero. No pensó en que tal vez pudiera necesitarlo. Se trata de una princesa, quien debía creerse con derecho a disponer de todos los bienes. Mientras Jazmín promete que pagará en el palacio, el vendedor le toma la mano, agita su espada y cuando hace el movimiento tendiente a cortarle la mano le dice *“¿no conoces acaso el castigo para el hurto?”*¹³⁸ La princesa seguro conoce la pena del hurto. Pero, por su especial condición, no consideró que el hecho de apropiarse de un bien ajeno es un delito. Podemos afirmar que la princesa Jazmín, no tuvo el dolo de hurtar la manzana.

¹³⁶ Película “Aladino”. Película animada, musical de aventura y fantasía romántica basada en “Las mil y una noches” y “El ladrón de Bagdad”, estrenada en 1992. Aladino es un joven ladrón callejero que resulta casualmente involucrado con la princesa Jazmín.

¹³⁷ Minuto 18.30

¹³⁸ Minuto 18.52

Este apoderamiento debe ser ilegítimo.

¿Qué significa eso exactamente? Significa que no hay un motivo legal para apoderarse de la cosa contra la voluntad de la víctima, como puede ser una orden judicial de secuestro de la cosa.

Por otro lado, el tipo penal se refiere a cosas total o parcialmente ajenas. Las que son parcialmente ajenas, son, por lo tanto, parcialmente propias. ¿Qué pasa si se usa sin el consentimiento de la otra persona?

Total o parcialmente ajenas

En el fallo “B., M. E. s/hurto” (2017), se analiza el caso de una pareja divorciada, donde el auto fue utilizado desde la separación de manera exclusiva por la mujer. Un día el hombre usa una copia de la llave y retira el vehículo del lugar donde estaba estacionado. Si bien en un primer momento fue sobreseído por atipicidad, luego la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional lo procesa por hurto. Considera que el hombre sustrajo el vehículo de la esfera de custodia de su ex esposa y que en todo caso debió continuar planteos en el juzgado civil. Se tuvo en cuenta que el hombre es abogado, por lo que no pudo haber error de tipo penal sobre la propiedad de la cosa. En resumen, resuelven que la calidad de condóminos sobre el bien mueble no excluye la tipicidad la conducta.

En el fallo se cita a Creus en tanto sostiene que quien es propietario de una cosa como condómino o comunero hereditario, *“puede cometer el delito de hurto con referencia a la cosa parcialmente ajena si no es el que ejerce su tenencia en el momento de la acción”*. También al Código Penal comentado por Baigún y Zaffaroni donde se ha dicho que *“...los copropietarios...si no se hallan previamente y legítimamente en poder de la cosa, pueden adquirir el carácter de sujetos activos (del delito de hurto), dado que...la cosa hurtada puede ser parcialmente ajena...”* y *“...es parcialmente ajena cuando el autor es condómino, de modo que su apropiación configura hurto...”*

Algo similar ocurre en la serie “Breaking Bad”¹³⁹ tras la separación de Skyler y Walter. Ésta y el hijo de la pareja, se quedan viviendo en el que fuera el hogar conyugal, haciendo uso exclusivo de todos los bienes. Pero vemos en el episodio 3 de la tercera temporada que Walter, cansado de vivir en su departamento alquilado, regresa a la casa. *“También es mi casa, Skyler, y aquí estoy”*, le dice Walter cuando ella ingresa y lo ve allí. Ella llama a la policía. Pero los agentes, una vez que les fuera relatada la situación, toman una resolución

¹³⁹ “Breaking Bad” es una serie de televisión estadounidense, creada y producida por Vince Gilligan. Cuenta la historia de Walter White, un profesor de química brillante, pero con problemas económicos a quien le diagnostican un cáncer de pulmón inoperable. Para pagar su tratamiento y asegurar el futuro económico de su familia, decide comenzar a cocinar y vender metanfetamina. Tuvo 5 temporadas.

diferente a la del fallo referenciado. Explican que, al no estar divorciados, él tiene derecho a quedarse porque la casa es de los dos.

Encontramos en la misma serie otra situación entre ambos, interesante para analizar. En el capítulo 11 de la temporada 4 observamos que ante las necesidades económicas de Ted Beneke, jefe con quien ha mantenido una aventura amorosa, Skyler le otorga un cheque por 671.000 dólares. El dinero del que dispone Skyler es producto de la venta de las metanfetasminas que produce Walter, y es “blanqueado” entre ambos, bajo la fachada de un establecimiento de lavado de vehículos. ¿Tenía derecho Skyler a apoderarse de ese dinero? ¿O se trató de un hurto?

Pasemos mejor a situaciones que nos resulten más cotidianas.

Vemos en primer plano a un hombre cocinando, llamando a su familia para cenar, mientras saborea un sorbo de vino tinto. Cuando se sienta a la mesa y la cámara se aleja, vemos que está solo. Y a medida que avanza la escena, descubrimos que no es su departamento. Eliseo ha ingresado con la llave que tiene por ser el encargado del edificio, durante una ausencia de los propietarios de la unidad¹⁴⁰.

Las cosas

Eliseo ingresó al departamento sin ejercer violencia sobre las personas ni daño en las cosas. Tenía la llave, que le había sido otorgada por los dueños. Una vez allí consume el aceite de oliva, la pimienta, el queso rallado. Probablemente también el vino y los tallarines (aunque pudo haberlos llevado él, cosa que seguramente no pasó con los primeros elementos, porque vemos que los utiliza desde sus envases domésticos). Pero además prende la luz, usa el gas de la hornalla y el agua para cocinar los fideos.

La luz, el gas, el agua ¿son cosas? ¿Eliseo las hurtó?

Para contestar la pregunta, debemos acudir al Código Civil y Comercial de la Nación, puntualmente al Título III. Dice el art 16 que *“Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”*.

En el ejemplo anterior, Eliseo hurta varias cosas, que vistas por separado, no tienen mucho valor en sí mismas: un chorro de aceite de oliva, dos o tres litros de agua, una botella de vino... ¿hay delito o no?

¹⁴⁰ Serie “El encargado”. Es una serie de comedia dramática argentina, estrenada en el año 2022, que narra la vida del encargado de un edificio de categoría, que se inmiscuye en la vida de quienes viven en él. Al momento de escribir el presente artículo, se transmite la tercera temporada.

Principio de insignificancia

Si bien este principio no está contemplado explícitamente en la normativa, puede aplicarse.

Dice parte de la doctrina que el insignificante valor de la cosa objeto del hurto torna atípica la conducta de quien se apodera ilegítimamente de la misma. Con todo, lo indicado no es la solución propiciada legislativamente ya que se ha recurrido a la insignificante afectación del bien jurídico como criterio de oportunidad o pauta de disponibilidad de la acción penal sobre el cual luego de encabalar la desvinculación procesal del imputado, y no como causa de atipicidad de la conducta, como sucede con los Códigos procesales penales de las provincias de Buenos Aires (art. 56 bis inc. a); Chubut (art. 44 inc. 1°), Santa Fe (art. 19 inc. 2°), Mendoza (art. 26 inc. 1°), Tucumán (art. 5 bis inc. 1°) y la ley 27.063 que regula un nuevo digesto procesal para la Nación⁷⁶ (art. 31 inc. a y b). Las facultades estatales para incluir criterios de oportunidad en sus digestos formales fueron convalidadas por la incorporación del inciso 5° al art. 59, CP, por la ley 27.147, que los contempla como causa de extinción de la acción penal, la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

A su vez, parte de la jurisprudencia señala en ese mismo sentido, en el caso de aquellas afectaciones a los bienes jurídicos que -aun cuando formalmente pueda sostenerse que se ha configurado la descripción típica- no se advierte que revistan una gravedad considerable, tanto la jurisprudencia como gran número de autores han derivado del art. 19 de la CN el “principio de insignificancia”, según el cual dicho grupo de casos no constituyen un delito por ausencia de tipicidad objetiva.” (CCC 1954/2016/TO1, 2017) Y que “debe sumarse como dato relevante que la enorme mayoría de los casos en los que se analiza la nimia afectación se trata de hechos en los que el bien jurídico en cuestión es la propiedad, la cual, necesariamente –y sin desconocer las previsiones del art. 17 CN y el art. 21 CADH-, ocupa un lugar de menor jerarquía en relación a otros bienes jurídicos (en una línea similar, CSJN, “Gramajo”, G. 560. XL, consid. 19. (op cit)

La postura no es pacífica. También hay numerosa jurisprudencia, como el fallo Barbosa Mechato (2023), donde se sostiene que *“En cuanto al planteo referido a la atipicidad de las conductas reprochadas por aplicación del principio de insignificancia, la Sala ha sostenido en múltiples ocasiones que el derecho de propiedad se encuentra igualmente afectado, independientemente del mayor o menor valor de los bienes que fueran sustraídos, aspecto que será relevante a los fines de graduar la pena (causa nro. 25.220/17, “Albornoz”, rta. 23/5/17, entre otras)”*.

Ahora bien, ¿qué pasa si el bien en cuestión, además de ser insignificante, es comida?

Hurto famélico

Con el hurto de un pan conocemos a Aladino¹⁴¹. En la primera escena donde aparece el personaje, poco después del comienzo de la película, Aladino y Abú, su aliado mono, están huyendo con un pan en la mano mientras son perseguidos. Él mismo dice “¿todo esto por una hogaza de pan?”. Hay elementos para suponer que no lo robó, sino que lo hurtó, considerando su comportamiento en el resto de la película. Por ejemplo, minutos después lo vemos organizar una distracción con Abú y hurtar una fruta¹⁴².

Y si bien no se trata de un hurto, porque Jean Valjean rompe el vidrio de una panadería, el origen y trasfondo de “Los miserables”¹⁴³ es el robo de pan.

El concepto de hurto famélico refiere específicamente “a una situación realmente extrema y desesperante, que torna justificable en su caso la vulneración del bien jurídico ajena de inferior jerarquía”. (Fallo MRD, 1985) Sobre este tipo de hurtos Macagno ha dicho que “Por provenir de una causa fisiológica que pone al individuo en la disyuntiva de proporcionarse el alimento o abrigo, o sucumbir él o un tercero, o verse afectado de alguna manera grave (enfermedad, por ej.), se justifica la acción típica contra la propiedad de otra persona. Como todo caso de estado de necesidad justificante, el ordenamiento jurídico admite como legítima la sobrevivencia del bien de mayor valor (vida del hambriento) en detrimento del menos valioso (propiedad de la cosa mueble ajena)”. (pág. 26)

En uno de los pocos precedentes encontrados al respecto, se ha considerado que nos encontramos con que el Estado ha gastado tiempo y dinero para imponer una sanción penal de quince días de prisión respecto de una persona que habría intentado hurtar dos pedazos de carne de un supermercado. En el presente caso, se observa que la afectación al bien jurídico protegido por la norma (propiedad) es ínfima. “(...) transcurrieron cuatro años, intervinieron 11 jueces, 4 fiscales, 5 defensores y más de 8 funcionarios (sin contar los innumerables empleados) para que se dicte la condena de un hombre confeso a una pena de quince días de prisión en suspenso por haber sustraído sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas, dos pedazos de carne (de tipo palomita por un peso aproximado de 3 kg ...) de un supermercado. Al respecto, no puede soslayarse que el imputado aseveró al prestar declaración indagatoria que “necesitaba llevarse la carne porque no tenía para comer y su hijo hacía tres días que no comía” (...).

Además, surge del informe socio ambiental labrado que G. posee escasas condiciones de cuidados básicos; que tiene ausencia de la visión en uno de sus ojos; que le faltan piezas dentarias por falta de atención y cuidados bucales; y que su nivel socio-cultural es “limitado-pobre”, con ingresos inestables y que dependen de trabajos informales con dedicación irregular. (...).

¹⁴¹ Película “Aladino”, op cit.

¹⁴² Minuto 17.30

¹⁴³ Hay numerosas películas basadas en la novela de Víctor Hugo, donde se narra la historia de Jean Valjean, quien es condenado a 19 años de prisión por robar pan.

Así también, las fotos ... son altamente demostrativas de las condiciones personales del imputado" (...) "corresponde definir la situación de G. de manera definitiva, en atención a que no se ha verificado una afectación relevante del bien jurídico tutelado, extremo que determina la atipicidad de la conducta reprochada (art. 18, CN y 336 inciso 3°, CPPN) (...) frente a un tuerto, desocupado, cuasi famélico, que procuró dos trozos de escaso valor de carne para comer (y así se lo acredita en el fallo, más allá de desecharse la situación de necesidad y el propósito de la alimentación de su hijo), se establece la irracional aplicación cuatro años después del art. 162 del CP con total desprecio del dato óntico (social), lo que no sólo revela solipsismo jurídico sino un autismo tan manifiesto como indignante." (Fallo GHH, 2012)

Al continuar viendo la escena de la huida de Aladino, vemos que primero él y luego, a regañadientes, Abú, regalan el pan a una niña y un niño a quienes ven buscar comida en la basura¹⁴⁴.

Ante esa escena no podemos menos que preguntarnos junto al poeta Silvio Rodríguez (1975): *"Si alguien roba comida y después da la vida ¿qué hacer?"*.

Bibliografía

Constitución Nacional.

Días, Leandro A., "El ánimo de apropiación como elemento del delito de hurto. Reflexiones a partir del plenario "Schneider", en Revista "Lecciones y Ensayos", Nro. 98, UBA, 2017

Islas, Manuel Ignacio, "Arrebato Callejero: ¿robo o hurto?". Revista Pensamiento Penal, 17/07/2020

Macagno, Mauricio. Código Penal Comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal.

Molinario, Alfredo J, Los delitos, Buenos Aires, TEA, 1996.

RAE. Diccionario de la lengua española. Actualización 2023. En línea. <https://www.rae.es/>

Jurisprudencia

Fallo Plenario "Schneider, Alfredo G." Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (en pleno), "Schneider, Alfredo G.", 29 de marzo de 1957

Fallo "ARTAZA JUAN CARLOS s/ HURTO SIMPLE - HURTO DE USO" - CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL. CORDOBA, CÓRDOBA –Id SAIJ: FA74163901. 08/10/1974.

Fallo "SANABRIA, Carlos. s/ HURTO DE USO." - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES – 10/12/1985. Id SAIJ: FA85060389

¹⁴⁴ Minuto 10.22

Fallo “M, R. D. s/ Hurto calificado por escalamiento (EXPTE. N° 124-95”) - CAMARA DE APELACION EN LO PENAL. SANTA FE, SANTA FE - Sala 01 – 27/12/1995

Fallo N° 15.556 –Sala II – C.F.C.P “G., H.H., s/ recurso de casación “– 31/10/2012

Fallo c. 22.050/15 - "CUADRADO, Damián A." - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA V - 12/05/2015

Fallo c. 46.998/16 – “C., A. y otros/ Procesamiento “- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA VII – 26/12/2016

Fallo “B. M. E. s/ hurto” - CCC 49197/2016/CA3 – CNCRIM Y CORREC – SALA V – 03/10/2017

Fallo CCC 1954/2016/TO1 - TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 15 DE LA CAPITAL FEDERAL – 01/03/2017

Fallo CCC 39178/2022/CA1 - “Barbosa Mechato, S. E. s/ hurto en tentativa” - CNCRIM y CO-RREC - Sala 5 - 14/03/2023 - elDial.com - AAD634

Canción

“Playa Girón”, Silvio Rodríguez, incluida en el disco “Días y Flores”, 1975

Series y películas

Película “Aladino”, EEUU, 1992

Película “Los miserables”

Película “Nueve reinas”, Argentina,

Película “Volver al futuro”, EEUU, 1985

Serie “Breaking bad”, EEUU,

Serie “El encargado”, Argentina, 2022

Serie “Modern Family”. EEUU, 2009

CAPÍTULO 12

Hurtos calificados

María Cecilia Corfield y N. Ezequiel Curvelo Lepera

ARTICULO 163.- Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida;

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren.

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Dentro del título VI del Código Penal titulado delitos contra la propiedad se contempla una serie de delitos que tutelan justamente el bien jurídico enunciado: la propiedad, ésta debe ser entendida en sentido amplio, de ahí que muchos autores entiendan que lo más correcto sería reemplazar el nombre del título por el de Delitos contra el patrimonio, discusión que excede el marco del artículo que nos encontramos comentando por lo que no entraremos en ello; basta con decir que la propiedad tal cual se encuentra protegida por el Código Penal no se limita al Derecho de Dominio (Art. 1941 y siguientes del CCyC), solo a modo de ejemplo, adviértase que en el Art. 181 los Derechos que se encuentran tutelados son la posesión y la tenencia (Arts. 1909 y 1910 del CCyC)

Dentro de la sistemática del Código Penal nos encontramos con muchos ejemplos de figuras calificadas que conservan la estructura típica de la figura básica y se le suma algún elemento específico que justifica la aplicación de una escala penal mayor; en el caso que nos ocupa, nos encontramos con diferentes supuestos de hurtos que, ya sea por la cosa ilegítimamente apoderada en sí misma, por el lugar o momento donde se produjo el apoderamiento, por la utilización de adminículos o por la destreza desplegada por el sujeto activo agravan la conducta.

Previo a analizar la figura calificada nos parece apropiado analizar someramente la figura básica, para ello debemos partir de la base de cuanto menos dos tipos penales, en primer lugar

del hurto simple que se encuentra tipificado en el Art. 162 del Código Penal, así comete hurto “[...] *el que se apoderare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena* [...]”; en segundo lugar debemos contemplar la figura del robo, tipificado en el Art. 164, que a lo establecido en el Art. 162 le suma requisitos debiendo apoderarse ilegítimamente “[...] *con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad*”.

Con la redacción de ambas figuras nos encontramos en condiciones de afirmar que el hurto consiste en apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble que sea total o parcialmente ajena -elementos positivos- y que a su vez ese apoderamiento ocurra sin fuerza en las cosas ni violencia física en las personas -elementos negativos-.

Respecto de los elementos positivos solo diremos que:

El apoderamiento, no ahondaremos en una evolución histórica de las diferentes teorías sobre el apoderamiento (*aprehensio rei, amotio, ablatio rei, illatio rei*) porque excedería el tema que estamos tratando, simplemente diremos que para que ocurra el apoderamiento -y consecuente desapoderamiento por parte de la víctima- el sujeto activo debe sacar de la esfera de custodia la cosa hurtada y tener la posibilidad, aunque sea sólo por unos instantes, de disponer efectivamente de la cosa -comportarse como dueño, ya sea consumiéndola, destruyéndola, ocultándola, trasladándola a un tercero, etc.-, sin importar que lo haga.

La ilegitimidad, no alcanza con que el sujeto activo se apodere, sino que no debe tener Derecho alguno que justifique el mismo, en este punto cobran especial relevancia el dolo y la teoría del error, pues, por ejemplo, quien se apodera de una cosa que cree abandonada no comete delito alguno.

La cosa mueble debe ser ajena, elementos normativos del tipo que para poder entenderlos debemos remitirnos a otra norma, el Código Civil y Comercial:

En el artículo 16 encontramos la definición de las cosas, donde establece que: “*Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.*”

A su vez esa cosa debe ser mueble, la definición la encontramos en el Art. 227: “[...] *Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.*”

Finalmente, la cosa debe ser ajena (total o parcialmente), respecto a este punto, se requieren de mínima dos elementos negativos, por un lado, que la cosa no sea propia -pues no puede hurtarse algo que le pertenece-; y en segundo lugar que la cosa no sea susceptible de apropiación (nos referimos a las cosas que no son de nadie, las cosas abandonadas y las cosas comunes a todas las personas). Para este segundo elemento debemos remitirnos a las disposiciones del Código Civil y Comercial, a partir del Art. 1947 encontramos el régimen de apropiación de las cosas.

En cuanto al sujeto activo y pasivo, no se requiere ninguna cualidad especial por lo que puede ser cualquier persona.

Se trata de un delito doloso, admitiéndose todas las formas de dolo.

Por tratarse de un delito de resultado, la tentativa es posible con las particularidades ya mencionadas al momento de hablar del apoderamiento.

Llegados a este punto solo nos resta mencionar que la relación de ambas figuras (hurto y robo) es tal que las formas calificadas previstas en el artículo que nos encontramos comentando son compartidas toda vez que conforme surge del Art. 167 Inc. 4 expresamente nos remite a que el robo ocurra en alguna de las circunstancias enunciadas en el Art. 163.

1° Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

En el inciso 1° del Art. 163 encontramos lo que la doctrina ha denominado hurto campesino, lo primordial de esta figura es el lugar donde ocurra el desapoderamiento de los objetos especificados, pues los mismos deben haber sido “dejados” en el campo, sin ningún tipo de vigilancia ni control.

Lo dificultoso en la protección de dichos bienes en grandes extensiones de terreno es lo que le da la mayor tutela, se torna más disvaliosa la conducta de quien se aprovecha de la menor posibilidad de vigilancia por parte del propietario para apoderarse ilegítimamente.

Respecto de los objetos, la gran tradición agrícola y la importancia en la explotación agropecuaria hizo necesario contar con una figura que especialmente proteja bienes que por su condición, uso y aplicación resulta habitual que sean dejados en el campo, lejos de la vigilancia del propietario.

2° Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

El inciso segundo es el denominado hurto calamitoso, este es uno de los supuestos que califican el hurto por el momento en que el mismo es llevado a cabo.

Resulta especialmente disvalioso que quien se apodera ilegítimamente de una cosa lo haga mientras ocurre alguno de los eventos que están expresamente enunciados, sin embargo, el listado realizado por el legislador resulta meramente ejemplificativo, pues deja abierta la posibilidad de cualquier evento donde la víctima no pueda poner debida atención a sus bienes -o cualquier otro desastre o conmoción pública-.

El motivo parece evidente y puede ser entendido desde dos perspectivas distintas, en primer lugar que frente a la ocurrencia de cualquiera de los eventos calamitosos descriptos en la norma, el sujeto activo aprovecha que la víctima deba desatender sus bienes para atender el evento calamitoso que está ocurriendo, así como también a que los servicios de seguridad pública pondrán su atención en controlar la situación y no podrán destinar sus recursos a la protección de esos bienes; la segunda mirada que puede darse a esta agravante es que frente al acaecimiento de cualquier evento dañino debe nacer en todo ciudadano un deber de ayuda a quien se encuentra sufriendo un evento de esas características y

que en el caso en concreto no solo que el sujeto activo no la presta sino todo lo contrario, la aprovecha en su favor para facilitarle la comisión del ilícito.

Respecto al último supuesto previsto, un infortunio particular del damnificado, es el único caso que debe analizarse la situación particular en que se encuentra la víctima, ya que en este caso el evento le ocurre solo a ella y posee la entidad suficiente para que no pueda poner atención a sus bienes, momento que es aprovechado por el autor del hurto para apoderarse de la res furtiva; no es necesario que se trate de un evento catastrófico para la víctima, puede darse el supuesto de una persona que cae en la calle o que tenga un incidente donde sus pertenencias se dispersen en el suelo y lejos de prestar ayuda el autor del hecho aproveche dicho momento para apoderarse de algún objeto.

En todos los casos, el evento debe ser “aprovechado” por el sujeto activo, ya que para el supuesto que lo haya creado nos encontraríamos con la figura desplazada a una más grave -el robo – o también podría darse un concurso con algún otro delito como podría ser algún delito contra la seguridad pública.

La película Titanic del año 1997, dirigida por James Cameron y protagonizada por Leonardo DiCaprio (Jack Dawson) y Kate Winslet (Rose DeWitt Bukater), nos muestra como Jack, un joven artista logra tomar el primer viaje que llevaría a cabo el Titanic -el transatlántico más grande y seguro jamás construido-, ganando su pasaje en un juego de cartas, la embarcación tiene como destino América. A bordo conoce a Rose, una joven cuya familia cayó en ruina a pesar de haber gozado de una muy buena posición económica, por lo que su madre convino que contrajera matrimonio con Cal (interpretado por Billy Zane), un millonario que ejerce violencia sobre Rose, a quien solo le interesa por el prestigio que aún tenía su familia.

Jack y Rose se enamoran. En ese primer viaje que la embarcación estaba realizando ésta impacta contra un iceberg, lo que provoca su hundimiento, muriendo en dicho evento gran parte de las personas que se encontraban a bordo. Luego de la colisión, el hundimiento se dio en un primer momento de forma lenta; en una de las escenas finales puede verse a Cal abrir la caja fuerte del camarote y extraer un collar de diamantes de muy alto valor que le había obsequiado a su prometida, con el fin de, por un lado, incriminar a Jack por el robo del collar y, por otro, apropiarse del mismo recuperándolo, esta segunda intención puede verse cuando Cal se lamenta al recordar que el collar se encontraba en el bolsillo del abrigo que le dio a Rose cuando la vio mojada.

3° Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida;

Se establecen distintos supuestos. Previo a analizarlos debemos mencionar que el fundamento del agravante radica en la forma de su realización, pues en este caso el sujeto activo “desactiva” defensas opuestas por la víctima para la protección de determinados bienes, ello sin desplegar fuerza destructiva, pues en ese caso debemos desplazarnos a la figura del robo. En concreto lo que justifica la aplicación de una escala penal mayor es la destreza del sujeto activo para burlar las defensas opuestas por la víctima.

Dentro de la agravante encontramos que el sujeto activo utiliza una ganzúa, una llave falsa o cualquier otro instrumento que sea capaz de abrir una cerradura o candado, sin dañar su mecanismo.

La ganzúa, según la definición dada por la Real Academia Española es un *Alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras*. La llave falsa es toda llave que no pertenezca al propietario y que es capaz de activar el mecanismo de apertura.

De la simple lectura de la norma, surge que cualquier elemento utilizado que sea capaz de abrir una cerradura o candado sin dañarlo y ocurrido que sea el desapoderamiento quedan integrados los elementos del tipo en su totalidad. Sobre este punto resulta interesante detenerse un momento en el caso de los denominados inhibidores de cierre, se trata de elementos que tienen como función “bloquear” o impedir el accionamiento electrónico de una cerradura, lo más utilizado hoy por hoy en los vehículos automotores.

Entendemos que la utilización de estos artefactos quedan comprendidos en la figura agravada que nos encontramos describiendo, que si bien en términos estrictos, no activan el mecanismo de apertura, lo cierto es que su función es precisamente la contraria, no permiten que la cerradura ejecute la orden dada electrónicamente por el propietario, por lo que podemos encuadrar a los inhibidores dentro de las previsiones de *“u otro instrumento semejante”*.

Respecto a la llave verdadera, en contraposición a la llave falsa, resulta ser la utilizada por el propietario para la apertura de la cerradura o candado y se dan diferentes supuestos: la llave que haya sido previamente desapoderada a la víctima (sustraída) ya sea por el autor del hurto o por parte de un tercero; la llave hallada es aquella que la víctima extravió u olvidó; finalmente la llave retenida es aquella en que el sujeto activo entró en posesión de la misma lícitamente, es decir, con autorización de la víctima, pero excede esa autorización y se aprovecha de la situación para llevar a cabo el hurto.

En la icónica película argentina “9 Reinas” del año 2000, protagonizada por Ricardo Darín y Gastón Pauls, escrita y dirigida por Fabián Bielinsky, si bien la trama principal de la película puede ser entendida desde otras figuras penales, existe una escena en donde Marcos (Ricardo Darín) le explica a Juan (Gastón Pauls) que él no es “chorro” y le pregunta si le gustaría observarlos. A continuación, lo lleva a la vía pública y comienza a señalarle situaciones donde se encuentran todos ellos, las imágenes nos muestran diferentes hechos donde distintas personas están cometiendo arrebatos, hurtos, robos, etc., entre ellos se ve a un varón que con el uso de una barra metálica abre la cerradura de un automóvil de color rojo y se introduce en el mismo.

4° Cuando se perpetrare con escalamiento.

El agravante del hurto que es cometido con escalamiento tiene como fundamento el vencimiento de aquellas defensas opuestas por parte de la víctima para la protección de sus bienes, en este caso no por la utilización de algún elemento en concreto sino por el despliegue de destreza física que debe llevar a cabo el sujeto activo.

Lo que importa para la consumación de la figura calificada es el quebrantamiento de las defensas interpuestas previamente por el propietario de la cosa hurtada, que ese sea llevado

a cabo con un esfuerzo físico más allá de un simple obstáculo, no podría constituir escalamiento quien simplemente traspasa un cerco que solo le requirió elevar sus pies del piso unos escasos centímetros.

La norma no establece a qué se refiere con el término escalar por lo que en el caso en concreto se debe evaluar la entidad de las defensas opuestas por el sujeto pasivo, el despliegue de destreza y energía física llevada a cabo por el sujeto activo y la necesidad de utilizar ese medio, pues no podría configurar la forma calificada de hurto con escalamiento quien para apoderarse de una cosa mueble escala un muro de dos metros de alto cuando podría haber ingresado a la propiedad que carecía de aberturas colocadas; con esto estamos tratando de referenciar que el sujeto pasivo efectivamente debe haber colocado defensas útiles que sean burladas por el autor del hurto mediante escalamiento.

En concreto, debe existir una relación directa entre el esfuerzo físico del sujeto activo con la defensa opuesta por el propietario a la que burla escalando.

Por otro lado, no constituye esta forma calificada si el autor logra acceder a los bienes por otro medio que no sea escalando, por ejemplo, porque encuentra una puerta abierta, y luego arroja la res furtiva por encima de un muro para evitar ser descubierto.

Un clásico del cine donde podemos ver escenas de escalamiento con fines de hurto es la película de Alfred Hitchcock “To Catch a Thief” (atrapa a un ladrón) estrenada en 1955, John Robie -Cary Grant- es un ladrón retirado que se encuentra viviendo en la Costa Azul, comienzan a llevarse a cabo una serie de robos que tienen como seña particular la forma de cometerse que tenía John, por lo que comienzan a sospechar de él. La siguiente víctima podría ser la madre de una heredera americana, Frances, interpretada por Grace Kelly. John intenta probar su inocencia por lo que se propone atrapar al ladrón.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren.

La anteúltima forma calificada del hurto es la que se lleva a cabo sobre mercaderías en tránsito, casos como el que nos encontramos comentando son cometidos por los denominados piratas del asfalto, es decir, lo que se encuentra especialmente protegido en este caso es el objeto del hurto en sí mismo, tal como lo indica la figura se trata de mercaderías transportadas por cualquier medio, ya sea por vía terrestres, marítima o aérea.

El fundamento de la mayor tutela penal que tienen estos objetos es la mayor desprotección en que se encuentran al momento de su traslado, incluyéndose el momento de su carga, descarga o escalas que se realicen, siendo que el cuidado que se ejerza en esos momentos se encuentra claramente dificultado y que da una oportunidad mayor para el sujeto activo de lograr su cometido.

Si bien no se trata de una película, y lo cierto es que los hechos son cometidos con violencia, lo que nos desplazaría a la figura al Art. 167 Inc. 4 como ya mencionamos, pero donde pueden apreciarse escenas de hechos cometidos por “piratas del asfalto” es la serie argentina “Un gallo para esculapio”. La primera temporada, estrenada en el año 2017, estaba protagonizada por

Peter Lanzani (Nelson Segovia), Luis Brandoni (Marcelo “Chelo Esculapio”), Luis Luque (Pedro “Yiyo” Guzmán), Julieta Ortega (Nancy), Ariel Staltari (Andrés “Loquillo” Ghío) y Eleonora Wexler (Estela Benítez), entre otros. La historia muestra como Nelson Segovia llega al gran Buenos Aires desde Misiones para traerle un gallo de riña a su hermano a quien no logra encontrar. En la búsqueda de su hermano conoce a Chelo quien es jefe de una banda de piratas del asfalto.

6° Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Finalmente, la última de las formas calificadas que encontramos en este artículo es el hurto de vehículos dejados en la vía pública -o lugares de acceso público-.

El fundamento del agravante no radica solamente en el objeto de protección (vehículos) sino además en la dificultad que posee el propietario de resguardar el bien en sí mismo, ya que por su naturaleza se encuentra en la necesidad de dejarlo en lugares que no poseen esferas de protección más allá de las que posea el vehículo en sí.

En cuanto al objeto, la norma no discrimina a qué tipo de vehículos se refiere, por lo que podemos entender que se trata de todo tipo de vehículos, ya sean estos con motor, entendiendo a aquellos cuyo impulso se produzca mediante un motor de combustión interna -como pueden ser automóviles, camiones, camionetas, motocicletas, etc.-; los de tracción a sangre -como pueden ser carros, carruajes e incluso bicicletas-, y actualmente deben incluirse a los vehículos cuya tracción es por medio de electricidad o combustibles alternativos, -como es el caso del hidrógeno-.

Como mencionamos, el principal fundamento del agravante es la dificultad del cuidado o guardado del vehículo, situación que es aprovechada por el autor del delito para su comisión, motivo por el cual el legislador solo protege con la forma calificada al vehículo cuando éste es dejado en la vía pública o lugares de acceso público, como pueden ser las playas de estacionamiento, siempre que éstas no cuenten con servicio de seguridad, ya que en este caso se estaría trasladando la custodia del vehículo a un tercero lo que excluiría el principal fundamento de la forma calificada.

Para este agravante, a riesgo de resultar redundantes, podemos citar nuevamente la película Nueve Reinas, que, con la escena descripta para el caso de uso de ganzúa, en el supuesto que quien abre la puerta del auto también logre accionar el automóvil y se apodere del mismo, constituiría un hurto doblemente calificado, por ser cometido por el uso de ganzúa y por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública.

De esta manera, hemos efectuado un análisis del artículo 163 del Código Penal en su actual redacción, no consideramos necesario realizar una explicación desde una perspectiva de antecedentes históricos ni doctrinarios, ya que entendemos que el análisis práctico de las figuras comentadas a la luz de las películas recomendadas lo hacen más llevadero, entretenido y pedagógico para el lector. En caso de desear un análisis más profundo de estas figuras siempre se puede recurrir a la lectura de un tratado en la materia.

Bibliografía

- Buompadre, Jorge E. Manual de derecho penal: parte especial – 1° edición – Buenos Aires: Astrea, 2012.
- D'Alessio, Andres José. Código Penal: Comentado y anotado: Parte Especial (Arts. 79 a 306) 1° edición – Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal: parte especial, tomo II-B – 2° edición actualizada – 2° reimpresión – Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Fontán Balestra, Carlos. Derecho penal: parte especial. – 17° edición – Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.
- Parma Carlos – Magiafico David – Alvarez Doyle Daniel. Derecho Penal. Parte Especial - 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

CAPÍTULO 13

El delito de robo

María Elia Klappenbach

Introducción

La idea de este libro es explicar los distintos tipos penales a través del cine, en este caso, el delito de robo o robo simple como se lo denomina habitualmente.

Está previsto en el artículo 164 dentro del Título VI del Código penal denominado “delitos contra la propiedad”.

En el Código Penal vamos a encontrar exclusivamente la protección de la llamada propiedad común. La especial (derechos intelectuales: ideas, inventos, patentes, etc.), está regulada por leyes especiales.

Se resguardan en este título bienes que no son atributos esenciales de la personalidad y que poseen la característica de ser apropiables por determinadas personas.

Bien jurídico protegido: es la propiedad en su concepción penal

El artículo 15 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio.

El artículo 16, por su parte, expresa que los derechos referidos en el artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Hasta acá sería la definición civil, sin embargo, mayoritariamente se acepta que el Código Penal en este punto se aparta de la conceptualización que brinda el Código Civil acerca de la propiedad. Así penalmente, se extiende el concepto al poder que se tiene sobre los bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales. Abarca la tenencia a título de dueño o la de simple tenedor.

El concepto de propiedad se amplía acercándose al que le otorga el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Abarca la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales cuanto al poder sobre las cosas procedente de otros títulos o situaciones jurídicas que conceden facultades idóneas para

aumentar los bienes de una persona que ya se encuentren dentro del patrimonio de un sujeto o como expectativas ciertas.

No interesa la naturaleza de la tenencia o posesión que detenta el sujeto de que goza el despojado, pues el señorío de hecho que esa relación sujeto-objeto genera no puede ser arbitrariamente turbado.

El art. 164 del C.P.

1.- Este artículo establece que *“será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para lograr su impunidad”*.

Podemos decir que se trata de un hurto que resulta agravado por el medio comisivo: fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

A.- Sujeto activo: genérico: puede ser cualquier persona

B.- Sujeto pasivo: genérico también

C.- Acción típica: desapoderar ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena con fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

Vamos a ir desgranando esto.

C1.- aspecto objetivo: apoderamiento

El concepto de apoderamiento implica quitar la cosa de la esfera de custodia de su dueño, o de quien legítimamente la detenta y quedarse con la cosa con algún poder sobre ésta.

Representa un acto material de desplazamiento de la cosa que está en poder de la víctima al autor, sumado al propósito del agente de someter la cosa a su propio poder.

Para fijar el grado de apoderamiento hay que tener en cuenta la índole del resultado y las diversas formas de arribar a él.

El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que *“... el delito de robo - art. 164 C.P.- no se perfecciona con el mero desapoderamiento de la cosa al sujeto pasivo, sino con el concreto apoderamiento del sujeto activo, lo que ocurre cuando al menos por unos segundos éste goza del libre poder de disposición material que el primero tenía sobre el objeto desapoderado”* (Tribunal de Casación Penal, Sala V, causa 64606, regs. 182, sent. del 12-III-2015).

C2.- Ilegitimidad del desapoderamiento

El tipo penal exige que el desapoderamiento sea ilegítimo.

El autor debe saber entonces que obra ilegítimamente.

Quedan excluidos los casos donde el sujeto activo actúa justificadamente.

C3.- cosas total o parcialmente ajenas

El desapoderamiento debe recaer sobre una cosa mueble total o parcialmente ajena:

El Código Civil y Comercial de la Nación define a las cosas como objetos materiales susceptibles de tener un valor.

El art. 2227 del mismo Código conceptualiza a las cosas muebles como aquellas que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.

Es decir, son bienes que pueden moverse por sí mismos o mediante una fuerza externa, a diferencia de los inmuebles, que están fijos al suelo o tienen una ubicación permanente.

En la película “101 dálmatas”¹⁴⁵, se puede ver una escena de un robo simple donde dos sujetos activos se apoderan de cosas muebles que pueden moverse por sí mismos: los cachorros dálmatas.

La película trata de como Cruela de Vil (Glenn Close), ávida por tener un tapado de piel distinto de los que existían en el mercado, contrata a Gaspar (Hugh Laurie) y a Horacio (Mark Williams) para que se apoderen de los cachorros dálmatas de una pareja. La finalidad que tenía era confeccionar, con la piel de éstos, un exótico abrigo.

Al ingresar a la casa donde estaban los perritos, Horacio y Gaspar ejercen violencia física sobre Nanny (Joan Plowright) para poder luego llevarse a los cachorros.

El desapoderamiento de la cosa conlleva una disminución de su patrimonio en su integridad material, aunque no constituya, necesariamente, un ataque a su integridad económica.

Aquí volvemos a la película de Disney a la que se hizo referencia: los dueños de los perritos no sabían cómo iban a hacer para mantenerlos. Los cachorros dálmatas resultaban cosas cuyo mantenimiento requería gastos y no suministraba beneficio económico alguno, sin embargo, el desapoderamiento implicó un ataque al patrimonio de sus dueños.

D.- Fuerza en las cosas:

El tipo penal exige un despliegue de actividad ejercida por el sujeto activo tendiente a superar o remover los obstáculos o resistencias que opone una cosa con el fin de lograr su apoderamiento.

Se puede decir que la cosa opone resistencia cuando la misma -por sus características- requiere una actividad del sujeto activo que va más allá del esfuerzo necesario para transportarla o simplemente removerla del lugar donde estaba. El esfuerzo debido al peso de la cosa o a su volumen no constituye fuerza típica. Opone resistencia por sus reparos cuando éstos son los que exigen del agente aquella actividad (por ejemplo, cortar una cadena que ata la cosa a la pared), sin importar que no hayan sido dispuestos para la defensa.

¹⁴⁵ (“101 Dalmatians”, en inglés), película estadounidense de 1996, remake de la película homónima de 1961 de Disney. Basada en la novela de la escritora Dodie Smith. Estuvo dirigida por Stephen Herek, escrita por John Hughes y producida por Hughes y Ricardo Mestres. Actúa Glenn Close como Cruella de Vil y Jeff Daniels, Joely Richardson, Joan Plowright y Tim McInnerny completan el elenco. Se estrenó el 27 de noviembre de 1996 y recaudó 320 millones de dólares en cines con un presupuesto de 67 millones de dólares, lo que la convirtió en la sexta película más taquillera de 1996. Glenn Close fue nominada al Globo de Oro a la Mejor Actriz de Comedia o Musical, mientras que la película fue nominada al Premio BAFTA al Mejor Maquillaje y Peluquería.

La fuerza no tiene por qué ser ejercida sobre el elemento defensivo específico alguno, bastando que la conducta que viabiliza la sustracción sea diversa de la que en forma natural hubiera observado el propietario del bien para removerlo de su sitio.

No es necesario que queden indicios de esa fuerza en las cosas. Es decir, no es requisito que la cosa quede dañada.

Se discute la intensidad de esa fuerza: la mayoría exige una fuerza destructiva o anormal. Lo primero implicaría que se altere dañosamente (romper cortar deformar lo que rodea la cosa). Lo segundo que la actividad del agente represente algo más de la actividad normal que el legítimo tenedor haya de realizar para tomar el mismo la cosa aunque ésta exija una actividad alteradora de su estado: la anormalidad o normalidad dependerá, por tanto, del modo del apoderamiento: cortar con un cuchillo la cerda de un caballo no será robo pero sí matar al caballo para hacerlo, cortar la fruta para apoderarse de ella no, pero sí aserrar el árbol para recoger la fruta, matar a la oveja para apoderarse de la carne no será robo, pero sí matar al perro ovejero que la protege.

Hay quienes sostienen -por el contrario- que la fuerza en las cosas se da siempre que el desapoderamiento exija del agente el despliegue de una energía que importe el vencimiento de resistencia, sea que ésta se origine en la unión natural de una cosa a otras o en las particularidades del mecanismo de la unión, aunque ese despliegue sea idéntico al que tiene que realizar el legítimo tenedor para remover la cosa.

Por otro lado, se requiere una vinculación objetiva entre la fuerza y el desapoderamiento. Es decir, la fuerza tiene que haber sido empleada *para* lograr el desapoderamiento.

Para seguir con ejemplos del cine, podemos usar la película argentina “La Odisea de los Giles”¹⁴⁶. En ella, se puede ver el despliegue de fuerza en las cosas que se requirió para apoderarse de los dólares que se encontraban escondidos en una bóveda enterrada en un campo.

La película transcurre en los años de la crisis económica en Argentina desde el año 1998 al 2002, donde un grupo de vecinos de un pueblo de la provincia de Buenos Aires descubre que los ahorros que tenían en el banco para la creación de una cooperativa fueron retenidos debido a una estafa realizada por un abogado y el gerente de una entidad financiera. Entre los vecinos del pueblo, se organizan y arman un plan para recuperar el dinero perdido.

En una de las escenas muestran como, momentos antes de hacerse de los dólares, cortan el alambre perimetral del campo y, minutos después, utilizan un taladro para romper la puerta de ingreso a la bóveda. En ambos casos la fuerza en las cosas tiene una vinculación directa con el desapoderamiento.

¹⁴⁶ Película argentina de comedia dramática criminal y aventura estrenada en 2019, coescrita y dirigida por Sebastián Borensztein. Está protagonizada por Ricardo Darín y Luis Brandoni. El guión es una adaptación de la obra de Eduardo Sacheri *La noche de la usina*. Fue seleccionada para participar en la 44° edición del Festival de Cine de Toronto en la sección *Special Presentations*. Obtuvo el premio a la Mejor película iberoamericana en la 34.ª edición de los Premios Goya.

Es claro, que en este caso no corresponde calificar como robo simple toda vez que el dinero estaba escondido en un lugar despoblado y en el desapoderamiento participaron coordinadamente más de tres personas, pero nos sirve para ejemplificar cómo no siempre la fuerza recae directamente en el objeto de desapoderamiento.

E.- Violencia física en las personas:

E. 1.- El artículo 164 también prevé la violencia física en las personas como medio comisivo.

Hay acuerdo en la doctrina en que dicha violencia física no solamente se integra con la fuerza directa sobre la víctima puramente como cuerpo (vis absoluta) sino también como aquella que quebranta su voluntad (vis compulsiva).

Podemos decir, entonces que la violencia es el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo o un tercero opone o puede oponer al apoderamiento.

En el film argentino, “Pizza, Birra, Faso”¹⁴⁷, hay un ejemplo de robo cometido con violencia sobre la persona (vis absoluta).

Cuenta la historia de una banda de adolescentes marginales que habitan una misma casa y sobreviven en las calles de Buenos Aires realizando todo tipo de robos.

En una de las escenas Frula (Walter Díaz) y el Cordobés (Héctor Anglada) deciden comprar comida y van en busca del Rengo (Rubén Rodríguez), un discapacitado que toca la guitarra en la calle. Se puede ver ahí cómo le sustraen la recaudación que tenía y cómo cuando el Rengo se da cuenta intenta evitar la sustracción, peleando con ellos a manotazos.

No siempre la violencia física sobre la persona puede darse con menor intensidad e igualmente constituir el delito de robo.

En el film *The Rock*¹⁴⁸, encontramos otro ejemplo. En un momento de la película, Stanley Goodspeed (Nicolas Cage) empuja al propietario de un auto para quedarse con el vehículo y poder perseguir a uno de los hombres de Francis X. Hummel (Ed Harris), que está tratando de escapar.

La trama gira en torno a un grupo de exmilitares que toman como rehenes a 82 turistas en la isla donde se encontraba la antigua prisión de Alcatraz.

El protagonista, Stanley Goodspeed, es un especialista en armas químicas que se ve obligado a unirse a una misión para detener a los terroristas, liderados por el general Francis X. Hummel, que habían tomado control de un arsenal de misiles químicos. Goodspeed se une a John Patrick Mason (Sean Connery) quien es un antiguo prisionero de Alcatraz y experto en la isla para infiltrar y neutralizar la amenaza.

A medida que avanza la trama, Goodspeed y Mason enfrentan numerosos desafíos, incluyendo enfrentamientos con los terroristas y la presión del tiempo para desactivar las armas.

¹⁴⁷ *Pizza, birra, faso* es una película argentina dramática de 1998 escrita y dirigida por Bruno Stagnaro e Israel Adrián Caetano. Fue estrenada el 15 de enero de 1998.

¹⁴⁸ *La Roca* (título original: *The Rock*) es una película de acción estadounidense del año 1996, dirigida por Michael Bay y protagonizada por Sean Connery, Nicolas Cage y Ed Harris en los papeles principales. Nominada al premio Oscar al mejor sonido.

Ese apoderamiento del vehículo no constituye un robo agravado (en los términos del artículo 167 inciso cuarto del Código Penal) porque no había sido dejado en la vía pública, sino que lo estaba conduciendo su propietario.

E.2.- En supuestos de vis compulsiva, en cambio, la violencia se ejerce sobre la voluntad de la persona. Se la intimida para que, frente a ello, entregue alguna de sus pertenencias o no se resista al desapoderamiento. Implica la amenaza del uso de violencia o de mal físico para la víctima.

Podemos ver un ejemplo de ello, en la película “Mi pobre Angelito”¹⁴⁹. Relata la historia de un niño de ocho años (Macaulay Culkin) que debe defender su casa de dos ladrones (Joe Pesci y Daniel Stern) tras haber quedado accidentalmente solo en Navidad.

Kevin McCallister, de 8 años, vive junto a su familia en Chicago. Tenían planeado pasar la navidad todos juntos en París. Sin embargo, en el apuro por salir a tomar el vuelo, Kevin es olvidado en su casa. Su familia solo se da cuenta de su ausencia cuando ya habían arribado a París, por lo que intentan buscar una forma rápida de poder volver a casa. Se encuentran, sin embargo, con que no hay vuelos disponibles hasta el día siguiente.

Al principio Kevin disfruta de estar solo en su casa, pero Harry y su socio Marv descubren que está solo -a pesar de los intentos de Kevin por hacerles creer lo contrario- y planean desvalijar la residencia donde viven los McCallister en plena Nochebuena. Ya habían sustraído cosas de otras casas y la creían un blanco muy fácil al no encontrarse la familia presente.

Ambos delincuentes ingresan a la vivienda sin fuerza porque la puerta estaba abierta. La violencia en este caso (vis compulsiva) se da en la intimidación que le realizan todo el tiempo al niño.

E.3.- Intimidación con arma:

Se debe hacer en este punto una aclaración en relación a la intimidación con un arma.

Antes de la reforma introducida al Código Penal por la ley 25.882 (publicada en el B.O. el 26 de abril de 2004), se discutía sí, cuando el sujeto activo utilizaba como medio de intimidación (vis compulsiva) un arma que no tenía o no se podía determinar si tenía aptitud ofensiva para lograr el desapoderamiento, constituía el delito de robo simple o, en cambio, el de robo calificado por armas.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, hasta el año 2002, mantenía el criterio de que *“... el elemento arma simboliza un objeto apto en el caso concreto, y según el modo en que fuere utilizado, para dañar, con exclusión de todo aquello que parezca un arma sin serlo. En consecuencia, el arma de fuego descargada o inútil -a la que no se le haya dado un uso impropio- no es arma en sentido legal. Esa capacidad ofensiva -en tanto inherente, en sentido legal, al término arma debe entonces ser acreditada como cualquier otro hecho*

¹⁴⁹ El título original es Home Alone, *Mi pobre angelito* en Hispanoamérica y *Solo en casa* en España es una película estadounidense de 1990 escrita y producida por John Hughes, dirigida por Chris Columbus y protagonizada por Macaulay Culkin, Joe Pesci, Daniel Stern, Catherine O'Hara, Roberts Blossom, John Heard y John Candy en los papeles principales. Se estrenó en Estados Unidos el 10 de noviembre de 1990, y en el resto del mundo a partir del 16 de noviembre de ese mismo año. Recibió dos nominaciones a los Globos de Oro en las categorías de mejor película de comedia o musical y de mejor actor en una comedia o musical para Culkin, al igual que dos nominaciones a los Premios Óscar por mejor banda sonora original (la cual fue compuesta por John Williams) y mejor canción original (“Somewhere in My Memory”). *Home Alone* se convirtió en la película de comedia más taquillera de todos los tiempos en los Estados Unidos y mantuvo el récord mundial hasta que fue superada por *The Hangover Part II* en 2011.

existan o no “recelos” sobre el mismo. Aquello de que lo usual sea que los revólveres disparen no constituye la demostración de que éstos siempre lo hagan sino la descripción de sólo una presunción de ello, y extender ésta hasta otorgarle el carácter de plena prueba constituye un grave error lógico jurídico”¹⁵⁰.

Esta doctrina se modifica a partir del precedente “Manso” (P. 59812, sent. del 2-V-2002), donde se sostuvo que *“...[l]a mera exhibición u ostensibilización de cualquier instrumento que pueda razonablemente formar en la convicción de quienes para intimidar a los cuales se utiliza, que se encuentran frente a un elemento que los torna vulnerables y que supera sus eventuales mecanismos de defensa naturales convierte a dicho elemento en un arma a los efectos del art. 166 inc. 2° del Código Penal. Esta apreciación, que es subjetiva en cuanto hace referencia al efecto que se genera en la conciencia del que sufre la intimidación, es también objetiva en cuanto es el propio agresor quien hace uso de ese instrumento con la finalidad manifiesta de aumentar realmente o en apariencia su potencialidad ofensiva, su capacidad de ejercer violencia, en una medida que aprecia superadora de las defensas normales que está en posibilidad de ejercitar el destinatario de su acción violenta”.*

Se resolvió también allí que *“[e]l fundamento de la agravante no reside en el peligro o riesgo que la víctima ha corrido por el uso de arma, sino en la disminución de su potestad defensiva -lo que facilita la perpetración del delito- fruto del poder intimidante (psicológico) que aquélla posee. No puede decirse que el arma de fuego descargada o inútil, no es arma. Si descargada, o en deficientes condiciones de funcionamiento, o con proyectiles ineptos, es un arma, y si se dan cualquiera de estas situaciones se acata a rajatablas con lo dispuesto en el art. 166 inc. 2° del Código Penal. De ninguna norma de derecho positivo aplicable al caso surge, que para que opere la agravante debe existir peligro para la víctima”* (precedente citado).

Con la reforma de la ley 25.882 ha quedado zanjada la cuestión. La intimidación con un arma de fuego que no se puede probar su aptitud o incluso una de utilería quedan fuera del ámbito del artículo 164 del C.P.

Así, en la nueva redacción al artículo 166 inciso 2do. del Código Penal queda claro que si el delito de robo se comete mediante la utilización de un arma la escala penal aplicable será de 5 a 15 años de prisión o reclusión.

En el caso que las armas fuesen de fuego la escala se incrementará en su mínimo y en su máximo en un tercio.

Y si, en cambio, si se usan armas de fuego, pero cuya aptitud para el disparo no puede ser acreditada o se tratasen de armas de utilería la escala penal es de 3 a 10 años de prisión o de reclusión.

¹⁵⁰ P. 33.715, sent. del 4-VI-1985, “Acuerdos y Sentencias”, 1985-II-63; P. 38.478, sent. del 10-IV-1990, “Acuerdos y Sentencias”, 1990-I-752; P. 42.120, sent. del 6-X-1992, “Acuerdos y Sentencias”, 1992-III, 675; P. 45.458, sent. del 22-4-1997, “D.J.B.A.”, 153, 29; P. 48.586, sent. del 14-VI-1994, “Acuerdos y Sentencias”, 1994-II-631; P. 50.038, sent. del 13-IX-1994, “Acuerdos y Sentencias”, 1994-III-666; P. 60.871, sent. del 6-XII-2000).

La diferencia en las escalas penales relativas a si las armas de fuego resultan o no aptas y el impacto que ello tiene en la práctica llegó también al cine en la película argentina “El robo del siglo”¹⁵¹.

Se basa en un hecho real: un robo sucedido en la sucursal del Banco Río de la localidad de Acassuso, Provincia de Buenos Aires en el mes de enero de 2006.

En una de las escenas finales los ladrones dejan pruebas a la policía y al fiscal acerca de la falta de aptitud de las armas. Es decir, antes de irse de la sucursal del banco, colocan las réplicas de arma sobre un paño rojo justamente para demostrar que las mismas no resultan aptas. Con ello iba el mensaje en papel que decía “*en un barrio de ricachones sin armas y ni rencores es solo plata y no amores*”.

Cuando Fernando Araujo (Diego Peretti) les explica a sus cómplices el porqué de utilizar armas que fuesen réplicas les dice “*no queremos que a ninguno le tiemble el pulso y se le escape un tiro*”, además, si nos agarran las réplicas “*nos van a evitar varios añitos*”.

F.- Oportunidad de la fuerza en las cosas o la violencia física en las personas:

La ley establece que tanto la fuerza o la violencia pueden llevarse antes del robo para facilitarlo, durante la ejecución del hecho (acto de cometerlo) o después de cometido para lograr su impunidad.

La ley extiende su operatividad a momentos anteriores y posteriores a los actos ejecutivos.

1.- Cuando la ley se refiere “al acto de cometerlo” nos está indicando que la fuerza en las cosas o la violencia en las personas puede darse desde el comienzo de ejecución del hecho hasta el momento de su consumación, es decir, cuando el sujeto activo se apoderó de la cosa.

En la película argentina “Nueve Reinas”¹⁵², podemos ver una escena donde Gastón Pauls (Sebastián) es víctima de un robo con violencia en su persona (vis absoluta) cuando unos motociclistas le arrebatan -de la mano- un portafolio con estampillas falsas, aquí la violencia física no es de mucha intensidad y se da al momento del desapoderamiento.

2.- La violencia en la facilitación: antes de la ejecución requiere una conexión ideológica “para facilitar”.

Vamos con algunos ejemplos: en la película “La máscara del Zorro”¹⁵³.

¹⁵¹ Este film fue dirigido por Karlay y protagonizado por Diego Peretti, Guillermo Francella, Luis Luque, Rafael Ferro y Mariano Argentó. El rodaje de la película comenzó el 15 de abril de 2019 en Buenos Aires y terminó el 4 de junio del mismo año en Potrerillos, Provincia de Mendoza. Se estrenó, el 16 de enero de 2020. El guión fue escrito por el productor Alex Zito y el propio autor del atraco, Fernando Araujo, quien tenía un taller de pintura a diez cuadras del banco. La cinta fue distribuida por Warner Bros. Pictures.

¹⁵² Fue escrita y dirigida por Fabián Bielinsky. Se estrenó el 31 de agosto de 2000. Protagonizada por Ricardo Darín y Gastón Pauls y coprotagonizada por Ignasi Abadal, Tomás Fonzi, Graciela Tenenbaum, Oscar Núñez, Alejandro Awada y Jorge Noya. Contó con las actuaciones especiales de Leticia Brédice y Elsa Berenguer. Fue nominada a veintinueve premios internacionales, de los cuales ganó veintuno.

¹⁵³ *La máscara del Zorro* (en inglés: *The Mask of Zorro*) es una película estadounidense del año 1998, basada en el personaje conocido como El Zorro, creado por Johnston McCulley. Fue dirigida por Martin Campbell y protagonizada por

En ella se cuenta la historia de Alejandro Murrieta (Antonio Banderas), un joven bandido que busca venganza contra Don Rafael Montero (Wilson) quien es un corrupto gobernador español responsable de la muerte de su hermano.

La trama comienza con el antiguo Zorro, Don Diego de la Vega (Antony Hopkins), que, tras veinte años de prisión, escapa para vengarse de Rafael Montero, hombre que había secuestrado a su hija Elena (Katherine Zeta-Jones). Buscaba, además, vengar el asesinato de su esposa Esperanza. Para ello, Diego entrena a Alejandro en las artes del combate y le enseña a adoptar la identidad del Zorro.

A medida que Alejandro se transforma en el nuevo Zorro, se enfrenta a Montero, quien también tiene una conexión personal con la hermosa Elena. Ella descubrirá sus verdaderos orígenes y se enamorará del nuevo Zorro.

En una de las primeras escenas se ve cómo Don Diego de la Vega, primero le entrega una bandeja de copas a uno de las personas que vigilaba una habitación y luego ejerce violencia aplicándole un golpe de puño. De esta manera, luego ingresa a la habitación donde se hallaban los documentos que quería sustraer.

3.- En la procura de impunidad: es la violencia o fuerza en las cosas que se emplea con posterioridad al apoderamiento. La ley exige una conexión subjetiva para procurar impunidad.

En la anterior redacción de la ley 21.338 se exigía además que la fuerza o la violencia se diesen inmediatamente después del apoderamiento.

Si bien la fórmula legal ha cambiado, los autores y la jurisprudencia se pronuncian a favor del encuadre como robo cuando se da solución de continuidad entre el apoderamiento ilegítimo y el ejercicio de la violencia.

El carácter subjetivo se manifiesta en que el autor emplee el medio con posterioridad a la consumación del apoderamiento para procurar su impunidad.

Es indispensable que esté destinada a lograr impunidad, por lo que el empleo de la violencia posterior para lograr el fin propuesto ya no tipifica el delito como robo en tanto no importe, a la vez, la procuración de la impunidad.

En el film “Alerta Roja”¹⁵⁴, tenemos un ejemplo.

El agente especial John Hartley (Dwayne Johnson), y un perfilador criminal del FBI, es asignado para ayudar a la agente de Interpol Urvashi Das (Gal Gadot) a investigar el posible robo de uno de los tres huevos que Marco Antonio le había obsequiado a Cleopatra como regalo de bodas. El mismo, estaba expuesto en un museo de Roma.

Cuando el FBI llega al museo se da cuenta que el huevo en exposición había sido suplantado por uno falso. Dan la orden de cerrar el lugar, sin embargo, antes de que se selle la habitación, el ladrón de arte internacional Nolan Booth (Ryan Reynolds) logra escapar.

Para escapar es que Nolan Booth ejerce violencia para no ser alcanzado por Hartley.

Antonio Banderas, Catherine Zeta-Jones, Anthony Hopkins y Stuart Wilson. La película se estrenó en los Estados Unidos en julio de 1998.

¹⁵⁴ Alerta roja (en inglés: Red Notice), es una película de comedia y acción estadounidense. Fue escrita y dirigida por Rawson Marshall Thurber. Está protagonizada por Dwayne Johnson, Gal Gadot y Ryan Reynolds.

Como vemos el apoderamiento se realiza sin violencia ni fuerza en las cosas al punto que nadie había notado la sustitución del huevo original por el falso, sin embargo, en procura de la impunidad es que Booth utiliza los medios típicos previstos en el art. 164 del Código Penal.

La película continúa luego en la búsqueda de los otros dos huevos por distintos lugares incluida la Argentina.

G.- Tipo subjetivo:

Estamos en presencia de un delito doloso. El empleo de los medios típicos es decir la violencia física en las personas o la fuerza en las cosas tienen que estar vinculados objetiva y subjetivamente con el apoderamiento.

H.- Consumación:

Es necesario partir del elemento objetivo del delito para determinar el momento consumativo instante mismo en que se produce la lesión al bien jurídico protegido consistente en la tenencia autónoma legítima o ilegítima de cosas muebles y se consuma cuando el bien sale de la esfera de poder y de vigilancia de tenedor para pasar a la del delincuente cualquiera sea el tiempo en que este se mantenga.

Históricamente se han seleccionado distintos momentos como determinantes de la consumación de este delito, a saber: la de la aprehensión (aprehensio), para la que basta con que el agente ponga mano sobre la cosa; la de la remoción (amotio), que requiere una remoción o traslado de la cosa del lugar donde se encontraba; la de la privación (ablatio), que exige quitar la cosa de la esfera de custodia de su tenedor y la destinación (illatio) que alarga el momento consumativo a aquel en el cual el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destina para aprovecharla o utilizarla de cualquier modo.

El delito se consuma cuando el bien pasa de la esfera de poder y de vigilancia de la víctima que la detentaba para pasar a la del sujeto activo, aunque ello suceda por escaso tiempo.

Podemos ver en la película *¿Y dónde están las rubias?*¹⁵⁵ un ejemplo.

La historia gira en torno a dos agentes del FBI, los hermanos Kevin (Shawn Wayans) y Marcus Copeland (Marlon Wayans), quienes son asignados a proteger a las hermanas Brittany y Tiffany Wilson, herederas de una rica familia, que han recibido amenazas de secuestro.

Cuando las hermanas sufren un accidente leve que afecta sus rostros, los hermanos deciden disfrazarse como ellas para evitar el secuestro y resolver el caso. Así, Kevin y Marcus se maquillan y se visten como las chicas blancas, intentando hacerse pasar por las hermanas en eventos sociales y de la alta sociedad. Mientras tanto, investigan quién está detrás del intento de secuestro y se enfrentan a situaciones hilarantes y absurdas mientras intentan mantener oculta su verdadera identidad.

¹⁵⁵ *White Chicks*, es una película estadounidense de comedia de 2004, dirigida por Keenen Ivory Wayans, protagonizada por Shawn Wayans y Marlon Wayans. La película fue producida por Revolution Studios y distribuida por Sony Pictures Entertainment.

Tenemos una escena en la que un ladrón le roba el bolso a Kevin (disfrazado), éste persigue ferozmente al ladrón (ya que en el bolso están su placa y su arma), y luego de ser reducido, el delincuente le dice que no puede creer tanto alboroto por un bolso; Kevin le contesta: "No es sólo un bolso... es mi vida".

Acá podemos sostener que al no haber perdido nunca de vista al bolso ni al delincuente éste no pudo disponer de la cosa sustraída por lo cual el delito de robo no se consumó.

La película es conocida por su humor físico, el uso de disfraces y el contraste cultural entre los personajes afroamericanos y la élite blanca a la que están tratando de engañar.

I.- Diferencia entre el delito de robo, el de extorsión y los de defraudación:

La extorsión se identifica por la lesión a la libertad individual la voluntad de la víctima no está ausente y el acto que produce es siempre voluntario pero viciado por cuanto actúa por temor supuesto, en cambio en el robo la voluntad está ausente o cede ante una violencia física.

En este punto, se diferencia el delito contemplado en el artículo 164 de los englobamos como defraudación.

Éstos últimos suponen hacerse de las cosas fraudulentamente o abusando de la confianza o de situaciones en las que el sujeto pasivo cae en engaño.

Ejemplos de ello encontramos en la ya mencionada Nueve Reinas.

Marcos (Ricardo Darín) y Sebastián (Gastón Pauls) nos muestran cómo en la ciudad de Buenos Aires sin usar la fuerza ni violencia se apoderan de distintas cosas (dinero efectivo, anillos, etc.). El dúo logra engañar con distintos métodos (confundir a la empleada de un comercio con el cambio, ponerse de acuerdo entre ellos para darle (Sebastián) a un mozo en una cafetería un billete de cien pesos roto y luego Marcos exigir el vuelto también de \$100 pero de un billete que nunca había entregado; tocar timbre en distintos edificios haciéndose pasar por un sobrino hasta que una señora cae en el engaño y le presta dinero al supuesto amigo de quien ella creía que era sobrino).

Éstos sucesos no constituyen robo, no solo porque no hay ni fuerza en las cosas ni violencia en las personas, sino porque se utiliza el engaño como medio de comisión para que las distintas víctimas les entreguen lo que tenían. Estas disponen -engañadas- de los bienes y los entregan.

Diferencia con la privación de libertad:

La privación ilegal de libertad está reprimida en el artículo 141 del Código Penal con una pena de prisión o reclusión de seis meses a tres años.

Muchas veces al ejercer violencia física sobre la persona con la finalidad de apoderarse de una cosa se la está privando de la libertad: por ejemplo, cuando inmovilizamos al sujeto pasivo para poder desapoderarlo, cuando le impedimos la salida para que no avise a la policía. En estos casos, la privación de la libertad queda absorbida dentro del delito de robo y no constituye un delito autónomo. Si, en cambio la privación de la libertad tiene una finalidad distinta que la del apoderamiento concurrirá en forma real con el tipo penal de robo.

Bibliografía

- Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 1, Ed. Astrea, 6ta. reimpresión actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1999.
- D'Alessio, Andrés José Código Penal de la Nación, 2da. edición actualizada y ampliada, Tomo II, parte especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009
- Romero Villanueva, Horacio J, Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotado con Jurisprudencia, Ed. AbeledoPerrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022,

CAPÍTULO 14

Homicidio con motivo u ocasión de robo

Nahuel Alifracó

El artículo 165 del Código Penal de la Nación, establece que “*Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio*”.

En esta figura podemos identificar un sujeto activo quien despliega la acción de desapoderarse de una cosa total o parcialmente ajena, mediante el empleo de fuerza sobre las cosas, y/o violencia sobre las personas, siendo que, durante el desarrollo de esa conducta, resulta un homicidio.

El fin del autor estaba dirigido al desapoderamiento de un bien propiedad de la víctima, siendo que, en el transcurso de ese hecho, se sucede un homicidio, pudiendo ser doloso, culposo o preterintencional.

Groizard y Viada, muy atinadamente sostienen que esta figura refiere a una conexión ocasional entre los dos hechos, y no a la conexión de medio, es decir que el homicidio no resulta un instrumento para perpetrar el robo.

El robo es una causa, mientras que el homicidio es un efecto o resultado, causado por el robo, por ello “con motivo u ocasión”, existe una relación de causalidad.

Elementos del Tipo

Esta figura requiere de la concurrencia de ciertos elementos para su configuración. En primer término, el propósito del agente o sujeto activo, debe radicar en el desapoderamiento de una cosa ajena, mientras que en segundo lugar el homicidio debe producirse durante la ejecución de este hecho. Por otro lado, surge como elemento la necesidad de asociación del primer hecho con el segundo, es decir, que no haya una ruptura que diera lugar a poner en duda la relación causal, y por último encontramos el elemento culpabilidad, el grado del dolo debe ser apreciado de modo directo o eventual, admitiendo la accidentalidad –la cual debe ser imputable al agente-¹⁵⁶.

El homicidio con motivo u ocasión de robo, reúne un atentado contra la propiedad y un atentado contra la vida, donde el primero siempre preside al resultado homicidio, no debiendo

¹⁵⁶ El elemento subjetivo del homicidio es uno de los grandes debates del art. 165 C.P. desde sus orígenes.

existir premeditación o deliberación previa, sino que el mismo, se produjo durante la ejecución del robo como una contingencia no prevista por el autor, circunstancia que no exime el dolo, siendo lo importante que no tenga carácter pre ordenado, ya que podría recaer en un delito contra las personas.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado que “... *no existieron en estas actuaciones elementos probatorios que permitieran tener por cierto que el ánimo que rigió la conducta de los imputados tuviese una preordenación anticipada, deliberada o resuelta de antemano para terminar con la vida de la víctima a fin de procurar la impunidad, ni que la impulsiva decisión homicida, obedeciera a alguna de las ultrafinalidades específicas de la figura agravada.... En suma, reclamó la aplicación del art. 165 del Código Penal afirmando que la vinculación entre el delito contra la propiedad y el homicidio fue ocasional, provocada por el propio actuar de la víctima...*”¹⁵⁷.

Bien jurídico protegido

Primariamente, debemos decir que el bien jurídico protegido en un tipo penal, refiere al interés vital de la comunidad que el derecho penal busca proteger con la tipificación de una conducta como delito.

En el caso que nos ocupa, diremos que el bien jurídico protegido del homicidio con motivo u ocasión de robo, es doble, el de la propiedad principalmente y el de la vida.

El conflicto surge, cuando debemos determinar si existe prevalencia o preponderancia de uno sobre otro. La respuesta se torna evidente, prevalece la protección de la vida. Ahora bien, esto presta cierta confusión, si observamos, este delito se encuentra dentro del capítulo del código penal que habla sobre delitos contra la propiedad. Entendemos que ello encuentra su fundamento en razón de que la figura principal o detonante del perjuicio a la vida, radica en un delito contra la propiedad.

Por su parte, Vives Antón, sostiene que lo principal es el ataque al patrimonio, mientras que la agresión contra la vida tiene carácter secundario, no obstante, ello, el ordenamiento jurídico no se circunscribe a las configuraciones del autor, otorgando una protección directa a estos bienes por considerarlos como principales, dada su preponderancia por sobre la propiedad.

Soler, en su obra analiza este tipo dentro del capítulo de robos agravados, sin embargo, admite que la división de bienes jurídicos protegidos tiene carácter objetivo, estableciendo al bien jurídico vida como el más importante. Esto se infiere al analizar la normativa cuando podemos

¹⁵⁷Del voto del Dr. Sergio Torres, firmado por KOHAN Mario Eduardo, KOGAN Hilda, SORIA Daniel Fernando. Fecha: 4/11/2024 REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE - Número: RS- 186-2024 - Código acceso: 239DEB3D.

apreciar que la penalidad prevista por el art. 165 del C.P., siendo de 10 a 25 años de prisión, es superior a la prevista por el art. 79 (Homicidio Simple) la cual prevé una pena de 8 a 25 años,

En esa inteligencia, podemos concluir que si bien el art. 165 se encuentra dentro del título delitos contra la propiedad, y califica su resultado cuando se produce el homicidio, su principal objetivo es proteger el bien jurídico vida.

Naturaleza jurídica

Este tipo penal, tiene como rasgo principal, que existe un tipo base, el cual es doloso, y un resultado o bien una consecuencia que la califica o agrava, la cual incluso puede ser fortuita: el homicidio.

Carrara, sostiene en su análisis, que, respecto a la naturaleza jurídica de este delito, la misma radica en aquellos que atentan contra la vida, por entender que el medio prevalece sobre el fin, visto que el robo lo califica, no por su materialidad, sino por su intervención como fin determinante para el homicidio.

Siguiendo este precepto, el resultado muerte, se despende del hecho de robo como un nexo causal, por lo que también involucra los supuestos de accidentalidad.

Parte de la doctrina, entiende que considerar al homicidio en ocasión de robo como calificado por el resultado, encuentra ciertos inconvenientes; por un lado, que el artículo habla de homicidio, el cual conlleva culpabilidad dolosa o culposa. En ese sentido, al emplear la palabra homicidio, se podría interpretar a priori, que solo considera las muertes dolosas, culposas o preterintencionales.

Conflictos del tipo

Una de las principales complicaciones que reviste esta figura penal, radica en su interpretación, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia tuvo dificultades en este campo, en razón de que, en nuestra normativa penal vigente, existe otro tipo que involucra el homicidio dentro de un evento, que podría llegar a ser un robo: el art. 80 inc. 7°, homicidio “Criminis Causae”.

La citada norma legal, establece *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 7° Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito...”*

Ahora bien, cuando hablamos de Homicidio “Criminis Causae”, tiene sus antecedentes, primeramente, con el Código Penal de 1921, instrumentado bajo la Ley 11.179, el cual estableció ambas figuras de forma simultánea, imponiendo prisión perpetua para el “homicidio criminis causa u homicidio conexo”, mientras que para el “homicidio con motivo u ocasión de robo” (actual

art. 165) establecía 10 a 25 años de prisión o reclusión. La implementación de esta legislación, generó grandes debates y contradicción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia al momento de dictar fallos en ese sentido.

El artículo referido al Homicidio en motivo u ocasión de robo, tiene como fuente el Código Español del año 1870, en su art. 516 inc.1°, el cual copiaba el código de 1848. Mientras que el art. 80 inc. 7° -Homicidio Criminis Causae-, proviene del Código Penal Italiano de 1889, precisamente en su art. 366 inc. 5° y 6°. Esta dualidad de fuentes es lo que genera las principales confusiones, ya que ni el código italiano tiene una figura que se asemeje al Homicidio con motivo u ocasión de robo, ni el código español contempla un tipo penal semejante al Homicidio “Criminis Causae”.

La explicación que brindó la jurisprudencia en un primer momento, en torno a este conflicto, es que cuando un homicidio aparece conectado con un robo y no se encuentra acreditado el elemento subjetivo (dolo directo), que exige el art. 80 inc. 7°, corresponde aplicar lo previsto por el art. 165 del Código Penal.

La interpretación de esta norma, debe darse de forma restrictiva, ello por tratarse de un delito que reviste mayor gravedad, que en el supuesto de que concurre de forma real un robo y un homicidio, sin contar lo previsto por el art. 80 inc. 7°. Existen dos conductas, dos acciones, matar y apoderarse de un bien ajeno, la acción tiende principalmente al robo, lo cual no significa que sea la única acción, produciéndose la muerte de la víctima, donde cabe la posibilidad de que exista dolo o que se de en forma accidental.

Entonces, ¿Cómo tiene que producirse el homicidio para que se configure este tipo penal? En primer término, observamos que existe una conexión temporal, el homicidio debe ser contemporáneo al motivo o la ocasión en la que se produce el robo. Este motivo u ocasión, debe entenderse desde el comienzo de su ejecución hasta su consumación, incluyendo que la “*violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar **antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad...***”¹⁵⁸ según prevé la figura básica del robo en el art. 164 del C.P.

Otra arista importante respecto de esta figura, la podemos encontrar en cuanto a la discusión con respecto a la tentativa. Al ser un delito calificado por el resultado, es necesario que se produzca el homicidio para configurar el tipo penal, lo que habilitaría únicamente la opción de delito tentado en el caso que no se concluyera el delito contra la propiedad “robo”.

El resultado fatal es condición necesaria, aunque el desapoderamiento haya quedado en grado de tentativa, su aplicación no exige la consumación del delito contra la propiedad, sino que la muerte se suceda durante su ejecución, sin importar si se consuma o no, ya que lo decisivo del encuadre legal que prevé el art. 165 del Código Penal, es el homicidio. Por ello, es conocido como uno de los delitos calificados por el resultado.

¹⁵⁸ Los subrayados corresponden a los momentos en los cuales puede producirse el homicidio.

Otro punto importante refiere a la coautoría en este tipo penal, cuando los autores del desapoderamiento son dos o más sujetos, siendo que uno de ellos durante la ejecución de ese hecho da muerte al sujeto pasivo.

En ese sentido se expresó la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires¹⁵⁹, donde sostuvo que, respecto de la responsabilidad penal de los coautores, esta solo llega hasta donde alcanza la resolución conjunta concerniente al hecho, siendo que las acciones individuales que cada interviniente realiza, las cuales vayan más allá, configurando un exceso, solo pueden atribuirse a quienes la realizan, como autores individuales. La responsabilidad del autor se encuentra circunscripta de acuerdo al alcance de la decisión común de realizar el hecho.

En este sentido, es importante remarcar que debe existir un exceso, ya que si existe acuerdo entre los sujetos para la comisión de un robo empleando armas de fuego aptas y en condiciones de ser disparadas, todos los involucrados en el desapoderamiento tendrán responsabilidad penal, sin importar quién fue el que efectuó el disparo contra el sujeto pasivo, en virtud de entender que todos aceptaron de antemano la eventualidad de la producción del resultado muerte al utilizar armas de fuego aptas para su disparo.

Pasando en limpio, el homicidio con motivo u ocasión de robo conlleva una conexión temporal, en razón de la cual el resultado homicidio debe haberse cometido en el lapso que abarca el comienzo de la ejecución del robo, pasando por la consumación, llegando a la violencia para lograr su impunidad, teniendo en cuenta que si todos los imputados estuvieron de acuerdo en el arma, el robo y la posibilidad de su utilización, serán todos coautores, en el caso, que se demuestre la decisión individual, excediendo el acuerdo del robo, responderá como imputación individual, ya que es producto de un acto que excede la decisión en común que tenían los autores.

Como puede verse en la serie estadounidense *The Sopranos*, estrenada el día 10 de enero de 1999, donde se cuenta la historia de un mafioso de la ciudad de New Jersey, de nombre Tony Soprano, quien comienza a tener dificultades en su hogar y en su organización criminal.

Junto a él, trabaja su sobrino y protegido Christopher Moltisanti, quien resulta ser un joven inmaduro, que no hace caso a los dichos de su tío y tiende a cometer errores, como así también, todo tipo de excesos.

Dentro de esa inmadurez, y desafiando a Tony, comienza a robar camiones de mercadería, siendo este el negocio y área de Junior Soprano, tío de Tony, quien le advirtió en reiteradas ocasiones que no se entrometa en su territorio.

En el episodio 2 de la temporada 1 de esta serie, se muestra como Cristopher, junto con su amigo y socio de nombre Brendan Filone, roban un camión que contenía trajes de alta costura, provocando la ira de Tony, quien cuando toma conocimiento, y a los fines de evitar un conflicto con su tío Junior, obliga a Cristopher a que devuelva la mercadería y se disculpe con él.

Luego de ello, molestos tanto Cristopher como Brendan, quienes se sintieron humillados, planean otro golpe a un camión de mercaderías, pero a último momento Cristopher decide no formar parte del atraco.

¹⁵⁹ fallo 13-3-2001, P 849, RSD-90-1.

Brendan, sin escuchar lo que dice su amigo y socio, se embarca en este golpe, junto con otros sujetos de poca experiencia. El episodio, muestra como los mencionados interceptan un camión de mercaderías, haciendo descender al conductor a punta de armas de fuego, momento en el que, a uno de los ladrones, se le cae su pistola al piso, disparándose e impactándose contra la humanidad del conductor, causando su muerte y llevándose luego el botín.

En esta escena, podemos ver un claro ejemplo de un homicidio en motivo u ocasión de robo, existe un hecho principal, o delito base, el desapoderamiento de la mercadería en tránsito, mientras que, durante la ejecución del mismo, se genera el segundo tipo penal, donde dan muerte al conductor del rodado.

Se observa que conforme a como se suceden los hechos, no existía voluntad del autor de terminar con la vida de la víctima del ilícito, pero en el desenvolvimiento de ese hecho, se produce la muerte, la cual, si bien reviste ciertos rasgos de accidentalidad, es imposible ignorar que al esgrimir un arma de fuego cargada y apuntarla contra la humanidad de otra persona, se encuentra latente la posibilidad de hierla. Existe una eventualidad que se presume y no debe ignorarse.

Distinto es el caso que observamos en la historia de Batman, superhéroe ficticio de cómic creado por los estadounidenses Bob Kane y Bill Finger y propiedad de DC Comics, quien cuando era niño presencia el asesinato de sus padres.

Luego de ver la obra teatral Excalibur, en el teatro Aragon de Ciudad Gótica, Thomas, Marta y Bruce (Batman) Wayne, en ocasión de estar atravesando un callejón son interceptados por Joe Chill, quien apunta a la familia con un arma de fuego con el fin de robarles sus pertenencias. Ante el intento de defensa de Thomas, Chill efectuó un disparo contra él, como así también hacia Martha, que intentó detenerlo, resultando la muerte de ambos en presencia del niño Bruce. Tras el hecho, el sindicato se daría a la fuga.

Como vemos, la línea es particularmente fina, en el caso que estamos analizando, observamos un claro ejemplo de Homicidio en los términos del art. 80 inc. 7° del Código Penal de la Nación. Chill buscó sesgar la vida tanto de Thomas como de Martha Wayne, a los fines de asegurar o bien de facilitar la consumación del desapoderamiento de los objetos de valor que estos poseían. El dar muerte, fue utilizado como medio para la obtención, facilitación o bien asegurar su otro objetivo ilícito.

Delito de carácter complejo

El tipo penal que prevé el art. 165 puede entenderse como un delito de carácter complejo, el cual se forma por un robo y un homicidio, que surge como una contingencia, no calificada por el elemento subjetivo, sino que se da de forma eventual, lo cual altera el designio del ladrón, y puede resultar de las violencias físicas ejercidas por el autor para facilitar el robo, de las violencias desenvueltas por la víctima, de la accidentalidad o por razones fortuitas, ello en ocasión del despliegue de un accionar que busca desapoderar de la cosa ajena, siendo el robo el elemento esencial del tipo que castiga el resultado de homicidio.

El legislador concentra dos delitos independientes, los cuales conservan sus características propias, dentro de un tipo penal, el cual revista una figura con efectos punitivos más graves.

El requisito que tiene este delito complejo es que no debe mediar en el autor la intención de matar de forma originaria, sino que debe resultar un hecho extraño a su voluntad, que altera su designio y como consecuencia propia de la violencia que ejerce al momento de ejecutar el robo.

Para Buompadre (2021) el robo con homicidio es un delito complejo, que exige la consumación de los dos hechos que lo componen, el apoderamiento violento y la muerte (pág. 416).

Bien dice Soler, que el ámbito de aplicación de este tipo penal, no circunscribe únicamente a los homicidios de forma culposa, además comprende todo aquel resultado muerte, que es causado por la violencia propia del proceso ejecutivo del robo o de sus secuelas posteriores, en las que el fallecimiento aparece como un resultado de carácter preterintencional. Por su parte, Carlos Nuñez tiene un criterio mucho más restrictivo, sostiene que el art. 165 se refiere únicamente a los casos donde el homicidio es un resultado netamente accidental del robo.

El robo agravado que prevé el art. 165 encuentra su configuración cuando la muerte surge como un resultado accidental de la violencia ejercida para lograr el primer hecho, por lo que no debe existir la intención de matar de forma preexistente, sino que su resultado debe obedecer a una circunstancia ajena a su voluntad inicial y como consecuencia de la violencia del desapoderamiento.

Esa accidentalidad o de voluntad diferente a lo previsto por el autor no lo exime de responsabilidad penal, ya que debe existir una comprensión por parte del sujeto activo, quien acepto el resultado o la eventualidad de que este suceda, por lo que no le es compatible la negligencia o imprudencia.

Bibliografía

- Buompadre, Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, ConTexto, Resistencia, Chaco, 2021.
- Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1957
- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, Derecho Penal Parte Especial 7ma. Edición, Ed. Astrea, 2010
- Nuñez, Delitos contra la propiedad Op. Cit. p.217
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino - Ed. TEA 1978.
- Vives Antón, T.S. (coord.), Cobo del Rosal, M., Boix Reig, J., Orts Berenguer E., Carbonell Mateu, J.C., Derecho Penal Parte Especial, 3ªedición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1990,

CAPÍTULO 15

Superman nunca viene por acá...¹⁶⁰

Andrea V. Quaranta

Haber caído a las vías del tren.

Por haber sido empujado por un asaltante.

Esta trágica situación es el milagro de navidad de Lucy.

Art 166 inc 1 CP: Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años: (...) Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

Este artículo agrava la pena a quien “se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”¹⁶¹ específicamente por una especial gravedad de la violencia sobre las personas.

Bien jurídico protegido

En el delito de lesiones, graves o gravísimas, lo que se protege en palabras de María Cortázar “Es la integridad corporal y la salud de la persona lo que se tutela, ya que no solo se protege el cuerpo sino la salud del individuo. Esto implica una protección ampliada de los aspectos anatómicos y fisiológicos del individuo, abarcando tanto la salud física como la psíquica”.

Este delito tiene una pena agravada, ya que la ley sanciona especialmente que se utilice el daño a la salud o integridad de las personas durante la comisión de un delito contra la propiedad.

¹⁶⁰ Frase tomada de la canción “Western” del grupo argentino Attaque 77, incluida en el CD “Antihumano”, año 2003

¹⁶¹ Art 164 CP

Tipicidad

Lo central del artículo analizado son las lesiones

¿Qué lesiones incluye este tipo penal? Como claramente señala el artículo, se trata de las lesiones contenidas en los artículos 90 y 91 del Código Penal.

Recordemos que son:

Art 90. – “*Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro*”.

Art 91 – “*Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir*”.

No es claro por qué el legislador consideró necesaria la inclusión del inciso 1 del artículo 166. Podría entenderse que las lesiones de los art 90 y 91, al no especificar a qué delitos se refieren, son de aplicación en cualquier supuesto. Sin embargo, se ha incluido este inciso, implicando además un notorio aumento del monto de la pena.

Por lo tanto, entendemos que se incluyen en el art. 166 inc. 1 las lesiones dolosas, graves o gravísimas, causadas por el autor para realizar el robo.

Lesiones graves

Son las contempladas en el artículo 90 CP, que en sí mismo plantea distintas situaciones, que pueden agruparse en:

- Debilidad o dificultad permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra.
- Deformación permanente del rostro: una cicatriz visible
- Incapacitar laboralmente a la víctima por más de un mes
- Poner en peligro la vida de la víctima

La debilidad o dificultad permanente implica la disminución en las funciones físicas y psíquicas de la persona. Es una debilitación general del organismo de la víctima a causa de la lesión inferida. Como ejemplos, podemos pensar en la pérdida de la visión (debilitación de un sentido), necesidad de extirpar un riñón (pérdida de un órgano, donde la función puede seguir siendo cumplida de algún modo) o fractura de huesos. En el caso de pérdida de la palabra, puede obedecer a una lesión en los órganos intervinientes (lengua, cuerdas vocales), en el ámbito del cerebro o a cuestiones psicológicas producto de la lesión sufrida.

La deformación permanente en el rostro se configura cuando la lesión sufrida quita la armonía o belleza previa. Parte de la doctrina considera que no es necesario que cause repulsión, mientras que otra postura lo considera un requisito.

En ambos casos, se entiende que es permanente si no desaparece por medios naturales.

La incapacidad temporal laboral mayor a un mes se configura si la persona queda incapacitada para desarrollar tareas laborales. No es requisito que efectivamente tuviera un empleo; ni excluye la tipicidad el hecho de que siga percibiendo sus ingresos mientras no trabaje.

El riesgo de vida se configura si hubo un riesgo real de perder la víctima como producto de la lesión.

Se han considerado incluidos en este inciso la situación de quien *“le propinó diferentes golpes a la víctima, su proceder encuentra adecuación típica “prima facie” en la figura de lesiones graves (artículo 90 del Código Penal), toda vez que las dolencias padecidas por C. lo inutilizaron para el trabajo por un tiempo mayor a un mes. (...) el imputado se habría aprovechado ... de la situación de vulnerabilidad en la cual, junto a otras personas aún no individualizadas en autos, lo habría colocado para luego decidir apoderarse ilegítimamente de parte de sus pertenencia”*¹⁶².

También se ha dicho que *“si el delincuente no lesiona para robar sino que roba a costa de un previsible resultado: lesiones, como en el caso, en que se dispara al resistir la víctima, nos hallamos ante la figura del art.166 inc.1.”*¹⁶³.

Otro ejemplo ocurre cuando *“La pérdida de los dos incisivos centrales superiores sufrida por la víctima produce una debilitación permanente de la función masticatoria, pues la ausencia de una pieza dentaria anula fisiológicamente a la antagonista, que ya no puede apoyarse para su función específica -seccionante, dislaceradora, triturante-. El debilitamiento aludido resulta notorio, si el damnificado ha perdido dos piezas dentarias que no son antagonistas, lo que provoca que dejen de funcionar cuatro piezas dentarias”*¹⁶⁴.

Como último ejemplo, para graficar la importancia de la temporalidad de la consecuencia al momento de calificar la lesión, encontramos que *“Las lesiones sufridas por el damnificado han sido de importancia grave y no gravísimas, por cuanto la visual y la audición han sufrido una merma sólo parcial, la primera además por razones fisiológicas, la pérdida ósea y consecuente desprotección de la región parietooccipital derecha, podrá tener sus consecuencias futuras que no funcionan en el caso de autos como agravante, y no es irreversible la falencia psíquica que pueda afectar a la víctima actualmente, sin que la deformación estética que pueda haber sufrido, pueda modificar la calificación mencionada”*¹⁶⁵.

¹⁶² CCC 47104/2015/CA1 - “G., O. H. y otros s/ procesamiento” – CNCRIM Y CORREC - SALA VI – 25/02/2016. elDial.com - AA965C. Publicado el 27/04/2016

¹⁶³ Cámara Primera en lo Criminal y Correccional de la Provincia de Formosa. (Causa: " Martinez, Guillermo - Galeano, Marcelo " -Fallo N°2932/93-, suscripto por los Dres. J. Aguirre; E. Hang; R. Castillo Giraudo). elDial.com - AU7A4

¹⁶⁴ AGUIRRE, Manuel Martín. s/. SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 20/5/2005.

¹⁶⁵ ALMADA MEZA, L. s/ LESIONES GRAVES SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 26/8/1982.

Lesiones gravísimas

Son las incluidas en el artículo 91 CP. Aquí los supuestos del artículo previo se agudizan. Lo que era un debilitamiento pasa a ser una pérdida y lo que implicaba una pérdida temporal, ahora es total. Esto incluye a los sentidos y a los órganos.

Se agregan algunos casos más extremos por la trascendencia que pueden tener en el proyecto de vida de las personas: la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

En la misma línea de relevancia, incluye la pérdida completa y definitiva de la palabra.

Feliz Navidad

Lucy era una vendedora de pasajes de tren, cuya única ilusión cotidiana era el momento en que Peter compraba su boleto. Deseaba poder entablar un vínculo con ese hombre que le resultaba amable, simpático, buen mozo y a quien adjudica todo tipos de virtudes. Lo considera “perfecto”.

Si bien le parecía un sueño imposible de cumplir, la película “Mientras dormías”¹⁶⁶, nos muestra que el día de navidad, la vida la sorprende.

Mientras espera el tren, Peter es asaltado por dos personas, que lo tiran a las vías. Lucy corre a socorrerlo. Al darse cuenta que no le contesta, baja con él. Se aproxima un tren expreso (que por lo tanto no se detendría en la estación), por lo que desesperada rueda con él para sacarlo de las vías.

Logrado, el hombre despierta unos pocos segundos, y vuelve a perder la conciencia.

En la siguiente escena, vemos que es trasladado en una camilla, con un cuello ortopédico, un respirador y una lastimadura que sangra en la frente.

Posteriormente nos enteramos por un médico que “*tiene signos vitales fuertes*” y “*sus ondas cerebrales están bien*”, pero se encuentra en coma.

Debido a un malentendido, la familia entiende que Lucy es la prometida de Peter, la invitan a pasar navidad con ellos y podemos saber cómo continúa su salud.

Peter continúa en coma al menos hasta después de año nuevo.

Cuando despierta, presenta algunos episodios de amnesia selectiva. En algunos casos, sabemos que no es que no recuerda, sino que no conoce, como ocurre con Lucy. Pero también pregunta en un momento si le gusta la gelatina. Lo vemos incluso, a solas, probando si recuerda el abecedario. Unos días más tarde, realiza el mismo ejercicio con datos numéricos.

Al presentar una mejoría y ser cambiado de piso y de sala, un enfermero lo ve hablando solo porque no se dio cuenta que su hermano se fue. Cuando termina el monólogo Peter

¹⁶⁶ “Mientras dormías”, película filmada en EEUU, dirigida por Jon Turteltaub, protagonizada por Sandra Bullock, estrenada en 1995

pregunta “¿*Tiene sentido todo esto?* A lo que el enfermero responde “*No, pero es común después de una lesión*”.

En la celebración de su boda con Lucy, Peter aún lleva un suero.

Todo esto da cuenta de la gravedad de la situación.

Empujar a una persona a las vías del tren, implica un riesgo cierto de vida, ya sea por el golpe producto de la caída, o por ser atropellado por el tren, como estuvo a punto de ocurrir en la película.

A ello se suma, que durante una semana por lo menos, y como producto de la violencia recibida en el robo que sufrió en el andén, Peter estuvo en coma.

El coma es un “*estado patológico que se caracteriza por la pérdida de la conciencia, la sensibilidad y la capacidad motora voluntaria*”¹⁶⁷.

Durante una semana, Peter ha sufrido la debilidad o dificultad permanente de la salud, todos los sentidos, sus miembros y la palabra han sido afectados.

Tras analizar las consecuencias, podemos considerar que la situación vivida por el protagonista, encuadra en las previsiones del artículo que estamos analizando.

En este caso, hemos visto que las lesiones ocasionadas en el robo, afectaron al cuerpo y la salud física. Pero como hemos mencionado, estas lesiones pueden vulnerar la salud mental.

La lesión del siglo

“*En barrio de ricachones, sin armas ni rencores. Es sólo plata y no amores*”

Cuando la policía llega a la bóveda del banco Río, encontró ese cartel que podemos ver en la película “El robo del siglo”¹⁶⁸.

Basada en hechos reales, el robo es recordado por la originalidad de su planificación. Un grupo de delincuentes simuló una toma de rehenes para distraer a la policía, mientras otra parte de la banda ingresó a la bóveda por un túnel subterráneo, el cual utilizaron luego para escapar con el botín en un bote.

La frase “*sin armas*”, se refiere a que luego se determinó que los delincuentes portaban réplicas (que dejaron prolijamente expuestas en la bóveda) y a que no hubo escenas de golpes a los clientes y empleados del banco.

Por lo tanto, circuló en la sociedad la idea de que no hubo violencia. La versión que brinda la película muestra que incluso le fue festejado el cumpleaños a uno de los rehenes.

Pero lo cierto es que hubo 23 personas que fueron rehenes durante toda una jornada, ignorando que las armas no eran reales. Vivieron ese día, con la tensión y el nerviosismo de suponer

¹⁶⁷ RAE. Diccionario de la lengua española.

¹⁶⁸ “El robo del siglo”, película argentina, dirigida por Ariel Winograd, estrenada en el año 2020. Se basa en hechos reales: el robo de un banco en la localidad de Acasusso, partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires.

que en cualquier momento podían ser asesinados o al menos lesionados, ya sea por los delincuentes como por el grupo de rescate.

La película muestra lógicamente un recorte y cuando se extiende más allá del día del robo, lo hace para mostrarnos la situación de los delincuentes. No se hace mención a la vida de los rehenes después de ese día.

Pero podemos imaginar, al menos en algunas de ellas, un penoso derrotero de stress post-traumático, con pesadillas, recuerdos recurrentes e intrusivos o la imposibilidad de volver a trabajar en el banco por un plazo que bien pudo ser mayor a un mes.

Consumación

Consumación del robo

¿Es necesario que se consume el robo para que sea aplicable este agravante?

Encontramos que la doctrina está dividida.

Se ha dicho que *“La calificante de robo agravado por lesiones graves - art. 166, inc. 1 del C.P. - no exige la consumación del desapoderamiento, estructurándose tanto en la consumación de la ofensa a la propiedad, como en su tentativa, excluyéndose la posibilidad de aplicar las reglas de la tentativa”*¹⁶⁹.

En el mismo sentido *“La figura prevista en el mencionado artículo configura un delito complejo e inescindible, distinto de los elementos que lo componen y donde no se castigan separadamente los tipos penales que lo integran, pues las lesiones allí previstas se han fundido con el delito patrimonial y en este sentido la acción queda tipificada con la mera producción de aquéllas, con prescindencia de la consumación del desapoderamiento”*¹⁷⁰.

El fallo citado hace referencia a un voto del plenario “Gómez o Salvini, J. C.”¹⁷¹ del año 1967, donde se señala que *“En consecuencia, si durante el cumplimiento de los actos enderezados al apoderamiento “para realizar el robo” se produce algunas de las lesiones de los arts. 90 o 91, el delito del art. 166 queda integrado en todos sus momentos constitutivos, no interesando si el robo propuesto alcanza o no a consumarse. Basta comprobar que las lesiones existieron”*.

Sin embargo, también podemos encontrar la postura contraria: *“Los tipos penales contenidos en el art. 166 inc. 1, CP, constituyen supuestos de robos agravados por la gravedad del medio empleado (lesiones dolosas graves o gravísimas). En cuanto son delitos de robo, el apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas (realizado por medio de la particular violencia física exigida)*

¹⁶⁹ Medina, Héctor y otro s/ Robo - Agravado por lesiones graves - SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 12/4/1991.

¹⁷⁰ Causa Nro. 22.032, “P., N. R. s/recurso de casación” - Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires – 28/12/2006

¹⁷¹ “Gómez o Salvini, J. C.” de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal - 29/08/1967

debe haberse logrado; es decir, **debe haberse consumado como robo**¹⁷². A su vez, también se requiere la consumación de las lesiones dolosas graves o gravísimas”. El autor, G.L. Vitale, realiza un profundo análisis de las diversas posiciones respecto de este tema, cuya lectura completa recomiendo.

¿Cuándo deben ser producidas las lesiones?

La figura de robo agravado por lesiones graves - art. 166, inc. 1 del C.P. – “comprende todos los supuestos de lesiones producidas en los distintos momentos en que la violencia es constitutiva del robo, pudiendo ser la ejercida por el autor en cualquier etapa y con los fines a que se refiere el art. 164 del C.P.”¹⁷³.

Recordamos que el art 164 CP comprende a “la violencia [que] tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.

En los ejemplos analizados vemos que, en el caso del asalto en el andén, la lesión es producida en un instante, durante el forcejeo realizado mientras se consuma el robo. En cambio, en la toma de rehenes del banco, podemos considerar que se produjo durante varias horas, mientras se llevaba a cabo el plan criminal.

Bibliografía

- Código Penal Comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal. Capítulos a cargo de Cortázar, María Graciela y de Vitale, Gustavo L.
- Cortázar, María G, Código Penal Comentado libre, Asociación Pensamiento Penal.
- Heim, Andrés, “Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas”. SAIJ, Id SAIJ: DACF130134
- Molinario, Alfredo J, Los delitos, Buenos Aires, TEA, 1996, p 221 a 255 y p 271 y ss.
- RAE. Diccionario de la lengua española. Actualización 2023. En línea. <https://www.rae.es/>
- Vitale, Gustavo L, Código Penal Comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal.

Jurisprudencia

- AGUIRRE, Manuel Martín. s/. SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 20/5/2005.
- ALMADA MEZA, L. s/ LESIONES GRAVES SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 26/8/1982.

¹⁷² Las negritas son mías.

¹⁷³ Medina, op cit

Causa Nro. 22.032, "P., N. R. s/recurso de casación" - Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires – 28/12/2006,

CCC 47104/2015/CA1 - "G., O. H. y otros s/ procesamiento" – CNCRIM Y CORREC - SALA VI – 25/02/2016. elDial.com - AA965C. Publicado el 27/04/2016.

"Gómez o Salvini, J. C." de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal - 29/08/1967.

"Martínez, Guillermo - Galeano, Marcelo " -Fallo N°2932/93-, Cámara Primera en lo Criminal y Correccional de la Provincia de Formosa.. elDial.com - AU7A4.

"Medina, Héctor y otro s/ Robo" - Agravado por lesiones graves - SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL. , 12/4/1991.

Canción

"Western", Attaque 77, 2003

Películas

"Mientras dormías", EEUU, 1995

"El robo del siglo", Argentina, 2020

CAPÍTULO 16

Robo calificado

Mercedes González Isabella

ARTICULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2, del Código Penal, que agrava el robo que se lleva a cabo en despoblado y en banda, así como aquel que se comete mediante el uso de armas.

Se explorarán las características esenciales que configuran este agravamiento del tipo penal, y para enriquecer este análisis, se incorporarán escenas del cine que ejemplifican estos conceptos, permitiendo una comprensión más profunda de las dinámicas delictivas. Es decir que, a través del séptimo arte, se ofrecerán representaciones que no solo reflejan la realidad de estos delitos, sino que también facilitan una reflexión sobre la violencia, la organización criminal y sus consecuencias en el derecho y la justicia.

Así, esperamos que este capítulo permita la comprensión de la agravante y resalte al cine como una herramienta didáctica para comprender fenómenos jurídicos contemporáneos.

Bien jurídico protegido

Como ya dijimos, todos los tipos penales regulados en el artículo 166, inciso 2º del Código Penal son delitos cualificados de la figura básica de robo simple -art.164 del CP-. Estos tipos

penales se caracterizan por la afectación a la propiedad y libertad de las personas, y se vinculan esencialmente al peligro concreto para la vida o integridad física de las mismas.

En particular, el inc. 2 –cuando se cometiere con armas, o en lugar despoblado y banda - se refiere a situaciones en las que se utiliza un arma de fuego u otro objeto con poder ofensivo, lo que implica un riesgo directo para la vida o integridad física de las personas. Ello se centra en la protección de la propiedad y la seguridad de las personas, no solo en relación con la vida o integridad física, sino también en cuanto a la mayor intensidad con que se produce la intimidación.

En este sentido, la situación de ser amedrentado en un lugar despoblado y en banda o a través de la exhibición de un arma, aunque no necesariamente cause daño físico, puede generar una sensación de vulnerabilidad y miedo en la víctima, que justifica la calificación de estos delitos como cualificados.

Configuración del tipo penal

Ya que el mismo inciso¹⁷⁴ establece la conjunción disyuntiva “o” distinguiré en ese mismo sentido este trabajo y los abordaremos de manera individual, por un lado el robo en despoblado y banda y por el otro mediante el uso del arma, sin perjuicio de que luego, tanto en el mundo real como en el cinematográfico, muchas veces los vivamos de manera conjunta.

Robo agravado por cometerse en despoblado y banda

Este agravamiento de la figura del robo se configura cuando concurren dos circunstancias específicas:

1. Lugar despoblado: El robo se comete en un lugar alejado de la presencia de testigos o ayuda inmediata.
2. Participación de una banda: es cometido por un grupo de personas organizadas, *tres o más de tres*.

Estos escenarios aumentan el poder vulnerante y la situación de indefensión de la víctima, lo que justifica la agravación del delito.

Parte de la doctrina ha entendido que el despoblado es el lugar poco frecuentado, y distante de casas habitadas, lo cual constituye un elemento que significa desamparo para la víctima o sus bienes, e impunidad para el ofensor. Aunque entendemos que *despoblado* no se refiere sólo a la ausencia de edificios o viviendas, sino a la falta de acceso a ayuda de otras personas capaces de socorrer a la víctima.

¹⁷⁴ Art. 166 inc.2 del CP

Por último, en cuanto al concepto de *banda*, el Máximo Tribunal provincial ha establecido una definición contundente que precisa su alcance e implicancias en el marco jurídico. Así dijo *“El empleo del término banda en la agravante del robo (art. 167 inc. 2°), se refiere a su perpetración por una pluralidad de sujetos que deben tomar parte del hecho, cualquiera sea la tarea que ejecuten, debiendo encontrarse en el escenario delictual con una subjetiva integración de grupo y habiendo querido el resultado como propio”*¹⁷⁵.

Robo agravado por armas

Alcance del concepto “ARMA”

Para comenzar a estudiar esta agravante del tipo penal, en primer lugar, nos referiremos a las tres situaciones que se previeron a partir de la reforma de la ley 25.882 del año 2004. Ellas son:

1. Robo con un arma que no es de fuego: se refiere a la utilización de cualquier tipo de arma que no sea un arma de fuego. Un ejemplo jurisprudencial de ellos es *“El empleo de una botella rota encuadra adecuadamente en la agravante del artículo 166 inciso 2° párrafo primero del Código Penal, si el imputado emplea dicho objeto cuando aún no se hubiere consumado el desapoderamiento ni la libre disponibilidad de lo sustraído”*.
2. Robo con un arma de fuego: implica el uso de un arma de fuego durante el robo.
3. Robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudo acreditar o con un arma de utilería: esta modalidad incluye tanto las armas de fuego que no se ha podido probar si son aptas para disparar, como las armas falsas o de juguete.

El Maestro Carlos Creus (1998) nos explica de manera clara y ejemplificadora que alcance tienen estas armas *“ARMAS COMPRENDIDAS. - En el concepto de arma propio del tipo, se comprenden las armas propias, como las impropias equiparadas a las propias, y las verdaderamente impropias que, por sus características, se adecúen a las razones de ser de la agravante, como serían ciertas herramientas de punta o filo (guadañas, horquillas, azadas) o los objetos de gran poder contundente (bastones ferrados, garrotes, etcétera). No sería exacto extender el concepto en la misma forma que se puede hacer en el delito de agresión del art. 104 in fine del Cód. Penal, puesto que no todas las armas idóneas para cometerlo tienen el poder intimidante y la vigencia de peligrosidad de las enunciadas. EL ARMA SIMULADA. - Pero, en cualquier caso, tiene que tratarse de un arma. No lo es el arma simulada o falsa arma, que, aunque pueda resultar apta para aumentar la intimidación de la víctima, no tiene idoneidad para hacer correr peligro a su persona. Dentro del concepto de arma falsa o simulada hay que considerar las armas propias que no son funcionalmente aptas para su destino, por defectos de mecanismos (p.ej., falta de percutor en el rifle) o por otras insuficiencias (p.ej., ausencia de proyectiles en ellas),*

¹⁷⁵ SCBA, P 127371, 2018.

salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias en el sentido expuesto en el párrafo anterior (p.ej., esgrimir un pesado máuser como maza contundente); fuera de este último supuesto la utilización del arma falsa o simulada deja la conducta en la figura básica del art. 164” (Pág.432).

Sin embargo, esta posición dogmática mayoritaria no se reflejó de manera unánime en la jurisprudencia, en donde se han dado distintas posiciones sobre el punto.

Ahora bien, podemos analizar y afirmar que el denominador común de estas tres modalidades es que el autor se vale de un arma o un instrumento que aparenta serlo para llevar a cabo el robo. Para configurar la agravante, es necesario que el arma sea utilizada durante el hecho, no bastando con su simple portación. Es decir, el autor debe emplear el arma de algún modo como medio para perpetrar el robo. Sin embargo, no es indispensable que el arma sea usada de manera estricta, como dispararla o agredir físicamente a la víctima. Es suficiente con exhibirla, mostrarla o simplemente se haga saber que el autor la tiene al cometer el delito.

Esto enfatiza que el agravante no depende solo de la existencia del arma, sino de su utilización efectiva en la dinámica del delito. Es decir, la justificación de esta agravante radica en el aumento del poder ofensivo del agresor, esto simultáneamente incrementa la vulnerabilidad de la víctima.

La intensificación de la pena se debe a que el arma representa un mayor poder intimidante y un riesgo real para la víctima, combinando estos dos factores, aumenta la gravedad del delito y, por lo tanto, la sanción correspondiente. Más adelante nos detendremos y analizaremos si la escala penal prevista es proporcional y concordante con las demás sanciones impuestas por nuestro código de fondo.

Retomemos, como explica Soler (1996) *“el arma es considerada desde el punto de vista del poder intimidante que ejerce sobre la víctima...”* (pág. 300).

Por arma debe entenderse a todo instrumento que no solamente aumenta en forma considerable y de manera objetiva el poder ofensivo de quien lo emplea y por lo tanto lo coloca en situación de superioridad, más allá de la finalidad con la que fue creado, además, debe tratarse de objetos de “gran poder ofensivo”, de evidente peligrosidad en el caso concreto, cuya simple utilización pueda causar en forma directa un grave daño a la salud o la muerte de la víctima.

Momento en que debe utilizarse el arma para que se configure la agravante

El análisis sobre el momento del uso del arma en el artículo 166, inciso 2º, del Código Penal plantea si el agravante se aplica solo cuando el arma se utiliza durante la sustracción, o si también abarca su empleo antes (para preparar el robo) o después (para asegurar la impunidad). Definir esta circunstancia resulta vital, porque de acuerdo al criterio de quien defina su alcance dependerá su incorporación como elemento.

El uso del arma en el momento del desapoderamiento es claramente agravante, ya que está directamente vinculada a la consumación del robo.

Sin embargo, existe una postura más amplia según la cual también podría considerarse agravante si el arma se usa antes, para intimidar o preparar el ataque, o después, para garantizar la

huida o evitar la detención. En este sentido, el empleo del arma antes o después del robo podría ser visto como parte integral del delito si su uso facilita la consumación o impunidad del hecho.

Vale citar una clarificadora referencia jurisprudencial en este sentido, donde el Tribunal de Casación Penal sostuvo *“El empleo del arma para la subsunción en la agravante prevista por el artículo 166 inciso 2° párrafo primero del Código Penal, puede efectuarse en diversos tramos del iter criminis, esto es antes del robo para facilitarlo, durante el acto de cometerlo o después del apoderamiento para procurar su impunidad”*¹⁷⁶.

En conclusión, respecto a esta postura, la agravante no se limita solo al momento de la sustracción, sino que puede extenderse al uso del arma en etapas previas o posteriores, siempre que contribuya al éxito o impunidad del robo. El uso del arma en cualquiera de esos momentos cumpliría con los requisitos del tipo penal agravado.

En el idéntico entendimiento, afirman Fontán Balestra y Ledesma (2014) que *“la utilización del arma se refiere a todo el ciclo comisivo del robo, el que no se limita a los actos de apoderamiento, sino que comprende también los anteriores, cumplidos para facilitarlos, y los posteriores, con los cuales se persigue la impunidad”* (pág. 634).

Según otro criterio, el robo agravado solo se configura cuando el arma se utiliza durante el apoderamiento ilegal, es decir, en el momento de la sustracción. Este enfoque sostiene que el artículo 166 del Código Penal requiere que el arma se emplee para intimidar a la víctima y facilitar la sustracción, por lo que no se aplicaría la agravante si el arma se usa antes, en la preparación del robo, o después, para asegurar la impunidad.

De acuerdo con esta postura, debe ser usada exclusivamente durante el acto de desapoderamiento para que se aplique el agravante. Siguiendo este criterio, el ya citado Creus (1999) afirma *“el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación; la utilización del arma con anterioridad a esos actos ejecutivos (para preparar o facilitar) o con posterioridad (para lograr el fin propuesto o la impunidad) no sirven para calificar, sino que dejan vigente la figura del art. 164”* (pág. 433).

Estas diferencias sustanciales entre ambas posturas provocan consecuencias irreparables a quien las sufre y, visiblemente, perpetúan una manifiesta y grosera violación del principio de igualdad que debe regir en cualquier sistema de justicia y se encuentra consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna.

Escala penal

Por último y antes de adentrarnos en lo que nos ocupa, analizar el tipo inmiscuidos en el ámbito cinematográfico, no quiero dejar de plantear que la reforma de la ley 25.882 de 2004 ha generado controversia debido a la severidad de las penas establecidas para el robo con

¹⁷⁶ TCP, Sala V, 66143, 2015

arma de fuego apta para el disparo (art. 166 inc. 2, 2do párrafo), que oscila entre un mínimo de 6 años y 8 meses y un máximo de 20 años. Esto ha forjado críticas ya que supera la escala dispuesta para el robo con lesiones graves o gravísimas (prevé un mínimo de 5 años y un máximo de 15 años de prisión), lo que rompe la lógica de progresividad que debiera culminar en el robo con homicidio.

Resulta paradójico que quien roba y lastima gravemente a una persona reciba una pena menor que quien utiliza un arma de fuego y pone en peligro la salud o integridad física de la víctima.

Esta escala penal violenta la escala de valores de la Constitución Nacional en la cual la vida humana posee un valor supremo. El límite de la pena debe estar en la culpabilidad y con las escalas antes expuestas se vislumbra la violación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de aquellas.

En este sentido la CIDH en el Caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”, Sent. 25/11/05, sostuvo: “...Debe existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, es decir, a menor entidad del injusto corresponde menor pena y a menor gravedad de la participación del inculpaado en el delito también corresponde menor pena...”.

Asimismo, en el precedente *Gramajo*¹⁷⁷ nuestro Máximo Tribunal Federal reconoció: “Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”.

Para cerrar, las palabras del experto Dr. Zaffaroni (2000), postula la existencia del *principio de proporcionalidad mínima* y refiere que: “Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado” (pág. 131). A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida.

Por todo ello, puedo concluir que se superan los límites que imponen los principios de culpabilidad de acto y de lesividad objetiva transformándose la pena en “cruel e inhumana” por colisionar con los arts. 19 de la CN, XXVI de la DADDH, 5° de la DUDH, 10 del PIDCyP, y 5° de la CADH.

¹⁷⁷ CSJN, Fallos: 329:3680

Representaciones Cinematográficas

Concluido el examen de los distintos elementos y requisitos necesarios para la configuración de esta agravante en el tipo penal del robo, procederemos a explorar su representación en el cine, arte que, con su inigualable capacidad para retratar la realidad, nos brinda una ventana privilegiada hacia la comprensión de este fenómeno delictivo. El séptimo arte, en su vasta diversidad de géneros y contextos, nos proporciona claros ejemplos de la comisión de este delito, permitiéndonos observar cómo se refleja, con singular precisión, la agravante del uso de armas en el robo, del despoblado y la banda, según lo dispuesto por la normativa legal vigente. A través de estas escenas, el espectador no solo es testigo de la acción, sino también de las complejidades jurídicas que se despliegan en pantalla, fusionando el arte y el derecho en una enriquecedora simbiosis.

A través de escenas icónicas de películas como *Pulp Fiction*, *Inside Man*, *The Italian Job*, *La Casa de Papel*, *El Aura* y *La Odisea de los Giles*, exploraremos cómo se configuran estas agravantes.

1. *Pulp Fiction* (1994) – El atraco en la cafetería

Una escena emblemática en la afamada *Pulp Fiction* (1994), dirigida por Quentin Tarantino, donde se vislumbran los elementos que hemos analizado, es aquella que transcurre durante un atraco en una cafetería. En esta secuencia, narrada desde la singular óptica y ocurrencia de su director, donde los personajes "Pumpkin" y "Honey Bunny" deciden asaltar el lugar (que comienzan a planearlo en la primera escena del film), revelan sus armas que apuntan a los comensales a quienes amedrentan con gritos, aunque luego le piden al encargado que tranquilice a la gente.

Si bien, en lo que aquí interesa, identificamos de forma elocuente elementos del tipo penal y de la agravante que nos convoca, la secuencia continúa con la presencia Vincent Vega (John Travolta) y Jules Winnfield, interpretado por Samuel L. Jackson, dos icónicos gánsteres de Tarantino que generan un momento de tensión cuando Jules se niega a abrir el portafolio, tensión que se incrementa y traslada al espectador que conoce a las víctimas y sus habilidades. El punto cenital se produce cuando Jules acepta abrir el portafolio y, al mismo tiempo, aprovecha la distracción y apunta a "Pumpkin" con su arma, mientras vuelve a escena Vincent quien de regreso del baño también apunta a "Honey Bunny". El desenlace se resuelve con una suerte de negociación en la que los atracadores aceptan no llevarse todo el botín, en la elocuente evidencia de que han detectado que las víctimas podrían resultar peligrosas.

De este modo, la escena aporta los elementos explorados, donde las armas son exhibidas y apuntadas a las víctimas, creando una atmósfera de intimidación que facilita la sustracción de bienes. Aquí, el uso de las armas ocurre en el momento específico de la sustracción, cumpliendo con el tipo de robo agravado en el que el arma es un instrumento para lograr el apoderamiento

ilegal. En ningún momento de la escena disparan, por lo que no podríamos saber si esas armas resultaban aptas para el disparo.

2. The Italian Job (2003) – El robo del oro

Dirigida por F. Gary Gray, es un thriller de acción centrado en un grupo de ladrones liderados por Charlie Croker (Mark Wahlberg), quienes buscan vengarse de su excompañero Steve (Edward Norton) tras ser traicionados durante un exitoso robo de oro en Venecia.

En la escena clave del robo en Los Ángeles, el equipo ejecuta un plan elaborado para recuperar el oro robado. Tras hackear los semáforos para crear caos en el tráfico, se apoderan del camión que transporta el botín. Para ello, utilizan armas blancas *-palos de madera-* con los que no solo intimidan, sino que también golpean a los guardias para neutralizarlos rápidamente y asegurar el control del vehículo. Acto seguido, emplean explosivos para abrir la caja fuerte en el camión, y con la ayuda de los Mini Coopers modificados, cargan los lingotes de oro y escapan a través de rutas subterráneas. Dicha escena es un homenaje directo a la película original de 1969, donde los Mini Coopers también tuvieron un papel crucial. Sin embargo, en la versión de 2003, los autos fueron modernizados y equipados con tecnología de vanguardia para adaptarse a las exigencias de las escenas de acción.

El filme se distingue por su combinación de acción física, inteligencia y planificación estratégica, resaltando tanto el uso de la fuerza como la astucia en la ejecución del robo agravado por la utilización de armas blancas (palos) y en poblado y banda.

3. "El Aura" (2005)

Dirigida por Fabián Bielinsky y protagonizada por Ricardo Darín, es un thriller psicológico que sigue a Esteban Espinosa, un taxidermista con una mente prodigiosa para planificar crímenes, pero que nunca ha cometido uno. La película explora temas como el azar, el destino y la obsesión, mientras su protagonista se ve envuelto en una compleja trama criminal tras un inesperado giro de eventos.

En la primera parte de la película, se presenta una escena clave: un robo en la administración del museo donde él trabaja, el día de pago, que Espinosa imagina y describe con una precisión clínica. Este robo se convierte en una representación simbólica de su capacidad para analizar y prever cada movimiento en la ejecución de un delito. La planificación detallada, la frialdad y la capacidad de prever los obstáculos son esenciales en esta escena, donde, aunque el robo no se materializa, es minuciosamente relatado por Espinosa como si él mismo estuviera a punto de cometerlo.

El robo que describe tiene varios elementos que se vinculan con la figura del robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede verse acreditada, y en poblado

y banda. Aunque la ejecución es imaginaria, queda claro que, para llevar a cabo un asalto de esta magnitud, él necesitaría la colaboración de varios cómplices. Su explicación incluye cómo se distribuyen las tareas: uno de los asaltantes se encarga de controlar la seguridad, otro de neutralizar a los guardias, mientras que los restantes administran la extracción del dinero. Este relato no solo pone de manifiesto su aguda capacidad intelectual para planificar un crimen perfecto, sino que también ilustra cómo la figura del robo en banda se estructura a través de la coordinación de diferentes sujetos con roles definidos.

Aunque la escena sucede dentro de su mente, el concepto de banda se vislumbra en la idea misma de organización y reparto de tareas entre múltiples personas. Espinosa reflexiona sobre la necesidad de una planificación perfecta, eligiendo el momento adecuado para minimizar riesgos y utilizando armas de fuego para mantener el control de la situación, elementos esenciales para un robo exitoso.

La película no solo construye un relato sobre el crimen, sino que también invita a reflexionar sobre el control, la fragilidad del plan y cómo los pequeños errores pueden desencadenar consecuencias imprevistas. "El Aura" es un ejercicio fascinante de análisis criminal desde una perspectiva psicológica, pero también nos ofrece una ventana hacia la mecánica delictiva, donde la organización en banda y la utilización de la fuerza se entrelazan para formar el corazón del robo.

4. Inside Man (2006) – El Plan Perfecto

En "Inside Man", dirigida por Spike Lee y estrenada en 2006, se nos presenta un elaborado y astuto robo bancario liderado por el carismático y calculador Dalton Russell (Clive Owen). La película se desarrolla en Nueva York y cuenta con un intrincado juego de poder, donde los atracadores utilizan tácticas psicológicas y estratégicas para ejecutar un asalto que parece perfecto a simple vista.

Desde el inicio, Dalton y su equipo irrumpen en el banco armados, utilizando sus pistolas para intimidar a empleados y rehenes, lo que genera un ambiente de control y temor. Al uso de armas le suman la utilización de gases. En este caso también se da una toma de rehenes.

El asalto se configura además como un robo en banda, ya que Dalton actúa junto a un grupo organizado, donde cada miembro tiene un rol específico en la ejecución del plan. La coordinación entre ellos es fundamental para mantener la situación bajo control y llevar a cabo el robo de manera efectiva.

La película destaca cómo el uso de armas y la estrategia grupal se entrelazan para crear un atraco complejo, donde la manipulación psicológica se suma a la amenaza de la violencia, reflejando así los riesgos y la gravedad del delito. En definitiva, "Inside Man" ofrece una mirada incisiva sobre el crimen, mostrando la dinámica del robo con armas en un entorno urbano.

5. La Casa de Papel (2017)

La escena del robo en la Casa de la Moneda de "La Casa de Papel" es una de las secuencias más representativas de esta serie, creada por Álex Pina y producida por Vancouver Media para Antena 3, y luego adquirida por Netflix, donde alcanzó un éxito mundial. La serie, que comenzó a emitirse en 2017, se centra en un grupo de criminales que, bajo la dirección del enigmático "El Profesor", ejecutan un ambicioso plan para asaltar la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre de España y llevar a cabo el mayor atraco en la historia del país.

En el robo, la *banda* —cada uno con un nombre en clave basado en ciudades (Tokio, Berlín, Nairobi, Moscú, Río, Denver, Helsinki y Oslo)— toma el control de la Casa de la Moneda con el objetivo de imprimir 2.400 millones de euros, mientras mantienen a los rehenes bajo control. La complejidad del plan se despliega desde el inicio, cuando los atracadores irrumpen vestidos con monos rojos y máscaras de Salvador Dalí, elementos que se han vuelto icónicos en la cultura popular, simbolizando la resistencia al sistema.

La escena del asalto combina tensión, estrategia y caos. Con una precisión milimétrica, los atracadores se dividen en tareas específicas: algunos supervisan la operación dentro de la imprenta, otros manejan a los rehenes, mientras que el Profesor, desde fuera, dirige cada movimiento del equipo y manipula a la policía para que no logren detenerlos. La dinámica de poder y las relaciones entre los personajes se vuelven cruciales, con Berlín asumiendo un rol de liderazgo dentro de la Casa de la Moneda y Tokio tomando decisiones impulsivas que aumentan la tensión.

Los asaltantes o "atracadores" usan rifles automáticos y pistolas, que disparan con el objeto de amedrentar (y que nos permiten tener por acreditada la aptitud para el disparo del arma) mientras que la policía, desde fuera, se enfrenta a la difícil tarea de intentar rescatar a los rehenes sin provocar una masacre.

En definitiva, esta escena no solo representa la acción intensa de un robo espectacular, sino que está rodeada de un contexto social y político que trasciende la ficción. "La Casa de Papel" no solo es una serie de suspenso y crimen, sino también un comentario sobre el sistema económico y las desigualdades sociales, temas que resuenan en el discurso del Profesor y en la simbología de la máscara de Dalí. El atraco a la Casa de la Moneda se convierte en una metáfora de la resistencia al sistema, de la lucha contra el poder establecido y de la capacidad de un grupo de individuos para desafiar las reglas impuestas.

Este asalto, más allá de configurar el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, es una elaborada estrategia de subversión, y es esta mezcla de inteligencia, emoción y acción lo que ha convertido a "La Casa de Papel" en un fenómeno global.

6. "La Odisea de los Giles" (2019)

Dirigida por Sebastián Borensztein y basada en la novela "La noche de la usina" de Eduardo Sacheri, es una película argentina que, en el contexto de la crisis económica de 2001, narra la

historia de un grupo de vecinos estafados que deciden vengarse robando el dinero escondido por el banquero y el abogado corruptos que los defraudaron.

El robo que cometen los protagonistas en una finca aislada configura el delito de robo en despoblado y en banda, dado que se lleva a cabo en un lugar apartado, sin presencia de personas que pudieran intervenir, y es realizado por un grupo organizado de varios integrantes, cada uno con un rol específico en el plan. Los vecinos, liderados por Fermín Perlassi (Ricardo Darín), utilizan sus habilidades individuales y herramientas como maquinaria pesada para ejecutar el asalto, lo que evidencia una planificación precisa y conjunta.

La película, además de ser un relato conmovedor de justicia social, muestra claramente cómo se configura este tipo de robo agravado. El aislamiento del lugar y la coordinación del grupo refuerzan la idea de que se trata de un delito cometido en despoblado y en banda, figuras penales que agravan la responsabilidad por el peligro concreto que generan. Ahora bien, en este caso no había una persona al momento de consumarse que sufra esa mayor vulneración que trae aparejada y que motiva la agravante. Entonces, ¿consideran que se justifica ese mayor poder punitivo que establece la escala penal de esta agravante del robo?

Conclusión

Para concluir este trabajo, resulta fundamental destacar la valiosa contribución que el cine ofrece en múltiples aspectos de la vida social y jurídica. En este caso particular, el cine ha sido una herramienta indispensable para profundizar en la comprensión de conceptos tan relevantes como el de *banda*, *despoblado* y la agravante del uso de armas en el delito de robo. A través de diversas escenas, pudimos observar con mayor claridad los diferentes momentos en los que un arma puede ser utilizada para consumar el delito, así como la variedad de armas incluidas dentro de esta agravante, como armas blancas y de fuego. En algunos casos, fueron aptas para el disparo, evidenciado por las detonaciones que se producían, mientras que en otros no lo fueron, también pudimos observar cómo fueron utilizadas como impropias.

El cine, con su capacidad de reflejar situaciones cotidianas, nos ha permitido visualizar en acción lo que el Código Penal describe, sincronizando la teoría jurídica con la representación artística. Así, las escenas que vemos a diario en nuestro querido cine no solo nos entretienen, sino que también nos invitan a analizar y vincular el derecho con la realidad de manera enriquecedora, reafirmando su valor como una poderosa herramienta educativa y reflexiva para nuestra sociedad.

Bibliografía

- Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Penal, primera edición, Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2004.
- CREUS, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- D’ALESSIO, Andrés José, Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial, Andrés José D’Alessio (Dir.), Ma
- DE LA FUENTE, Javier E. y GÖERNER, Gustavo, El robo cometido con armas “impropias”, en Revista de Derecho Penal, N° 2012-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- DONNA, Edgardo A., Derecho Penal, Parte especial Tomo II B, Tercera edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2007.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A. C., Tratado de Derecho Penal. Parte especial, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II.
- NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal. T. IV, Parte especial, I Lerner, Buenos Aires, 1964.
- NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1974.
- SAYAGO, Marcelo J., Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882, Advocatus, Córdoba, 2005.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1963.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Parte especial, T. IV, 3ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.
- TOZZINI, Carlos A., Los delitos de hurto y robo, 2º edición, Depalma, Bs. As, 2002
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Editorial E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2000.

CAPÍTULO 17

Robo Agravado: cuando el ingenio desafía al sistema

Nadia Marina Rivas

En este capítulo vamos a enfocarnos en el artículo 167 del Código Penal –en adelante CP– que refiere a robos agravados y, por lo tanto, hemos de referirnos en el presente al bien jurídico protegido y al tipo básico de la figura (164 CP).

Con el objetivo de analizar la tipificación que realiza nuestra legislación abordaremos la película argentina, basada en hechos reales, “El robo del siglo”¹⁷⁸ que refleja cómo un grupo de personas planifica y ejecuta un audaz atraco a las cajas de seguridad del Banco Río en Acassuso –Provincia de Buenos Aires, Argentina– en 2006. Los ejecutores usan armas de juguete, toman rehenes y negocian con la policía. La clave es un túnel que habían excavado previamente para escapar. La película destaca la astucia y los errores que casi frustran el plan, terminando con una fuga brillante y sin heridos.

La frase elegida para el título sugiere que las mentes detrás del delito utilizaron una notable creatividad y planificación estratégica para llevar a cabo algo que desafía las normas legales establecidas. Se enfoca en cómo el intelecto y la astucia pueden ser usados para burlar o poner a prueba las estructuras del sistema legal y de justicia, lo cual es un tema central en el análisis de la película, donde se muestra cómo un grupo de personas llevó a cabo un acto extremadamente planeado que parecía imposible dentro de los márgenes del sistema.

Siendo éste un texto sobre derecho penal y cine en principio y para analizar el artículo que refiere a los robos agravados, como dijéramos previamente, hemos de referir al bien jurídico protegido y al tipo básico de la figura.

En el libro segundo, título sexto de nuestro Código Penal –en adelante CP– se agrupan los denominados “delitos contra la propiedad”. El concepto de propiedad se extiende al sentido amplio que le otorga el art. 17 de la Constitución Nacional; es decir que aquí se sancionan conductas

¹⁷⁸ Estrenada en el año 2020, dirigida por Ariel Winograd. Género drama, comedia, policial. Diego Peretti interpreta a Fernando Araujo, el cerebro y ejecutor del golpe, que planea y coordina todas las acciones criminales con precisión. Guillermo Francella da vida a Luis Mario Vitette Sellanes, conocido como ‘El hombre del traje gris’, quien desempeña un papel crucial en la operación delictiva con su experiencia y astucia. Pablo Rago se convierte en Sebastián ‘El Marciano’ García Bolster, uno de los miembros del grupo con habilidades específicas que aportan al plan. Luis Luque interpreta a Miguel Sileo, el negociador de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, encargado de manejar las conversaciones y buscar una solución pacífica. Juan Alari asume el papel de ‘El Paisa’, el conductor de la camioneta que facilita la fuga del grupo. Finalmente, Rafael Ferro interpreta a Alberto ‘Beto’ de la Torre, el encargado de la toma de rehenes, asegurando que los planes del grupo se ejecuten bajo presión.

que afectan a cualquier derecho patrimonial (derechos reales, posesión, tenencia, derechos personales, créditos, y hasta la mera pertenencia originada en título vicioso o ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a tal pertenencia inválida o ilegítima). Según afirma Mauricio Macagno en el Código Penal comentado de la Revista de Derecho Penal *“Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha identificado a la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando toda discusión sobre el punto. Así ha explicado que el art. 17 CN “ampara todo aquello que forma el patrimonio del habitante, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales” aclarando en otro precedente que “el término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como la dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’”*.

A su vez, sostiene que la violencia que transforma el hurto (art. 162 CP) en robo (art. 164 CP) con violencia física en las personas o fuerza en las cosas. La violencia, según Soler (1988) *“debe considerarse comprendida dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que quebranta o paraliza la voluntad sin motivarla”* (pág.277), es decir, la intimidación; sería la amenaza de violencia o mal físico inminente para la víctima.

Asimismo, el uso de la fuerza que requiere el robo se vincula con la resistencia por los reparos que puede ejercer la cosa o la persona propietaria. Buompadre opina que la idea requerida por la ley exige la coexistencia de una cosa que le “oponga resistencia”, sin que importe si el uso de la fuerza es ordinaria (normal) o extraordinaria (anormal) de modo que la fuerza que transforma el hurto en robo es toda aquella “necesaria” para vencer materialmente la resistencia al apoderamiento, sin que la acción furtiva se cumpla, además, en forma anormal o destructiva. Por ejemplo, se pueden realizar acciones como cortar una cadena que sujeta un objeto a la pared, romper una caja que lo encierra, cortar y unir los cables de arranque de un automóvil para hacer un puente, retirar el precinto de seguridad de un objeto en un supermercado, etc. Todo esto, independientemente de que no hayan sido diseñados específicamente para la defensa, siempre y cuando cumplan esa función.

Robo agravado y “El robo del siglo”

El artículo 167 en sus distintos incisos plantea los agravantes a la figura básica. Recorreremos uno por uno para identificarlos y poder pensarlos en relación al film.

El inciso 1) refiere al ‘robo en despoblado’, el sujeto activo y el pasivo pueden ser cualquier persona, no requiriéndose ninguna calidad especial ni cantidad de personas, siempre que no encuadren en la noción de “banda” puesto que de ese modo la tipificación correspondería al inc. 2).

La noción de despoblado “implica sustancialmente, un lugar fuera de los radios urbanos o poblados, en donde la figura se agrava por una pluralidad de causales posibles, a saber, la dificultad de auxilio a recibir por las víctimas o la mayor impunidad del agente, o la protección que requieren los bienes que se encuentran en esa situación al momento del hecho. Pero parece claro que cualquiera de esas causales posibles no resultan ser necesariamente concurrentes”¹⁷⁹.

Al entender de Gustavo Vitale¹⁸⁰, para afirmar que un robo ocurrió en despoblado, no basta con que se realice fuera de lugares habitados; También debe existir la imposibilidad de que la víctima reciba ayuda de terceros. Así, es necesario analizar las circunstancias específicas de cada robo para determinar si, en ese caso particular, las víctimas tuvieron o no la posibilidad de ser auxiliadas por otras.

En el caso del Robo del Siglo, el lugar físico donde ocurrieron los hechos fue un banco rodeado de personas, inmuebles e incluso personal que trabajaba en el sitio, por lo tanto, esta agravante la descartamos en la tipificación.

El inciso 2) refiere al robo ‘en poblado y en banda’, es decir, deben concurrir ambas circunstancias para que se configure el agravante.

El lugar definido como poblado, es lo contrario al despoblado, son lugares situados dentro de radios de ciudades, con habitantes permanentes o de paso.

En relación al concepto de ‘banda’, teniendo en cuenta que para el entendimiento completo de las definiciones el CP hemos de leerlo en su integralidad, exponemos el equívoco que consiste en pretender relacionar el concepto de banda con el llamado “delito” de asociación ilícita¹⁸¹. Esta se presenta con independencia de la ejecución de un delito por parte de cualquiera de los miembros, por lo que sólo requiere la prueba de la pertenencia de una persona a una asociación o banda con las características descritas en la ley penal y es por eso que la doctrina y jurisprudencia refieren a su inconstitucionalidad.

La noción de robar con una ‘banda’, refiere a la actuación de tres o más personas, con roles asignados, diferenciados y con el objetivo justamente de llevar adelante el desapoderamiento violento¹⁸². Esto sucede en la película al ponerse de acuerdo en llevar a cabo el robo, dividiendo la ejecución de las tareas entre los protagonistas y llevándolas adelante según el plan acordado.

En relación con el inciso 3), que refiere al robo realizado mediante perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas,

¹⁷⁹ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro SP SE 107/92 "Ormeno, Daniel J. y otros/robo en despoblado y en banda; Burgos, Roque F. y otros s/encubrimiento s/casación", 24-892 RN: art. 167 inc.1 c.penal. Provincia de Río Negro. Cita: eIDial.com - AX889

¹⁸⁰ <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37863-art-166-inc-2-robo-agravado-despoblado-y-banda>

¹⁸¹ <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37863-art-166-inc-2-robo-agravado-despoblado-y-banda>

¹⁸² "Corresponde calificar el hecho como robo agravado por su comisión en poblado y en banda si fueron tres los sujetos que planearon cometer el robo, con funciones claramente establecidas y coordinadas, división de tareas dirigidas en pos a la exitosa comisión del ilícito y a la obtención de su impunidad, cada uno de ellos con dominio del hecho final, pues para que la banda sea considerada calificante del robo es necesario solamente que la pluralidad de sujetos que la constituye tenga por fin cometer ese ilícito determinado". Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, A., M. M. y V. J. C. 17/04/2008. Cita Online: AR/JUR/2373/2008

es analizado desde el punto de vista que la acción delictiva también pone en riesgo o vulnera la privacidad del hogar y la seguridad de los residentes, según lo señalado por Creus. Si el riesgo o la vulneración ya existían antes de llevar a cabo la perforación o fractura, la agravante no se aplica; por lo tanto, no se consideran casos típicos de fuerza las fracturas o perforaciones internas (como en un mueble) ni las realizadas para salir de la vivienda, a menos que, según Creus, sea la única forma de completar el delito.

Asimismo, conforme señala Rubén Figari¹⁸³ es suficiente con que la fuerza ejercida del modo efectivo en las defensas que establece el tipo para que el apoderamiento se califique, sin que sea necesario que a ella se aditen otras fuerzas destinadas a aquél. Por ejemplo, el agente que perfora una ventana para acceder a la vivienda donde se encuentra la cosa, es evidente que consume un robo calificado, aunque después haya removido la misma sin hallar dificultad y sin empleo de otra fuerza.

Una de las formas de fuerza agravatoria es la fractura, que requiere dañar destructivamente las defensas del objeto, como romper barrotes en lugar de solo separarlos. La perforación, por otro lado, no necesita causar daño destructivo y puede incluir acciones como perforar con herramientas o sustancias químicas. Tanto la fractura como la perforación deben ser realizadas por el autor del robo o alguien colaborador; la sustracción basada en fracturas o perforaciones hechas por terceros no se considera agravante, y el momento de estas acciones no afecta la calificación del robo.

Si bien nos veíamos en la tentación de encuadrar las acciones realizadas por nuestros protagonistas de “El robo del siglo” en esta agravante por ejecutar el delito haciendo perforaciones y fracturas en paredes y pisos -del banco, de la calle-, haciendo un estudio más específico notamos que no aplica puesto que cuando la referencia es a lugar habitado o sus dependencias inmediatas se refiere (a entendimiento de la doctrina y jurisprudencia) a vivienda/ casa destinada a vivienda.

Conforme sostiene Rubén Figari, la doctrina concuerda en que se consideran dependencias de un lugar habitado a los accesorios que, aunque no se utilicen como vivienda, están dentro del ámbito de la intimidad del domicilio. Esto incluye garajes, patios, jardines interiores y pasillos que conectan distintas áreas. En cambio, las dependencias que están esencialmente separadas del lugar habitado, como depósitos o locales comerciales sin comunicación interna, no cumplen con estas condiciones y, por lo tanto, no se ven afectadas por el agravante¹⁸⁴.

En relación a la película, hemos de sostener, por lo tanto, que un banco no se considera un “lugar habitado”, ya que no es un espacio destinado a la residencia o a la vida cotidiana de las personas. Los bancos son lugares de trabajo o comerciales, no podría tipificarse bajo esta agravante específica de “lugar habitado” según el inciso 3.

Por último, el inciso 4) refiere al robo en circunstancias de hurtos agravados y, por lo tanto, el hecho contiene la violencia distintiva del robo y, a su vez, según los agravantes de la figura del

¹⁸³ <https://derechopenal.tripod.com/www/ROBO.htm>

¹⁸⁴ <https://derechopenal.tripod.com/www/ROBO.htm>

hurto, el robo ha de ser de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos; cuando el robo se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; cuando el robo se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; cuando se perpetrare con escalamiento; cuando fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren; o cuando fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Sin embargo, y más allá de hacer esta enumeración como estas circunstancias no se ven representadas en el film seleccionado y sí trabajadas precedentemente por otra persona que ha escrito en el presente, no haremos foco en las mismas.

Finalmente, en relación a otras cuestiones del film, cabe aclarar que, en nuestro entendimiento, los protagonistas violentaron partes del banco para apoderarse del dinero y lo consiguieron, no quedó en mera finalidad del apoderamiento que hubiese constituido una tentativa del robo calificado y, a su vez, en este caso, el delito de robo agravado consumado, subsume el daño a la propiedad realizado por los protagonistas.

Luego, podemos preguntarnos qué sucede en relación a las personas que quedan dentro del Banco al momento del robo, ¿esas personas están privadas de la libertad?

Para respondernos, hemos de pensar que existe una privación de libertad que se presenta como parte del ejercicio mismo de la violencia tipificante del robo, sin embargo, entendemos que en este caso el ejercicio de la privación de libertad tuvo autonomía. No fue uno de los casos de la inmovilización de una persona para impedir su reacción mientras se produce el apoderamiento¹⁸⁵, o para evitar la posterior persecución policial y recuperación de la cosa o la detención del culpable. Entiendo que en este caso podemos referirnos a un concurso real entre ambas figuras.

Analizar la conexión entre el derecho penal y el cine ofrece una perspectiva valiosa para entender cómo se aplican y se interpretan las figuras legales en contextos concretos. En el caso de “El robo del siglo”, la película proporciona un escenario para examinar la aplicación de las agravantes del robo y otras figuras delictivas en situaciones dramáticas. Esta integración del cine con el derecho no solo facilita una comprensión más profunda de las leyes y su funcionamiento, sino que también enriquece el estudio académico al proporcionar ejemplos visuales que ilustran la teoría legal en acción. Además, esta aproximación puede ser una herramienta efectiva para la enseñanza y el análisis crítico de la legislación, mostrando cómo se materializan y enfrentan los delitos en la práctica. La combinación de ambos campos ofrece una oportunidad para reflexionar sobre la precisión y el impacto de las representaciones legales en contextos reales y ficticios.

¹⁸⁵ Tribunal Oral en lo Criminal N° 25, “Pérez, Norman”, 1999/08/05; La Ley, SJP 2001/02/13, 62.

Bibliografía

- BUOMPADRE, Jorge. “Delitos contra la propiedad” 2ª edición actualizada y aumentada, Ed. Mave, Corrientes, 2008, p. 82.
- CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte especial, T. I”, Ed. Astrea, 6ta. edición.
- FIGARI, Rubén E. “Robo con perforación o fractura”, disponible en <https://derechopenal.tripod.com/www/ROBO.htm>
- MACAGNO, Mauricio E. “Art. 162 Hurto Simple”, en la Revista Pensamiento Penal, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/46357-art-162-hurto-simple>
- SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino, Tomo IV”, Ed. Tea, 4ta. Edición. 1988
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro SP SE 107/92 "Ormeno, Daniel J. y otro s/robo en despobl. y en banda; Burgos, Roque F. y otros s/encubrimiento s/casación", 24-892 RN: art. 167 inc.1 c.penal. Provincia de Río Negro. Cita: elDial.com - AX889.
- Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala, SALA III, A., M. M. y V. J. C. 17/04/2008. Cita Online: AR/JUR/2373/2008.
- Tribunal Oral en lo Criminal N° 25, "Pérez, Norman", 1999/08/05; La Ley, SJP 2001/02/13, 62.
- VITALE, Gustavo L. “Art. 166 inc. 2. Robo agravado en despoblado y en banda”, en la Revista Pensamiento Penal, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37863-art-166-inc-2-robo-agravado-despoblado-y-banda>
- .ZAFFARONI, E. Raúl. “Manual de derecho penal. Parte general”. Ediar, Buenos Aires: 1991.

CAPÍTULO 18

Extorsión

Jonatan Robert

Al realizar una primera lectura al art. 168 del Código Penal, puede apreciarse que se encuentra redactado de la siguiente forma *“Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”*.

De esta forma, continuando con la temática iniciada, resulta por demás claro que dentro del Séptimo Arte existen producciones que han abordado o desarrollado situaciones que se enmarcan en la normativa penal, permitiendo ello un correcto desarrollo de los elementos constitutivos de la misma -bien jurídico protegido, conducta, elementos objetivos y subjetivos del tipo, entre otros-; es de destacarse que su visualización en una producción cinematográfica facilita la comprensión de la figura en estudio, y de los alcances tenidos en mira por el Legislador al momento de su sanción.

El artículo en desarrollo contempla dos supuestos penales denominados como *“extorsión simple o común”* –desarrollada en el primer párrafo-, y *“extorsión de documentos”* –prevista en el segundo párrafo-.

Resulta claro que en ambos casos el bien jurídico protegido estará dado por la propiedad, ello merced a la ubicación del precepto dentro del Título VI -Delitos contra la propiedad-, del Libro Segundo del Código Penal –De los delitos-. Pero amén de ello, las figuras tienen una peculiaridad que resulta destacable: ambas requieren que se configure un ataque a otro bien jurídico para poder tener por configurado el injusto penal, siendo el mismo la libertad. Es decir, el menoscabo a la propiedad se va a tener que lograr mediante un ataque a la libertad, ataque éste que tendrá que viciar la libre voluntad de la víctima, y en base a ello generar el ilegítimo desplazamiento de los bienes enumerados en la norma –aflorando como un instrumento o medio para obtener la finalidad delictiva-.

En ambos supuestos, sujeto activo puede ser cualquier persona, ello al no requerir la figura calidades particulares; sin perjuicio de ello, al indicar la norma como medio *“...o falsa orden de la misma...”* abre la puerta a que el rol activo sea ejercido por un funcionario público en actividad –invocando una falsa orden, u orden que no habilita lo solicitado en pos de vulnerar la libertad, y de esa forma obtener el desplazamiento patrimonial ilegítimo-.

En lo atinente al sujeto pasivo, debe predicarse lo mismo, en tanto el precepto legal no exige que, quien resulte centro del ataque en su libertad con la finalidad establecida en la norma reúna calidades particulares. Puede ocurrir que el destinatario de la misma no sea el titular del bien que se pretende obtener, sino que se trate de un tercero con el cual el primero deberá tener un vínculo; Carlos Creus (1998) lo explica afirmando que *“el daño con que se amenaza, como dijimos, puede hacerse recaer sobre el propio sujeto pasivo o sobre un tercero, con relación al cual el sujeto pasivo tenga cualquier interés en preservar el bien que se le va a afectar como propio (p.ej., padre a quien se amenaza con la muerte del hijo)”* (pág. 447).

La conducta típica está enmarcada en el verbo “obligar” lo cual implica un obrar que se opone a la voluntad individual de una persona –“...obligar a otro...”-, es decir, el sujeto pasivo va a actuar fruto de encontrarse compelido a ello y no de una elección consciente. Si por el contrario, se da alguna de las situaciones previstas en la norma –entrega, envío, deposito o puesta a disposición- como consecuencia de una acción sin vínculo con un vicio de la voluntad –la cual sería el nexo con el verbo típico, obligar-, la misma quedaría fuera del alcance del tipo penal¹⁸⁶.

Se requiere asimismo que el ataque a la libertad sea producto de la utilización de los medios comisivos enumerados, esto es, *“...intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma...”*. Dada la forma como se encuentra redactado el precepto, bien debe afirmarse que los mismos resultan ser taxativos, implicando ello que si se utiliza otro medio diverso a los enunciados –con la finalidad antedicha- la conducta resultará atípica en lo atinente al delito de extorsión –siendo ejemplo de ello el supuesto de que se utilice como medio un mero engaño desprovisto de simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma-.

La intimidación requerida, es aquella que reúne los presupuestos de la “amenaza” como figura autónoma –prevista en el artículo 149 bis del Código Penal-, esto es, que sea el anuncio de un mal futuro, grave y realizable por parte de quien se vale de ella para obtener la finalidad ilegítima –puesta de manifiesto en la conducta típica-. La misma no comprende la violencia física estando circunscripta exclusivamente a la faz moral. Este tipo de intimidación, a los efectos del delito, ha sido denominada como “intimidación propia”.

El obrar contemplado en la letra legis se advierte en la película *“Perdido por perdido”*, dirigida por Alberto Lecchi, habiendo sido estrenada el 23 de julio del año 1993, la cual supo ser protagonizada por Ricardo Darín –Ernesto Vidal- y Carolina Papaleo –Veronica-, contando con la participación –entre otros- de Enrique Pinti –Gerardo Matesutti-, Ana María Picchio –Clara-, Alberto Segado –Octavio Del Buono- y Julia von Grohman –Arregui-, entre otros.

La trama se desarrolla en la ciudad de Buenos Aires –a principio de los años noventa-, y gira en torno a Ernesto Vidal –viajante de comercio con problemas económicos- quien se encuentra casado con Verónica –profesora de gimnasia-; la pareja se encuentra atravesando la

186 En torno a ello ha sostenido la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, en la causa nro. 60.652, caratulada: “SCHMIDT, Horacio José s/Recurso de Casación” -22/05/14- que *“...La figura penal se caracteriza por ser el sujeto pasivo, con su voluntad viciada por la coacción, quien realiza la actividad pretendida por el autor, debiendo siempre existir una relación causal entre la intimidación y la disposición patrimonial perjudicial que se efectúa...”*.

posible ejecución de su departamento por las deudas contraídas con la financiera propiedad de Octavio del Buono, éste le propone entrevistarse con Carlos Pieroti –como única alternativa de solucionar los problemas económicos-, quien le sugiere a Vidal una alternativa: entregarle su automóvil, denunciarlo como robado a cambio de la suma de dinero necesaria para evitar el remate de su departamento, y al cobrar el seguro por el siniestro, le otorga la totalidad de la suma. Vidal acepta la oferta.

Luego de desarrollada la maniobra entra en escena Gerardo Matesutti –ex policía y agente investigador de la compañía de seguros Inca- quien descubre la operatoria realizada, y una trama de corrupción vinculada a la financiera y le ofrece a Vidal llevar adelante una extorsión contra la misma, más no hablando con Octavio del Buono, sino con la verdadera responsable de los intereses económicos, la Señora Arregui –cuya familia realiza negocios ilícitos con propiedades, y cuenta con aspiraciones políticas-. Concertada la cita, Vidal le exige la suma de quinientos mil dólares a cambio de devolverle la documentación sustraída por Matesutti, documentación ésta que podría traerle muchos problemas, viéndose intimidada por ello, accede y acuerdan el pago. Al materializarse el mismo, Vidal, escondido –en una cloaca-, le apunta a Arregui con un arma de fuego, exigiendo le entregue el dinero que se encontraba en un bolso, ésta, al verse intimidada, accede –viéndose de esa forma consumado el plan criminal de Vidal, exteriorizado en una extorsión-.

De la sinopsis, se advierte como Arregui con su voluntad viciada, accedió a las exigencias impuestas por Vidal –entrega de una suma de dinero- en pos de evitar las consecuencias intimidantes propuestas por el mismo.

Por su parte, se ha denominado como “intimidación engañosa” a la que se origina y tiene su esencia, en la simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma; simula autoridad pública quien, sin revestir esa calidad, la aparenta o finge generando un vicio en la voluntad del sujeto pasivo -ocasionando que éste acceda al requerimiento ilegítimo- con el objeto de obtener el beneficio patrimonial –ello ante el temor que le produce que se cumpla con el anuncio del mal proferido por considerar verdadera la calidad del autor-. Cuando la norma alude a falsa orden de la misma, implica que la autoridad pública existe, pero lo que no resulta verdadero es la orden que se esgrime, es decir, el autor busca intimidar con una falsa orden.

En torno a ello pueden suscitarse confusiones con otras figuras penales cuando el sujeto activo revista la calidad de funcionario público, más precisamente, con las “*exacciones ilegales*” –previstas en los arts. 266 a 268 del Código Penal- toda vez que en la práctica las conductas podrían resultar similares –merced a los elementos constitutivos de la extorsión y las exacciones ilegales-. La jurisprudencia supo abordar dicha problemática, sosteniendo en torno a ello que “*en las exacciones ilegales el agente tiene que realizar las acciones abusando del cargo que desempeña y debe plantear sus exigencias actuando en el carácter que inviste dentro de la Administración Pública, cuando exige invocando funciones que no le corresponden, comete otro delito –contra la Administración o contra la propiedad-, pero no exacciones. Es claro el ejemplo que menciona Carlos Creus (1998) al explicar el abuso funcional requerido por el tipo de la figura en cuestión cuando expresa que “el agente de policía que requiere el reloj de la víctima para no*

llevarlo detenido en averiguación de antecedentes puede cometer un robo o una extorsión, según los casos, o un cohecho, si la entrega surgió del dador, más no una exacción” (pág.334)”¹⁸⁷.

Producto de una conducta conforme los alcances expuestos, se obligará al sujeto pasivo a “...entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero ...”; así entregar implica dar a otro el bien, enviar significa hacerlo llegar –lo cual puede hacerse por cualquier medio-, depositar conlleva dejar el mismo en un determinado lugar y poner a disposición debe ser interpretado como colocarlo en condiciones de que el sujeto activo –u otra persona- puedan hacerse de el mismo. En todos los casos ello puede ocurrir en forma personal mediante un obrar de la víctima, o por intermedio de otra persona a su requerimiento.

El objeto del delito va a estar dado por “...cosas, dinero, o documentos que produzcan efectos jurídicos...”; el primero de ellos hace alusión a los bienes muebles –conforme art. 227 del Código Civil y Comercial¹⁸⁸ - ya que si uno repara en los supuestos de figuración en la norma mal podría abarcar a los inmuebles –ello habida cuenta que no pueden desplazarse de un lugar a otro-. El dinero es la moneda que pueda utilizarse en el país, ya sea de curso legal o autorizada como tal –mediante la cual puedan contraerse créditos o cancelar obligaciones-. En torno a los documentos Donna (2001) ha sostenido que son “una manifestación de voluntad pura y simple, el cual debe contener un tenor y debe ser firmado” (pág. 214), siendo que el mismo deberá producir efectos jurídicos, los cuales tendrán que ser de contenido económico -ello habida cuenta del bien jurídico que tutela en la norma en estudio, es decir, la propiedad-. Si se tratase de documentos que carezcan de significación pecuniaria, pero que podrían ocasionar efectos jurídicos, los mismos podrán ser objeto de este delito, pero en la significación de cosas.

Dichas conductas, materializadas en la pantalla grande las podemos observar en “*La Gran Estafa*” –Ocean’s Eleven- protagonizada por George Clooney –Dany Ocean-, Brad Pitt –Rusty Ryan-, Matt Damon - Linus Caldwell-, Andy García –Terry Benedic- y Julia Roberts –Tess-, la cual supo ser estrenada en las salas de E.E.U.U. el 7 de diciembre del año 2001. La historia gira en torno a la realización de un robo de forma organizada –pese al nombre escogido por la cinematografía para resumir la trama- en la ciudad de Las Vegas –E.E.U.U.- a tres casinos propiedad de Terry Benedic. En un pasaje de la trama, mientras se está consumando el desapoderamiento, suena un teléfono celular que se encontraba en el saco de Tess, y al contestar le solicitan hablar con Terry Benedic, quien al tomar el aparato se entera por parte de Rusty que estaban robando los casinos, a la vez de formularle una flagrante extorsión: le explica que solo se llevarían la mitad del dinero –unos ochenta millones de dólares, dejando el resto ahí-, el cual colocarán en seis bolsos en un ascensor –que comunica a la bóveda-, siendo que los empleados del casino tendrían que llevar los mismos y depositarlos en una camioneta que espera estacionada afuera,

187 Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala V, causa nro. 58.179, caratulada “Raúl Jose Mercado, S/ Recurso de Casación -18/02/14-. En torno a ello el profesor Breglia Arias, Omar realiza un excelente trabajo diferenciando la figura de extorsión de las exacciones ilegales en la obra “Código Penal Comentado de acceso libre”, Gabriel N.A. Viatel (Dir), Patricia Garberi y Fernando Avila (Coord), comentario al art. 168 del Código Penal (puede consultarse en <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37766-art-168-extorsion>).

188 El art. 227 del Código Civil y Comercial establece: “Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa”.

ello bajo intimidación que si no lo realiza, o si se acercan a la camioneta haría explotar todo. Terry, lejos de sentirse intimidado, hace que uno de sus empleados llame a la línea de emergencias solicitando la presencia policial en el casino –sin perjuicio de lo cual, cumple con las exigencias que le impuso Rusty–.

Como se advierte, existió una conducta intimidante y una puesta a disposición de los seis bolsos –de lo que se pensaba que era dinero–, ello producto de una voluntad viciada por el mal anunciado.

La figura contemplada en el primer párrafo exige en el autor el “*dolo directo*”, el cual se corresponde con el conocimiento de la ilegitimidad de la exigencia realizada –mediante intimidación–, y la voluntad de utilizar los medios –enumerados– para obligar a que la víctima cumpla la misma, generando de esta forma el desapoderamiento en aquella, con el consecuente perjuicio patrimonial. Si por el contrario la exigencia no resulte ilegítima –por encontrar amparo en el orden jurídico–, pese a que intimide a su destinatario, la conducta resultará atípica¹⁸⁹.

Merced a como se encuentra redactada la norma, se acepta la participación de sujetos en la comisión del delito, ya sea a través de la coautoría o participación, dependiendo ello del aporte que lleven adelante, y del momento en el cual se produzca el mismo. A la par de ello, corresponde sostener que el inicio de ejecución debe situárselo con el momento en el cual comienza la intimidación –con la finalidad antedicha–, y la consumación del delito –tratándose éste de un delito de resultado material– se ubica en el momento en el cual el sujeto pasivo se ve desapoderado del bien ilegítimamente exigido; el desapoderamiento no implica que el sujeto activo –o un tercero– tenga contacto físico con el objeto –apoderamiento–, más si, que deje de estar en la esfera de custodia de aquel –o de quien lo detentaba–. Al ser una figura de resultado admite la tentativa, la cual se puede dar –enunciando a modo de ejemplo– en los casos que pese a resultar idónea a la intimidación, no motiva por parte del sujeto pasivo la disposición patrimonial.

A diferencia del supuesto contemplado en el primer párrafo, en la extorsión de documentos se agrega como medio comisivo a la “*violencia*”, es decir, que se podrá llevar adelante la conducta típica valiéndose de los antes enunciados o de ésta de forma indistinta en pos de obtener la finalidad ilícita. En este caso la acción también estriba en “*obligar*” a otro, pero en la especie a “*...suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito...*”.

En cuanto a los roles de sujeto activo y pasivo se corresponden con los alcances ya expuestos a los cuales corresponde remitirse.

La violencia de figuración en la normativa debe ser interpretada como violencia física –y no ya la moral, comprensiva de la intimidación como medio comisivo previsto en el primer

189 Así, a modo de ejemplo puede enunciarse lo resuelto por la Cámara de Apelaciones Nacional en lo Criminal y Correccional –CABA–, en la causa nro. 19.462, caratulada “Dubove Sergio s/ sobreseimiento” -12/09/02-, sosteniéndose que “*...El envío de cartas documento, por parte de la entidad bancaria, reclamando el pago de la deuda, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución hipotecaria, de ningún modo puede ser considerado constitutivo del delito de extorsión. Para configurar dicho tipo penal, resulta necesario que el sujeto activo requiera que el sujeto pasivo realice una acción o una omisión, indebida o injusta, no pudiendo considerarse típico el apercibimiento de acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar lo que parece justo...*”.

párrafo-, al decir de Buompadre (2000) la misma *“abarca la violencia expresa, vale decir, la que recae directo sobre el cuerpo de la víctima, y la violencia tácita, esto es, la que sin alcanzar el cuerpo de la víctima se dirige contra ella (existe una amenaza de empleo inmediato de violencia)”* (pág. 89).

Vinculado a la temática encontramos el film *“Bad Boys II”* –dirigida por Michael Bay, y estrenada en la pantalla grande en el año 2003 en los E.E.U.U.-, perteneciente al género policial y de acción, la cual supo ser protagonizada por Will Smith –Mike Lowrey- y Martin Lawrence –Marcus Burnett-, dos policías rudos del estado de Miami que luchan contra el tráfico de drogas ilícitas, ejercido por Jordi Mollá quien personifica a Johnny Tapia, un sin escrúpulo y despiadado traficante cubano que distribuye sustancias ilegales entre los clubes nocturnos de la ciudad, entre ellos, los pertenecientes a Alexei y su socio Josef –miembros de la mafia rusa, con asiento en la ciudad-.

En el contexto de una reunión llevada adelante en la mansión de Johnny Tapia a la que asisten Alexei y Josef en pos de renegociar sus márgenes de ganancia; Tapia y Alexei se sientan en una larga mesa, siendo que en un momento acercan un banquito, y luego colocan un tacho con los restos de Josef –asesinado y descuartizado por los hombres del cubano-. Al cabo de unos instantes, Tapia solicita otro tacho –todo ello en modo intimidatorio-, solicitándole a Alexei que le ceda los derechos de los clubes que posee en la Florida, éste no se siente intimidado y se niega a la exigencia. Luego, el narcotraficante lo amenaza con cortarle la cabeza, el ruso tampoco accede a su demanda. Esto motivó que Tapia saque una foto de la mujer de Alexei y de su hijo, manifestándole que los visitaría. Esta amenaza logra amedrentarlo, consiguiendo así la firma de los documentos para el traspaso de los clubes. Con la rúbrica, logra el consecuente perjuicio patrimonial hacia sí mismo.

Como se adelantara en este supuesto, el sujeto activo obligará a otro a *“...suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito...”*; suscribir implica firmar el documento –ológrafo o digital- lo cual implica un reconocimiento expreso de su contenido y los efectos jurídicos del mismo. Destruirlo conlleva una alteración material de todo o parte, ocasionado ello su desnaturalización como tal –por ejemplo, cortándolo, arrancándole el sector donde se encuentra firmado, borrando partes, etc.- y su ineficacia jurídica. Dichas acciones deben implicar –en ambos casos- un menoscabo patrimonial hacia a la víctima.

Respecto a la clase de documentos materia del delito, Breglia (2018) ha sostenido que *“el derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación es un crédito, y la obligación de hacer, no hacer o dar una cosa, es una deuda”* (pág. 279); conforme ello, no cualquier documento, pese a que revista contenido patrimonial quedará enmarcada en la norma, solamente aquellos de obligación o de crédito –siendo indistinto a los efectos penales que se trate de uno público o privado-. El mismo no deberá presentar vicios que puedan afectar su eficacia conforme a legislación civil –ello claro está, más allá del propio de la voluntad del firmante-, ya que de lo contrario no podría verse afectado el patrimonio del sujeto pasivo.

Así podemos observar nuevamente conductas con relevancia penal en la película *“Ahora son trece”* –Ocean's Thirteen-, tercera parte de la exitosa saga protagonizada por George Clooney –

Dany Ocean-, Brad Pitt –Rusty Ryan-, la cual debutó en las salas del País del Norte el 8 de junio del año 2007. En esta nueva entrega, Elliott Gould –quien personifica a Reuben Tishkoff- planifica la construcción de un nuevo casino en la ciudad de Las Vegas con su socio Al Pacino –encarnando a Willy Bank-.

En una reunión de trabajo pactada en el casino en construcción –en horario nocturno-, luego de una charla entre ambos Reuben se da cuenta que Willy –quien se encuentra acompañado por su custodio- ya no lo quiere como socio en el emprendimiento, pretendiendo que le venda su parte por una pequeña suma de dinero. Mientras aquél se niega a firmar los documentos, el guardaespaldas de Willy se acerca en forma intimidante, en ese momento Reuben le dice *“que vas a hacer, tirarme de la azotea, esto no se hace, esto no se hace”*, el custodio continúa acercándose de forma amenazante, logrando así, la firma de los documentos.

En la especie se advierte la coautoría en el desarrollo de la conducta típica con el consecuente perjuicio patrimonial –al firmar los documentos-, fruto de la intimidación dispensada.

En la extorsión de documentos también se exige en el autor el “dolo directo”, siendo coincidentes con la figura prevista en el primer párrafo los aspectos atinentes al conocimiento y voluntad exigidos al sujeto activo en el momento de llevar adelante la conducta.

La coautoría y participación resultan factibles, extremo éste que puede afirmarse sin mayor complejidad al observar la letra de la norma; piénsese el caso donde dos sujetos obligan a otro a realizar la firma de un documento –utilizando violencia-, pudiendo predicarse ello lo mismo en el supuesto de que se lo obligue a destruirlo.

La consumación del delito dependerá de la modalidad llevada adelante –no siendo idéntica en ambos casos-, toda vez que en la suscripción de documentos no basta con que el mismo se encuentre suscripto, sino que también es necesario que haya salido de la esfera de custodia del firmante ya que a partir de ese momento se estaría corriendo un riesgo certero para el patrimonio de la víctima. En el supuesto de la destrucción, la consumación debe situársela en el momento que se lleva adelante –rompiendo en todo o en parte el documento, privándolo de su carácter de tal, restándole eficacia jurídica-. La tentativa es pasible respecto de ambas figuras; en la suscripción, cuando, utilizando los medios comisivos previstos, se intenta sin éxito que la víctima lo firme, por ejemplo, oponiendo resistencia física, pudiendo predicarse ello mismo en lo atinente a la destrucción.

Bibliografía

- Breglia Arias, Omar, El Delito de Extorsión, en “Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA II”, Jusbaire, CABA, 2018.
- Buompadre, Jorge E., “Derecho Penal, Parte Especial”, Mave, Corrientes, 2000.
- Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, Astrea, 6º edición, actualizada y ampliada -1er reimpresión-, 1998, CABA.
- Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Rubinzal-Culzoni, 2001, Santa Fe.

CAPÍTULO 19

Chantaje

Agostina Vincentti

El art 169 del Cód. Penal establece: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputación contra el honor o de violación de secretos, comete alguno de los hechos expresados en el artículo precedente”

Un acercamiento a la figura y su recepción en el mundo cinematográfico

El delito conocido como “chantaje” surge el Código Penal francés del año 1863 en su artículo 400 y es adoptado en su forma primigenia por nuestro ordenamiento a partir de la ley 4.189 sancionada en el año 1903 (aunque posteriormente, sufrió algunas modificaciones). La figura castiga conductas sociales que no solo se materializan en la vida común y corriente de los miembros de una comunidad, sino que también las podemos encontrar e identificar en numerosas tramas cinematográficas las cuales se graban en nuestra memoria una vez vistas. Las intrigas, los secretos y los intereses de distinta índole que son transversales y característicos de las historias de ficción, convierten al cine en el ambiente propicio para la aparición de esta figura.

Pero ¿todos sabemos identificar un chantaje en la pantalla grande y en la vida real? Es común confundirlo con otra figura que, aunque el legislador haya regulado separadamente en el código, mantienen cierta conexidad ya que no deja de constituir una relación de género-especie con este tipo. Nos referimos al artículo precedente, al cual remite la misma norma, que regula la figura conocida como “extorsión”. Muchos autores contemplan al chantaje como un subtipo de aquella, pero el legislador al momento de regular ambas de manera separada, nos indica la relevancia jurídica de esta figura y la particularidad de sus elementos objetivos. Lo que distingue al chantaje de la extorsión (Art 168) son los medios comisivos que caracterizan y configuran la acción del autor -amenazas de imputaciones contra el honor o revelación de secretos-.

Finalidad tuitiva del legislador: Bien Jurídico Protegido

El chantaje es un tipo penal que, a pesar de estar ubicado en el Título VI -DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD- Capítulo III del código penal, en donde se protege el bien jurídico “propiedad”, al mismo tiempo, tiene una esfera de afectación que puede concernir otro bien jurídico, como lo es el de la libertad personal. El legislador buscó proteger el patrimonio del sujeto pasivo y es por ello, que se justifica su ubicación en el ordenamiento codificado. Como dice Buompadre (2017) *“son delitos “complejos” y “pluriofensivos”, porque ofenden un interés patrimonial y la libertad personal”* (p.431). Existe la previsión de un doble ataque, que en primera instancia se ve dirigido contra la libertad personal, pero que termina decantando en otro más relevante bajo los ojos del legislador, dirigido a la propiedad privada de la víctima.

Lo mismo ocurre con el “honor”, como otro bien jurídico protegido por el código, en la sección destinada a los “delitos contra el honor”. En el caso del chantaje, el honor se puede ver amenazado y vulnerado, sin embargo, el ataque al honor no es el fin en sí mismo, sino un medio para causar una afectación superior al patrimonio del sujeto pasivo. De dicho fundamento, deriva la inaplicabilidad de la *exceptio veritatis*, (propia de los delitos contra el honor como las calumnias).

Siguiendo esta línea de pensamiento, mencionamos lo expresado al respecto por Donna (2007) cuando explica que: *“se protege el honor y los secretos de las personas, refiriéndose la hipótesis delictiva al peligro que uno de estos bienes debe correr, de modo tal que se coacciona a la víctima. En definitiva, el honor o el secreto deben correr peligro, la libertad psíquica debe ser vulnerada y, finalmente, debe existir el atentado contra la propiedad”* (pág. 288).

Protagonistas del delito y su acción típica:

Haciendo un juego de palabras relacionado al mundo del séptimo arte, podemos decir que los protagonistas de este delito, es decir, el sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser, según la redacción de la norma y la intencionalidad del legislador, cualquier persona. Esto nos indica que estamos en presencia de un delito conocido por la doctrina como de *delicta comunia*. La ley no exige ninguna cualidad o característica especial que deban cumplir estos sujetos para que el hecho delictivo se subsuma al tipo penal consagrado en la norma.

Respecto a la acción típica, la conducta humana que busca desincentivar el legislador con este tipo penal es la misma que desalienta e incluye el artículo 168 del Código Penal. Así pues, la acción aludida es la de obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que producen efectos jurídicos, o a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito. Según los autores Estrella y Godoy Lemos (2007), esta similitud entre ambas figuras, generó que el delito en tratamiento sea excluido de los proyectos de 1941 y de 1960 ya que se consideraba que no tenía independencia suficiente para ser incluida de manera separada al delito de extorsión.

En el presente capítulo, utilizaremos como recursos ejemplificativos distintas películas propias del cine nacional e internacional. La primera obra sobre la que profundizaremos el análisis y materialización del tipo estudiado es cinta cinematográfica protagonizada por Guillermo Francella y Pablo Rago, llamada “La extorsión” y, aunque su nombre nos remite al artículo precedente, encontramos un claro caso de chantaje en el fondo de la trama.

Esta película, dirigida por Martino Zaidelis y estrenada en la pantalla grande en el año 2023, cuenta la historia de un piloto de avión llamado Alejandro Petrossián (Guillermo Francella), de vasta experiencia en el oficio aeronáutico, que es contactado por los servicios de inteligencia con sede operativa en las instalaciones del aeropuerto Jorge Newbery de Ezeiza. Esta agencia estaba dirigida por un hombre misterioso conocido como Saavedra (Pablo Rago), quien interroga a Petrossián en su primer encuentro, y le informa que han investigado sobre sus recientes estudios psicofísicos (los cuales permiten que continúe desempeñando sus funciones). Allí han descubierto que éste con ayuda de su amante médica falsificaron los resultados presentados ante la compañía, descubriendo y exponiendo frente al espectador, el hecho de que el piloto sufre de una sordera que lo incapacita para seguir ejerciendo su trabajo.

Por lo tanto, Saavedra junto con sus hombres a cargo, buscan obligar a Petrossian a concretar una serie de entregas de valijas (cuyo contenido es reservado, aunque luego se revela el mismo) a un tercero que las espera en el aeropuerto de Madrid, a cambio de no exponer tanto la sordera como el secreto de su amante (la falsificación de los resultados de los análisis médicos). El protagonista cede ante el chantaje y empieza a desenvolverse la trama.

La distinción de los medios comisivos:

El carácter distintivo de nuestro objeto de estudio respecto a la figura básica prevista por el legislador para el delito de extorsión, se encuentra como anteriormente mencionamos, en los medios comisivos. En este caso, la figura se puede materializar si la acción típica se lleva a cabo por parte del autor, a través de amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos del sujeto pasivo. El empleo de estos medios consiste en una leve disminución de la escala penal respecto a la figura que la precede (Art 168)

Es importante destacar el carácter taxativo que defiende el código respecto a los medios de comisión propios de esta figura. No cualquier amenaza ni violación de secretos es compatible con el tipo penal en cuestión. Se utiliza la intimidación del sujeto pasivo, con el fin de que éste realice las acciones típicas privativas del tipo.

En cuanto a las amenazas de imputaciones contra el honor, siguiendo a Donna (2007) podemos definir a las amenazas como “el anuncio hecho a otro de inferirle un mal” (pág.288). Estas pueden exteriorizarse de manera escrita, verbal o por signos, de forma indirecta o directa, expresa o tácita y deberán cumplir todas las exigencias legales previstas para el delito de amenazas previsto en el art 149 bis. Respecto a esto, podemos evidenciar la interconexión de los tipos penales previstos por el legislador. La conducta humana cuestionable penalmente, atendiendo a

las particularidades propias del caso, puede estar receptada en el código, por un artículo o por otro, dependiendo en este caso, si constituyen simples amenazas, una extorsión propiamente dicha o si las amenazas están dirigidas a atentar contra el honor de una persona.

Las amenazas de imputaciones contra el honor, para Estrella y Godoy Lemos (2007) *“deben afectar el crédito o fama que la víctima o un tercero tiene ante los demás”* (pág. 511). En el caso de la película *“La extorsión”*, mencionada anteriormente, vemos que, aunque lo que peligra es el secreto del protagonista, también lo hace su carrera y prestigio. En la misma historia, un actor de reparto, se refiere a él como *“una leyenda”* en su ámbito laboral (por lo cual, mantener impoluta su imagen y trayectoria podría haber sido uno de los motivos que impulsará al protagonista a sucumbir frente a las amenazas de los servicios de inteligencia, sin embargo, en la historia queda en segundo plano la cuestión relativa a su honor).

Núñez (1989) determina que *“basta la amenaza o anuncio de una imputación contra el honor o revelación de secreto, sin que sean necesarias más especificaciones...no cabe exigir como condición indefectible del tipo, que la imputación o el secreto reúnan determinadas calidades como verbi gratia, la publicidad o el carácter difamatorio de la primera, o la existencia real o el carácter íntimo del objeto del segundo”* (p.270). Es decir, a los ojos de este autor, no es necesario que, al momento de proliferar la amenaza, el sujeto activo especifique lo que imputará o revelará, por ello se considera que es compatible con el tipo una amenaza genérica e indeterminada de exponer una imputación contra el honor.

La norma penal no exige la veracidad de la imputación esgrimida. En palabras de Soler (1992) *“la indiferencia con respecto a la verdad o falsedad de la imputación se deduce del hecho de que la ley coloque en el mismo nivel la amenaza de imputaciones contra el honor y la amenaza de revelación de secretos, los cuales pueden constituir en hechos reales, no deshonorosos, sino simplemente íntimos”* (p.326). Sin embargo, si es necesario que el sujeto pasivo perciba y determine que se trata de una vulneración al honor.

Santiago Irisarri (2008) remarca que la relevancia de la amenaza, no gravita sobre la veracidad o no, sino que *“lo importante es el constreñimiento psicológico generado sobre la víctima que lo obliga a perjudicarse patrimonialmente”* (pág. 6).

Es indiferente la calidad de quien prolifera la amenaza de imputaciones contra el honor o la violación de secretos. En otras palabras, puede ser realizada por el mismo sujeto que persigue un beneficio para sí o para un tercero. Lo mismo se aplica a la titularidad del honor en juego, es decir, que el honor que se ve en peligro, puede pertenecer a la persona a la que se busca coartar en su libertad o a la de otra.

En cuanto a la violación de secretos, como el otro supuesto contemplado por el legislador para configurar el delito, adoptamos la definición expuesta por Fontan Balestra (2014) para determinar el contenido y alcance del concepto *“secreto”*, entendiendo al mismo como *“el conocimiento de un hecho real que se mantiene en la esfera íntima de alguien, cuya divulgación tiene aptitud para causar un perjuicio al sujeto pasivo o a un tercero, con independencia de su naturaleza o gravedad, las que son de apreciación subjetiva”* (pág.700). Por lo expuesto, entendemos que la violación de un secreto implica la vulneración del ámbito íntimo y afectivo del sujeto pasivo

o de un tercero. Debe existir el deseo de mantener el hecho o circunstancia cuidadosamente reservado u oculto (manteniendo su reserva).

Como ya hemos mencionado, aunque autores como Nuñez resaltan la inexistencia de una exigencia legal sobre alguna especificación en el marco de la violación de secretos, autores como Soler y Buompadre, defienden la postura de que necesariamente, el secreto en peligro debe constituir un hecho verdadero, que haya tenido lugar en la realidad.

Dentro del cine internacional, podemos hacer mención al film estadounidense “Muerte en el Nilo” (2022) basado en la obra homónima de la autora Agatha Christie y dirigida por Kenneth Branagh. La misma cuenta la historia de un triángulo amoroso que desencadena una serie de asesinatos que tienen lugar durante un viaje en barco por el famoso río africano, los cuales son investigados por el célebre detective Hercules Poirot (personificado por el mismo director de la película).

La primer muerte de la historia, es la de Linnet Ridgeway-Doyle (Gal Gadot), una multimillonaria que es asesinada por su esposo, Simon Doyle (Armie Hammer), como producto de un plan ideado y ejecutado junto con su ex amante y amiga de la víctima, Jacqueline “Jackie” de Bellefort (Emma Mackey). La misma fue asesinada mientras dormía, y su criada Louise Bourget (Rose Leslie) es la única que vio al asesino salir del camarote al momento de cometer el delito, por lo cual, lo chantajea, obligándolo a entregarle una suma de dinero a cambio de guardar silencio y que no se sepa su secreto. Al momento posterior de concretar la entrega del mismo y quedar consumado el delito, es asesinada por la amante de quien le quitó la vida a la Sra. Ridgeway-Doyle.

La doctrina mayoritaria coincide en la innecesariedad de que la conducta violatoria configure el delito previsto en el art 156 del código penal, por lo tanto, es irrelevante el medio o las circunstancias mediante las cuales el sujeto activo tomó conocimiento del secreto en cuestión. Lo trascendental recae en que este mismo, pertenezca a la esfera íntima de la víctima o de un tercero (y que en este caso la víctima de la amenaza tenga interés en resguardarlo).

Tipo subjetivo, consumación y tentativa

La figura regulada requiere que el sujeto activo actúe con dolo, sin embargo, en este caso, no incluye al dolo eventual, por consiguiente, es necesario que quien lleve a cabo esta acción tipificada actúe con la intención de infundir temor suficiente en la víctima a través de la amenaza de realizar imputaciones contra el honor o violar secretos ajenos, para que esta se vea obligada a realizar algunas de las acciones contempladas en el tipo motivado por el miedo de que, según Buompadre (2017) *“su vida íntima adquiera notoriedad por la indebida divulgación”* (pág. 435.).

Respecto a la consumación y tentativa, Soler sostiene que existe unanimidad en la doctrina argentina respecto al momento en el cual el ilícito se considera consumado. Atendiendo a la literalidad de la norma, la misma establece que el delito consiste en obligar a entregar, enviar,

depositar, o poner a disposición de otras cosas, dinero o documentos que generen efectos jurídicos, por lo tanto, basta que la víctima se haya despojado de la cosa sin necesidad de que se concrete el apoderamiento o la satisfacción del beneficio ilícito por parte del autor. En el momento en que el sujeto pasivo abandona la cosa de interés se ve configurada la lesión patrimonial y la lesión a la libertad de la víctima.

No solo encontramos casos ficticios de esta figura inmersos en productos de la industria cinematográfica que por su trama están destinados al disfrute del público adulto, sino, además, también los podemos hallar en historias pensadas e ideadas para los más jóvenes. Un ejemplo de esto es la reciente serie estrenada bajo la productora que encabeza Cris Morena¹⁹⁰, llamada *Margarita* (2024). La misma cuenta la historia, secuela de *Floricienta* (2004), de la princesa Margarita de Krikoragán. Su argumento gira en torno a los secretos y enredos tejidos para ocultar la verdad sobre la identidad de la protagonista. En este marco, en los capítulos 8 y 9 de la primera temporada, Merlín (Ramiro Spangenberg) es obligado por Rey (Mateo Belmonte) a financiar la producción de su videoclip, a cambio de que este último no revele su verdadera identidad como hijo del rey usurpador del trono de Krikoragán.

El delito queda consumado en el capítulo 9, cuando se puede ver a Merlín entregando una suma de dinero a un hombre en concepto de materiales para la grabación del video. En episodios siguientes, la coprotagonista Delfina Santillán (Isabel Macedo) también es obligada por un enigmático hacker a entregar una determinada cantidad de criptomonedas antes de un determinado tiempo, a cambio de que este no revele la verdad sobre la identidad de Margarita. Delfina tiene interés de que la misma se mantenga en secreto ya que ella fue quien adoptó a una niña huérfana, años atrás, para hacerla pasar por Margarita y así poder administrar su fortuna. La figura delictiva queda consumada en el episodio 10 cuando Delfina entrega un adelanto de la cantidad solicitada.

El delito en consideración admite tentativa, siempre y cuando, el actor haya iniciado la ejecución de los actos amenazantes e intimidatorios con la intención de obligar a la víctima a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que producen efectos jurídicos, o a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, pero que por causas externas y ajenas a su voluntad haya frustrado el despojo de los bienes mencionados.

Por ello, podemos destacar que, aunque en los ejemplos filmicos mencionados, el delito llegó a consumarse, si el piloto personificado por Francella no hubiese entregado las valijas llenas de dólares en Madrid, o si los amantes asesinos de “Muerte en el Nilo” o los personajes de “Margarita” no hubiesen entregado el dinero a su chantajista, los delitos hubiesen quedado en grado de tentativa, esto, al mismo tiempo, podría significar la consumación de otro tipo penal.

¹⁹⁰ María Cristina de Giacomini (Buenos Aires, 23 de agosto de 1956), conocida por su nombre artístico Cris Morena, es una actriz, compositora, modelo, presentadora, productora, empresaria y cazatalentos argentina.

Bibliografía

- Buompadre, Jose Eduardo. Manual de derecho penal, parte especial. 2017. 3era reimpresión. Editorial ASTREA (p. 431-436)
- D’alessio, Andrés Jose. “Código penal de la Nación: comentado y anotado”. 2° edición, 4° reimpresión. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2014
- Donna, Eduardo Alberto. “Derecho penal: parte especial”. Tomo II - B - 2° edición actualizada - Santa Fe. Editores Rubinzal-Culzoni. 2007. (p. 286-293)
- Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto. “Código penal. Parte especial. De los delitos en particular”- art 140-185. Buenos aires, Editorial Hammurabi s.r.l. 2007
- Fontan Balestra, Carlos. “Tratado de derecho penal: parte especial”. 1° ed., 1°reimpresión - Buenos Aires: La Ley, 2014. (p. 698-702)
- Irisarri, Santiago M. “Chantaje” en Código penal comentado. Asociación Pensamiento Penal.
- Marin, Jorge L. Derecho penal, parte especial. 2da edición actualizada. 2008. Editorial Hammurabi s.r.l (p.435-443)
- Núñez, Ricardo C. “Tratado de derecho penal”. 2°edición 2° reimpresión. Córdoba. Editorial Marcos Lerner. 1989. (p. 269-271)
- Romero Villanueva, Horacio J. “Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia”. 1° ed. - CABA. Abeledo Perrot S.A , 2015. (p.523-524)
- Soler, Sebastian. “Derecho penal argentino”. 4°edición.10°reimpresión. Buenos aires. Tipográfica editora argentina. 1992 (p.325-331)

CAPÍTULO 20

Secuestro extorsivo

Patricio Tomás Rizzi

Introducción

En esta oportunidad nos abocaremos al tratamiento del delito comúnmente llamado “secuestro extorsivo” o como era conocido antiguamente “plagio” en referencia a una, según términos de Grisetti y Romero Villanueva (2019) “red de pescar” (pág. 492).

Esta figura, entendida como la privación de la libertad de una persona con el fin de obtener un rescate o beneficio económico, ha sido un tema recurrente en la historia del cine. Desde los clásicos del cine negro hasta las producciones más recientes, el secuestro extorsivo ha sido representado y abordado de diversas maneras en la gran pantalla.

A lo largo del tiempo, el cine ha reflejado la evolución de esta problemática social, mostrando como ha ido cambiando la forma en que se cometen estos delitos, las motivaciones de los secuestradores y la respuesta de las autoridades y las víctimas. Desde dramas intensos y psicológicos hasta thrillers de acción y suspenso, el secuestro extorsivo ha sido un tema versátil que ha inspirado a directores y guionistas de todo el mundo.

En este sentido, la industria cinematográfica ha cumplido un papel importante en la forma en que se percibe y se entiende el secuestro extorsivo, influenciando la opinión pública y generando un diálogo sobre la naturaleza de este delito y sus consecuencias. Al mismo tiempo, ha permitido explorar las complejidades y matices de este tema, mostrando cómo se entrelaza con otros problemas sociales, como la pobreza, la desigualdad y la corrupción.

En este capítulo nos proponemos analizar cómo el cine ha abordado esta figura delictiva, explorando las diferentes representaciones y enfoques que se han dado en algunas películas y géneros. De esta manera, buscaremos entender mejor como ha contribuido a la construcción de la percepción pública sobre el tema y como ha influido en la forma en que se piensa y se habla sobre el mismo en la sociedad actual.

En forma preliminar, y en pos de encuadrar su regulación en nuestro cuerpo normativo, debemos señalar que este delito se encuentra receptado actualmente en el artículo 170 del Código Penal argentino, y se configura cuando una persona es privada de su libertad con el fin de obtener un beneficio o ventaja, ya sea económica o de cualquier otro tipo. Este delito se considera especialmente grave debido a la vulneración de la libertad y la seguridad de la víctima, y se sanciona con penas que pueden alcanzar hasta los 25 años de prisión.

Por naturaleza, constituye una forma de extorsión, toda vez que existe una amenaza o intimidación sobre un hecho cierto, concreto y determinado que es la privación de la libertad de una persona, a lo que se le añade otro bien jurídico violado a los propios de toda extorsión. Es por ello que el delito adquiere una autonomía diferente y superior respecto a otros tipos extorsivos, ya que se le agrega otra conducta más que justifica una pena mayor.

Dice el **ARTICULO 170.** - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que ***sustrajere, retuviere u ocultare*** a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

El precio de la libertad

Dicho esto, adentrémonos en algunos films que dan cuenta y reflejan lo expuesto precedentemente, algunos, abordando el tema de manera cruda y realista, y otros, en forma más moderada. A partir de ello, lograremos visualizar las similitudes y diferencias entre la representación cinematográfica y la realidad del delito.

El clan¹⁹¹

Un film que refleja a la perfección la configuración de este delito, incluso en sus agravantes más complejos. Esta película argentina estrenada en el año 2015 se basa en la historia real de la familia Puccio, que cometió una serie de secuestros extorsivos en la década de 1980 en Argentina. La familia Puccio, liderada por el “patriarca” Arquímedes Puccio (protagonizado por Guillermo Francella), utilizó el secuestro extorsivo como un medio para obtener beneficios económicos y mantener su poder y control sobre sus víctimas.

“El Clan” muestra cómo este delito se configura como un atentado contra la libertad y la seguridad de las personas, y cómo puede tener consecuencias devastadoras para las víctimas y sus familias.

La película destaca la crueldad y la falta de empatía de la familia Puccio hacia ellas, así como la forma en que manipulaban y controlaban a sus secuestrados para obtener lo que querían. También se muestra cómo la familia Puccio utilizó la violencia y la intimidación para mantener su imperio del secuestro extorsivo.

Muestra de ello se da en la discusión final entre padre e hijo que tiene lugar en la cárcel, Arquímedes provoca a Alejandro y busca responsabilizarlo de lo sucedido asignándole una motivación clara, como lo señala Dillon (2021): “Lo hiciste por plata, Alejandro” (pág. 10).

Por su parte, en una muestra de impunidad y control total de la situación la cámara señala la contigüidad entre el hogar y el negocio familiar. Esa proximidad se enfatiza en varias escenas: por ejemplo, en un plano secuencia vemos a Alejandro cerrando su local y luego abriendo el portón para que ingrese el auto, que lleva una víctima en el baúl. La vecindad de casa y negocio funciona como una metáfora espacial de la historia que se está contando: el verdadero “negocio” de los Puccio –el secuestro de empresarios– literalmente tiene lugar dentro del hogar familiar.

La mecánica utilizada por la familia para llevar a cabo sus secuestros era la siguiente:

1. Selección de la víctima: Identificaban a personas adineradas o con familiares que pudieran pagar un rescate.
2. Secuestro: Utilizaban tácticas de intimidación y violencia para secuestrar a la víctima.
3. Encierro: La víctima era encerrada en un lugar secreto, a menudo en la propia casa de los Puccio.
4. Pedido de rescate: Contactaban a la familia de la víctima y pedían un pago a cambio de la liberación de la persona secuestrada.
5. Negociación: La familia Puccio negociaba el monto del rescate y las condiciones de la liberación.
6. Muerte: En algunos casos, si la familia de la víctima no pagaba el rescate o si la víctima intentaba escapar, los Puccio la mataban. (art. 170, anteúltimo párrafo del Código Penal).

¹⁹¹ La película coproducida entre Argentina y España del género dramático-policial estrenada en 2015, dirigida por Pablo Trapero y producida por K&S Films, Matanza Cine y El Deseo. La película fue un gran éxito comercial y a nivel de la crítica. Participó de diversos festivales internacionales de gran renombre, como el Festival de Venecia, el Festival de Toronto, y el Festival de San Sebastián.

“Hombre en llamas”¹⁹²

La película *“Man on Fire”*, o también conocida como *“Hombre en llamas”* en su traducción al español, es un film intenso que aborda el tema en cuestión y pone de manifiesto la mercantilización de la libertad.

En la película, la víctima, Lupita “Pita” Ramos (Dakota Fanning), es una niña de 9 años que es secuestrada en México (supuesto que podría encuadrarse en el art. 170 inc. 1 de nuestro Código Penal si el hecho tuviera lugar en nuestro territorio). Los secuestradores la utilizan como una herramienta para obtener un rescate de su familia adinerada. La película muestra cómo Pita es objeto de negociación y manipulación, lo que refleja la objetivación de la víctima en el contexto del secuestro extorsivo.

Los secuestradores exigen un pago de \$10 millones, lo cual deja evidenciado como la libertad de Pita es una mercancía que se puede comprar y vender. Pese a ello, también se muestra cómo el pago del rescate no garantiza la seguridad de la víctima y cómo los secuestradores pueden seguir explotándola.

Aquí el pago del rescate se convierte en una cuestión de vida o muerte. Los secuestradores amenazan con matarla si no se paga el rescate, lo que crea una presión extrema sobre su familia y John Creasy (Denzel Washington), su guardaespaldas.

Ello genera la toma de medidas drásticas para rescatar a Pita, puesto que el pago del rescate no sale como fue planeado. Ante este cuadro de desesperación e impotencia John Creasy, un ex-agente de la CIA, decide tomar la ley en sus manos y buscar a los secuestradores, poniendo en evidencia la necesidad de tomar medidas más radicales para proteger la vida y la libertad de la víctima.

La película también deja entrever una crítica al sistema que permite que los secuestros extorsivos ocurran. La corrupción y la impunidad en México son mostradas como factores que contribuyen a la proliferación de este delito.

Secuestrados¹⁹³

Este film perteneciente al género de terror es una película española dirigida por Miguel Ángel Vivas. La trama sigue a una familia que es secuestrada en su propia casa y obligada a realizar una serie de tareas para obtener un rescate.

¹⁹² Es una película mexicana-estadounidense de acción y drama del año 2004, basada en la novela homónima de A. J. Quinnell (Q), que ya había sido llevada al cine en 1987. Esta versión, dirigida por Tony Scott, fue estrenada el 23 de abril de 2004 y se convirtió en la número 1 en el ranking de taquilla de ese año.

¹⁹³ Estrenada en el año 2010, protagonizada por Fernando Cayo, Manuela Vellés y Ana Wagener. Es una película conocida particularmente por estar rodada en doce planos secuencia y que ha ganado el premio a mejor película en el Festival Internacional de Cinema de Catalunya - Sitges 2010 y fue reconocido a nivel internacional con premios como el de la

Jaime, su esposa Marta y su hija Isa se han mudado a su nuevo hogar. Isa planea asistir a una fiesta con su novio, mientras Marta y Jaime discuten sobre cómo criar a su hija. En medio de esto, tres ladrones enmascarados irrumpen en su morada, los amenazan y uno de ellos se lleva a Jaime a un cajero automático a varias millas de distancia a fin de obtener el mayor dinero posible, mientras que los otros dos retienen como rehenes a la madre y la hija. Asimismo, le advierten a Jaime que, si hay alguna desviación del plan, o si trata de alertar a alguien sobre su situación, llamará a la casa y hará que los otros dos maten a Marta.

Luego de algunos infortunios y varios momentos de tensión, donde las víctimas intentan liberarse sin éxito de sus captores, el desenlace de la película es fatal. Jaime e Isa van al sótano y liberan a Marta y César, novio de Isa que fue también atrapado cuando pasó a recogerla para su cita. Jaime le da el arma a Marta, luego llama a la policía; mientras está hablando por teléfono, uno de los secuestradores regresa a la casa y lo mata con un mazo. Marta intenta dispararle, pero falla. Él le quita el arma y le dispara en la cabeza. César sube del sótano, pero también es asesinado. Isa cae de rodillas y mira a su madre en estado de shock mientras él la apuñala repetidamente en el estómago.

Esta película destaca la violencia en su forma más cruel y la intimidación se hace presente como uno de los máximos exponentes del secuestro extorsivo. Al reproducir las maniobras empleadas para ello en forma explícita y con el objetivo de lograr el impacto deseado propio del género, se ponen de manifiesto varios de los llamados reagravantes de esta figura delictiva, tales como los inc. 1 -por tratarse de una menor de dieciocho años elegida como víctima (una de ellas)-, el inc. 3 -por haberle causado a la víctima lesiones graves o gravísimas- como, por ejemplo, cuando irrumpe en escena el novio de Isa para recogerla, pero es tomado como rehén y recibe un disparo, o cuando uno de los secuestradores, en su afán de provocar el temor deseado, le rompe el brazo a Marta; y el inc. 6, por haber participado en el hecho tres (3) personas. Y como si esto fuera poco, por último, tenemos las muertes intencionalmente causadas de las personas ofendidas (art. 170 *in fine* del Código Penal).

Fargo¹⁹⁴

Esta película cuenta la historia de Jerry Lundegaard, un vendedor de automóviles desesperado por conseguir dinero. Tras una serie de averiguaciones, un mecánico conocido como Shep Proudfoot, exconvicto, lo pone en contacto con otro criminal, Gaear Grimsrud. Jerry contrata a Gaear y Carl Showalter para secuestrar a su esposa, Jean, y así obtener el dinero del rescate

mejor película en el Festival de Cine de Bogotá. Con esta película, también fue reconocido como el mejor director en el Festival de cine fantástico de Austin, Texas (Fantastic Fest).

¹⁹⁴ Es una película estadounidense de 1996 escrita, producida y dirigida por los hermanos Coen. Se estrenó en el Festival de Cannes de 1996, donde Joel Coen ganó el premio al mejor director y la película fue candidata a la Palma de Oro. *Fargo* fue un éxito tanto crítico como comercial y recibió siete candidaturas a los Premios Óscar, incluyendo a la mejor película, y se llevó dos estatuillas, la de mejor actriz para McDormand y la de mejor guion original para los Coen. Además, consiguió otros galardones, incluyendo el Premio BAFTA a la mejor dirección.

de su adinerado suegro y jefe, Wade Gustafson (en clara alusión a lo receptado por el inc. 2 del art. 170 del Cód. Penal).

Una vez consumado el secuestro, Jerry le informa a Wade y a su contador, Stan Grossman, que los secuestradores han pedido un millón de dólares y que solo negociarán a través de él. Sin embargo, Wade decide negociar él mismo. Una vez en el lugar, y ante la negativa de entregar el dinero sin antes ver a su hija con vida, Carl mata a Wade de un disparo, toma el maletín y se aleja. Una vez que llega al escondite donde retenían a la víctima descubre que Gaear ha matado a Jean (art. 170 *in fine* del Código Penal).

Finalmente, la jefa de policía de Brainerd, Marge Gunderson junto a la policía de Dakota del Norte, arrestan a Gaear y Jerry a raíz de ciertos rastros que han dejado a su paso y que habían motivado el inicio de las investigaciones policiales respectivas.

Rescate del metro 123¹⁹⁵

Este largometraje narra un trágico episodio que tuvo lugar en la vida de Walter Garber, un controlador del metro de Nueva York, quien descubre que uno de los trenes se detuvo en medio de un túnel y una banda de cuatro secuestradores (en referencia a lo dispuesto por el inc. 6 del art. 170 del Cód. Penal) han tomado de rehén a los pasajeros, solicitando por su liberación la suma de \$10.000.000 en el lapso de una hora, bajo la amenaza de matar a una persona por cada minuto que transcurra.

El mayor de los referentes de los secuestradores se identifica como Ryder, que entabla conversación con Garber, y rechaza como interlocutor al mediador policial, llegando a matar al conductor del metro cuando Garber es sustituido (art. 170 *in fine* del Código Penal).

Ryder solicita entonces que sea Garber el encargado de llevarles el dinero, encontrándose con que además le obligan, una vez entregado el botín, a conducir el metro, dándole órdenes precisas de a dónde desean dirigirse.

Una vez reunidos con el dinero, los secuestradores se dispersan, aunque dos son abatidos por la policía de inmediato, mientras Ryder, tras coger un taxi huye sin percatarse de que Garber lo persigue.

Finalmente, Ryder, tras verse acorralado por la policía le solicita a Garber que acabe con él para no permitir que lo haga la policía, accediendo éste a su pedido.

¹⁹⁵ The Taking of Pelham 123 (titulada Asalto al tren Pelham 123 en España, Escape del Metro 123 en Argentina y Rescate del Metro 1 2 3 en México) es un thriller de Acción y Crimen 2009 dirigido por Tony Scott y protagonizado por Denzel Washington y John Travolta. La película es una adaptación de la novela de Morton Freedgood (bajo el pseudónimo de John Godey) y un remake de la primera adaptación al cine de 1974.

Silencio mortal¹⁹⁶

“Dead Silence” o “Silencio mortal” en su traducción al español es una película del año 1997 basada en la novela de 1995 *A Maiden's Grave* de Jeffery Deaver. Aquí un grupo de tres delincuentes que se han fugado de prisión toma como rehenes a un grupo de escolares sordos, junto con su profesor. De esta manera nos permite ejemplificar el inc. 4 del art. 170 Cód. Penal al tratarse de víctimas con cierto grado de discapacidad, en este caso auditiva, sumado a su condición de menores de edad receptado en el inc. 1 del citado artículo y a la participación de tres personas en calidad de autor (inc. 6).

A cambio de devolverles su libertad, solicitan un helicóptero en menos de cuatro horas, pasadas las cuales matarán al primer rehén.

Un equipo de policías federales, al mando del agente Potter (James Garner) serán los encargados de iniciar las conversaciones con los secuestradores. Para ayudar a los federales es enviada la agente Foster (Lolita Davidovich), una auténtica experta en este tipo de situaciones quienes serán los encargados de resolver la situación.

Secuestro Infernal¹⁹⁷

Esta trama tiene como protagonistas a dos delincuentes, compañeros desde hace tiempo, Parker y Longbaugh quienes luego de escuchar una conversación telefónica en la que se detalla el pago de un millón de dólares a una madre sustituta llamada Robin, salen de una clínica de donación de esperma con el fin de secuestrar a tiro limpio a esa mujer embarazada (en referencia al inc. 1 del art. 170 del Cód. Penal), que ha sido contratada como vientre de alquiler por una pareja adinerada. Pero luego se dan cuenta, en medio de tiroteos y persecuciones, que el deudor del rescate es un jefe de la mafia que resolverá la situación a como dé lugar, por lo que los secuestradores se ven perseguidos por sus secuaces y todo tipo de despiadados maleantes.

¹⁹⁶ Dead Silence es una película para televisión canadiense-estadounidense de suspenso policial de 1997 dirigida por Daniel Petrie Jr. y escrita por Donald E. Stewart.¹ La película está protagonizada por James Garner , Kim Coates , Marlee Matlin y Lolita Davidovich.

¹⁹⁷ Secuestro infernal (título original: *The Way of the Gun*) es una película estadounidense dirigida por Christopher McQuarrie y estrenada en 2000.¹ Fue la primera película de su director, mezcla de filme negro y spaghetti-western.

El rapto¹⁹⁸

Esta película argentina cuenta la historia de Julio Levy, interpretado por Rodrigo de la Serna, quien regresa a Buenos Aires, con toda su familia, luego de un exilio político. Si bien el protagonista se reconoce comunista, resulta ser hijo de un hombre acaudalado (Jorge Marrale). Uno de sus principales motivos de regreso tiene que ver con hacerse cargo de los negocios financieros de la familia que se quedó aquí, pero la situación cambia drásticamente cuando secuestran a su hermano mayor, Miguel (Germán Palacios) y, a cambio, deberán pagar un rescate.

Sin embargo, y pese a cumplir con ello, Miguel no aparece, por lo que Julio y su familia irán a golpear las puertas de la Casa Rosada. Esta búsqueda de la liberación de su hermano choca una y otra vez con escollos en el poder político, que no se había emancipado de la corrupción y el predominio militar en una prematura democracia recuperada.

Si bien no se deja del todo claro quien o quienes se encuentran detrás de este secuestro con el grado de suficiencia necesaria, podríamos animarnos a ubicar esta situación en el art. 170 inc. 5 del Cód. Penal.

En consecuencia, Julio transitará una serie de fracasos en cuanto a su objetivo de encontrar con vida a Miguel.

Antecedentes

Resulta menester a esta altura realizar un breve análisis histórico de la figura del secuestro extorsivo, examinando su evolución en la legislación argentina, sus elementos constitutivos y las diferentes interpretaciones que han surgido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

La redacción original del Código sancionaba a quien *“detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”*.

En el proyecto Tejedor, y también en el Código de 1886, según explica Donna, el delito se ubicaba en el capítulo de robos calificados, en el primero, y, en el segundo, en el que trataba sobre robos y hurtos, como en su fuente, el Código español de 1848.

El proyecto de 1891 aumentaba la pena de tres a diez años, en el capítulo sobre extorsión al que detuviera como rehén a una persona para sacar rescate.

La redacción fue modificada por el decreto-ley 17.567, que castigaba al que *“secuestrar a una persona para sacar rescate”*, y agravaba la pena cuando *“el autor logra su propósito”*.

Cuando Donna (2016) comentó el artículo 170, afirmó: *“Las modificaciones introducidas en la norma que prevé el rescate extorsivo son las siguientes: se reemplaza la pena de prisión de tres*

¹⁹⁸ El rapto es una película dramática argentina de 2023 coescrita y dirigida por Daniela Goggi. La cinta está inspirada en El salto de papá, libro de Martín Sivak. La cinta fue seleccionada para tener su estreno mundial en el Festival Internacional de Cine de Venecia de 2023 en la sección Orizzonti Extra y su estreno norteamericano en la sección Special Presentations en la 48ª edición del Festival Internacional de Cine de Toronto.

a diez años por la de reclusión o prisión de cinco a quince años para el supuesto del primer párrafo, consistente en secuestrar a una persona para sacar rescate. La gravedad de la pena responde al hecho de que aquí se viola también la libertad en la forma más extrema, con miras a una lesión patrimonial: por un segundo párrafo, se fija pena de reclusión o prisión de seis a dieciocho años si el autor logra su propósito” (pág. 294). Según interpretaciones, puede decirse que unánimemente la jurisprudencia y la doctrina, el delito del primer párrafo del artículo 170 se consuma con el secuestro acompañado del propósito para sacar rescate: la ley 17.567, siguiendo al Código italiano (art. 630) prevé como una agravante que el autor obtenga rescate (Maggiore, Derecho Penal, t V, p 104)

La fórmula que rige en la actualidad proviene de la ley 20.642, y reemplazó la descripción genérica de la conducta (detener en rehenes o secuestrar) por una enumeración de las conductas típicas, que son sustraer, retener u ocultar.

La primera parte del texto no ha sufrido modificaciones del que proviene de la de la ley 20.642, lo agregado por el art. 4 de la ley 25.742 en los inc. 1° a 6°, como el resultado de la muerte -culposa o dolosa - constituyen agravantes, y el último párrafo un atenuante, circunstancias estas que el legislador ha considerado incorporar de acuerdo con la política criminal imperante a partir del 2002, debido a una ola de secuestros extorsivos y “secuestros express”, en muchos casos con resultados trágicos a los cuales la prensa le dio mucha difusión y ello derivó en una fuerte presión para el gobierno, sobre todo a partir del secuestro y posterior muerte de Axel Blumberg, cuyo padre emprendió una cruzada para endurecer las penas para este tipo de delito, pero que se extendió a casi todo el cuerpo legal penal, con los efectos nefastos que ya se conocen y que produjo una distorsión en cuanto a las puniciones en relación con los bienes jurídicos protegidos.

De esta manera, se gestó una comisión de especialistas que elaboró un proyecto en el cual se contemplaba la introducción de nuevas agravantes, como también la incorporación de la figura del llamado “arrepentido”, modificación del procedimiento penal en lo que a la instrucción de dichos ilícitos se refiere y otras reformas legislativas y administrativas.

Como apuntó Nuñez (1951) *“En síntesis, y a pesar de los cambios, se ha dicho que tradicionalmente el delito que se ha denominado hurto con rescate o con secuestro, tal la denominación de Carrara, ha consistido en reducir un hombre a disposición del autor y tenerlo prisionero hasta que la familia o un tercero haya proporcionado una suma determinada, incluyendo esto un plazo y amenazado hasta con la muerte, en caso de que no se cumplan las condiciones”* (pág. 299).

Bien jurídico protegido

Si bien en esta clase de delitos se encuentra presente como característica principal el contenido patrimonial, el énfasis está puesto en la libertad ambulatoria del ofendido quien es la víctima sustraída, retenida u ocultada y coetáneamente el tercero que es el que paga el rescate.

En este sentido vemos como existe un doble ataque a la libertad:

1) El de toda extorsión que va dirigido contra la autodeterminación, generalmente un tercero, quien será el destinatario de la exigencia, en virtud del temor que le produce el mal que pueda sufrir la persona secuestrada

2) El específico de la figura, en el que se menoscaba la libertad ambulatoria de la víctima de la extorsión, o de un tercero.

Se trata de un delito de peligro en lo que al bien jurídico propiedad se refiere, puesto que no debemos dejar de reconocer que el delito tiene como finalidad ocasionar un agravio de carácter patrimonial, aunque no se debe perder de vista que en pos de este objetivo se ha limitado o suprimido la libertad de una persona.

También es un delito permanente, ya que su consumación se mantiene mientras dure la privación de la libertad del rehén para recibir el rescate, extremo relevante a los fines de la prescripción.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia a través del Tribunal Oral Criminal nº 7, en el caso Maldonado, José (2001) “...la privación ilegal de la libertad es un delito que sin mengua de su consumación instantánea es de naturaleza permanente y dura mientras dure el cercenamiento de su libertad...”

En este orden, al tratarse en primer término de un delito contra la propiedad, la privación de la libertad que es connaturalmente grave, es percibida por el autor como un medio para extorsionar, a tenor de lo cual cada una de las conductas es autónoma respecto a la otra.

Tipo objetivo:

Acción típica: Las acciones típicas, según Figari (2021), son las de “**sustraer, retener u ocultar a una persona para obtener un rescate**” (pág. 301)

- **Sustraer** implica tanto tomar a la persona, apoderarse de ella, apartándola del sitio donde se hallaba como sacarla o separarla de la esfera de custodia o de poder en la que se encontraba.
- **Retener** significa tanto como tener, mantener, guardar, conservar a la persona en un sitio determinado y por un lapso más o menos prolongado
- **Ocultar** significa esconder a la víctima, tenerla fuera del ámbito de vigilancia de los demás, de tal manera que se impida su reintegro al ámbito del que ha sido sustraído

Tipo subjetivo:

El precepto exige que el secuestro se materialice para sacar rescate, por lo tanto, se trata de un tipo subjetivamente configurado que requiere, independientemente del dolo propio del delito, de un elemento subjetivo específico de índole finalista (que se incorpora a aquel). Por lo tanto, el delito es subjetivamente compatible solo con el dolo directo.

Sujetos: Puede ser sujeto activo o pasivo cualquier persona.

Esta figura admite tanto la coautoría como cualquier clase de participación (CP., 45/6). Así, respecto de la posibilidad de admitir la coautoría en este tipo de delito, ha dicho la jurisprudencia a través de la Cámara de Garantías en lo Penal de Azul (2000) que: “*Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervinientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al*

comienzo de ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar...”

Sacar rescate quiere decir obtener un precio (dinero u otra prestación económica) por la libertad del secuestrado. El tipo se satisface con la sola finalidad del agente de lograr el rescate esperado, aunque esté destinado a un tercero.

Consumación y tentativa: El delito se consuma con el secuestro de la persona, independientemente de que se logre o no el rescate. La obtención del rescate desplaza la figura básica al tipo agravado previsto en la segunda parte del art. 170. La tentativa resulta admisible en todas las formas típicas.

Agravante: La pena se eleva a ocho años “si el autor lograre su propósito” (art. 170.2, Cód. Penal). Este logro hace referencia a que el agente o tercero a quien podría beneficiar el rescate obtuvo lo que se llama “el precio de la libertad” del secuestrado. No bastará para llenar el tipo la sola circunstancia de que la víctima de la extorsión se haya desprendido de los bienes que componen su precio si ellos no han ingresado en la esfera de disposición del agente o del tercero.

Reagravantes: Las agravantes previstas en este artículo concurren en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuera una **mujer embarazada**, cualquiera fuese su edad, condición o estado civil. Ello implica que al momento de ejecución de la acción típica la mujer deba estar gestando un ser humano vivo.

Este inciso lo vemos de manifiesto en la película “Secuestro Infernal” referida precedentemente.

También se agrava el hecho si la víctima es una **menor de dieciocho años de edad**, sin importar su sexo u otras condiciones de índole personal.

Así lo hemos explicado anteriormente cuando hicimos mención a la película “Hombre en llamas”.

Por su parte, también concurre la agravante si la víctima tiene **más de setenta años de edad**. Estos límites de edad han sido tomados de la Convención de los Derechos del Niño, que considera “niño” al menor de dieciocho años, y de la ley de ejecución de pena, que admite la prisión domiciliaria a los mayores de setenta años.

2. Esta agravante se refiere a cuando la víctima sea un **ascendiente, hermano, cónyuge, conviviente o a una persona a quien se le deba respeto particular**. Esto último en alusión a aquellas personas con quien el sujeto pasivo mantiene una especial relación, como por ejemplo un tutor o maestro.

Nos hemos referido a este inciso al hablar de la película “Fargo”.

3. Este inciso hace referencia a las **lesiones graves o gravísimas** contempladas en los arts. 90 y 91 del Cód. Penal y que hayan sido causadas por el autor a la víctima privada de su libertad, ya sea por el encierro mismo (ej. falta de alimentación) o por haberlas causado intencionalmente sobre su cuerpo (ej. golpes, disparos, etc.) como hemos hecho referencia al hablar de la película “Secuestrados”.

4. Aquí se pone el foco en la condición o estado de la víctima, debiendo tratarse de una persona **enferma, discapacitada o valedudinaria**, es decir, que no puede valerse por sus propios medios. Esto se fundamenta en la posibilidad que le otorga al autor para la comisión del delito debido al estado de vulnerabilidad de la persona.

Hemos hecho hincapié en ello al referirnos a la película “Silencio mortal”.

5. Se trata de una agravante, reformulada por la ley 26.394 fundada en la calidad del sujeto activo al momento del hecho, cuando este sea **funcionario o empleado público, o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado**.

Muestra de ello es la película “El rapto” antes mencionada.

6. La circunstancia aquí prevista agrava el hecho cuando en su comisión **participaren tres o más personas**, sin especificar límites en su máximo. Su fundamentación radica en la mayor indefensión que sufre la víctima ante la criminalidad plural.

Hicimos mención a este inciso al hablar de las películas “Secuestrados”, “Rescate del metro 123” y “Silencio mortal”.

Reagravante.

El artículo 170 in fine prevé este supuesto para aquellas situaciones en que se produjere la muerte de la víctima. Aquí hace una distinción entre sí aquella fue producida como un resultado no querido por el autor o bien, fue provocado intencionalmente, lo cual acarrea en este último caso una mayor pena, de prisión o reclusión perpetua (hemos hecho referencia a este último al hablar de la película “El Clan”, “Secuestrados”, “Fargo” y “Rescate del metro 123”).

Atenuante.

El sexto párrafo reduce la pena del partícipe que se desvincula de los otros y se esfuerza a fin de que la víctima recupere su libertad, sin que ello sea a consecuencia del pago del rescate, lo cual podría verse como una categoría similar al “arrepentido” de otras leyes. Esta reducción se vuelve operativa si la víctima ha recuperado su libertad como consecuencia del accionar del arrepentido

Cine y Sociedad: Un Diálogo Necesario

Por último, y a modo de reflexión final sobre el impacto que estas películas tienen y/o han tenido en la conciencia social y la percepción del delito, resulta menester tener presente que a lo largo del tiempo han existido momentos en los que los secuestros extorsivos en la Argentina se han incrementado notoriamente. Y esto se debe principalmente a múltiples factores que han operado en forma simultánea. Entre ellos podemos encontrar: inseguridad y violencia, crisis económica, corrupción y debilidad institucional, narcotráfico y crimen organizado, falta de políticas efectivas, cambio sociales y económicos, entre otros.

Aboso (2003), destaca que *“Cada vez que esto sucedía, la sociedad en forma directamente proporcional reclamaba imperiosamente una respuesta del poder político, traducido en un reclamo de mayor seguridad para el pueblo. Ello se debía a que el fenómeno del secuestro de personas había adquirido por aquellos tiempos una relevancia excluyente que evidenció la necesidad de adoptar medidas sustanciales para prevenir y reprimir esa expresión delictiva”* (pág. 1231).

Y elegimos palabras de Zaffaroni para cerrar (2003) *“Erróneamente, más aún en nuestros días, existe la falsa creencia de que el aumento de las penas o la sanción de nuevas leyes penales puede detener o hacer desaparecer el delito cuando, históricamente, ha sido demostrado que ello no es así”*.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, Comentario de la ley 25.742, para la prevención del secuestro de personas, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2003, n°6 p. 1231
- Cámara de Garantías en lo Penal de Azul, causa “Brandán Juárez y otros”, sentencia del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.
- Dillon, Alfredo. La biopic del criminal: análisis crítico de El clan. Universidad Católica Argentina. 2021
- Donna, Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B - 3ra edición actualizada y reestructurada - 3ra ed. Revisada - Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2016.
- Fígari, Ruben Enrique. Código Penal, parte especial, tomo II - 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021.
- Fontán Balestra y Millan, Las reformas
- Griseldi, Ricardo Alberto – Romero Villanueva, Horacio J. Código Penal de la Nación comentado y anotado. Parte Especial 1a. ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.
- Núñez, Ricardo. Delitos contra la propiedad. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.
- Revista Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomen-tado/cpc38450.pdf>
- Tribunal Oral Criminal n° 7, “Maldonado, José”, sent. del 19-06-2001, La Ley, 2002-B.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, La función reductora del derecho penal ante un Estado amenazado (o la lógica del carnicero responsable) en “¿Más Derecho?” Di Plácido, 2003/III, Buenos Aires, Argentina

CAPÍTULO 21

Sustracción de cadáver

Ignacio Blanc Codina y Tomás Bartolo

ARTICULO 171. – “Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere¹⁹⁹ un cadáver para hacerse pagar su devolución”.

Un poco de historia, el origen de la figura

Corría el año 1881 y en una Buenos Aires pujante un grupo de inmigrantes europeos se desempeñaba en distintas labores durante el día, pero una vez que el ocaso oscurecía los cielos de la flamante capital porteña se habría paso a la formación de una de las asociaciones delictivas más insólitas que se haya conocido en las páginas criminales de nuestro país, “*Los caballeros de la noche*” erigidos en los primeros secuestradores de cadáveres de la Argentina.

Es que aun cuando nuestro país había construido su grandeza sobre raíces de sangre y había vivenciado fusilamientos, mutilaciones de cadáveres y profanaciones de tumbas, nunca se había llegado al extremo del robo de un cadáver.

Ante el fallecimiento de una mujer de las élites porteñas, el cortejo fúnebre se trasladó respetuosamente al fastuoso cementerio de La Recoleta que en ese momento estaba en plena remodelación, esta particularidad fue aprovechada por los maleantes que mezclados entre familiares y obreros que trabajaban en la reforma pasaron casi imperceptibles observando con atención donde quedaría el preciado tesoro que secuestrarían, aunque de hecho solo lo escondieron en otra bóveda con la idea de regresarlo con facilidad una vez cobrado el rescate reclamado en una misiva que entregaron en la casa de la familia de la difunta.

Una suma elevada²⁰⁰ que no se entregó nunca porque la policía encontró antes el féretro escondido en otra bóveda del cementerio, ello sin perjuicio de que el pago se “pactó” a orillas del arroyo Maldonado a donde fueron detenidos los maleantes que finalmente fueron condenados por el delito de amenazas y coacciones a una pena de 3 meses de arresto atento a que la figura hoy analizada no estaba aún legislada, sino que se incorporó recién en 1886 en el apartado de robos y hurtos. Luego, en el proyecto de 1891 se pasó al capítulo de la extorsión, lugar que

¹⁹⁹ La ausencia de la grafía simplificada “sustrajere” refleja la vetustez del articulado.

²⁰⁰ Equivalente a USD 2.000.000

mantiene hasta la actualidad en razón de que el autor utiliza como medio extorsivo la sustracción de un cadáver para obligar a otro a desplegar una disposición patrimonial tendiente a recuperar lo sustraído.

Volviendo sobre la resolución judicial final del hecho bajo análisis, se advierte un irrestricto respeto a las garantías constitucionales en cuanto se expresa que *“...Solo se ha cometido el delito del que habla el art. 297 en su último inciso, esto es, el de amenazas y coacción por escrito con un mal que no constituye verdadero delito, y a la verdad que no lo es el hecho de violar sepulturas ni el de profanación de cadáveres según la legislación que rige en la Capital de la República. El Código Penal, en su art. 79, establece que no sean castigados otros actos u omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de crímenes o delitos, cuyo principio es de aceptación universal en estas materias, y tiene su base en el art. 18 de la Constitución Nacional que entre las garantías y derechos acordados a los habitantes de la República, declara que ninguno puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso. (...) Por inmoral y odiosa que sea la acción de Peñaranda y los suyos, por más merecida que se repunte la reprobación de la conciencia pública, hay que reconocer que nuestra legislación no ha incluido entre las infracciones del derecho penal, el principal hecho de este proceso, el que ha impresionado tan hondamente a las diversas clases de la sociedad, me refiero a la violación de sepultura y sustracción del cadáver de la señora Dorrego; si la ley ha guardado silencio a este respecto, la misión de la justicia se llena, prestándole todo su acatamiento...”*

El robo del cadáver de Chaplin y la película “*La rançon de la gloire*” de Maxime Beauvoir

La película seleccionada para este análisis se titula “*El precio de la fama*” (en español), basada en hechos reales. La trama se desarrolla a finales de los años 70 en Vevey, una pequeña ciudad suiza en donde Eddy Ricaart, tras salir de prisión, se instala en la casa de su amigo Osman. A cambio de alojamiento, Eddy asume la tarea de cuidar a la hija de siete años de Osman mientras su esposa se encuentra hospitalizada para someterse a una revisión médica. A medida que se acerca la navidad, los problemas económicos de la familia se intensifican. Es en ese contexto que, tras enterarse por televisión de la muerte del legendario Charlie Chaplin, a Eddy se le ocurre una idea tan desesperada como audaz: robar el ataúd del célebre cineasta y exigir un rescate a su familia, con la esperanza de liberarse de la miseria.

Desde una perspectiva crítica, el film bajo análisis no se limita a narrar un incidente criminal, sino que subraya las profundas desigualdades económicas presentes en la Suiza de finales de los 70. A través de los personajes de Eddy y Osman, la película expone la lucha de las personas en situaciones de marginalidad, quienes, a pesar de residir en un país reconocido por su estabilidad económica, se ven atrapadas en una precariedad que los excluye del sistema.

La película también desarrolla un giro dramático importante cuando la enfermedad de la esposa de Osman, inicialmente tratada como una revisión médica rutinaria, resulta ser mucho más grave de lo esperado. El diagnóstico requiere un costoso tratamiento que asciende a 50.000 francos suizos, una suma imposible de alcanzar para Osman, quien ya vive en una precaria situación económica. La tensión se intensifica, pues se enfrenta a la urgencia de salvar a su esposa sin contar con los medios necesarios, lo que lo sumerge en una desesperación creciente.

Ante la oportunidad de obtener una fortuna de forma rápida, Eddy propone el plan a Osman con la esperanza de que la desesperación de su amigo lo empuje a aceptar. Sin embargo, Osman, pese a la necesidad extrema y el colapso de su vida personal, rechaza inicialmente la idea, quizás intentando aferrarse a un último vestigio de ética o simplemente porque comprende el riesgo insensato de un crimen de tal magnitud.

Pero, después de una noche desgarradora en la que Osman encuentra a su hija llorando y rogando por la recuperación de su madre, la presión emocional lo vence. Afligido y atrapado por la desesperación de no poder salvar a su esposa, finalmente se quiebra. La visión de su hija sufriendo y la insuperable necesidad económica lo empujan a reconsiderar la propuesta de Eddy. Contra sus principios y debilitado por las circunstancias, Osman busca a Eddy y le comunica su decisión, está listo para llevar a cabo el plan.

Con una mezcla de nerviosismo y determinación, ambos se lanzan a la ejecución de su audaz y macabro crimen. Roban el ataúd de Charlie Chaplin y lo esconden enterrado en una zona rural alejada, fuera del alcance de la policía y de cualquier curioso que pudiera poner en peligro su plan. Lo que empezó como una idea descabellada y lejana, ahora es una realidad, pues tienen en su poder el cuerpo del legendario cineasta, a partir de esta sustracción los dos protagonistas ya se convierten en sujetos activos del delito analizado en el presente, atento que la acción típica es el retiro del cadáver de su lugar de reposo.

Con el ataúd oculto, Osman y Eddy comienzan la segunda parte de su plan, contactando a la familia de Chaplin y exigiendo un rescate a cambio de la devolución del cuerpo, aquí ya no solo han realizado la acción típica sino que han exteriorizado la ultra intención que el tipo penal exige para ser abastecido, poco interesa ahora el éxito o fracaso de su alocado propósito dado que ante los ojos del derecho penal han cumplido todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, en sus facetas de acción, tipicidad y de la antijuricidad, pero ciertas dudas quedan que podemos analizar en favor de Osman en lo que respecta a la culpabilidad, más precisamente en aquello concerniente a la exigibilidad de su conducta.

No es difícil notar que Osman, vive en una situación de pobreza. Esta condición no es simplemente económica, sino que forma parte de un síndrome situacional más amplio que afecta su inserción en el sistema productivo y su participación en los mecanismos de inclusión social. La pobreza, en este contexto, no solo limita el acceso a bienes materiales, sino que también lo excluye de oportunidades y recursos a los que el resto de la sociedad tiene acceso. Un claro ejemplo de esta desigualdad se refleja en la brecha entre los servicios de salud privados y las prepagas, en contraste con los servicios públicos, que suelen estar mal administrados y carecen

de los recursos necesarios para brindar atención adecuada a quienes más lo necesitan. Es justamente esta disparidad estructural lo que agrava la vulnerabilidad social de Osman, empujándolo a tomar decisiones desesperadas.

Siguiendo esta óptica, corresponde abordar lo propuesto por Jesús María Silva Sánchez, en *Malum Passionis*, quien sostiene que la pobreza y la exclusión social deben ser contempladas como factores atenuantes de la culpabilidad. La indigencia provoca conflictos de motivación que pueden llevar a las personas a optar por el delito cuando las opciones legales son prácticamente inexistentes. Osman no recurre al crimen por avaricia o placer, sino porque se encuentra atrapado en una situación desesperada, sin alternativas viables para salvar la vida de su esposa. Según este enfoque, el estado debería evaluar si en estos casos es legítimo imponer sanciones máximas, cuando las condiciones que rodean al delito evidencian que el individuo no tenía una salida clara dentro de la legalidad o que al menos, en su contexto, podía encontrarse con serias dificultades para obtenerla.

El destacado jurista español, sin embargo, hace una salvedad importante en esta cuestión, distinguiendo entre dos grupos de delitos: por un lado, aquellos que infringen obligaciones o deberes naturales, y por otro, las infracciones de obligaciones adquiridas. Para los primeros -los que afectan derechos naturales, como la vida o la integridad física- los factores de pobreza y exclusión social no deberían ser decisivos para atenuar el reproche penal. Yacobucci, en la misma línea, analiza que la naturaleza del ilícito puede abordarse desde una perspectiva histórica, diferenciando entre delitos que violan derechos esenciales y aquellos que solo alcanzan su anti normatividad por la imposición de una pena legal.

Como muchas situaciones jurídicas, el tema bajo análisis resulta opinable y por ello queda en manos del lector la decisión final sobre si Osman, al encontrarse en una situación de desamparo estatal y desesperación extrema, estaba en condiciones de aplicar las tesis propuestas por los juristas mencionados. Asimismo, también aparece interesante interpelarse acerca de si la sustracción de un cadáver, con el respeto que la humanidad ha otorgado históricamente a los muertos en tantas culturas y a lo largo de los siglos, constituye un delito que atenta contra derechos naturales fundamentales.

El respeto por los cadáveres va más allá de la mera consideración legal; está profundamente arraigado en normas culturales y valores éticos que han persistido a lo largo del tiempo. En muchas sociedades, los muertos son considerados portadores de una dignidad inherente, y su tratamiento refleja las creencias sobre la vida, la muerte y el más allá, por ello la sustracción de un cadáver puede ser vista no solo como una violación de la ley, sino como un acto que corrompe el tejido social e infringe el derecho de las comunidades a honrar y recordar a sus difuntos.

Estructura típica

Bien jurídico protegido

Se protege la propiedad, no del cadáver sino del sujeto pasivo conminado a realizar una disposición patrimonial para recuperar el cadáver, lo que desde ya no se exige que ocurra para la punición de la conducta, sino basta con que la sustracción se realice con dicho fin.

Tipo objetivo – Acción típica

Consiste en sustraer un cadáver del lugar donde reposa, siempre que se pueda devolver y con el fin específico de *“hacerse pagar su devolución”*. La doctrina no ha sido pacífica respecto de los alcances del vocablo cadáver, pues para algunos incluye las cenizas mientras que para otros (Núñez y Caramuti) no, y ello posiblemente encuentra sustento en que los proyectos de reforma Peco de 1941, Soler de 1960 y Soler-Cabral-Aguirre Obarrio de 1979 diferenciaron los conceptos cadáver y cenizas. A modo de opinión personal, entiendo que corresponde examinar que refiere la RAE en cuanto al vocablo cadáver, la que lo define como “cuerpo muerto”²⁰¹ y con ello se esclarece la cuestión en favor de la separación de ambos vocablos.

Tipo subjetivo

La figura exige un dolo específico que consiste en “hacerse pagar su devolución”, por lo que de acreditarse que la intención es otra no se configura este delito.

Consumación y tentativa

Se discute a nivel doctrinario el momento consumativo del hecho típico. Mientras que para el maestro Núñez es el momento de la sustracción del cadáver, Soler y Fontán Balestra lo entienden consumado cuando existe alguna manifestación que exteriorice el propósito de hacerse pagar por la devolución. El delito admite tentativa

²⁰¹ <https://dle.rae.es/cad%C3%A1ver>

Conclusión

El artículo bajo análisis aparece como un campo infrecuentemente explorado en el que a las claras resta mucho por hacer, y es que el nacimiento y la muerte de una persona son sin duda alguna los dos eventos con consecuencias legales más importantes en la vida jurídica de un ser humano que termina con su fallecimiento, prueba de ello es que el código civil y comercial dedica dos capítulos al tema de la muerte de las personas, momento a partir del cual pareciera que fenece también la jerarquía jurídica detrás de ese ser que ya no existe.

La actual redacción del art. 171 del código penal puede ser criticada desde varios ángulos, no solo por la raquítica sanción que no resulta proporcional al aberrante injusto que la norma regula, sino también porque hablamos de una norma que data del proyecto de 1906 sin que haya sido modificada por más de un siglo y finalmente también porque en su redacción actual son varios los escenarios posibles que devienen atípicos y con ello la impunidad en un tema especialmente sensible para la historia de nuestro país está a la vuelta de la esquina.

En los últimos años, son varios los intentos de reforma de este artículo (3359-d-2018, 0458-D-2020, 004-D-2020, S-0039/2023) que no han sido acompañados por los legisladores nacionales que, en parte, parecieran haber olvidado que el respeto a la dignidad humana continúa luego de finalizada la vida, aunque los muertos no voten.

Bibliografía

- Beauvois, X. (2014). *La rançon de la gloire*. Francia: Why Not Productions. Disponible en <https://www.primevideo.com/-/es/detail/EI-Secuestro-de-Chaplin/0FNNSW0VCIY7CH3ZAU-AWB845NK>
- Fontán Balestra, C. (1980). *Tratado de derecho penal* (T. V, p. 603). Ed. Abeledo Perrot. López Peña, S. (2011). Art. 171 Sustracción de cadáveres. En *Código Penal comentado*. Ed. Nova Tesis.
- Santos Giordano, A. R. (2014). Art. 171 Sustracción de cadáveres. En *Código Penal comentado*. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/38291-art-171-sustraccion-cadaveres>
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier.
- Soler, S. (2000). *Derecho penal argentino* (11.^a reimpresión total, T. IV, § 115, XII). Ed. Tea.
- Yacobucci, G. (2021). *(In)Exigibilidad y pena: El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*. IB de F.

CAPÍTULO 22

Nueve reinas, vendedor de ilusiones. Estafas y otras defraudaciones

Lucas Fernández

Titulo VI:

Capítulo IV: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Introducción

El art. 172 del Código Penal es digno ejemplo de una larga temporada ininterrumpida, donde los actores principales se ven en constante cambio y los secundarios, por fenómenos externos pasan a tener un rol casi protagónico; con esto quiero referirme a las innumerables modificaciones que recibió la figura penal a lo largo de la vigencia del código penal, por el avance de las relaciones entre particulares, y la impronta que cada época trae a la vida en comunidad.

El fraude se encontró siempre, desde el inicio de las relaciones humanas y su particular necesidad de intercambiar bienes y servicios para satisfacer sus necesidades, y se amolda constantemente a las tecnologías implementadas en cada contexto histórico. Es decir, si nos remontamos a los relatos de Agatha Christie y el tránsito en el Orient-Express podemos pensar al caminar de este delito, que ha sufrido diversas modificaciones en la técnica legislativa, pero al que la doctrina critica día a día por su falta de abstracción genérica, y tipifica sus especies. Tal como señala la norma, la acción típica es “defraudar a otro con...” y aquí viene el interrogante; el defraudar a otro en sí, no es una acción reprochada por el orden público, sino que se necesita de algo más.

La figura se arma en razón del tipo, cobrando relevancia el resto de los elementos, sobre todo las circunstancias de criminalidad: nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación. Ellas son las circunstancias de criminalidad propiamente dichas, es decir que son calidades, situaciones y/o relaciones preexistentes necesarias para la configuración de la defraudación; la defraudación es el espíritu de la acción, y las circunstancias de criminalidad enumeradas por la ley penal, son el cuerpo necesario para la existencia de dicho delito y su consumación. Ya nos

detendremos con detalle en cada circunstancia específica, pero vale la aclaración a fines de comprender la metodología del delito y su ubicación en cada circunstancia.

Nociones iniciales

Comenzando por su bien jurídico tutelado (propiedad), sabemos que en cada título de la parte especial del código penal los bienes jurídicos tutelados se diferencian en razón del tipo penal, de cada delito, y es así como se conocen los denominados por la doctrina “sub bienes jurídicos tutelados” bienes que le interesan a la sociedad, necesarios para la vida en democracia que eligieron proteger con la sanción y actualización de la ley penal mediante sus representantes en el congreso federal; éste posicionamiento de la subclasificación de los bienes protegidos tuvo amplios debates, y se terminó de consolidar con la reforma de nuestra Constitución en el año 1994, otorgándole jerarquía constitucional a los tratados internacionales de Derechos Humanos, haciendo anexo a cada tratado en particular a nuestros derechos, deberes y garantías.

Si repasamos la enumeración de éstos tratados, podremos observar cómo cada instrumento internacional vela por la protección de un bien jurídico en particular: la Vida, la integridad, la educación, la salud, la libertad. Así también en el marco de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales encontramos al patrimonio como atributo indiscutible de la persona, necesario para el alcance de otros Derechos Humanos: el trabajo, la vivienda, la alimentación. También es importante tener presente a las personas jurídicas como titulares de patrimonios, ya que en nuestro orden jurídico son un sujeto de derecho equiparado a la persona humana, y que goza de un patrimonio particular, sea para el beneficio de una comunidad y de terceros, como una asociación civil, o el patrimonio de una empresa, que busca insertarse con él, al intercambio de bienes y servicios.

Con ésta introducción, ubicamos el bien jurídico protegido específicamente en el delito de defraudación: El patrimonio en todos sus aspectos; y entendido como el conjunto de bienes que pertenecen a una persona, de forma material, inmaterial (plataformas digitales, propiedad intelectual, dinero en cuentas bancarias por ejemplo) así como también los pasivos que integran al patrimonio; así como señalamos unas líneas atrás, el patrimonio es un atributo indiscutible de la persona, no hay personalidad sin patrimonio.

En éste ejercicio de repensar el derecho penal desde el plano cinematográfico, no encuentro films más completos y ejemplificadores de todos los elementos, tipos y contextos de las defraudaciones, que el reciente caso de “El vendedor de ilusiones”.

La miniserie de Netflix dirigida por Matías Gueliburt muestra la experiencia de Generación Zoe, una cadena de inversiones y préstamos futuros en los que el tomador de un dinero determinado, devolvía posteriormente esa suma más los intereses a otro miembro del esquema de ésta cadena, y así ese tomador daba también un servicio de préstamo de dinero; lo más parecido a un negocio de distribución comercial, pero con el agregado de la tarea “evangelizadora” de

hacer de éste esquema de relaciones, una comunidad con identidad propia, beneficios exorbitantes y eventos de lujo.

Su fundador y principal figura es Leonardo Cositorto, un emprendedor argentino que se dedicaba a formar estos nuevos puentes de negocios entre particulares, por fuera del ámbito empresarial; un hombre que tuvo mucha proyección en el actual marco de los contratos de distribución comercial, y declaraba tener como máximo interés el despertar de miles de personas sobre su espíritu emprendedor y la expansión de ese fenómeno, alegando como dije con anterioridad esa función evangelizadora, de comunicar la tarea e incluir a otros a ser parte de la comunidad Zoe. También, desde el aspecto más claro del delito de estafa, y como fanático del cine argentino, el galardonado film “Nueve Reinas”, protagonizado por Gastón Pauls y Ricardo Darin; muestra sin titubeos ejemplos claros, concisos y a la vez sorprendentes e ingeniosos de la Estafa.

La Estafa

Para ver la configuración ordinaria del tipo “estafa”, comenzamos con el último film citado, con solo observar sus primeros 15 minutos de inicio ya arma el delito. Vemos como uno de los actores principales, Juan (Gastón Pauls) compra mercadería en una estación de servicio y al acercarse a la cajera, le ofrece una suma de dinero mayor al precio del producto para quedarse con vuelto; a lo que Juan, al ver que la cajera no tenía vuelto, le ofrece cambio para que le sirva, detrás de una imagen de persona solidaria con esa empleada de comercio, para que pueda conseguir cambio. Así es que Juan consigue quedarse con una suma mayor de dinero sin que la cajera se dé cuenta. El ofrecimiento de Juan pinta de excelente forma los elementos necesarios para la existencia de una Estafa: el Ardid y el engaño. Hay que saber diferenciar uno de otro, pues el engaño es la mentira, el ocultamiento voluntario para la defraudación; y distinto es el ardid: una artimaña, un armado malicioso con tal de lograr ese perjuicio patrimonial al sujeto pasivo. Claro está en el caso de la cajera, que Juan piensa una forma de ayudar a la cajera, saca una cuenta para su beneficio y la distracción de la empleada de la estación sufre la estafa, hay aquí un ardid, no un engaño, Juan no le miente en ningún momento.

Al ser descubierto aparece en plena escena Luis Fandiño (Ricardo Darín), simulando autoridad policial para calmar la situación de enfrentamiento entre Juan y el encargado del lugar. Aquí ya tenemos una nueva configuración que, gracias a la particular gestualidad y diferenciación de escenas del cine argentino, se ve una defraudación propiamente dicha.

Tal como señalamos en el inicio, al exponer las nociones preliminares, anticipamos que en los delitos de defraudaciones y la estafa tenemos un problema producido por la técnica legislativa para condenar estos delitos, y que recae directamente sobre la realidad: no es lo mismo condenar por Estafa, que por abuso de firma en blanco, que por una defraudación con tarjeta de crédito producto del robo de una cartera; la maquinaria del poder punitivo debe delinearse en una línea muy delgada, puesto que la acusación de uno de estos tipos penales restringe muchas veces, un Derecho Humano para el acusado, y aun para la presunta víctima.

También se produjeron varias confusiones en torno a la doctrina, una parte de ella considera a la calidad simulada, nombre supuesto, la apariencia de bienes y créditos como un tipo penal genérico, y por otro lado tenemos gran parte de la doctrina, quizá más cercana a nuestros días, que considera a éstos supuestos como distintos delitos entre sí, pero que necesitan de una acción previa para su configuración. Creo humildemente que ésta última posición se encuentra más ajustada a derecho y sobre todo a la realidad de la ciencia jurídico-penal, ya que en la actualidad, y como señalamos en el ejemplo del “vendedor de ilusiones”, hay distintos tipos, formas y magnitudes de alcanzar una defraudación; puede ser simple, masiva, horizontal, vertical, es decir que dependiendo de las circunstancias en que se realice se podrá ver al delito desde diferentes ópticas; sin ánimo de desviar el centro del análisis, me parece importante darle lugar a éste conflicto que tiene nuestro derecho penal, pues con una norma poco clara, más jurisprudencia diferenciada habrá más jueces en desacuerdo, más doctrina posicionada al respecto, y si bien eso no es insano para el derecho penal en democracia, si lo es muchas veces para la función jurisdiccional del Estado, que con tanta tarea por realizar se le dificulta más todavía ajustar al tipo una conducta denunciada por una víctima.

Cuando se hace referencia a que la defraudación “por sí sola no hace daño”, es en razón de lo que dispone el Código Penal:

“el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación”

Citado el mismo Art. 172, vemos que el delito recrimina defraudar con..., no existe en nuestro código penal la defraudación como delito base; sino una defraudación en calidad de un vínculo preexistente ya creado, voluntariamente para lograr la defraudación, o aprovechando de ese vínculo para sacar un provecho significativo. La defraudación entonces, entendiendo su configuración desde la doctrina más actual pero quizá no predominante, se da en la clasificación de los siguientes supuestos:

- Nombre supuesto
- Calidad simulada
- falsos títulos
- influencia mentida
- abuso de confianza
- Apariencia de: bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.

Cuando vimos el ejemplo de Luis Fandiño llevándose detenido in fraganti a Juan, y descubren la configuración de la estafa en grado de tentativa inidónea, es el mejor y más claro ejemplo para ubicar la defraudación por calidad simulada: Fandiño “se hace pasar por policía”, simula (pues no lo es), una calidad de funcionario público policial.

Minutos más tarde, luego de que Fandiño le comenta a Juan su mecánica de trabajo, se concentran en el baño de un hotel para dar inicio a un negocio de la venta de una estampilla de la República de Weimar, “las nueve reinas”, una reliquia que se conservaba en una familia conocida de Luis y que ambos comenzando a trabajar en conjunto querían vender a un CEO.

Al ingresar al baño del hotel donde se encontraba el empresario interesado, Fandiño hacía un par de llamadas, con el fin de producir temor en un cliente del hotel para que le deje despejada la

zona. Fandiño es atacado por el cliente dándose cuenta de la situación, para luego ser “detenido” este cliente por un sujeto que exponía una credencial de policía; al retirarse el cliente, Fandiño y el “supuesto policía” se abrazan como si se tratara de viejos amigos, y así lo era: se trataba de “el turco”, un socio de Fandiño en las estafas constantes que realizaban en conjunto.

Aquí tenemos otra defraudación configurada: el falso título. Ustedes se preguntarán, ¿pero no simulaba, “el turco”, la calidad de funcionario público? Sí, lo hizo, pero no de palabra y con actos como lo requiere la calidad simulada propiamente dicha, como la definimos en la escena anterior, sino que la simuló mediante un título: una credencial de la policía; centro de otra discusión sería si esa credencial era falsa y/o robada. Lo cierto es que mediante esa credencial evade el ataque a Fandiño, existe una defraudación atribuida a esa credencial, falso título.

Respecto de la influencia mentida, es muy delgada la línea para diferenciarlo de la calidad simulada, pues en ambas hay una simulación de identidad, pero en la calidad simulada se requiere de elementos materiales que prueben la calidad del sujeto, como citamos anteriormente: la credencial de seguridad; en cambio en la influencia mentida, no se requieren de elementos probatorios materiales que le den seguridad al sujeto pasivo de la calidad del sujeto activo, sino que con la sola influencia, “con decirle al otro” de su calidad, se configura éste elemento de la estafa. La diferencia radica en el medio de configuración, uno es material, requiere de pruebas tangibles, y en el otro el medio es simplemente oral: “yo soy la seguridad de éste edificio”, “yo soy el encargado, le pido que se retire”, no es igual a llegar con una credencial que pruebe la figura del encargado, o una credencial de oficial de seguridad.

El artículo finaliza enumerando el último elemento que requiere una estafa: el aprovechamiento o apariencia de una relación jurídica preexistente para generar ese perjuicio patrimonial; a esto me refería en las nociones iniciales, cuando hablábamos de los conflictos que se generan en el tráfico de bienes y servicios. Los estafadores muchas veces generan relaciones, se asocian con otras personas con fines delictivos. “Nueve Reinas” trae ejemplos muy claros también: ¿Qué hubiera pasado si Fandiño hubiera entregado un maletín lleno de papeles de diario viejos, y no las nueve reinas? Había un negocio existente, una suma de dinero como intercambio de la entrega de ese maletín con las nueve reinas, y Fandiño acostumbraba a realizar estas acciones delictivas. Si bien en la película no hubo estafa en ese sentido, de la pregunta anterior se desprende la ejemplificación de la apariencia/aprovechamiento de relaciones preexistentes o créditos ¿Cuántos negocios, créditos se emiten y toman con fines delictivos, o terminan sin cumplir con su contraprestación? Allí nace el elemento tipificante, y más aún en nuestros días, con la innumerable cantidad de créditos existentes, su influencia en relaciones sociales y los endeudamientos.

La defraudación: un mal que por sí solo, no hace daño

Para ubicar las defraudaciones se necesita de elementos en particular. Si bien nuestro Código Penal utiliza una metodología un poco confusa (dos artículos, y más de quince incisos), y la mayoría

de los delitos de perjuicio patrimonial suelen configurarse como estafa, no hay que desconocer los elementos que, con esa metodología distinta pero útil, nos da el legislador. Así vemos los perjuicios patrimoniales producidos por copia de datos en tarjetas de crédito, los incumplimientos contractuales con una finalidad delictiva, y otras figuras que ejemplifica el legislador para cada caso de contrato en particular. Cuando refiero en el título “un mal que solo no hace daño”, quiero referirme a que éstas circunstancias mayormente contractuales, son elemento tipificante de la defraudación.

El defraudar a otro directamente, no se encuentra tipificado como delito en nuestro código penal, ya que con la metodología procesal de nuestra nación, los fraudes y perjuicios contractuales son en mayoría incumplimientos contractuales, y solo en situaciones expresadas por la ley penal, rigen por el fuero penal y establecen una pena: cuestión no menor, ya que se priva muchas veces de la libertad a una persona, y el Estado se reserva esa facultad en casos determinados y específicos, para no ampliar y ponerle un límite a esa función.

Para ejemplificar la defraudación en sí, y su desarrollo en la actualidad, es muy clara la reciente serie de Netflix “El vendedor de Ilusiones”, con su temática ya tratada en las nociones iniciales, pero con escenas en particular que muestran la vida de las defraudaciones en la actualidad con una generosa claridad.

El caso encuadra una denominada “Estafa piramidal”, llamada así por unir muchos hechos, elementos y conductas que configuran una innumerable cantidad de defraudaciones independientes una de otra, pero unida por una misma causa: un negocio, o un sujeto estafador. Leonardo Cositorto hacía videoconferencias con personas convocadas mediante redes sociales, y se presentaba como un exitoso emprendedor de distintas áreas del comercio, invitando a todos a unirse a su sistema de distribución de negocios y los hacía sentir no empleados de su esquema, sino compañeros y futuros empresarios. Realizaba, además, charlas de coaching donde se daba un entrenamiento de emprendedurismo y liderazgo a sus víctimas.

Si uno lo veía desde el principio, era algo magnífico, innovador y muy cooperativo, hasta que se descubrió que había una innumerable cantidad de denuncias de personas que relataban ser parte de dicho esquema. Los actores demandaban a Cositorto, ya que luego de su presentación charlas y motivación, los invitaba a invertir en esos negocios, alegando que él era creador del denominado “Esquema Ponzi”, un sistema de inversión que solventaba deudas de anteriores inversores, que gozaban de las remuneraciones que Cositorto les hacía. Hasta que muchas personas dejaron de percibir esas ganancias, y Cositorto desapareció por meses.

Fue en su búsqueda transnacional que se hizo renombrado el caso, ya que esos sistemas de inversión suelen ser encabezados por entidades financieras o bancarias, pero muy rara vez por un particular. La justicia investigó y descubrió que Cositorto jamás había hecho negocios, ni tenía emprendimientos de renombre con los que motivó a sus seguidores. Es aquí donde vemos el ejemplo de una defraudación de masas; se había creado un sistema de banca digital, donde los inversores depositaban sus ahorros. Hasta se había comenzado a emitir una tarjeta de créditos y préstamos de inversores de Generación Zoe, viéndose implicados posteriormente, las víctimas de Cositorto en compromisos que nunca iban a poder cumplir porque el dinero nunca estuvo. Más tarde, pocos días después, la justicia en realidad descubrió que el dinero si existió, y que el

señor Cositorto utilizó para vacacionar en lujosos hoteles del Caribe, donde fue arrestado y enjuiciado, con un conflicto procesal aún vigente: ¿Qué justicia enjuiciará a Cositorto? Las víctimas recorren toda América, es por eso que aun hoy existe el problema.

Con los ejemplos de préstamos y tarjetas emitidas, se pueden ver los más claros ejemplos:

Art. 173:

11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática.

No son pocos los incisos del código penal argentino que reprochan las acciones realizadas en el caso de “El vendedor de ilusiones”; la popularidad del film dan al sistema penal argentino e internacional grandes herramientas: los operadores del derecho conocen al perjuicio patrimonial como una clase de estafa, cuando en verdad el legislador nos da otras herramientas para encuadrar las conductas delictivas llevadas a cabo por éstos inteligentes defraudadores, y que con el avance de las tecnologías, las relaciones económicas mediante plataformas digitales y el sector bancario, son susceptibles de ser consumadas constantemente.

Bibliografía

Antón Oneca, La estafa y otros engaños en Obras, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III. P.72

CNCas. Penal, Sala III, 26/11/03, “L.M. s/Rec. De casación”, ED, 207-494

CNCrim. Y Correc., Sala I, 28/04/06, “Borocotó, L”, LL, 2006-E-805

CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 8/6/84, LL, t. 1985-A, p. 137 y JA, t. 1985-II, p 26, citado por

Sprovier, J. “Delitos de estafas y otras defraudaciones” t. 1 Ed. Ábaco 2ª. Ed. p. 41

Creus, Derecho Penal Parte Especial Tomo I p 463 Astrea.

Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 262.

Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, tº VI p. 35, Abeledo Perrot

Marín, Jorge L. Tratado de Derecho Penal, parte Especial. Págs. 454-483

Rodríguez, Pedro. Código Penal comentado. Pensamiento penal. Art. 172 Estafas y otras defraudaciones.

CAPÍTULO 23

Jurisprudencia

Mercedes González Isabella

Art. 162 del CP

Si el imputado sabe que la cosa es ajena y se aprovecha del uso de ésta poniéndola en su esfera de poder, resulta irrelevante analizar si su intención es apoderarse por escaso tiempo y luego restituirla a su dueño, pues durante ese período se comportó como tal, asumiendo unilateralmente y en su beneficio la disponibilidad de la misma, por lo que tal circunstancia permite considerar que existe un apoderamiento ilegítimo y subsumir la conducta en el artículo 162 del Código Penal. **(TCP Sala III, causa 76211, 2016)**

El verbo apoderar, en el sentido de poner en poder de alguien una cosa o darle la posesión de ella, es el que hay que asignarle al vocablo utilizado en los tipos penales legislados por los artículos 162 y 164 del Código Penal. **(TCP, Sala IV, causa 75894, 2016)**

Art. 163 del CP

Inc.1

Por el artículo 163 inciso 1 del Código Penal el hurto se agrava en razón del objeto y del lugar, obedeciendo la protección más rigurosa a la necesidad de suplir el estado de indefensión en que, debido a su ubicación natural, se encuentra la riqueza ganadera y otros objetos materiales propios de las labores agrarias. **(TCP Sala III, causa 4131, 2000)**

Inc. 2

El tipo penal del hurto calamitoso -art. 163 inc. 2º última parte C.P.-, no exige para su configuración la ajenidad del autor de la sustracción de la situación de infortunio, que puede ser creada por el propio agente en forma casual, culposa o dolosa. **(TCP Sala V, causa 60023, 2014)**

Atendiendo a la relación de especialidad existente entre la figura simple del art. 162 y la calificada del inc. 2º del art. 163, todos del Código Penal, la imposibilidad procesal de aplicar la causal de agravación contenida en la segunda, provoca, inexorablemente, que la primera de ellas adquiera entidad. **(SCBA, Causa P 69138, 2001)**

Inc. 3

La apropiación ilegítima de un automóvil, intimidando a su propietario con armas, encuadra en la figura del art. 166 incs, 2° y 3° del Código Penal -este último en relación con el art. 163, inc. 9°, por concurrir tres o más personas-. No importa que el designio no fuera despojar definitivamente de ese bien a su dueño, sino abandonarlo después de cumplido su objetivo principal -en el caso, privación ilegal de la libertad del representante de una nación extranjera-. Existe, sin duda, el propósito de la apropiación pues, siendo el vehículo un elemento indispensable para la consumación del secuestro, los procesados no llevaron otro, ni dijeron tener alguno disponible o que alguien los secundaría al respecto. **(CSJN, Fallos: 281:69)**

Inc. 4

La razón de ser de la agravante del artículo 167 inciso 4° del Código Penal en función del artículo 163 inciso 4 de mismo cuerpo normativo, toma en cuenta la demostración de mayor peligrosidad en el autor, en tanto debe vencer, mediante el despliegue de una actividad física de cierta consideración, las defensas que se oponen al desapoderamiento. **(TCP Sala V, causa 69225, 2015)**

Como el robo simple ya incluye la violencia en las personas o en las cosas (art. 164 del C.P.), no basta cualquier violencia (y menos el mero "esfuerzo físico") para que tengamos un robo agravado en los términos del art. 167 inciso 4°, en función del art. 163 inc. 4° del Código Penal, razón por la que no parece que el hecho de romper y pasar por una ventana situada a un 1 metro 12 centímetros, constituya una violencia en las cosas diferente a la ya prevista para el robo simple. **(SCBA, Causa P 66513, 2003)**

Inc.5

Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente sostiene que no se cuenta con los elementos configurativos del tipo del artículo 167 inciso 4° en su relación con el art. 163 inciso 5° del Código Penal, argumentando que la fundamentación de la agravante es la desprotección de la cosa o la indefensión de la víctima y que para que esta situación se configure en el caso el transporte "necesariamente se debería haber encontrado en una zona poblada", pues cabe señalar que el elemento descriptivo al que alude el señor defensor (comisión en "zona poblada") no resulta contemplado como requisito por la figura en cuestión, lo que hace innecesario cualquier otra consideración al respecto. **(SCBA, Causa P 83660, 2003)**

Inc.6

Para que pudiera ser aplicable al caso el art. 164 del C.P. debió haber existido algún momento en el cual no estuvieran vigentes ni el art. 38 del dec. ley 6582/1958 ni el texto incorporado por la ley 24.721 al art. 163 como inc. 6 del C.P. Pero tal cosa no ha sucedido pues dicha ley derogó el primero y simultáneamente estableció el segundo, de manera que no hubo algún tiempo intermedio en el cual sólo rigiera la figura básica del robo. **(SCBA, Causa P 66246, 2007)**

Art. 164 del CP

Es necesario sacar la cosa del ámbito de su custodia de quien la tiene y tener posibilidad dispositiva sobre la misma, aunque por un breve período. **(TCP, Sala I, causa 84787, 2018)**

El verbo apoderar, en el sentido de poner en poder de alguien una cosa o darle la posesión de ella, es el que hay que asignarle al vocablo utilizado en los tipos penales legislados por los artículos 162 y 164 del Código Penal. **(TCP, Sala IV, causa 75894, 2016)**

Para que se configure la fuerza en las cosas que requiere el robo -art. 164 C.P.-, el sujeto activo debe vencer la resistencia que le opone la cosa que hace las veces de impedimento o resguardo de la propiedad, la que no siempre ni necesariamente, debe ser anormal o extraordinaria. **(TCP, Sala IV, causa 66690, 2015)**

Para que exista la fuerza en las cosas que requiere el tipo del artículo 164 del Código Penal, no es necesario que el objeto sobre el cual recaiga tenga secuelas, como signo característico que la determine. **(TCP, Sala V, causa 65758, 2014)**

Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que la defensa, con fundamento en el precedente "Garone" de esta Corte denuncia la violación del art. 2 del Código Penal al aplicarse al caso lo normado por la ley 25.882 (art. 166 inc. 2, párrafo 3) y solicita el encuadre en los términos del art. 164 del mismo ordenamiento pues según quedó determinado en el fallo apelado la ofensividad del arma no ha sido corroborada por ninguno de los medios de prueba propios del sistema vigente y por ello, correspondía la aplicación del art. 164 del C.P. por ser más beneficiosa al imputado. **(SCBA, Causa P 103715, 2009)**

Art. 165 del CP

En el caso, ambas agravantes genéricas se relacionan con una única conducta humana, encuadrable en la figura penal del art. 165 del CP, sin que ninguna de ellas reclame exclusividad o desplace a la otra. Se genera entonces un concurso ideal entre un homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 165 y 41bis del CP) y un homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad (art. 165 y 41 quater del C.P.). Y en estos casos la ley penal vigente recurre al principio de absorción para determinar cuál será la escala penal aplicable (art. 54 del CP), contemplando la aplicación de sólo una de las escalas de las figuras que concurren (la mayor), y cuando el concurso ideal es entre delitos de igual pena no hay razones para abandonar ese principio y, respetando la prohibición de acumulación punitiva para el caso de ese tipo de concurso, deberá aplicarse sólo una de las escalas penales en juego **(TCP Sala V, causa 112403, 2022)**

Es por ello que el tipo penal en el que corresponde encuadrar la conducta del Díaz es el contenido en el art. 165 del CP, pues no puede más que concluirse que el resultado homicidio era una alternativa que le resultaba previsible en función de la aceptación del riesgo introducido por él y su compañero a partir de la utilización de un arma funcionalmente apta para causarlo, lo

que en definitiva acaeció en una incidencia propia del robo como es el enfrentamiento con la víctima **(TCP Sala II, causa 115096, 2022)**

La estructura compleja del art. 165 del C.P., en lo que hace al resultado letal comprende a más de las conductas generadoras de un riesgo concreto de muerte reconocido por el o los agentes (dolo) -como consecuencia del obrar individual o del quehacer común y siempre que por la carencia de la representación especial que reclama la figura del homicidio criminis causa no proceda privilegiar la aplicación del art. 80 inc. 7º del C.P.-; los riesgos más indeterminados en su configuración concreta pero que previsiblemente puedan llevar a ese resultado como consecuencia del robo violento. **(SCBA, Causa P 134438, 2024)**

Si el riesgo concreto del resultado muerte fue introducido por el obrar doloso del grupo del que también formaba parte el imputado, quien fue uno de los sujetos que descendió del vehículo portando un arma de fuego mientras que otro de los integrantes efectuó finalmente un disparo que culminó con la vida de la víctima, de este modo, según las reglas de la teoría del dominio del hecho, rige la imputación recíproca de todas las contribuciones al suceso que tienen lugar en el marco del común acuerdo (conf. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 993). Por ello, afirmado en las instancias anteriores que el imputado tomó parte en la ejecución de un robo violento en el que uno de sus intervinientes provocó el homicidio en el contexto del desapoderamiento, debe responder como coautor del tipo del art. 165 del Código Penal. **(SCBA, Causa P 134020, 2021)**

Se acreditó -en definitiva- que el coautor de un robo violento, en el que el otro interviniente ejecuta un homicidio doloso en el contexto inmediato al desapoderamiento, responde como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo. **(SCBA, Causa P 129751, 2018)**

Es arbitraria la sentencia que resolvió que no correspondía aplicar la agravante del art. 41 bis del Código Penal al delito de homicidio en ocasión de robo, pues resulta claro, atendiendo al sentido literal de la norma, que ella resultaría aplicable al delito cometido -homicidio en ocasión de robo cometido con arma de fuego-, en tanto la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando esta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquella contempla .

En esta línea, resulta ineludible resaltar que de los antecedentes parlamentarios, cuya utilidad para conocer su recto sentido y alcance ha sido siempre reconocida (Fallos: 330 :4476), surge con claridad que el legislador al sancionar la ley 25.297, en ejercicio de su facultad de establecer la política criminal por medio del dictado de leyes penales, expresamente contempló, entre otros extremos, el notorio aumento de los homicidios cometidos con arma de fuego que superaba el cometido con otra clase de armas –por ejemplo, las blancas- y ponderó el mayor poder lesivo de este medio de cara a la vulnerabilidad de la víctima como importantes razones para el dictado de esta norma que agravaría la pena para los delitos cometidos contra las personas en los que la violencia o intimidación fuera cometida mediante arma de fuego (cf. Cámara de Diputados, 36ª Reunión, 10ª sesión ordinaria, 24 de noviembre de 1999, y Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 42ª reunión, 15- sesión ordinaria, 9 de agosto de 2000). **(CSJN, 003996/2015/RH001, SENT. 13/8/2024)**

Art. 166 del CP

Inc. 1

En el caso, la actividad emprendida por el imputado, consistente en ingresar a una vivienda en horas de la noche con fines de robo, permitiría vislumbrar ex ante la posibilidad de enfrentarse con las o los habitantes del lugar y, en tal contexto, el riesgo para la integridad física de las víctimas se verificaría en la intensidad del comportamiento del sujeto activo para vencer la resistencia que eventualmente le puedan oponer. Sin embargo, si ese enfrentamiento no se produce, ya sea porque la vivienda está desocupada, porque el agresor huye antes de ser detectada su presencia, o por el motivo que fuere y, en consecuencia, el sujeto activo no despliega ninguna acción que pueda ser enmarcada en la "violencia física" a la que alude la figura básica del robo, entonces no se advierte cuál es el riesgo efectivamente generado para la integridad física de los ocupantes de la vivienda.

Las previsiones del art. 166 inc. 1° del Código Penal serán aplicables cuando las lesiones sufridas por la víctima puedan ser atribuidas a la violencia física desplegada por el sujeto activo para realizar el robo. **(TCP Sala I, causa 99600, 2020)**

El robo con lesiones graves o gravísimas es un delito doloso; el núcleo de la acción consiste en apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble ajena; se consuma si se perfecciona el apoderamiento y queda, en caso contrario, en tentativa. Dicho de otra manera, es la figura básica (el robo) y no la accesoria (las lesiones) la que marca el iter criminis.

La naturaleza compleja de la figura de robo en cuyo decurso se causen lesiones graves o gravísimas y la prevalencia del bien jurídico protegido que comprende la salud e integridad física, la tornan aplicable aun cuando el apoderamiento quede truncado. **(SCBA, causa P 130158, 2020)**

Inc. 2

El uso impropio de las armas empleadas para intimidar a la víctima abastece los requisitos que exige la figura agravada del robo prevista en el art. 166 inc. 2° primer párrafo del CP y desplaza la escala más benigna en la que concurre sólo una mayor intimidación para el sujeto pasivo, así como la figura de robo en su modalidad simple. **(TCP Sala II, causa 108267, 2021)**

El uso gas pimienta satisface, todas las exigencias y notas típicas de la figura del art. 166 inc. 2 primer párrafo del CP. **(TCP Sala V, causa 91951, 2019)**

El robo descrito en el artículo 166 inc. 2° párr. 2do. del Código Penal, si bien requiere como medio comisivo que el sujeto activo utilice un arma de fuego, ello no exige que dicho empleo lo sea en su carácter de "usuario registral" de la misma. Al contrario, de así no serlo, se incrementa un mayor injusto penal que es precisamente lo que justifica la aplicación de una escala compuesta que es agravada ante la pluralidad delictiva que importa un mayor grado de culpabilidad por los múltiples injustos cometidos (art. 55 CP). **(TCP Sala I, causa 77936, 2017)**

No existe una doble valoración de los elementos propios de la figura prevista en el art. 165 del Cód. Penal por aplicarle la agravante genérica de art. 41 bis del mismo cuerpo normativo.

Pues, si bien los delitos previstos en los arts. 166 inc. 2° y 165 del Cód. Penal resultan dependientes del robo (art. 164 del Cód. Penal), al que agravan o califican -uno por el medio empleado, el otro por el homicidio resultante-, entre ellos no existe relación de consunción ni de subsidiariedad alguna que justifique tener por abarcado en el robo con homicidio al robo con armas. Conforme lo dicho, el elemento "arma de fuego" no se encuentra absorbido por la figura "robo con resultado homicidio". Y prueba de ello es que un robo con resultado homicidio puede ocurrir sin armas de por medio. De ahí que pueda concluirse que ambas figuras son independientes en cuanto a sus elementos configurativos, no obstante el modo en que concurran. **(SCBA, causa P 129751, 2018)**

La calificación legal determinada, robo calificado por el uso de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no fue acreditada (art. 166 inc. 2°, ap. 3ro., del Código Penal, según ley 25.882) contiene específicamente la calidad diferenciadora (armas del tipo de las de fuego) con la que se pretende fundar la pauta agravante de pena. En el régimen del art. 166 inc. 2 del Código Penal anterior a la ley 25.882 tal ponderación era válida, sin embargo, luego del dictado de dicha norma ya no es posible proceder del mismo modo pues la clase específica de arma a la que se alude ha sido incorporada al texto legal y fundamenta la distinción de figuras y penas establecida por la reforma. La decisión adoptada -encuadrar el hecho en una de las descripciones de la ley 25.882- impone eliminar tal agravante (arts. 40 y 41 del C.P. y 365 del C.P.P.). **(SCBA, causa P 126419, 2018)**

La apropiación ilegítima de un automóvil, intimidando a su propietario con armas, encuadra en la figura del art. 166 incs. 2° y 3° del Código Penal -este último en relación con el art. 163, inc. 9°, por concurrir tres o más personas-. No importa que el designio no fuera despojar definitivamente de ese bien a su dueño, sino abandonarlo después de cumplido su objetivo principal -en el caso, privación ilegal de la libertad del representante de una nación extranjera-. Existe, sin duda, el propósito de la apropiación pues, siendo el vehículo un elemento indispensable para la consumación del secuestro, los procesados no llevaron otro, ni dijeron tener alguno disponible o que alguien los secundaría al respecto. **(CSJN, Fallos: 281:69)**

Art. 167 del CP

Inc.1

El art. 167 inc. 1° del Código Penal capta no sólo los casos en que el carácter "despoblado" aumenta el riesgo para el sujeto pasivo sino también aquellos en que la situación de la cosa en función del "despoblado" facilita la actividad del sujeto activo antes, durante y después del robo. **(SCBA, causa P 93751, 2009)**

Inc.2

La "banda" no se identifica con la "asociación ilícita", [...], siendo tan solo una participación múltiple donde intervienen en la comisión del delito tres o más personas. Para que se configure

el supuesto del art. 210 del C.P., es menester que el formar parte de la banda tenga por finalidad la de cometer delitos y ello se reprime por el solo hecho de ser miembro de la asociación. En cambio, para que la banda sea considerada calificante del robo, es necesario solamente que la pluralidad de sujetos que la constituye, concorra respecto del hecho.

El empleo del término banda en la agravante del robo (art. 167 inc. 2°), se refiere a su perpetración por una pluralidad de sujetos que deben tomar parte del hecho, cualquiera sea la tarea que ejecuten, debiendo encontrarse en el escenario delictual con una subjetiva integración de grupo y habiendo querido el resultado como propio. **(TCP Sala IV, causa 109745, 2021)**

No existe concurso aparente entre el robo con escalamiento -art. 167 inc. 4° C.P.- y el perpetrado en poblado y en banda -art. 167 inc. 2° C.P.-, toda vez que no existe absorción de los elementos de uno en los del otro tipo penal. **(TCP Sala III, causa 61400, 2015)**

Es improcedente el recurso extraordinario de nulidad desde que la parcial discrepancia expuesta por dos de los magistrados intervinientes no priva al acto sentencial del requisito constitucional que la parte considera incumplido. En efecto, más allá del diferente enfoque en el análisis lo cierto es que dos de los jueces del tribunal intermedio coincidieron que en el hecho habían concurrido tres personas que acordaron perpetrar el robo imputado y que ello resultaba suficiente para sustentar la agravante "banda". Es decir, concordaron en afirmar que la finalidad de perpetrar plurales e indeterminados hechos ilícitos exigida por el art. 210 del C.P., no resultaba en cambio requerida por el 167 inc. 2do. del mismo ordenamiento. Así, se puede observar que la mayoría de opiniones sobre las cuestiones esenciales a decidir exigida por el art. 168 de la Constitución local se encuentra plenamente abastecida. **(SCBA, causa P 85654, 2009)**

Inc. 3

La remoción de una reja y la posterior ruptura del vidrio de la ventana, no solo altera el mecanismo normal de ingreso a la vivienda, sino que además logra la ruptura del objeto puesto por el titular de la propiedad agredida con el fin de resguardarla, lo que satisface las exigencias del tipo del artículo 167 inciso 3° del Código Penal.

La fractura como agravante de la figura penal del robo -art. 167 inc. 3° C.P.-, consiste en la ruptura del objeto puesto por el titular de la propiedad agredida con el fin de resguardarla, independientemente de la fuerza física o mecánica ejercida al efecto, pues el tipo no requiere un especial grado de fuerza sino solo el necesario para vulnerar la defensa preconstituida que cierra o delimita el ambiente -en el caso: el vidrio adherido a la ventana-. **(TCP Sala IV, causa 70095, 2015)**

Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal en el que reclama el encuadre del hecho en la figura calificada del art. 167 inc. 3° del C.P. -y el consecuente desplazamiento del art. 164 del mismo ordenamiento- pues ha devenido firme que el autor del hecho luego de romper uno de los vidrios de la puerta de acceso al inmueble, ingresó y se apoderó ilegítimamente de los objetos que se encontraban en su interior. La rotura del vidrio califica la acción ilícita en los términos del mencionado inc. 3° del art. 167, pues ese objeto está destinado a brindar protección y defensa a un lugar habitado. **(SCBA, causa P 90264, 2008)**

Inc. 4

La razón de ser de la agravante del artículo 167 inciso 4° del Código Penal en función del artículo 163 inciso 4 de mismo cuerpo normativo, toma en cuenta la demostración de mayor peligrosidad en el autor, en tanto debe vencer, mediante el despliegue de una actividad física de cierta consideración, las defensas que se oponen al desapoderamiento. **(TCP Sala V, causa 69225, 2015)**

No existe concurso aparente entre el robo con escalamiento -art. 167 inc. 4° C.P.- y el perpetrado en poblado y en banda -art. 167 inc. 2° C.P.-, toda vez que no existe absorción de los elementos de uno en los del otro tipo penal. **(TCP Sala III, causa 61400, 2015)**

Al calificar el hecho en los términos de la agravante del art. 163 inc. 6° (cfr. remisión del art. 167 inc. 4°, ambos del C.P.) el a quo aplicó en forma retroactiva una ley penal más gravosa (novatio legis in pejus), abrogando así el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Carta Magna nacional. La entidad de la irregularidad apuntada descalifica los fallos en crisis como actos jurisdiccionales válidos y constituye un caso excepcional de incompatibilidad con el debido proceso legal (arts. 18, Const. nac. y 10, Const. pcial.) sobre cuya base esta Corte ha elaborado la inveterada doctrina de las anulaciones de oficio. **(SCBA, causa P 66246, 2007)**

Abigeato**Art. 167 ter del CP**

Si se prueba que los imputados ingresaron a un establecimiento rural y carnearon el animal, quiere decir que dispusieron del mismo como si fueran los propietarios, y si bien no pudieron apoderarse de éste, el delito queda consumado con la conducta previa. **(TCP Sala III, causa 72592, 2016)**

El delito de abigeato no puede considerarse tentado si los imputados son perseguidos por personal policial luego de haber faenado al animal, toda vez que esto implica decidir y actuar el destino de la res furtiva perfeccionando el tipo del artículo 167 ter del código de forma. **(TCP Sala III, causa 72778, 2016)**

La modificación de la Ley N° 25890 no varía el concepto sustancial del abigeato, pero establece que éste se consuma aún ante el apoderamiento de un solo animal. **(TCP Sala III, causa 97823, 2016)**

La mayor o menor vetustez del vehículo automotor utilizado para perpetrar la sustracción, motivo calificante en el marco del delito de abigeato, no incide en la acriminación, como tampoco en su esencia locomóvil (conf. art. 167 ter 2° párrafo del C.P. y caracterización del art. 5 del Dec-ley 6582/58). **(TCP Sala I, causa 9393, 2006)**

Art. 167 quater del CP

Cuando la propiedad de la víctima se ve afectada por una conducta ilícita realizada por un sujeto activo que reviste alguna de las calidades contempladas en el inc. 4 del artículo 167 quáter del Código Penal, en las concretas circunstancias de modo, tiempo y lugar establecidas en dicha

norma, la conducta deberá subsumirse en el delito de abigeato agravado, quedando desplazado en su aplicación el abuso de confianza regulado en la figura defraudatoria del delito de estafa.

(TCP Sala I, causa 101410, 2021)

La penalización de las circunstancias enumeradas en el artículo 167 quáter incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del Código Penal, se fundamenta en las mayores posibilidades que estas maniobras otorgan para el apoderamiento exitoso de las cabezas de ganado mayor, y su posterior comercialización o lucro. **(TCP Sala III, causa 67823, 2016)**

El artículo 167 quáter inciso primero del Código Penal al aludir a las circunstancias del robo del artículo 164 del mismo cuerpo normativo, hace referencia a la fuerza empleada para lograr el apoderamiento, y no a la destrucción de la cosa. **(TCP Sala III, causa 67823, 2016)**

Al rechazar la petición para que se declare inconstitucional la escala penal del abigeato, la Cámara dio respuesta al requerimiento de la defensa para que se imponga una pena por debajo de la mínima prevista legalmente. Esa solución no era subsidiaria de la denuncia de inconstitucionalidad, sino su consecuencia. En otras palabras, sólo si se hubiera receptado la objeción constitucional podría haberse dejado de lado lo que ordena expresamente una norma legal. **(SCBA, causa P 117.109, 2016)**

Art. 168 del CP

La acción típica de la extorsión que se encuentra regulada en la primera parte del artículo 168 del Código Penal consiste en obligar a otro, mediante intimidación, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. **(TCP Sala II, causa 77941, 2017)**

Si se prueba que el imputado le exigió a la víctima una suma de dinero a cambio de entregarle un efecto proveniente de un delito -en el caso, vehículo automotor de alta gama-, se configura el delito de extorsión en grado de tentativa previsto en los artículos 42 y 168 del Código Penal. **(TCP Sala III, causa 72305, 2016)**

El acto intimidatorio exigido por el artículo 168 del Código Penal debe ser idóneo para atemorizar a la víctima y, con ello, generar la necesidad de entrega del bien con el fin de evitar el mal que se amenaza. **(TCP Sala I, causa 73697, 2015)**

Es infundado el agravio según el cual el a quo habría aplicado erróneamente el art. 168 del Código Penal si de las conclusiones de hecho no discutidas y por tanto firmes surge que el sujeto pasivo hizo "entrega" del bien automotor constreñida su voluntad del modo en que fuera detallado al describirse la materialidad ilícita, pues ello -tal como resolviera la Cámara-, basta a los fines de tener por consumada la figura de extorsión en cuestión siendo irrelevantes a tal efecto las alegaciones defensoras sobre la falta de inscripción registral del referido bien. **(SCBA, causa P 69518, 2002)**

Art. 169 del CP

Corresponde excluir como agravante de la pena la condición del inculpado de ser conductor propietario de una radio y por lo tanto formador de opinión, pues no podría haberse cometido el entuerto penal que se le endilga -art. 169 del C.P.- si no hubiese, precisamente, revestido dicha calidad. Ello así atento que, en el caso, solo contando con un micrófono, una salida al aire y una audiencia, el insistir acerca de la existencia de procesos penales seguidos en contra del sujeto pasivo resulta susceptible de tener efectos desacreditantes, lo cual en su reiteración intimidaron y llevaron a este último a ceder ante los requerimientos económicos. **(TCP Sala I, causa 21878, 2009)**

Art. 170 del CP

Si bien para la comisión del delito de secuestro extorsivo -art. 170 C.P.-, pueden actuar dos o incluso un solo autor, la intervención de tres o más revela mayor contenido de injusto en atención a que disminuye las posibilidades de defensa de la o las víctimas, sustentado la agravante prevista en el inciso segundo inciso sexto. **(TCP Sala III, causa 63862, 2015)**

El secuestro extorsivo -art. 170 C.P.-, se consuma con el apoderamiento, retención u ocultamiento de la víctima, teniendo en mira la obtención de un rescate, independientemente de si el mismo se hizo efectivo o no. **(TCP Sala III, causa 63862, 2015)**

Que no se cobre el rescate y que la víctima sea liberada no son circunstancias que conmuevan la ejecución del delito de secuestro extorsivo -art. 170 C.P.- en sus elementos objetivos y subjetivos. **(TCP Sala III, causa 56749, 2013)**

Deben anularse de oficio la acusación fiscal y los actos que son consecuencia de la misma y constitutivos del proceso ante la justicia provincial si el juzgamiento de la Cámara aplicó los arts. 142 bis y 170 del Código Penal, cuya necesaria competencia corresponde a la justicia federal, lo que origina una situación excepcional de incompatibilidad con el debido proceso (art. 3 inc. 5º, ley 48, según leyes 20.661 y 23.817; doct. art. 22 tercer apartado, C.P.P.). **(SCBA, causa P 46686, 1999)**

Los Autores

Coordinador

Vitale, Gabriel Mauro Ariel

Abogado (1996) Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Derecho Infancia, familia y cuestión penal de la Facultad de Trabajo Social (2006 Universidad Nacional de La Plata). Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (2005 UNLP) Profesor en la Especialización Posgrado de Políticas Públicas y Género U.N.L.A. y en la Especialización de Posgrado de Familia en la U.N.L.P. Investigador Categorizado UNLP (2000). Postgrado en Criminología por la Universidad de Salamanca (España 2000) Especialista en Derecho Penal (2011) y Master en Derecho Penal Universidad Austral (2013), Docente de Posgrado en la Universidad Nacional de la Plata y Lanús.(2013) Integró la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP) y fue Coordinador del área de infancia y adolescencia del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP 2005/2010), Juez de Garantías en el Departamento judicial de Lomas de Zamora. Autor de libros, artículos y comentarios.

Autores

Alifracó, Nahuel Andres

Abogado, graduado en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Auxiliar Letrado del Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, perteneciente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Amaya, Dolores

Ayudante Diplomada interina de Derecho Penal II Comisión 3 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Bartolo, Tomás

Abogado (Pontificia universidad católica Argentina). Magister en derecho penal (Universidad austral)

Bernardi, Agustina

Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente especializada en Derecho Laboral en el Estudio Jurídico Dr. Enrique A. Precado y Asociados en CABA, además se desempeña como ayudante de cátedra de la asignatura “Elementos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social” de UBA DERECHO (Comisión a cargo del Dr. Precado - Titular de cátedra Dr. Topet) - Investigadora Científica por el programa “Acreditación de Proyectos PPCT-UNR 2023” del CONICET - 4 años de duración, en el CEFEJUS (Centro de Investigaciones Feministas Jurídicas y Sociales) en FDER UNR. Modalidad híbrida. (2023-2027) otorgado por la convocatoria ACRE 2023, Período 2023-2026 de la Universidad Nacional de Rosario – Facultad de Derecho – CEFEJUS.- Aprobado por la Resolución Consejo Superior UNR C.S. N° 596/2022. Investigadora Becada acerca “Objeción de Conciencia y Derechos Reproductivos: Un Análisis desde la Perspectiva de Género” - radicada en CEFEJUS (Centro de Investigaciones Feministas Jurídicas y Sociales) de la Universidad Nacional de Rosario.

Blanc Codina, Ignacio

Abogado y escribano (Universidad católica de Córdoba). Mediador (Fundación fraternitas). Docente libre (Universidad del centro educativo latinoamericano). Magister en política criminal (Universidad de Salamanca, España)

Corfield, María Cecilia

Abogada. Escribana. Agente Fiscal de la Fiscalía General de La Plata. Prof. Adjunta de Derecho Penal II UNLP.

Fernández, Lucas

Estudiante de abogacía, facultad de Ciencias jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. Participante en distintas actividades de investigación y participación en organismos de DDHH. (Modelos G20, Modelos Naciones Unidas: 2017. Instituto de Derechos Humanos, facultad de ciencias jurídicas y sociales, UNLP, senado de la provincia de Buenos Aires y Mercosur (2022).

González, Cristian Ariel

Abogado (UNLP), ayudante de cátedra de Derecho Penal Parte especial Cátedra 1 comisión 3 UNLP ; Realizo el comentario al Art 120 del Libro “Luz, cámara Acción típica”, autor del Artículo “Reinserción o segregación” publicado en la revista Pensamiento Penal el 14 de mayo de 2024; Abogado de la Querella en el Caso Tehuel de la Torre sobre Trans homicidio; participo en la Redacción del Proyecto de ley para adhesión de la Provincia de Buenos Aires a la Ley Nacional 27.447, presentado el 3/06/19 en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, bajo la denominación “LEY DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CELULAS”.

González Isabella, Mercedes

Abogada, graduada en la Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Justicia Constitucional y DDHH. Auxiliar Docente Ayudante de Primera Categoría en la materia Adaptación Profesional en Procedimientos Penales de la UNLP. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrada Relatora dentro del área que actúa ante la CSJN Y OOII de la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

Hernández, Griselda

Abogada. Analista documental y asesora legal Registro Nacional de Reincidencia. Asesora legal y referente regional legal del Programa PatrocinAR. Asesora legal Programa Las Víctimas contra las Violencias. Ministerio de Justicia de la Nación.

Klappenbach, María Elia

Abogada graduada en la U.N.L.P., Especialista en Derecho Penal, Defensora Oficial en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, J.T.P. -interina- en la Cátedra de Adaptación Profesional en procedimientos penales en la U.N.L.P.

Mas Arrouzet, Felipe

Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Ayudante interino de la Cátedra 1, comisión 3 de Derecho Penal II. Empleado administrativo en la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires.

Masi Barrio, Alfredo

Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Cursando actualmente cuarto año. Participante de "XVII Congreso Nacional de Derecho". Cumpliendo tareas como asesor en la oficina de la presidencia del Consejo Deliberante de la ciudad de La Plata.

Montenegro, Marlene

Estudiantes/Ayudante interina de Derecho Penal, Parte especial. Cátedra 2, comisión 3.

Quaranta, Andrea V.

Técnica en Minoridad y Familia (UNLZ), Abogada (UBA) y abogada del niño (CASI). Coordina el área de asesoramiento del Programa PatrocinAr dependiente del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. Sumariante en el suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de Eldial.com. Cofundadora de la Red federal de abogados querellantes en delitos sexuales. Miembro de la Asociación Civil Forum Infancias. Ejercicio independiente de la profesión. Formada en temáticas de infancia y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes y adultos. Posgrado "Herramientas Jurídicas penales frente a la violencia sexual" (UNDAV). Experiencia profesional en instituciones relacionadas con la atención de infancias y adolescencias con derechos vulnerados. Autora de diversas publicaciones sobre la materia.

Rivas, Nadia Marina

Abogada con orientación en derecho penal UBA -2014-, Especialista en Género y Derecho, UBA -2020-, abogada litigante, patrocinante en querellas por delitos contra la integridad sexual y contra la vida -2017- actualidad-, Asesora en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en aspectos penales 2021- actualidad, Abogada apoderada de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en querellas por causas de lesa humanidad -2014-2020-.

Rizzi, Patricio Tomás

Abogado y Escribano. Graduado en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Auxiliar Docente Ayudante de Primera Categoría Interino en la materia Adaptación Profesional en Procedimientos Penales de la UNLP. Se desempeña actualmente en el Juzgado Civil y Comercial n° 11 del departamento judicial de La Plata.

Robert, Jonatan

Abogado (UCALP). Especialización en Derecho Penal en la Universidad Austral. Agente fiscal en el Departamento Judicial de Dolores. Docente contratado del Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

Rodríguez Genin, Pilar

Abogada (UNLP); ayudante graduada de Derecho Penal II, comisión 3, cátedra 1, Jursoc-UNLP. Formó parte como agente administrativo en la Secretaria de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires. Hoy se desempeña en el Departamento de Actuaciones del Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica de la Provincia de Buenos Aires; asesora técnica para el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT); e integrante de Asociación Pensamiento Pen

Villordo, Lautaro

Abogado graduado en la Universidad Nacional de La Plata (U.N.L.P.). Con curso finalizado y aprobado de Especialista en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Buenos Aires (U.B.A.) Ayudante de Derecho Penal parte especial en la cátedra 2 comisión 3 de la (U.N.L.P.). Auxiliar letrado en el Juzgado de Garantías n° 6 de La Plata.

Vincentti, Agostina

Licenciada en Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCALP), Abogada (UNLP). Ha participado, realizando tareas de relevamiento de datos, en la redacción del “Anuario 2020-2021” a cargo del Centro de Estudios en Géneros y Relaciones Internacionales del Instituto de Relaciones Internacionales de la UNLP. Actualmente, desempeña funciones en el Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica de la Provincia de Buenos Aires.

Vitale, Gabriel Mauro Ariel

Propiedad y Libertad : el cine bajo la crítica del derecho penal : toma 3 / Gabriel Mauro Ariel Vitale ; Nahuel Andres Alifraco ; Coordinación general de Gabriel Mauro Ariel Vitale. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; La Plata : EDULP, 2026.

Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-950-34-2703-3

1. Derecho Penal. 2. Cine. I. Alifraco, Nahuel Andres II. Vitale, Gabriel Mauro Ariel, coord. III. Título.

CDD 345

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata

48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 644 7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

EduLP integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2026

ISBN 978-950-34-2703-3

© 2026 - EduLP

S
sociales


EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA