



PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA

Por Luis Milei y Gabriel M A Vitale

Art. 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;*
- 4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;*
- 5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.”*



I.- Bien jurídico contenido por la norma.

El Profesor Néstor Jesús Conti¹ ha manifestado que las conductas atacan al bien jurídico libertad, en dos de sus tres aspectos; por cuanto la realización de las conductas descriptas a nivel típico por parte del sujeto activo atacan -sucesivamente- a la libertad física, por un lado, y a la libertad psíquica o de autodeterminación, por el otro; correspondan a no a la misma persona.

De acuerdo con ello, se impone la exposición y el análisis del bien jurídico mencionado (en cada uno de sus aspectos) para, luego sí, pasar al estudio pormenorizado de la figura delictiva bajo tratamiento.

A los fines de poder analizar la “libertad” como bien jurídico, debe tenerse en cuenta que el Estado consagra como tales a todas aquellas relaciones sociales concretas, a partir de un planteamiento programático; por ello, la ley penal no puede omitir, entre los bienes que ella tutela, el bien de la libertad, el que es enunciado ya desde el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos que se propone alcanzar (“...asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”).

¹ Docente regular por concurso en la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata quien ha desarrollado el secuestro coactivo previsto en el art. 142 bis CP. El análisis del Bien Jurídico corresponde a su minucioso análisis. <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/nestor-jesus-conti>



Reconocida doctrina clásica nacional afirmaba que la Carta Magna nacional consagra en sus artículos derechos para todos sus habitantes, y que todo habitante tenga derechos implica la libertad de poder ejercerlos; por lo tanto, como casi todos los derechos reconocidos por la ley suprema son bienes jurídicos -o aspectos de ellos- y, atento a que sus más graves lesiones se tutelan mediante figuras penales, podría sostenerse que casi todos los delitos vulneran -de alguna forma- la libertad individual².

Esto resulta perfectamente explicable a partir de que la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien jurídico o derecho, presenta la particular situación -además de ser un bien jurídico en sí misma- de ser un presupuesto necesario de toda norma jurídica, toda vez que no podría concebirse derecho alguno sino con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce, al mismo tiempo, la libertad de ejercicio³.

En este sentido, el concepto de libertad se deduce de los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre, por cuanto la Constitución Nacional contiene -dentro de su filosofía- la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es, con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros⁴.

2 MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 10.

3 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 2.

4 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 110/1.



La noción del vocablo “*libertad*” a la que se viene haciendo referencia encuentra su fundamento en lo normado por los artículos 18, 19 y 33 de la ley fundamental. No obstante ello, a partir del año 1.994, también han adquirido particular relevancia al respecto los pactos internacionales incorporados a ella (CN., 75 inciso 22°)⁵.

En síntesis, la libertad a la que se viene aludiendo -la que contempla nuestro Código Penal- es la *libertad civil*, la que puede ser definida como *el derecho que tiene todo ser humano a desarrollar sus actividades, en su propio beneficio o en el de otros, y sin más limitaciones que las que resulten indispensables para mantener el orden social y salvaguardar el derecho idéntico que compete a todos los demás*⁶.

Este y no otro es el sentido de la libertad consagrada por el numeral 19 de la Carta Magna nacional, el cual reza: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Puede afirmarse, entonces, que la libertad civil comprende la capacidad de obrar del hombre en su triple condición de ser físico, ser psíquico y ser social, toda vez que los delitos que se refieren al ser físico son aquellos vinculados a su libertad de movimientos y de trasladarse; los

5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 7 inciso 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 9; entre otros.

6 MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 12.



que se refieren al ser psíquico son principalmente las amenazas, las coacciones, la violación de domicilio y de secretos y, finalmente, los directamente vinculados con el carácter social del ser, son los delitos contra la libertad de trabajo y la de reunión.

Tal como ya fuera referido *supra*, sólo los aspectos físico y psíquico del concepto de libertad que hemos visto se ven involucrados en los tipos penales a cuyo estudio nos dedicamos.

Con el único objeto de lograr mayor claridad con relación a lo hasta aquí expuesto, podemos intentar graficar esquemáticamente lo señalado con relación a la libertad civil, como bien jurídico, de la siguiente manera:

Libertad Civil }
* Libertad física
* Libertad psíquica
* Libertad social

A su vez, los tres aspectos que integran ese amplio concepto de libertad civil podrían graficarse de la siguiente manera:

El **Ser Físico** se consagra en los }
* Delitos contra la libertad de movimiento
* Delitos vinculados a la libertad de traslado



El **Ser Psíquico** se consagra
en los

- * Delito de Amenazas
- * Delito de Coacciones
- * Delito de Violación de domicilio
- * Delito de Violación de Secretos

El **Ser Social** se consagra
en los

- * Delitos contra la Libertad de Trabajo
- * Delitos contra la Libertad de Reunión

Prácticamente todos los delitos atentan, de alguna u otra manera, contra el bien jurídico libertad; lo que ocurre es que cuando una conducta criminal pone en riesgo o lesiona a otro bien jurídico (además de la libertad), la técnica legislativa acude al principio de especialidad (a partir de un planteo programático) para castigar dicha conducta en el capítulo correspondiente a ese otro bien jurídico⁷, tal como ocurre -por ejemplo- en el caso del delito de secuestro extorsivo, objeto de nuestro estudio.

Lo que debe quedar claro, a los fines de la empresa emprendida, es el alcance que debe dársele a la libertad como bien jurídico a la hora de analizar aquellas conductas que -como medio- la ponga en riesgo (libertad física) o, directamente, la lesione; cuando el fin sea, o bien un ataque a otro aspecto de esa libertad (psíquica), o bien, un atentado contra la propiedad.

⁷ CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra*, del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008, p. 14.



De todo ello se colige, sin mucha dificultad, que el delito de secuestro coactivo lesiona a la libertad (como bien jurídico) en dos de sus tres aspectos: el físico (cuando se restringe la libertad de una persona *para*) y el psíquico (cuando se le exige a esa misma persona u otra que haga o deje de hacer algo contra su voluntad para que el rehén recupere su libertad ambulatoria).

Así, tratando de reordenar la manda legal y a los efectos de desplegar una exposición sistematizada, las agravantes expuestas en el artículo analizado del Código Penal (C.P.), podrían clasificarse de la siguiente manera:

1.- *Por los medios de comisión:* violencias o amenazas, simulación de autoridad pública u orden de autoridad pública (incisos 1° y 4°);

2.- *Por los motivos del autor:* fines religiosos o de venganza (inciso 1°);

3.- *Por el vínculo con la víctima:* cuando la víctima fuese ascendiente, hermano, cónyuge o cualquier otro individuo al que se le deba respecto particular (inciso 2°);

4.- *Por el resultado:* grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido (inciso 3°);



5.- Por la duración de la privación de la libertad: cuando la privación de la misma durase más de un mes (inciso 5°).

II.- POR LOS MEDIOS DE COMISIÓN

Los mismos son: violencias, amenazas, simulación de autoridad pública y orden de autoridad pública.

a) Violencias

La violencia puede definirse como la cualidad de violento⁸ y por tal se entiende, entre otras acepciones, el uso de fuerza física o moral⁹. Sin embargo, el legislador, con la palabra violencia, sólo se refiere al uso de fuerza física toda vez que deja reservado el uso de fuerza moral al concepto de amenazas.

Tanto DONNA como BUOMPADRE, expresan que violencia es el despliegue de una energía física sobre otro, ya sea sobre la víctima o un tercero que trate de repeler o impedir el hecho, admitiendo también los medios equiparados a la energía física como los medios hipnóticos o narcóticos conforme lo previsto por el artículo 78 del C.P¹⁰. Los hipnóticos son aquellos depresores del sistema nervioso central (SNC) que tienen la

⁸ <http://dle.rae.es/?w=violencia&o=h>

⁹ <http://dle.rae.es/?id=brjKWH1&o=h>

¹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II – A*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 137; BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Mario A. Vieira Editor, Buenos Aires, 2000, p. 518. .



capacidad de aliviar la ansiedad e inducir tranquilidad y sueño¹¹ y, los narcóticos, aquellos que inducen estupor, como insensibilidad al dolor¹². En todo caso, cualquiera que se utilice tiene por finalidad disminuir las defensas de la víctima y, así, que sea más fácil sustituir la voluntad del sujeto pasivo.

CREUS sostiene la misma postura que los anteriores autores aclarando que, a su criterio, no queda comprendido en el concepto de violencia la llamada energía física indirecta que es aquella que se ejerce sin contacto físico (por ejemplo, encerrando a la víctima)¹³. SOLER entiende que el concepto de violencia es genérico y que no absorbe más que aquellas lesiones necesariamente presupuestas por la figura, como equimosis o escoriaciones sobre el cuerpo de la víctima, expresando que lo que exceda a las mismas concurrirá materialmente con la privación de la libertad, no debiendo confundirse con la agravante del inciso tercero¹⁴. LANGEVIN estima correcta la postura de SOLER¹⁵. NÚÑEZ opina que si la violencia ejercida deviene en lesiones, éstas integran el hecho de la privación de la libertad y, por ello, concurren idealmente (artículo 54 C.P.).

Revisando los fundamentos de estos doctrinarios respecto de la interpretación de la manda legal en crisis, entiendo provechoso, tener en

¹¹ Organización Mundial de la Salud, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad Y Consumo, Madrid, España, 1994, p. 55. Puede consultarse también en http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf.

¹² *Ibidem*, p. 44.

¹³ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 280.

¹⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires, 1994, p. 40.

¹⁵ LANGEVIN, Julián H., *Agravantes de la privación de la libertad*, en *Delitos contra la libertad*, Luis E. NIÑO y Stella M. MARTÍNEZ coordinadores, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003, p. 86.



cuenta algunas cuestiones. En efecto, la redacción del inciso 1° marca que la agravante corresponderá cuando el... *hecho fuere cometido con violencias....*

La palabra *hecho* significa, en su tercera acepción, acción u obra¹⁶; *cometer*, se refiere a caer o incurrir en una culpa, yerro o falta¹⁷ y, *con* es un preposición que denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo¹⁸. Teniendo despejado la cuestión lingüística y habiendo ya definido el término *violencia*, queda por marcar que el legislador ha utilizado la forma plural del último vocablo, **por lo que se necesita más de un episodio de fuerza física para subsumir la conducta del sujeto activo en la agravante.**

Por la redacción del tipo penal, entiendo que las mismas deben desplegarse durante el hecho sin que, necesariamente, el mentado despliegue implique la efectiva privación. En efecto, varios empujones pueden desplegarse es en el mismo acto de privar de la libertad a la víctima. Sin embargo, el mentado despliegue no implica que se prive de la libertad a la persona. Con este norte, es admisible la tentativa y la coautoría. En efecto, cuando se comienza a ejercer violencias, comienza la ejecución del tipo penal en análisis. Desde allí hasta la efectiva privación de la libertad, existe espacio para la tentativa. De la misma forma, la coautoría es viable en tanto una persona puede ejercer violencias y la otra privar de la libertad.

¹⁶ <http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a&o=h>.

¹⁷ <http://dle.rae.es/?w=cometer&m=form&o=h>.

¹⁸ <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4&o=h>



Más allá de que sea un tipo penal permanente, es decir, aquel donde el bien jurídico se encuentra constantemente atacado, por la redacción del mismo, no entiendo como posible que las violencias ejercidas a posteriori de la privación, puedan computarse en la agravante. En todo caso, deberán ser concursadas materialmente, en la inteligencia de que todos aquellos hechos que se perpetren durante el ataque constante a un determinado bien jurídico, son independientes de este último¹⁹.

También es cierto que el legislador, al marcar el término violencias, no hace distingo entre violencia dolosa o culposa. Sin embargo, por la redacción como por el significado de la misma (usar fuerza física), impresiona como que las mismas deben haber sido utilizadas dolosamente. No advierto que se puedan utilizar violencias que no se quisieron usar (culpa).

Así la cuestión, entiendo que, *necesariamente, debe existir contacto físico entre el autor y su víctima, entre aquél y un tercero o, inclusive, respecto de una cosa en la idea de que el concepto de violencia sólo alude al uso de fuerza física sin especificar qué, quién o quiénes deberían ser los destinatarios. Por la redacción analizada, las violencias (fuerzas físicas) deben ser dolosas y sólo utilizadas, contemporáneamente, para lograr el objetivo de privar de libertad a la víctima.* De manera tal que, de

¹⁹ CNFCP, *Viera, Carlos Alberto s/recurso de casación*, Sala I, 15/10/2009, Registro n° 14720.1. Causa n° 11993; *Benavente Larrosa, Pablo M. y Pereyra Peña, Miguel A. s/recurso de casación*, Sala I, 07/10/2009 Registro n° 14693.1. Causa n° 10629; *Cammarata, César Matías s/recurso de casación*, Sala III, 05/06/2007 Registro n° 675.07.3; Causa n° 7434; *Brizuela, Leonel Máximo y otros/recurso de casación*, Sala I, 07/06/2007 Registro n° 10567.1., Causa n° 8237; *Gómez, Rubén Darío s/recurso de casación*, Sala II, 05/07/2007, Registro n° 10233.2., Causa n° 7149, entre muchos otros.



ser culposas las violencias, en el caso de las personas, deberán ser concursadas con el tipo penal del artículo 94 y, en el caso de cosas, la conducta será atípica por ausencia de tipificación del daño culposo. Sin embargo, entiendo que, en este último caso, nada obsta a que el daño pueda tenerse en cuenta a los efectos de la mensuración judicial de la pena a imponer, en los términos de los artículos 40 y 41 del CP.

Ahora bien, me parece importante aclarar que ya el hecho de ejercer “violencias” sobre el cautivo, implica la infracción a lo normado por el art. 89 del CP. Dicho de otro modo, la palabra “**violencias**” utilizada por el legislador, y teniendo en cuenta lo previsto en el inciso 3° de la manda legal en crisis, **es sinónimo de lesiones leves dolosas**. Toda otra violencia que supere el mentado estándar, tienen dos posibilidades de adecuación:

- a) Al inciso 3° del artículo 142 del C.P.
- b) Al tipo penal previsto en el artículo 91 del C.P.

La primera adecuación (a) sólo será posible en la medida en que las violencias generen en la víctima lesiones graves (art. 90 C.P.) toda vez que la escala penal prevista para el tipo penal de lesiones graves es menos severa que la del inciso 3° del art. 142.

La segunda adecuación (b) tiene otras características. En efecto, al ser un tipo subsidiario (en la variante expresa) es claro el mandato normativo que debe recurrirse al tipo penal más severamente penado. En tal



caso, es de aplicación el artículo 91 del C.P. y, desde ya, solo en lo referente al daño en la persona o a su salud.

Sin embargo, quiero dejar aclarado que, a mi criterio, el uso del verbo resultar en los tipos penales no hace referencia a la preterintención sino, antes bien, a la nada misma, violando los principios de legalidad, acto, lesividad y culpabilidad²⁰. Por ello, más allá de este análisis, entiendo que el inciso 3° del artículo 142 del C.P. es inconstitucional.

b) Amenazas

Enseña la Real Academia que amenazar es tanto como dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a alguien²¹. La amenaza, en definitiva, implica el anuncio de un mal futuro hacia otro, ya sea que tal anuncio recaiga sobre la víctima, un tercero, o una cosa que tenga valor para el que sufre el anuncio. Ciertamente es que el legislador no hace ninguna distinción entre los distintos tipos de amenazas.

El uso de *amenazas* (vis compulsiva) implica anunciar un mal futuro ya sea a la víctima de la privación como a un tercero relacionado con aquélla como sobre cualquier objeto de valor suyo o de un tercero, siempre y cuando el daño sea probable y tenga entidad para movilizar al sujeto pasivo. Respecto de las cosas, si bien es cierto que los anuncios de males futuros deben ser utilizados para alarmar o amedrentar a una o más personas, no lo es menos que el mentado anuncio deba recaer,

²⁰ MILEI, Luis, *Abuso sexual agravado por el resultado*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/41374-art-124-abuso-sexual-agravado-resultado>.

²¹ <http://dle.rae.es/?w=amenazar&o=h>



necesariamente, sobre personas; al menos el legislador, a ese respecto, no hace diferencias. Así la cuestión, ¿por qué distinguir donde la ley no lo hace? En este sentido, entiendo que, al ser las *amenazas* un *elemento normativo del aspecto objetivo del tipo penal*, no deberíamos apartarnos, al menos, del artículo 149 bis del Código Penal (C.P.), tal cual lo expresa LANGEVIN²². Sin embargo, entiendo que sí resulta aplicable al caso la agravante del artículo 41 bis en la inteligencia de que el uso de armas de fuego no se encuentra previsto como elemento agravador o constitutivo del delito²³. Al respecto de esta afirmación, entiendo que deben hacerse algunas consideraciones. En primer lugar, al expresar que procede la aplicación de la agravante mencionada, impresiona que entiendo que, las amenazas agravadas por el uso de armas (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto), no estarían comprendidas en el artículo 142 inciso primero. Sin embargo, comparto aquello de que *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*. En efecto, como el legislador sólo menciona amenazas, no sería prudente distinguir entre amenazas simples y agravadas, ya sea por uso de armas o del anonimato. Con respecto al uso de armas, corresponde aclarar que la aseveración de marras fue publicada en el año 2003, es decir, antes de que la ley 25.882 – 2004 – modificase el artículo 164 del C.P., la que hizo un distingo entre armas y armas de fuego²⁴. Así la cuestión entonces, previamente a la sanción de la ley mencionada, la

²² LANGEVIN, Julián H., *Agravantes de la privación ilegal de la libertad*, en *Delitos contra la Libertad*, NIÑO, Luis F., y MARTÍNEZ, Stella M. (coordinadores), Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 86 y 87.

²³ *Ibidem*, p. 87. La palabra “calificante” no se encuentra registrada en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 23ª edición. En todo caso, debería utilizarse la palabra “calificador”.

²⁴ B.O. 30.387 del 26 de abril de 2004.



Casación Nacional (hoy federal), entendió que el artículo 41 bis no era aplicable en aquellos tipos penales donde se utilizase la palabra “armas”, toda vez que el mentado vocablo incluía, entre otras, a las de fuego²⁵. Sobre el punto quiero aclarar mi postura. Hablar livianamente de armas no es un dato menor. La Real Academia Española enseña que arma es todo instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse²⁶. Así la cuestión, no puedo dejar de advertir que esta interpretación amplia del vocablo en crisis, afecta y viola en forma flagrante el principio de legalidad sustantivo (art. 18 C.N.) toda vez que, de aceptarse, deberíamos acordar que estaríamos viviendo en medio de un arsenal en la medida en que cualquier cosa podría adquirir la categoría de “arma”. De manera tal que el concepto de armas debe ser estrictamente normativo y es el que surge de la Ley Nacional de Armas y sus modificaciones, y de su decreto reglamentario y sus modificaciones²⁷. De esta forma, antes de la sanción de la ley 25.882, a mi entender, la única interpretación de la palabra “arma” era la normativa.

Una vez que la ley 25.882 cobró vida, el legislador, claramente, hizo un distingo entre armas y armas de fuego, pero un distingo inconstitucional. En efecto, por lo anteriormente explicado, la palabra “arma” es una gran bolsa de gatos donde, perfectamente, puede convivir una maceta con un automóvil o con cuchillos. Esta universalidad, debería dejarse para las

²⁵ Fallo Garay, Marcos Jhonatan s/recurso de casación, Sala II, 10/06/2002, Causa N° 3811, Registro N° 4973.2.; Fallo Molina, Mariano Andrés s/recurso de casación, Sala: I, 16/05/2002, Registro n° 5040.1. Causa n° : 3955; Fallo Aldera, Yamil s/recurso de casación, Sala IV, Resolución del: 30/09/2002, Registro n° 4302.4. Causa n° 3170; Fallo Anfuso, José Luis s/recurso de casación; Sala III, Resolución del: 26/11/2002, Registro n° 682.02.3., Causa n° 4033.

²⁶ <http://dle.rae.es/?id=3a3iLLv>.

²⁷ Ley 20.429 (B.O. N° 22.700 del 5 de julio de 1973) y decreto N° 395/75 (B.O. N° 23.107 del 3 de marzo de 1975).



quiebras o las sucesiones pero jamás para el derecho penal, por estricta prohibición constitucional. Esto no implica que si un sujeto utiliza un cuchillo para amenazar no sea valorada esa utilización al momento de mensurar la pena a imponer pero, en modo alguno, subsumirla en la agravante.

En definitiva, el concepto de armas debe ser normativo y toda ley que pretende desplazar ese norte, a mi modesto entender, debe ser tachada de inconstitucional por afectación al mandato de certeza (art. 18 C.N.).

La cuestión del anonimato también puede ser incluida sin mayores esfuerzos. Anónimo, entre una de sus acepciones, significa... *dicho de una persona, especialmente un autor: De nombre desconocido o que se oculta...*²⁸. Así las cosas, si quienes profieren las amenazas tuvieren sus rostros tapados o de cualquier forma impidieran ser identificados, aún descriptivamente, las mismas serían tales.

Pero es necesario aclarar una cuestión. Entiendo que en estos casos, es el sujeto pasivo quien, con la voluntad viciada, se coloca en la posición de privación de su libertad. En efecto, en el caso de las violencias, el sujeto activo no sólo domina la voluntad de la víctima sino también su cuerpo; con las amenazas, sólo domina su voluntad.

En definitiva, de acuerdo a la expectativa de pena, pienso que todo el artículo 149 bis se encuentra subsumido en el artículo 142 inciso 1° del C.P.

²⁸ <http://dle.rae.es/?id=2jjRwOu>



excluyéndose de este ámbito y por el mismo motivo (expectativa de pena), el artículo 149 ter del C.P..-

c) Simulación de autoridad pública u orden de autoridad pública

La palabra simular significa tanto como representar algo, fingiendo o imitando lo que no es. Y no es menor que, en su esencia lleva ínsita la teatralidad, es decir, la representación. En estos casos, el sujeto pasivo accede a ser privado de la libertad en virtud del error al que el sujeto activo lo lleva. En definitiva, es un claro caso de acto voluntario viciado por el error. La autoridad pública que se simula tiene que tener facultades para privar de la libertad, caso contrario, entiendo que no podrá reputarse la conducta del sujeto activo como subsumida en la agravante.

Respecto de la orden, en principio, debe suceder lo mismo. Es decir, lo que debe simularse es que emana de una autoridad que tiene facultades para privar de la libertad y, que del texto de la orden, se imponga la detención. El punto a tratar en este inciso es si la confección de la orden simulada debe adecuarse o no a la falsedad documental. Me inclino por la segunda, en tanto y en cuanto la simulación de la orden haya tenido por finalidad privar al sujeto pasivo de la libertad, cuestión que puede ser tomada en cuenta al momento de graduar la pena a imponer; caso contrario, es decir, haber falsificado una orden y luego usarla para privar de la libertad sin que esa intención haya estado presente al momento de la



confección, deberán concursarse materialmente. Dicho de otro modo, debe tenerse en cuenta, como siempre, el plan del autor.

III.- POR LOS MOTIVOS DEL AUTOR

Las razones que fundan para la autor la privación de la libertad del sujeto pasivo son dos: por una motivación religiosa o por una venganza.

La religión es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto²⁹. Y ese conjunto de creencias o dogmas, son el sustento que utiliza el sujeto activa en pos de privar de la libertad a otro. Ahora bien, el punto a debatir es si el concepto de “religioso” debe interpretarse como descriptivo o como normativo. En pos del respeto al principio de legalidad sustantivo (art. 18 y 75 inc. 22 C.N.), entiendo que debe tomarse con los límites de la legalidad. En esta inteligencia, la conducta del sujeto activo sólo se subsumirá en la agravante cuando los “fines religiosos” estén referidos a cultos aceptados en nuestro país los que se encuentran inscriptos en el Registro Nacional de Cultos, de la Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación³⁰.

²⁹ <http://dle.rae.es/?id=VqE5xte>.

³⁰ www.mrecic.gov.ar/es/registro-nacional-de-cultos.



La venganza es la satisfacción que se toma del agravio o daños recibidos³¹. Así las cosas, en este supuesto, el sujeto pasivo o alguien de su entorno debieron, de algún modo, agraviar o dañar al sujeto activo, sin que ello, claro está, justifique el proceder del autor, en virtud de que la venganza sobrepasa los límites de la legítima defensa. Pero lo cierto es que debe ser esta finalidad la que guíe al sujeto activo.

IV.- POR EL RESULTADO

La cuestión del inciso tercero en cuanto al grave daño a la persona o a la salud, ya fueron tratados anteriormente. Resta debatir el tema de los negocios del ofendido.

La palabra negocio tiene una marcada tendencia patrimonial. En efecto, es aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés³². De esta forma, la privación de la libertad debe causar en esa actividad lucrativa del individuo un daño patrimonial de envergadura. Sin embargo, no explicita la manda legal qué significa *grave daño*, por lo que tal entidad, deberá ser mensurada por la función jurisdiccional. Algunos entienden que engloba tanto el daño emergente como el lucro cesante³³. Sin embargo, entiendo que la norma es laxa: lo que puede ser grave daño para un juez puede no serlo para otro, con lo que comienza a tambalear el principio de tipicidad. En efecto, la libertad

³¹ <http://dle.rae.es/?id=bXXPjj1>

³² <http://dle.rae.es/?id=QMTdVNE>

³³ LANGEVIN, op. cit. p. 94.



de las personas no puede depender, exclusivamente, de la interpretación judicial.

V.- POR SU DURACIÓN

Otra de las agravantes, es cuando el cautiverio dura más de una mes. Existió alguna discusión con el anterior Código Civil, respecto de cómo debía interpretarse la palabra “mes”, a la luz de los artículos 24 y 25 del digesto privado de Vélez³⁴. De todas formas, como el concepto de “mes” es normativo, hay que buscar su definición en el artículo 6° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que norma que... *Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes...*³⁵ Así, por ejemplo, si un sujeto es privado de la libertad el 31 de julio, el plazo del mes vencerá el 31 de agosto y podrá ser aplicada la agravante a partir de la medianoche del día 1 de septiembre.

Cierto es que pueden existir inequidades cuando el mes de la privación excede en días al que le sigue, es decir, si se privase de la libertad a un sujeto el 31 de mayo, el plazo vencerá el 30 de junio y la agravante podrá recién computarse a partir de la medianoche del 1 de julio.

³⁴ LANGEVIN, op. cit. ps. 95-97.

³⁵ Ley 26.994, B.O. N° 32.985, 8 de octubre de 2014.



En este sentido, es cierto que no puede hacerse depender la aplicación de una agravante del día del mes en que un sujeto prive de la libertad a otro, cuestión que se produciría cuando el hecho se cometa, por ejemplo, en el último día de un mes que excede a otro. No me parece razonable solucionar este tema por vía de interpretación³⁶ sino, antes bien, por vía legislativa. Así, debido a la remisión que el artículo 77 del C.P. hace al C.C., entiendo que sería prudente que los legisladores modifiquen el artículo 6 del mentado digesto, expresando que por mes debe entenderse el plazo de treinta días corridos con independencia de cuándo sea su primer día. Una segunda alternativa, es modificar el inciso 5° del artículo 142, dejando de lado la palabra mes introduciendo, directamente, un plazo fijado en días corridos, por ejemplo, cuando la privación durase más de treinta días corridos. De las dos, esta última me parece más viable toda vez que el concepto de mes del artículo 6° del CCC se mantiene incólume.

El problema es en el “mientras tanto” (si es que la reforma llegase algún día). Me da la impresión de que no queda otro camino que declararla inconstitucional por violación del artículo 16 de la Ley Fundamental.

VI.- POR LA CALIDAD DEL SUJETO³⁷

³⁶ LANGEVIN, op. cit. ps. 96-97.

³⁷ Este inciso fue desarrollado por Gabriel M A Vitale.



La Legislación Penal, ha utilizado la fórmula clásica “*ascendiente, descendiente, cónyuge*” entre otras, para resaltar a las figuras básicas de los delitos.

Este patrón lo ha realizado de manera expresa en el artículo 80 cuando establece que “*...al que matare... a su ascendiente, descendiente o cónyuge...*”³⁸ o en el artículo 119 cuando dispone que “*abusare sexualmente... y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente...*”³⁹ o el artículo 133 cuando fija que:” *Los ascendientes, descendientes, cónyuges, ...que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores*”.⁴⁰

A su vez, existen referencias equivalente en el artículo 82 del Código Penal, cuando expresa que: “*Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior,*

³⁸ Delitos contra las personas. Artículo 80 inciso 1º del Código Penal. “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:... 1º. a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son...*”

³⁹ Delitos contra la integridad sexual. Artículo 119 del código penal:”*Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción....La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima...La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía...En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: (...) b. El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia...*”

⁴⁰ Delitos contra la integridad sexual. Artículo 133 del código penal. “*Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores*”.



...”⁴¹ en el artículo 92 del Código Penal enunciando: “*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80...*”⁴², en el artículo 105 del Código Penal formulando: “*Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 ...*”⁴³,

En la misma sintonía, el artículo 107 del código penal formula: “... *serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge*”⁴⁴ y el artículo 185 cuando reza que: “*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: ...1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta...*”⁴⁵

⁴¹ Delitos contra las personas. Artículo 81 del Código Penal: “1º. Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:...a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable;...b) al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte...” Artículo 82 del Código Penal: “Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.”

⁴² Delitos contra las personas. Artículo 92 del Código penal: “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.”

⁴³ Delitos contra las personas. Artículo 105 del Código Penal: “Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente”

⁴⁴ Delitos contra las personas. Artículo 107 del Código Penal: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge.”

⁴⁵ Delitos contra la propiedad. Artículo 185 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren... 1º los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;... 2º el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;... 3º los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.... La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito...”



Evidentemente el interés del legislador es modificar la responsabilidad criminal del sujeto activo, atento a su calidad especial, por representar una variable en la antijuridicidad o culpabilidad repercutiendo en el monto de la pena.

El delito de privación ilegal de la libertad, signado al artículo 141 del Código Penal establece que: *“Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.”* Su versión calificada prevé en el artículo 142 del Código Penal que: *“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 si 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;

4°. si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;

5°. si la privación de la libertad durare más de un mes.”



Este artículo 142 del Código Penal, enumera las circunstancias agravantes de la figura básica de privación ilegal de la libertad prevista en el artículo 141; y lo hace a través del modo de comisión, los sujetos que intervienen, el resultado, el medio y el tiempo de la privación.

En relación a la vinculación entre sujeto activo y pasivo, expresamente prevé que “...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;...*”

De esta manera, deja de lado la pauta reseñada anteriormente, en donde el legislador echa mano al modelo tradicional “*ascendiente, descendiente, cónyuge*” cuando desea resaltar la calidad de los sujetos sobre las figuras básicas.⁴⁶

El presente estudio pretende analizar los fundamentos y corrientes doctrinarias de la época, que excluyeron específicamente a los descendientes de la privación de la libertad agravada y a su vez, rozando el siglo de vigencia, mantiene la virtualidad de la época.

Los antecedentes del Proyecto del Código Penal sancionado, han correteado por la misma senda. El código penal de la Provincia de Buenos Aires de 1884, conocido bajo el “alias” de Código Tejedor establecía que: “...*el que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo,...*inc. 3° *Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quien se*

⁴⁶ Artículos 80, 119, 133, 82, 92, 105, 107 y 185 del Código Penal de manera directa o derivada.



*deba un respeto particular...*⁴⁷ El Proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García establecía que: “... *la misma pena se aplicará aunque la secuestación dure menos de treinta días, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes...inc. 2º si se cometiese en la persona de los padres u otros individuos a quienes se deban respeto particular...*”⁴⁸

Igualmente el Código Penal de 1886 establecía: “*el que privare a otro de su libertad...inc. 2º si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quienes se deba respeto particular.*”⁴⁹ El Proyecto de Código Penal de 1891 llevado adelante por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolas Matienzo establecía que: “*se impondra penitenciaria de uno a cuatro años cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes...inc.2º cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, del cónyuge, o de otro individuo a quien se deba respeto particular*”⁵⁰

Era de prever que, el Proyecto Segovia del año 1895 disponía que:”*se impondrá penitenciaria de uno a cuatro años... inc.2 Cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, de un cónyuge...*”⁵¹ El Proyecto

⁴⁷ Artículo 279 del Código Tejedor. En Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, AZ editora.

⁴⁸ Artículo 254. Presentado ante el Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881 en Digesto de Codificación Penal Argentina, Ob. Cit.

⁴⁹ Artículo 155. Publicado por la Editorial imprenta Sudamerica en el año1887. Buenos Aires.

⁵⁰ Artículo 170 Publicado por Editorial Talleres tipográficos de la penitenciaría Nacional. Pag. 331. Año 1891.

⁵¹ Artículo 192. En Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.



de 1903 contemplaba: “...*si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quien se deba respeto particular...*”⁵²

Por último, el Proyecto de Código Penal de 1904⁵³ disponía “...*el que privare a otro de su libertad personal...inc. 2º 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...*”

En definitiva, el artículo 142 inc. 2 del Código Penal que llega al buen puerto de la sanción (1921) reflejaba fielmente las propuestas legislativas anteriores, ya que en ninguna de ellas se preveía a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad. Incluso el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1936 a cargo de Jorge E. Coll y Eusebio Gomez estableció: “*si la víctima fuere ascendiente, cónyuge, u otro individuo a quien se deba respeto particular*” manteniendo la exclusión y sólo retirando del articulado a los hermanos.⁵⁴

Los doctrina contemporánea al Código Penal.

El Dr. Rodolfo Moreno (h) es la cita obligada a todo comienzo, ya que fue el gran impulsor durante los años 1920 y 1921 del extenso proceso de sanción del Código. En cierta forma, su legitimado y primogénito interpretador.

⁵² Artículo 155 inc. 2. Pag. 56 editado por el taller tipográfico de la penitenciaría nacional.

⁵³ Artículo 147. Redactado por la comisión de reformas legislativas, constituidas por decreto del poder ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904 pag. 36/37 en Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.

⁵⁴ Artículo 189 inc. 2º del Proyecto de Reforma, redactado en cumplimiento de la directiva del año 1936.



Sobre el punto de análisis, resalta que: “...*el inc. 2º se refiere a las circunstancias especiales derivadas del parentesco o de una particular vinculación. El delito se considera siempre más grave cuando la víctima es una persona que se encuentra ligada al autor por vínculos de sangre... Los descendientes no se comprenden, porque respecto a éstos, el ascendiente tiene más bien autoridad que respeto. Además, y en ciertos casos, los padres, guardadores y tutores pueden imponer a las personas que se encuentran a su cargo y por vía de corrección doméstica, una privación de la libertad personal.*”⁵⁵

Eusebio Gomez si bien ha expresado que: “...*no sólo se incrimina el hecho de la privación de la libertad... sino que... la existencia de un vínculo justifica la agravación por el mayor abuso que el menosprecio del debido respeto implica...*” sin fundamentar la exclusión de los descendientes.⁵⁶

En el mismo sentido, E. C. Diaz quien entiende “... *es necesario, con referencia al parentesco, que este exista y se pruebe, por una parte y por la otra, que el hecho se cometa en la persona del pariente...*”⁵⁷ sin causarle mayor atención la contraposición a los ascendientes, cónyuge, hermano; y menos aún, sobre la particularidad con los descendientes. Juan

⁵⁵ En el Código Penal y sus Antecedentes, tomo IV pagina 372, Tomás Editor Buenos Aires, año 1923.

⁵⁶ En Tratado de Derecho Penal Tomo III, pagina 346, 1940, Asociación Argentina de Editores.

⁵⁷ Código Penal para la República Argentina, tercera edición, página 288 Año 1942



P. Ramos sólo indica que “...esta disposición del código califica el delito de varias maneras...por la calidad de la víctima...”⁵⁸ Punto.

En pocas palabras, será necesario avanzar cronológicamente, a los fines de ilustrarnos con los autores clásicos del Derecho Penal Argentino.

Para comenzar, la interpretación del Cordobés por adopción⁵⁹, Profesor Sebastián Soler es el puntapié inicial “... la agravante no se funda en el vínculo de sangre porque en ese caso debería comprender al hijo; su razón de ser reside, en general, en la situación de respeto sentido subrayado por la referencia genérica y final del inciso...”.⁶⁰

Ricardo C. Nuñez entiende “...que el agravamiento se funda en la violación del respeto particular que el autor le debe a la víctima. La ley presume ese respeto al ascendiente, al hermano y al cónyuge. Otras veces deberá surgir de las circunstancias concretas. Debe tratarse de una relación cuya índole haga presuponer que el autor le debe a la víctima un acatamiento personal...el ascendiente a que se refiere la ley, es el por consanguinidad (CC art. 352), pues cuando el código penal se refiere a los

⁵⁸ En Curso de derecho Penal (segunda Parte) tomo quinto 2da edición corregida y aumentada, Año 1943 página 300 editado por la biblioteca Jurídica Argentina.

⁵⁹ El Profesor Sebastián Soler nació en Sallente de Llobregat, en la comarca de Bages, Provincia de Barcelona, Comunidad Autónoma de Cataluña, España; instalándose desde muy joven en la mediterránea Provincia de Córdoba, República Argentina.

⁶⁰ En Derecho Penal Argentino, Tomo IV Parte Especial, Año 1992 página 42 Editorial TEA. De esta manera mantiene la postura expuesta en el año 1946 en su Tratado Derecho Penal Argentino, pagina 54 Tomo IV Editorial La Ley Buenos Aires y en 1970, página 41 pero esta vez, editado por TEA Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.



ascendientes o descendientes por afinidad (CC art. 363) lo hace aludiendo al parentesco de esta clase... ”⁶¹

Carlos Fontán Balestra escolta por exclusión al manifestar que “...nuestra mejor doctrina ha señalado, que no se trata aquí de una agravación por el vínculo de sangre, porque si así fuera, también debería estar comprendido el descendiente...”⁶² En el mismo sentido Carlos Creus quien ha señalado “... se indica que el agravamiento no se funda aquí en el vínculo de sangre (si fuese así comprendería a los descendientes) si no en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la víctima...”⁶³; al igual que Jorge E. Buompadre⁶⁴ quien refiere “... la doctrina es uniforme en afirmar que esta agravante no se funda en el vínculo de sangre entre el autor y la víctima, pues, de ser así, tal como lo pone de relieve Soler, debería estar comprendido el hijo. La razón de ser del agravamiento reside en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a la persona privada de su libertad...”⁶⁵

⁶¹ Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Tomo cuarto paginas 40/41. año 1989. Sin embargo en el Manual de Derecho Penal Actualizado, por Víctor Reinaldi expone que:“...el agravamiento no se funda sólo en el vínculo de sangre o matrimonial, pues si así fuera deberían estar incluido el vínculo de descendencia...” pagina 150. Marcos Lerner Editora. Año 1999.

⁶² En Tratado de Derecho Penal Tercera Edición actualizada por Guillermo A. Ledesma, Tomo V Parte Especial, Año 1996 página 247, Editorial Abeledo- Perrot. En el mismo sentido la Decimo cuarta y Sexta Edición.

⁶³ En Derecho Penal Parte Especial Actualizado por Jorge Eduardo Boumpadre tomo 2, séptima edición actualizada y compilada, Año 2007, Pag. 310, Ed. Astrea.

⁶⁴ Si bien es cierto, que el límite entre clásicos y contemporáneos es, en algunos autores, difícil de señalar, ya que habría que profundizar sobre estos conceptos; Jorge Buompadre es el límite que he tomado en el presente trabajo.

⁶⁵ Profundizando “...los códigos modernos contemplan la figura del descendiente, alguna veces en forma expresa, por ejemplo el código penal Italiano (art. 605 inc. 1º) o el Brasileño (art. 148 inc. 1º); otras veces en forma indirecta y en la medida que concurra cierta circunstancia, por ejemplo, el código del Perú (art. 152 “si el agraviado es menor de edad”) y el código Español (art. 165 inc. 2º, si la víctima fuere menor de edad o incapaz...” En Delitos Contra la libertad, Doctrina y Jurisprudencia, pagina 40/41 Editorial Mave, Mario A Viera editor.



Los autores modernos:

Edgardo Alberto Donna en su Tratado de Derecho Penal entiende que “... *la doctrina ha sostenido de manera mayoritaria que la agravante no se funda en el vinculo de sangre como había pretendido primigeniamente Moreno, ya que la ley excluye descendientes...*”⁶⁶

En la dirección que realizan David Baigún y Eugenio Raul Zaffaroni, con la coordinación de Marco A. Terragni, resaltan “...*Salvo en el caso de la victima ascendiente, el vinculo de sangre no juega en este precepto papel alguno y el fundamento de la agravación habrá de buscarse en las relaciones de proximidad, que existen en el caso de los vínculos de familia (hermanos) o de matrimonio (cónyuge), pero también se extiende a todas aquellas personas a las que el autor deba un respeto especial...*”⁶⁷

Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna afirman que “... *la agravación se funda en el respeto, no en el parentesco, pues de otra manera habría comprendido los descendientes...*”⁶⁸

Carlos Parma señala que “...*Es destacable que la norma no enumera como agravante a los descendientes, circunstancia que lleva a pensar en que no se da el agravante por el mero vinculo sanguíneo, sino*

⁶⁶ En Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Año: 2001 Pag. 139, Editores: Rubinzal-Culzoni

⁶⁷ En Código Penal Comentado y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial dirigido por David Baigún y Eugenio Raul Zaffaroni, coordinado por Marco A. Terragni. Específicamente el artículo comentado de Privación de la libertad calificada la realiza Gustavo E. Aboso. Pag. 207 Año 2008 Editorial: Hammurabi.

⁶⁸ En Código Penal Comentado y leyes complementarias Tomo II Año 2001 Pagina 1030 Editorial Astrea



que reside, en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a las personas enumeradas... ”⁶⁹

Oscar A. Estrella y R. Godoy Lemos entienden que “*el inc.2° comprenden las agravantes que se fundamentan en el vínculo existente entre víctima y victimario. Respecto al ascendiente, la ley agrava el hecho en consideración al vínculo familiar que une al agente con la víctima (Ure) y por la presunción de respeto particular que aquél le deba a ésta (Soler, Nuñez) ...Parte de nuestra doctrina sostiene que la agravación no deriva del vínculo de sangre, por que en tal supuesto debería comprender también al descendiente, que está excluido de la figura agravada. Sin embargo, como decíamos, la agravante atrapa sólo al parentesco por consanguinidad, y la presunción de respeto debido por el agente a la víctima, señalada como fundamento de la agravante, importa una presunción jure et jure, que no admite prueba en contra por lo que la figura será siempre de aplicación mediando aquella vinculación parental por consanguinidad.... ” ⁷⁰*

Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier “*...Agrava también el delito, la circunstancia de que la privación de la libertad se lleve a cabo en perjuicio de una persona unida con el autor por un determinado vínculo parental...Es precisamente la violación a ese deber de respeto particular que el autor tenía para con la víctima la que fundamenta la mayor*

⁶⁹ Cuando conocí al Dr. Carlos Parma, en un café de la ciudad de Buenos Aires, hablamos muy poco de derecho, sin embargo, como buen docente, reforzó una máxima de la vida “...piensa siempre en la familia, son las personas que te acompañan, todo lo demás es secundario...”. Confirme la buena elección del tutor. El tutor de la presente Tesis realiza el destacado en el Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Tomo 3 Año: 2005 Pag . 252 Editorial Mediterránea, Universidad Católica de Cuyo

⁷⁰ Código Penal parte especial, tomo II, paginas 59/60, 2ª edición Editorial Hammurabi.



intensidad y es la explicación de que no estén incluidos los descendientes, por quienes más que respeto existe autoridad... ”⁷¹

Entre otros, Jorge L. Marín⁷² y David Elbio Dayenoff⁷³ no alcanzan a visualizar la cuestión traída a estudio.

No obstante ello, en el año 1940, el compatriota de la Universidad Nacional de La Plata Profesor José Peco, remarcó la diferencia en su proyecto. La reforma establecía que ⁷⁴ “...a propósito de las circunstancias calificativas de agravación... en cuanto al sujeto pasivo suprímese la mención hermano como circunstancia calificativa de la agravación para armonizar con las directivas en los delitos contra la vida y la integridad corporal y con las soluciones acogidas en la legislación comparada. Asimismo, la del individuo a quien se deba respeto particular, inspirado en el proyecto de 1891, que en el delito de homicidio, equiparaba al bienhechor con el ascendiente, descendiente y cónyuge. **En cambio, colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados...**”⁷⁵

⁷¹ En Notas al Código Penal Argentino, tomo II, Parte Especial. Página 219, Marcos Lerner Editora Córdoba. Esta posición ya la había referenciado Justo Laje Anaya “...no están comprendidos los descendientes porque con respecto a estos se tiene mas autoridad que respeto...” en Comentarios al Código Penal, parte Especial Tomo I Año 1978, página 129. Editorial De Palma

⁷² entiende que “...el inciso 2° preve la agravación por el parentesco...” En Derecho Penal, Parte Especial 2° edición actualizada pagina 298 Editorial Hammurabi.

⁷³ Derecho Penal Parte Especial Editorial Garcia Alonso

⁷⁴ Contempladas en el artículo 166 del Proyecto de Código Penal, su Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.

⁷⁵ El resaltado me corresponde.



De esta manera, el proyecto de Peco se instituye como el pionero en incorporar a los descendientes en la privación de la libertad agravada.⁷⁶ Esta trascendental consideración fue acompañada por otros dos proyectos de reformas, el del Poder ejecutivo del año 1951⁷⁷ y el redactado por Maldonado, Levene y Laplaza del año 1953.⁷⁸

Carlos Vazquez Iruzubieta ha explicado que “...*el inciso segundo comprende dos series de causales; la una taxativa en cuanto se refiere a la vinculación parenteral, y la otra enunciativa, en cuanto utiliza la expresión a quien se deba respeto particular. En el primero de los casos resulta criticable que se haya excluído a los descendientes...*”⁷⁹

Luis Niño y Stella M. Martinez como coordinadores avalan que “...*la doctrina entiende que no se trata de una agravación por el vínculo de sangre, porque si así fuere debería estar comprendido el descendiente...Expuesto de esa forma la doctrina tradicional, que realizó un importante esfuerzo interpretativo para eludir la voluntad del legislador y conformar de ese modo, una ley acorde con el plexo constitucional... Es claro que la norma, no atiende al vínculo de sangre, pero esta conclusión no puede extraerse, de la exclusión del descendiente...por entender que un legislador racional no pudo haber excluído del respeto debido a los*

⁷⁶ Tómesese nota que al momento de la preparación del Proyecto de José Peco (1939 en adelante) no estaba ni en vistas las Declaración de los Derechos del Niño de 1959, como hecho político internacional.

⁷⁷ Artículo 214 “se impondrá prisión de dos a seis años cuando el hecho fuere perpetrado...inc. 1° por ascendiente, **descendiente** o cónyuge...” pag. 93 en Dirección de Publicaciones, biblioteca y archivo.

⁷⁸ Artículo 165 “se impondrá prisión de dos a ocho años si el hecho se cometiere... inc. 3° por ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges...”; Proyecto de código penal para la Nación Argentina de 1953.

⁷⁹ Código Penal Comentado tomo III, página 61. Editorial Plus Ultra



descendientes por parte de los ascendientes, la doctrina hizo especial hincapié en la parte final de la norma, erigiendo al respeto en abstracto como bien jurídico protegido secundariamente...la verdadera y criticable razón de la exclusión del descendiente en el respeto debido y su consiguiente exclusión de la agravante, obedece al concepto que en tiempos no tan pasados se tenía de la relación paterno filial, el cual ni remotamente se asoma a las garantías consagradas actualmente en la Convención de los Derechos del Niño y las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de Riad) que en el numeral 1.2 establecen que es necesario garantizar el respeto de la personalidad a partir de la primera infancia. La idea imperante era que al descendiente no se le debía respeto sino solamente autoridad. Es mas, aún hoy, una gran parte de las sanciones familiares domésticas pasan por la privación de la libertad (v.gr. encierro por un tiempo prudencial y razonable en una habitación). En ese orden de ideas se entiende que la privación de la libertad del descendiente no haya sido configurada como agravante, ya que ni siquiera podría ser contemplada en la figura básica. Nótese en ese sentido la interpretación de Nuñez, que al referirse a la postura de Moreno opina: "No presume el respeto y con razón del ascendiente al descendiente porque aquél tiene sobre este mas bien autoridad que respeto".⁸⁰

Otras voces comienzan a escucharse desde la doctrina, jurisprudencia y algunos proyectos de Reforma del Código Penal, pero este

⁸⁰ Libro *Delitos contra la libertad*, autor J. H. Lagevin, páginas 88 a 90 Editorial AD HOC Buenos Aires



lógico recorrido debe determinar fehacientemente, los motivos, alcances y fundamentos de la exclusión legal.

De niños y menores.

Escapa al núcleo del presente trabajo, el estudio pormenorizado de la Historia de la infancia; pero no obstante ello, debo dividir claramente las etapas a los efectos de determinar un marco fidedigno de estudio y tomar algunas de ellas, como sustento del análisis.

Hecha la aclaración, podría establecer tres grandes momentos en relación a los niños, niñas y adolescentes. Ellas son, la primera el desconocimiento, luego el reconocimiento y por último, la protección de los derechos.

La primera de ellas, se asocia al desconocimiento total ya que la infancia era una época de transición, que pasaba rápidamente y de la que se perdía enseguida el recuerdo. El niño se veía reflejado como un ser, una persona en sí misma que no se diferenciaba de los adultos, participando incluso, en mismas condiciones de trabajo y de guerra. Se conceptualiza un mundo de representación en el cual se desconoce a la infancia como estadio de desarrollo.⁸¹

⁸¹ *En el arte, hasta fines del siglo XIII no aparecen niños caracterizados por una expresión particular, sino hombres en tamaño reducido, ello con respecto al arte donde no se aceptaba la morfología infantil. Se encontraban en las obras, miniaturas, hombres sin rasgos de infancia, reproducidos en tamaño pequeño. Los artistas de los siglos X y XI no perdían el tiempo con la imagen de la infancia. Hacia el siglo XIII aparecen varios tipos de niños. El segundo modelo de niño será el modelo y precursor de todos los niños pequeños de la historia del arte: el niño Jesús o la Virgen niña, ya que la infancia esta vinculada al Cristianismo. Durante los siglos XV y XVI si bien el niño se convierte en uno de los personajes mas frecuentes, lo*



El proceso de transformación, comienza a preparar una serie de privilegios para el desarrollo de la capacidad y enfrentar la vida con un régimen especial, antes de llegar a la plenitud de las aptitudes como los adultos. La familia comienza a abandonar el formato de institución de derecho privado, para adaptarse a las nuevas implicancias sociales.

En esta segunda etapa, se constituye por un tratamiento diferenciado, que termina de gestarse en el siglo XIX por matices humanitarios, cuestiones sociológicas y un gran interés en el control social discriminado.⁸²

En la República Argentina, este segundo momento tuvo fecha de inicio; la sanción de la ley 10.903⁸³ columna vertebral del Patronato de Menores.

hace siempre de manera secundaria. A los de profundizar la cuestión es ineludible Philippe Ariés: "El niño y la vida familiar en el antiguo régimen" Versión castellana de García Guadillas. Editorial Taurus; Anthony Platt en "los salvadores del niño o la invención de la delincuencia", editorial S.XXI; Lloyd DeMause en "Historia de la infancia" versión española de María Dolores Lopez Martinez Alianza editorial, Madrid y "la Fundamentación de los derechos de los Niños. Modelos de reconocimiento y protección" de Ignacio Campoy Cervera editorial Dykinson. Todos ellos fundamentales a los efectos de abordar la historia, filosofía y sociología de la Infancia.

⁸² *En esta etapa surge el "Movimiento Salvador del Niño", el cual era compuesto por personas de supuestos nobles sentimientos y que de manera desinteresada pusieron atención en los estratos más bajos de la sociedad donde se vislumbran los malos comportamientos juveniles. El pensamiento y obrar de este movimiento se manifestó en la creación de justicia especializada de niños. Oficialmente el primer Tribunal fue creado por la gran presión de este movimiento en el año 1899 en Illinois, Chicago(EE.UU), aunque Massachusetts(1874) y Nueva York(1892) se auto proclaman como pioneros en dictar leyes para tribunales especiales de menores. En Anthony Platt, ob cit.*

⁸³ *Entiendo que no es sólo una ley la que conformo el marco histórico legal. El conjunto de leyes comienza con el Código Civil (1871) el cual desarrollaré mas adelante; la Ley laica de educación 1420 (1884) la cual tuvo como principios y objetivos la laicización, la gratuidad y la obligatoriedad de la asistencia a la escuela. Esta ley homogeneizo un cuerpo social fragmentado por las diferencias socioculturales características de un momento histórico. Por ello establece a la educación como necesidad de que los sujetos incorporen la norma social, y a través de la norma, una realidad, un conjunto de valores y principios que aseguren "desarrollo normal" en la sociedad. La Ley de Residencia 4144 (1902) contribuyo al proceso de "normalización" y control social en tanto que habilitaba a la deportación de cualquier extranjero rebelde, que alterara el orden público.*



La tercera y última etapa, se refleja por la sanción de la Convención de los derechos del niño y el constitucionalismo del sistema de protección de derechos.

Como adelanté, abordare la segunda y tercera etapa, como acompañamiento de sustento histórico-legislativo en el presente trabajo.

El Código Civil. El nuevo ordenamiento (derogado).

El Código Civil argentino, redactado por Dalmasio Vélez Sarfield, fue aprobado entre los años 1869/1871. Este salto privilegiado en materia de constitución del Estado moderno, estableció unidad y coherencia a la legislación civil.

De esta manera, se cristaliza la independencia política, a través de la independencia legislativa y la unidad, por la supremacía del código sobre la legislación provincial que era la reinante en ese momento.⁸⁴

El Código Civil de Vélez Sarsfield refleja la luz de influencia de los diversos códigos promulgados por el movimiento codificador de la época.

Es importante resaltar, el reconocimiento de la infancia, como estado en construcción, sus capacidades, la creación del asesor de menores,

⁸⁴ Existieron diferentes intentos de codificación civil en la República Argentina durante la primera mitad del siglo XIX, En 1824 De las Heras designó, mediante un decreto, una comisión encargada de redactar el Código de Comercio y otra encargada de redactar el Código Militar. En 1831 la Legislatura de Buenos Aires adoptó el Código de Comercio español redactado en 1829 y en 1852 Justo José de Urquiza creó una comisión de 14 miembros para la redacción de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Procedimientos. Finalmente la Constitución Argentina de 1853 a través del artículo 67inc. 11 facultó al Congreso para elaborar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.



para intervenir en todo proceso judicial o extrajudicial o por existir intereses contrapuestos con sus padres⁸⁵ y la patria potestad, entre otros.

A través de la familia se consolidan ciertos derechos de la época. La autoridad del padre, por sobre los demás integrantes, es un contrato que se formaliza firmemente.

Sobre este punto, el texto originario del artículo 264 establecía que la patria potestad era “*el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres...*”. Y Resalto, sólo derechos, absolutos y dominantes, del padre sobre los hijos, un poder unidireccional que prevalecía por sobre los demás integrantes de la familia.⁸⁶

Para llevar a cabo este derecho, tuvo un papel esencial, la facultad de corrección, estableciendo legitimidad al poder⁸⁷.

En la Republica Argentina se registraron grandes cambios estructurales, debido a los movimientos inmigratorios. La población se duplicó entre los años 1890-1914 hasta alcanzar los 8 millones de habitantes de los cuales el 58 % eran extranjeros. Esa gran masa inmigratoria, en busca de oportunidades, generó reacciones de diversos sectores que le atribuían la responsabilidad de importante problemas políticos y sociales. Los hogares obreros, considerados como verdaderos

⁸⁵ Si bien este concepto fue totalmente mutado con la sanción de la ley 10.903 de Patronato de Menores, en la actualidad estamos dando forma al concepto adaptado por la Convención de los Derechos del Niño a través del Abogado del Niño.

⁸⁶ Sobre el tema capacidades, el menor impúber (hasta los 14 años de edad) no podía ejercer ninguna clase de derechos, el menor púber (de 14 a 21/22 años de edad –según la ley vigente) podía ejercer algunos derechos al igual que la mujer. Artículo 55 del Código Civil originario, anterior a la ley 17.711)

⁸⁷ Esta es la definición y alcance del derecho de los padres sobre los hijos, y se complementa con otros artículos que posteriormente fueron sustituidos o derogados por la ley 10.903 (arts. 264, 306, 307, 308, 309, 310, 329, 393,457 del Código Civil).



focos de delincuencia, ocupaban habitaciones superpobladas donde trabajaba toda la familia. Se reproduce la participación de las mujeres y de niños en los procesos productivos, representando un elevado porcentaje. Estas “nuevas familias” gozaban de los derechos nacionales, situación que no era observada con agrado por las clases dominantes.

En este marco, la educación comienza a tener un valor particular como institución moderna de transmisión de cultura. La instrucción pública, nace a la sombra de la idea de corrección – protección de la infancia.

En estas últimas décadas del Siglo XIX, el sistema educativo argentino está en pleno proceso de organización; impulsado por los sectores gobernantes, orientándose hacia la homogeneización de la población. La Ley 1.420, marco legal de este sistema escolar, ampliamente conocida como la "ley laica", presenta aspectos que se vuelven significativos para desempeñar la función de tutela y control, al constituirse legalmente como el ámbito público de socialización obligatoria y primer limitador del poder paterno.

Desde el año 1900, se constituyó una intensa movilización política, por lo que el Estado declaró el estado de sitio, se estableció la detención de dirigentes sindicales, prohibiéndose también la circulación de prensa revolucionaria. Frente a esta situación, el Congreso vota en el año 1902, la primera ley destinada a la desjudicialización de derechos, la Ley de



Residencia 4.144⁸⁸. De esta manera, se administrativiza el conflicto, generando una disminución de derecho de los inmigrantes en relación a los nativos.

Se profundiza un proceso normativo que, implicó la redefinición de la intervención del Estado sobre la “cuestión social”⁸⁹ configurándose de esta forma un ideario que sustentara la necesidad de administrar, en palabras de Terán, “...todo elemento renuente a incorporarse a la estructura moderna”⁹⁰.

Fue significativo en estos movimientos sociales el protagonismo de mujeres y niños como actores políticos, puesto que los mismos no solamente acompañaban a los trabajadores, sino que eran parte constitutiva de la clase obrera, ya que pertenecían a esos modos de producción pero con disminución de derechos e incremento de abusos⁹¹ por la falta de regulación normativa.⁹²

La patria potestad sufriría cambios notables y con esto, se generaría el nuevo rol del Estado y la familia.

⁸⁸ Desde la ley se “autorizaba al poder ejecutivo a expulsar a todo extranjero cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad o el orden público”. Rapoport Mario. *Historia económica política y social de la Argentina (1880-2003)*. Editorial Ariel. 2005.

⁸⁹ Los conflictos generados a raíz de los problemas habitacionales, la suba de los alquileres, las desfavorables condiciones de higiene, dieron lugar a un proceso de agitación social cuya máxima expresión fue la Huelga de inquilinos en 1907. Sus premisas fundamentales se relacionaban a la reducción de los alquileres en un 30 %, mejoras en infraestructura y garantías contra el desalojo.

⁹⁰ Terán, O. *Positivismo y Nación*. Ed. Punto Sur. 1987. s.l.

⁹¹ Ello implicó una ruptura respecto de aquellos imaginarios patronales en cuanto al empleo de mujeres y niños, puesto que los mismos no generaban conflictividad alguna (pudiendo, además pagar salarios más bajos).

⁹² Las leyes del momento se dirigían específicamente al control. En el año 1910, la ley de Defensa Social que se utilizó para el control del anarquismo. Prohibió el ingreso y la existencia de toda asociación que tuviera como objeto las doctrinas anarquistas, regulando el derecho de reunión. Finalmente, penaba la apología del delito y el uso de explosivos, con penas que iban desde los seis años de prisión hasta la pena de muerte.



La institución Patria Potestad se reforma sustancialmente a partir del año 1919 con la sanción de la ley 10.903 y con esto, la relación del Estado respecto a las familias. El diputado Agote fue el fiel representante del proyecto denominado inicialmente como “Protección de los menores abandonados y delincuentes”.

Se abre una nueva etapa en la política de control-protección de toda una categoría “los menores” dentro de una clase social, cuya debilidad e incapacidad debía ser regulada jurídicamente.⁹³

Esta norma construye la figura del “menor” como objeto pasible de ser protegido y vigilado, legitimando el encierro como solución a las distintas problemáticas. La Ley Nacional 10.903 reformula el concepto de la patria potestad⁹⁴, estableciendo derechos y **obligaciones** por parte de los padres con respecto a sus hijos. Ya no será un poder absoluto y unidireccional del padre, sino que además, se habilitó la posibilidad de ingresar y “observar” como se ejecutan esos derechos, transformados en obligaciones. El poder de corrección el poder de encierro será una herramienta privilegiada de justificación de este “deber”.

La Ley 10.903 consideraba “abandonados” o sea habilitados para intervenir, a los menores que no tenían hogar conocido, a los que pedían

⁹³ Todas estas leyes se encuentran a contramano de la protección de derechos que había pensado Velez Sarfield en su Código Civil.

⁹⁴ Arts. 264 y 306 a 310 del Código Civil.



limosna, a los canillitas, floristas, vendedores ambulantes, a los que frecuentaban malas compañías, en definitiva a toda la infancia visualizada.⁹⁵

En definitiva, la construcción del andamiaje jurídico de la República Argentina, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, estableció al Código Civil (1871) como gran estadio en la regulación y constitución de derechos; pero la conformación de los diferentes equipos legislativos, como la ley laica de educación (1884), la ley de residencia (1902), la ley de defensa social (1910) y la ley de Patronato de Menores (1919), establecieron nuevos escenarios y diferentes mecanismos de legitimación del poder punitivo, privado y público. En este recorrido, el último eslabón, es el código penal argentino.

El Código “Tejedor”⁹⁶; el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García⁹⁷, el Código Penal de 1886⁹⁸ y de 1891 llevado adelante por Piñero, Rivarola y Matienzo⁹⁹, como así también el Proyecto Segovia del año 1895¹⁰⁰, el

⁹⁵ García Mendez E. y Vitale G. *Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Análisis crítico sobre las leyes 13298 y 13.634.* editores del Puerto. 2009.

⁹⁶ Artículo 279 del Código Tejedor establecía que: “...el que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo,...inc. 3° Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quien se deba un respeto particular...” En *Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo*, AZ editora.

⁹⁷ Artículo 254 estableciendo que “... la misma pena se aplicará aunque la secuestación dure menos de treinta días, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes...inc. 2° si se cometiese en la persona de los padres u otros individuos a quienes se deban respeto particular...” Presentado ante el Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881 en *Digesto de Codificación Penal Argentina, Ob. Cit.*

⁹⁸ Artículo 155. establecía: “el que privare a otro de su libertad...inc. 2° si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quienes se deba respeto particular.” Publicado por la Editorial imprenta Sudamerica en el año 1887. Buenos Aires.

⁹⁹ Artículo 170 establecía que: “se impondra penitenciaria de uno a cuatro años cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes...inc.2° cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, del cónyuge, o de otro individuo a



Proyecto de 1903¹⁰¹ y el Proyecto de Código Penal de 1904¹⁰² **desconocieron a la infancia, porque se encontraban dentro de la transición de la primera etapa, donde el poder del “pater” era indiscutido y formaba parte del pacto realizado con el Estado** a través del Código Civil. En la familia se consolidan los derechos de la época. El texto originario del artículo 264 establecía que la patria potestad era “*el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres...*”. **Derechos** absolutos, sin explicaciones.

Con la sanción del Código Penal en 1921, si bien parecería que estamos ante similar situación; nos encontramos en otro momento.

No es el desconocimiento, el contexto de sanción del Código Penal vigente, **sino el control sobre cierto sector de la sociedad que ya se encontraba visualizado a través de la ley 10903 del año 1919.**

No puede analizarse el código penal (1921) en los mismos términos en que se sancionó el Código Civil (1871), encontrándose estrechamente vinculados en el tema que nos ocupa. El contexto y las leyes vigentes en la época y la “*objetivización*” de la infancia encuentra su centro en la reforma establecida por la ley 10.903 al Código Civil. Las capacidades ya no son las

quien se deba respeto particular” Publicado por Editorial Talleres tipográficos de la penitenciaría Nacional. Pag. 331. Año 1891.

¹⁰⁰ Artículo 192. disponía que: “*se impondrá penitenciaría de uno a cuatro años... inc.2 Cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, de un cónyuge...*” En *Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.*

¹⁰¹ Artículo 155 inc. 2 contemplaba que: “*...si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quien se deba respeto particular...*” Pag. 56 editado por el taller tipográfico de la penitenciaría nacional.

¹⁰² Artículo 147. disponía “*...el que privare a otro de su libertad personal...inc. 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...*” Redactado por la comisión de reformas legislativas, constituidas por decreto del poder ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904 pag. 36/37 en *Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.*



mismas, la patria potestad no es sólo derechos y la facultad de corrección, es bastante más que una herramienta de intervención del padre.

Este poder de corrección cristalizado como versión original del Código Civil, pero mutado por el contexto establecía que:”...*los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes...*”

Esa patria potestad controlada por el Estado, no podía evitar de reconocer el andamiaje de poder del padre sobre sus hijos pero si exigir, a través de la incorporación “obligaciones” la moralidad de época.

Entonces, si la reforma sustancial de la infancia y la patria potestad se produce en 1919; como no sería coherente que en 1921 el Código Penal siga el mismo lineamiento, no sólo autorizando la privación de la libertad de los “*descendientes*” sino estableciendo una “*obligación*” inherente a la nueva formulación del artículo 264 del Código Civil. Como sustento, incorporo al debate que, 50 diputados y la totalidad de los senadores nacionales, votaron dentro de su mandato (1919 y 1921), ambas leyes en el Congreso Nacional.¹⁰³

¹⁰³ Los **Diputados Nacionales** son Aldao, Ricardo (Santa Fe); Aranda, Macedonio (Salta); Aráoz, Miguel A. (Tucumán); Avellaneda, Marco A (Buenos Aires); Avellaneda, Nicolás A.(Buenos Aires); Beiró, Francisco (Capital); Bermúdez, Manuel A.(Corrientes); Berrondo, Valentín(Catamarca); Bravo, Mario (Capital); Breard, Eugenio E (Corrientes); Caracoche, Pedro (Buenos Aires); Carosini, Alberto H. (Entre Ríos); Casás, José O. (Capital); Costa, Julio A. (Buenos Aires); Daneri, Luis M (Entre Ríos); Davel, Ricardo (Buenos Aires); Fernández, Jacinto (Capital); Ferraroti, Juan L. (Santa Fe); Ferreyra, Andrés (h) (Capital); Gallegos Moyano, Carlos (Mendoza); Gibert, Pedro F. (Buenos Aires); González, José Antonio (Catamarca); Hernández, Sabá Z.(Entre Ríos); Isnardi, Arturo (Buenos Aires) Laurencena, Miguel M. (Entre Ríos); Leguizamón, Arturo (Entre Ríos); Lehmann, Guillermo (Santa Fe); Lencinas, Carlos W. (Mendoza); Martínez, Enrique (Córdoba); Martínez, José M.(Córdoba); Méndez Casariego, Alberto (Entre Ríos); Mouesca, Eduardo (Entre Ríos); O’Farrel, Juan A. (Buenos Aires); Oliva, Moisés J.(Salta); Padilla, Eduardo (Tucumán); Padilla, Ernesto E.(Tucumán); Pérez Virasoro, Evaristo (Corrientes); Quiroga, Marcial



Sobre este pie de marcha, la posibilidad de privar de libertad a un descendiente, no se llamará privación de la libertad calificada, ni estará prevista en el art. 142 del Código Penal, sino que su nombre será, facultad de corrección y se encontrará en el artículo 278 del Código Civil. Nótese que culmina siendo una actividad fomentada por el Estado ya que “... *los padres tienen la facultad... y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes*”¹⁰⁴. No sólo tiene la posibilidad de encerrarlo como actividad reglada de la patria potestad y del derecho de corrección, sino que a su vez, tiene la posibilidad de requerirle a un Juez que lo prive de la libertad en un instituto correccional a los mismos fines.

En definitiva, el artículo 142 inc. 2 del Código Penal no establece a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad, por ser una actividad impuesta por el Estado a través del Código Civil, una causa de justificación, el cumplimiento del deber, en el plano de la faz negativa de la antijuricidad.

V (San Juan); Raffo de la Reta, J.C. (Mendoza); Remonda Mingrand, Federico (Santa Fe); Repetto, Nicolás (Capital); Riú, Francisco A (Buenos Aires); Robín Castro, Napoleón (Catamarca); Rougés, León (Tucumán); Sánchez de Bustamante, Teófilo (Jujuy); Sánchez Sorondo, Matías G.(Buenos Aires); Tomborini, José P. (Capital); De Tomaso, Antonio (Capital); Vera, Octaviano S.(Tucumán); Vergara, Valentín (Buenos Aires) y Yolde, Lautaro (S. del Estero). Los **Senadores Nacionales** Albarracín, Martín (San Juan); Caballero, Ricardo (Santa Fe); Castañeda Vega, F. (S. del Estero); Del Valle Iberlucena, E (Capital); Estevez, Manuel (Tucumán); García, Luis (Buenos Aires); Gallo, Vicente C. (Capital); Garro, Pedro A. (San Juan); González, Joaquín V. (La Rioja); Iturraspe, Ignacio (Santa Fe); Iturbe, Octavio (Jujuy); Larlús, Pedro (Córdoba); Linares, Luis (Salta); Luna, David (La Rioja); Llanos, Pedro (S. del Estero); Melo, Leopoldo (Entre Ríos); Patrón Costas, R. (Salta); Roca, Julio A.(Córdoba); Saguier, Fernando (Buenos Aires); Soto, Pedro N. (Corrientes); Torino, Martín M. (Entre Ríos); Vidal, Juan R.(Corrientes); Villanueva, Benito (Mendoza) y Zabala, Carlos (Jujuy).

¹⁰⁴ Es claro que tampoco se dará el supuesto del artículo 142 inciso 5° del Código Penal cuando prevé que: “...si la privación de la libertad durare más de un mes...”



Tampoco podría darse la privación “*ilegal*” de la libertad del artículo 141 del Código Penal, puesto que los fundamentos civiles expuestos (léase patria potestad / facultad de corrección) transforman a la privación de la libertad en legal, no generando el requisito objetivo/normativo del tipo.¹⁰⁵

En el año 1940¹⁰⁶, el Diputado Nacional y uno de los grandes penalistas del país José Peco¹⁰⁷, presentó su proyecto de reforma. En el capítulo sobre privación de la libertad establecía que¹⁰⁸ “*...a propósito de las circunstancias calificativas de agravación... en cuanto al sujeto pasivo.... colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados...*”

De esta manera, el proyecto de Peco se instituye como el pionero en incorporar a los descendientes en la privación de la libertad agravada.¹⁰⁹ Esta trascendental consideración fue acompañada por otros dos proyectos de

¹⁰⁵ El legislador ha utilizado el elemento normativo también en los arts. 145 “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.” Art. 234 “El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar.” Art. 249 “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”, Art. 162 “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.”

¹⁰⁶ Durante la Presidencia de Roberto M. ORTIZ,(1938 – 1942) vicepresidente Ramón S CASTILLO.

¹⁰⁷ nació en Buenos Aires el 17 de agosto de 1895 y falleció en Viena, sede de su representación diplomática, el 27 de febrero de 1966.

¹⁰⁸ Contempladas en el artículo 166 del Proyecto de Código Penal, su Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.

¹⁰⁹ Tómese nota que al momento de la preparación del Proyecto de José Peco (1939 en adelante) no estaba ni en vistas las Declaración de los Derechos del Niño de 1959, como hecho político internacional.



reformas, del Poder ejecutivo del año 1951¹¹⁰ y el redactado por Maldonado, Levene y Laplaza del año 1953.¹¹¹ Estas se imprimen dentro del nuevo constitucionalismo generado a partir de la reforma de 1949 y el reconocimiento de los derechos sociales e individuales.

En esta corriente Levene, uno de los redactores del Proyecto de 1953 fundamentó en su sentencia que:”...*El niño (hijo) es dueño y poseedor de su libertad que la ley debe proteger, sólo que no la ejercita en la forma que lo hace el hombre por no necesitar hacerlo todavía. Lo contrario implicaría considerar al niño una cosa...*”¹¹² El reconocimiento de derechos había comenzado.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos es, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

¹¹⁰ Artículo 214 “se impondrá prisión de dos a seis años cuando el hecho fuere perpetrado...inc. 1° por ascendiente, **descendiente** o cónyuge...” pag. 93 en Dirección de Publicaciones, biblioteca y archivo.

¹¹¹ Artículo 165 “se impondrá prisión de dos a ocho años si el hecho se cometiere... inc. 3° por ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges...”; Proyecto de código penal para la Nación Argentina de 1953.

¹¹² Sentencia de 2° INSTANCIA. Buenos Aires, febrero 5 de 1954. “Que la cuestión de competencia que se plantea entre los juzgados de instrucción nros. 5 y 6 consiste en dilucidar si la menor de 4 meses de edad, B.L.D., encerrada en un camarote del vapor “Rio Bermejo”, puede ser sujeto pasivo del delito de privación ilegal de la libertad o no...El problema ha sido prolijamente analizado por el fiscal que entiende que “la libertad que la ley penal tutela aún cuando puede resultar afectada en su ejercicio por la minoridad, es la suma de todos los derechos, cuya violación sanciona la ley represiva, pero cuya tutelaridad no pierden los menores por la circunstancia de que para su goce requieran una representación” ...Además, el art. 141. C.P.; incrimina uno de los delitos contra la libertad individual (cap.I del tít. V, que trata de los delitos contra la libertad). En este título el sujeto pasivo es la persona, sin distinción de edades, como lo es en el título I del mismo libro 2°(delitos contra las personal), en el que se tutela la vida, la salud, etc. Del ser humano, desde su nacimiento, o sea desde que se desprende del seno materno hasta su muerte...Por todo ello y lo dictaminado por el fiscal, y no estableciendo otros requisitos el art. 141 de la ley de fondo que la privación de la libertad personal, la ilegitimidad de esa privación y la violencia (“Fallos”, t.2,p.258) se declara que corresponde intervenir en esta causa al juzgado de instrucción n° 6, a cuyo titular se hará saber lo sugerido en el otrosí digo del dictamen de f. 42.- Antonio L BBeruti.- Raúl Munilla Lacasa.- Ricardo Levene (h)”.JA 1954. II. Pag 229



A fines de 1989, y cumpliendo diez años en los trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, no siendo casual que casi todos los países del mundo la hayan ratificado.

Esta Convención no es un tratado mas sobre Derechos Humanos, sino que marca una ruptura filosófica y jurídica trascendental con las tradiciones tutelares y paternalistas de la infancia, alterando el derecho interno de cada país y constituyendo la inflexión significativa, para el desarrollo del nuevo paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez.

No caben dudas que, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa y constituye un cambio fundamental en la percepción de la condición de la infancia.

Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye EL instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el menor abandonado delincuente previsto en la ley 10903, inspiradas en la doctrina de la situación irregular.

El país que ratifica o se adhiere a la Convención sobre los Derechos del Niño debe reexaminar su legislación para adecuarlas conforme al compromiso y a su vez, se declara obligada a sus disposiciones y es responsable comunidad internacionalmente.



El enfoque de los derechos humanos, es constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como *sujeto de derecho*, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.¹¹³

El impacto transformador de la Convención obliga a redefinir el modelo tradicional de Familia, Patria Potestad y la facultad de corrección; pero a su vez, dentro del espacio de las Políticas Criminales, observar a la privación de libertad de un descendiente, como hecho atípicamente obviado del art. 142 del Código Penal.

Parte de ese camino, viene a consolidarse en el año 2005 con la sanción de la ley 26.061 que deroga legislativamente la mirada sobre la infancia y adolescencia a través del Patronato de Menores, ley 10903 vigente desde el año 1919.

La ley vigente se caracteriza por ser el resorte legislativo interno de la Convención de los Derechos del Niño, ya que consagra a la familia como ámbito preferente de desarrollo y esencialmente lo transforma al objeto de custodia y compasión en sujetos de derechos.

¹¹³ En el art 2 apartado 2° se impone al Estado que debe garantizar la protección del niño de toda discriminación y castigo; en el art 3 dispone que se debe atender al interés superior del niño en todas las medidas que se toman por parte de instituciones públicas o privadas; en el art 5 consigna la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, deberes y derechos de los padres sobre los hijos según la costumbre legal, de impartirle dirección y orientación para que el niño pueda ejercer sus derechos. Los arts. 18 y 19 garantizan que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño. El art 37 apartado a) establece que los Estados deben velar porque el niño no sea sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes y que no sea privado ilegal o arbitrariamente de la libertad, siendo la detención conforme a ley y medida de último recurso.



La ley 26061 y sus decretos reglamentarios configuran el piso mínimo para reflexionar sobre el sistema familiar, las relaciones internas y la conjugación de derechos.

JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el caso N.¹¹⁴ dio por cierto que los padres de un menor, como castigo, habían atado con una cadena del tobillo a un extremo de la cama, desatándolo para almorzar volviéndolo a sujetar a la tarde. Los llantos del menor hicieron que los vecinos llamaran a la policía. El caso se presenta ante segunda instancia, recurriendo la sentencia condenatoria por el delito de Abandono de persona previsto en el art. 106 del Código Penal¹¹⁵. Los jueces de segunda instancia estiman que no es de aplicación en el caso el artículo que tipifica la figura de abandono de persona ya que es un delito de peligro, en el cual se coloca al sujeto pasivo en una situación de desamparo material, que en el caso no ocurre porque el menor pudo recibir asistencia inmediata a través de sus llantos que llamaron la atención de los vecinos que denunciaron el hecho. La tipicidad es la del delito de privación ilegal de la libertad de artículo

¹¹⁴ Suprema Corte de justicia Mendoza, sala 2°, 19/4/74, Jurisprudencia Argentina, "Núñez Abelino y otra", tomo 22, año 1974, P: 854.

¹¹⁵ Art. 106 Código Penal establece que: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años...La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima....Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión.- conforme ley N° 24.410-."



141, ya que si bien el art. 278 del Código Civil pueden corregir moderadamente a sus hijos; el ejercicio legítimo de este derecho es una causa de justificación comprendida en el art 34 Inc. 4 del CP pero quedan excluidos el exceso y el abuso.

El exceso se da cuando ese ejercicio va más allá de la necesidad que el caso supone (art 35 CP) siendo ilícito aunque sólo se sancione a título de culpa. El abuso existe si el autor obra extralimitándose en los términos de su derecho, tanto en relación al objeto de éste como a la forma de su ejercicio. Si el agente traspasa intencionalmente los límites que le impone la ley o la autoridad, no se encuentra en exceso sino que obra de manera totalmente injustificada porque su finalidad legítima se ha sustituido por un fin ilegítimo.

El caso queda resuelto por el artículo 141 Código Penal, porque el padre no sólo se ha excedido en el ejercicio de la facultad de corrección sino que también ha realizado abuso en el ejercicio del derecho establecido por el artículo 278 Código Civil. La conducta asumida no es un modo correctivo ni un mero exceso sino que debe imputarse a título de dolo (abuso). Los imputados privaron al menor de la libertad de locomoción y movimiento cometiendo el delito tipificado en el artículo 141 del Código Penal; la privación es injustificada, ilegal y dolosa por la voluntad y conciencia de realizar el acto abusivo excluyendo el propósito correctivo, y por el medio adoptado. Finalmente el fallo modifica la calificación del hecho imputado en primera instancia y condena a los padres a 6 meses de



prisión como autores del delito de privación ilegal de la libertad en suspenso.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional¹¹⁶ ha dicho que no se desconoce el poder disciplinario y correctivo de los padres sobre sus hijos, entre éste y el delito de privación ilegal de la libertad hay una notoria diferencia. En este caso los menores eran atados y golpeados por su padre mientras que su madrastra tomaba el recaudo de subir el volumen de la radio para que no se escucharan los llantos y pedidos de auxilio. Aquí se encuentra acreditada la existencia de exceso y abuso en el derecho de corrección, más allá del posterior sobreseimiento por parte del Tribunal Oral Criminal n° 13 por falta de acusación fiscal.¹¹⁷ El delito por el cual venían acusados era el de privación ilegal de la libertad agravada por violencia según la previsión del artículo 142 inciso 1° del Código Penal.

El Tribunal Oral Criminal Criminal n° 9 del Poder Judicial de la Nación, integrado por los Doctores Luis M. García, Fernando R. Ramírez y Luis María Cabral, en causa n° 602, elevada a juicio por los delitos de privación ilegal de la libertad calificada reiterada en concurso real con lesiones leves calificadas, contra MP, y contra JLG, interviniendo en el proceso representando al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Diego T. Nicholson y en la defensa de los procesados la Defensora Pública Dra. Stella Maris Martínez, calificó los hechos como constitutivos de los delitos

¹¹⁶ CNCyC, sala 5° 14/7/2004, "Britez, Silvina y otro" Jueces, Guillermo Rafael Navarro y Mario Filozof.

¹¹⁷ Con fecha 14 de septiembre de 2006, los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 13, Dres. Diego L. Guardia, Adolfo Calvete y Enrique J. Gamboa, en la causa N° 1854 seguida a Silvina Alejandra Britez y a Felipe Nery González ambos en orden al delito de privación ilegal de la libertad, agravada por violencia, cometida al menos, en dos oportunidades (artículos 45, 55 y 142, inciso 1° del Código Penal de la Nación)



de privación ilegal de la libertad calificada por violencia según la previsión del artículo 142 inc. 1° del Código Penal, atribuyendo a sus padres ambos imputados la calidad de autores. La defensa destacó el legítimo derecho de corrección del que gozaban sus defendidos por ser los padres del menor, así como también el deber de cuidado que sobre ellos pesaba.

El Tribunal entendió que, el encierro, no sólo no puede ser considerado de modo alguno un modo legítimo del ejercicio del derecho de corrección paterno, sino que tampoco puede entenderse como un exceso inmoderado de tal derecho.

BIBLIOGRAFIA

- **BELLUSCIO**, Augusto César; “*Manual de Derecho de Familia*”, Ed. Depalma, 6° edición, Buenos aires 1996, T° II.
- **BELLUSCIO**, Augusto; “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*”, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia N° 4, Ed. Abeledo-Perrot.
- **BELLUSCIO**, Augusto, Manual de derecho de familia, T II Nro.533 pag. 304.



- **BELOFF**, Mary “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos” Publicado en García Méndez, Emilio, *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
- **BELOFF**, Mary y otros. “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño Publicado en “Justicia y Derechos del Niño” Número 9. UNICEF
- **BELOFF**, Mary, “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, Unicef, 1999.
- **BERIZONCE**, Roberto, **BERMEJO**, S. Patricia, **AMENDOLARA**, Zulma; “*Tribunales y proceso de familia (Ley 11.453 modificada por ley 12.318)*”, Librería Editora Platense, La Plata 2001.
- **BIDART CAMPOS**, Germán, Manual de la Constitución Reformada, T, I Ed. Ediar 1996.
- **BIDART CAMPOS**, Germán “*El derecho a la identidad sexual*”, ED 104-1024.



- **BIDART CAMPOS, Germán.** *“La modificación registral del sexo y el cambio de documentación. El derecho a la verdad y a la identidad sexual”*, LL, 2001-F, 216.

- **BIDART CAMPOS, Germán;** *“El derecho de familia desde el derecho de la constitución”*, Revista Entre Abogados editada por el Foro de Abogados de San Juan, Año VI N° 2, San Juan 1998.

- **BREGLIA ARIAS Y GAUNA Oscar** En Código Penal Comentado y leyes complementarias Tomo II Año 2001 Pagina 1030 Editorial Astrea

- **BOKXER, Mirta F.** en “Derechos de niñas, niños y jóvenes, política de gestión territorial.” 2005 Editorial Lumen Humanitas.

- **CABRAL, Mauro;** *“En estado de excepción: intersexualidad e intervenciones sociomédicas”* en *“Sexualidad, estigma y derechos humanos”*, Ed. Universidad Peruana Cayetano Heredia, Lima 2006.

- **CABRAL, Mauro;** *“Persistencias”* en *“Cuerpos ineludibles. Un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina”* Ed. Aji de Pollo, Bs. As. 2004.



- **CALOGERO**, Pizzolo, Constitución Nacional comentada, anotada y concordada. Estudio Preliminar Germán Bidart Campos, Ediciones Jurídicas de Cuyo 2004.
- **CASSAGNE**, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires ,1998.
- **CHECHILE**, Ana María y **LOPES** Cecilia; “*El derecho humano del hijo a mantener contacto con ambos progenitores. La custodia y la autoridad parental compartida. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos*”, Revista Lexis Nexis Buenos Aires N° 2/2006, Buenos Aires.
- **CORBETTA**, Juan Carlos y **PIANA**, Ricardo Sebastián. “Constitución Política de la República Argentina. Dimensiones normativas y jurisprudenciales de la realidad política argentina”. Editorial Scotti. Septiembre 2005
- **CORTÁZAR**, María Graciela “Niños y jóvenes en infracción a la ley penal. Bases del Nuevo Sistema, en “Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología.” www.derechopenalonline.com .
- **COUSO**, Jaime “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés *Superior* del Niño, Autonomía progresiva y



derecho a ser oído” Base de Datos Interamericana de Jurisprudencia sobre Derechos del Niño: <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl>

- **CREUS, Carlos.** En Derecho Penal Parte Especial Actualizado por Jorge Eduardo Boumpadre tomo 2, séptima edición actualizada y compilada, Año 2007, Pag. 310, Ed. Astrea.
- **DAYENOFF, David.** Derecho Penal Parte Especial Editorial García Alonso
- **D ELIA, Carlos** Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 3ra Edición ampliada. Librería El Foro, Buenos Aires, 2001.
- **De MARÍA, Viviana y Mg Figueroa José.** En 10903: La Ley Maldita.
- **DEL CAMPO, Hugo.** LOS ORIGENES DEL MOVIMIENTO OBRERO ARGENTINO. En: Historia del Movimiento Obrero. Centro Editor de America. s/ más datos
- **DIAZ, E.** Código Penal para la República Argentina, tercera edición, página 288 Año 1942
- **DONNA, Edgardo.** En Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Año: 2001 Pag. 139, Editores: Rubinzal-Culzoni



- **ENRIQUE LÓPEZ, Martín, DÓLERA CARRILLO, María A.** “Ejecución de medidas no privativas de la libertad” en “Justicia de menores e intervención socioeducativa.” Ley 5/2000, de 12 de enero del año 2000 Edita: Consejería de Trabajo y Política Social Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia, Murcia España, 2001
- **ESTRELLA, Oscar y GODOY LEMOS, R.** Código Penal parte especial, tomo II, paginas 59/60, 2ª edición Editorial Hammurabi.
- **FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G** “*Régimen de bienes del matrimonio*”, La Ley, Buenos Aires 2001.
- **FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo;** “*Manual de Derecho de Familia*”, Ed. Lexis Nexis, Avellaneda 2004.
- **GALANES, Nélica Beatriz;** “*Funcionamiento de los Tribunales de Familia*”; LLBA 2008 (marzo).
- **GALEANO, Eduardo,** el libro de los abrazos. Ed. Catálogos 1996
- **GARCIA MENDEZ Emilio y VITALE Gabriel** en infancia y Democracia en la provincia de Buenos Aires. Análisis crítico sobre las leyes 13298 y 13634. Editores del puerto. 2009.



- **GARCÍA MÉNDEZ, Emilio**, “*Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26061*”). *Fundación Sur Argentina. Ed. Editores del puerto. 2008*
- **GARCÍA MENDEZ, Emilio**, “Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”, en, Garcia Mendez Emilio, "Infancia De los Derechos y de la Justicia", Ed. Del Puerto, 2da edicion actualizada, Buenos Aires ,2004. pp.17-44.
- **GOICOCHEA, Ignacio** “*Aspectos prácticos de la sustracción internacional de Menores*”, *Rev. de Derecho de Familia. Rev. interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* n° 30, LexisNexis, Bs. As., 2005.
- **GOMEZ, Eusebio**. En *Tratado de Derecho Penal Tomo III*, pagina 346, 1940, Asociación Argentina de Editores.
- **GORDILLO, Agustín y otros** en “*Derechos Humanos*”; *Fundación de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, 1999
- **GORDILLO, Agustín**, “*Tratado de Derecho Administrativo*” 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006, Tomo 2, capítulo XIII.



- **GRANILLO FERNANDEZ**, Héctor y **HERBEL**, Gustavo; Código de Procedimiento Penal Comentado y anotado Editorial La Ley, año 2005.
- **GROSMAN**, Cecilia P., “*La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*”, en LL 1984-B-806
- **GUTNISKY**, *Daiana*, “La Prisión Preventiva Injustificada y el marco constitucional, con especial referencia a Corrientes” en su publicación: “Hacia la Abolición de la Prisión Preventiva”
- **IRISARRI**, Carlos Alberto “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado” Editorial Astrea, año 2005.
- **KIELMANOVICH**, Jorge Leonardo; “*La dimensión Procesal de la ley 26.061*” publicado en “*ProteCódigo Civilión Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*” Emilio García Méndez (compilador); Editores del Puerto, Bs. As. 2006.
- **KIELMANOVICH**, Jorge, “*La doble instancia en el proceso de familia*”; Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N° 28, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004.



- **LAGEVIN, J.H.** Libro Delitos contra la libertad, páginas 88 a 90 Editorial AD HOC Buenos Aires

- **LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique.** En Notas al Código Penal Argentino, tomo II, Parte Especial. Página 219, Marcos Lerner Editora Córdoba.

- **LEDESMA, Guillermo A.** En Tratado de Derecho Penal Tercera edición actualizada por, Tomo V Parte Especial, Año 1996 página 247, Editorial Abeledo- Perrot. En el mismo sentido la Decimo cuarta y Sexta Edición.

- **LEGUISAMON, Hector Eduardo;** “*Notas sobre el proceso de familia en la provincia de Buenos Aires y su situacion actual*”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N° 28, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004.

- **LLAMBÍAS, Jorge Joaquín,** “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”, Tomo I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997.

- **MELOSSI Darío y PAVARINI Massimo,** "Cárcel y Fábrica", Siglo XXI, México, 1983.



- **MIGUEL**, Alejandro J.; Derecho Penal Juvenil: “De la Justicia internista a una Justicia Reparadora y Reincertadora” publicado en el dial.com.
- **MAFFIA**, Diana y **Cabral**, Mauro; “Los sexos ¿Son o se hacen?” en “Sexualidades Migrantes. Género y transgénero” Ed. Feminaria, Bs. As. 2003.
- **MAIER**, Julio B. J, Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2º Ed. Editores del Puerto S.R.L 1999.
- **MALACALZA**, Susana; LA AUTONOMÍA DEL SUJETO, DIALOGO DESDE EL TRABAJO SOCIAL; Ed Espacio, Argentina
- **MARIN**, Jorge. Derecho Penal, Parte Especial 2º edición actualizada página 298 Editorial Hammurabi.
- **MILL DE PEREYRA**, Rita; **ALEGRE**, Juan Ramón; **AROMÍ**, Gabriela; “Derecho Procesal Penal - Derechos Humanos” T. II, Ed. Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 2005
- **MILLAR SILVA**, Javier Eduardo. ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2000.



- **MIZRAHI**, Mauricio Luis en “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061. Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061”, Emilio García Méndez (Compilador), Fundación Sur Argentina, 2006 Editores del Puerto.
- **MIZRAHI**, Mauricio, “*Familia Matrimonio y Divorcio*” Ed. Astrea, Buenos aires 2001 .
- **BERIZONCE**, Roberto O. “*Códigos Procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*” 2ª edición, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1994, tomo VI-A.
- **MORENO (h), Rodolfo** En el Código Penal y sus Antecedentes, tomo IV página 372, Tomás Editor Buenos Aires, año 1923.
- **MYNYERSKI**, Nelly y **HERRERA**, Marisa “*Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”. Análisis de la Ley 26061. Emilio García Méndez. (comp). Fundación Sur Argentina. Ed. Editores del puerto.



Niño, Luis F., Stella **Martínez**, “Delitos contra la libertad”, ed. Ad-hoc, Bs. As., año 2003, Cap: “*Privación ilegal de la libertad personal*” y “*Agravantes de la privación ilegal de la libertad*”

- **NUÑEZ, Ricardo**. Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Tomo cuarto paginas 40/41. año 1989.
- Manual de Derecho Penal Actualizado, por Victor Reinaldi pagina 150. Marcos Lerner Editora. Año 1999.
- **OLIVA, Mabel López**, “*Las políticas públicas en la ley 26.061: De la focalización a la Universalidad*”. *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 2606, pag 129. Emilio Garcia Mendez (compilador) Buenos Aires, Editores Del Puerto. (2006)*
- **OSORIO**, Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Editorial Heliasta, 1996.
- **PARMA**, Carlos Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Tomo 3 Año: 2005 Pag . 252 Editorial Mediterránea, Universidad Católica de Cuyo



- **PECO, José.** Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.
- **PIETRA, María Luciana** “*Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida*” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N° 36, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.
- **PLATT, Anthony** “Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia” Buenos Aires, Siglo XXI Editores S.A Cuarta Ed. Año 2001.
- **RAMOS, JUAN P.** En Curso de derecho Penal (segunda Parte) tomo quinto 2da edición corregida y aumentada, Año 1943 página 300 editado por la biblioteca Jurídica Argentina.
- **RAFFO BENEGAS, P. y SASSOT, R. A.,** “*Régimen procesal de la inhabilitación*” J.A. Doct. 1969.
- **RAPOPORT, Mario.** Historia económica política y social de la Argentina (1880-2003). Editorial Ariel. 2005.



- **RÍOS**, Rosa Anguita, **GARCÍA LÓPEZ**, Petronila, y otros “La reparación y la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad”. Publicado en: www.meridianos.org
- **RODRIGUEZ SAIACH**, Luis “*Derecho Procesal Teórico Práctico de la Provincia de Buenos Aires*” Ed. Lexis Nexis, Buenos Ares, 2006, Tomo 2.
- **SCALTRITTI**, M. HISTORIA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA:
 - Pasados y presentes de la política, la economía y el conflicto social. 1 a. Ed. Dialektik “Historia y Sociedad”, 2008.
- **SCHNEIDER**, Mariel V “Corrección judicial del poder de corrección de los padres”, Jurisprudencia Argentina, tomo I, año 2003, P: 428-441.
- **SCOBIE**, James R. BUENOS AIRES: DEL CENTRO A LOS BARRIOS 1870 – 1910. Solar/ Hachette. Sin más datos.
- **SOLARI**, Néstor; “*La prueba en el divorcio contradictorio ante la rebeldía del demandado*” L L 2008 A.



- **SOLARI**, Néstor; *“La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el artículo 1277 del Código Civil”*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N° 29, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004,
- **SOLARI**, Néstor; *“Sociedad de hecho entre convivientes”* LL Córdoba 2006.
- **TERÁN**, O. Positivismo y Nación. Ed. Punto Sur. 1987.
- **SOLER**, **Sebastian** En Derecho Penal Argentino, Tomo IV Parte Especial, Año 1992 página 42 Editorial TEA. Tratado Derecho Penal Argentino, pagina 54 Tomo IV Editorial La Ley Buenos Aires y en 1970, página 41 pero esta vez, editado por TEA Tipográfica Editora Argentina, 1946 Buenos Aires o y Nación. Ed. Punto Sur. 1987. s.l.
- **TIFFER**, Carlos y **LLOBET**, Javier; *La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica : con jurisprudencia nacional – 1ª. Ed. – San José, UNICEF – ILANUD – CE.1999.*
- **TINEDO**, Gladis, *La Política Criminal en la ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores. Volumen 33 N° 2 Maracaibo abril 2005.*



- **TORRADO**, Susana en *Aspectos teórico-Methodológicos de las estrategias Familiares de Vida*. Cuadernos del CEUR (Centro de Estudios Urbanos y Regionales). Buenos Aires 1983.
- **VELOSO**, Sandra F.; “*El proceso de alimentos en la Provincia de Buenos Aires*”; LLBA 2004.
- **VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos**. Código Penal Comentado tomo III, página 61. Editorial Plus Ultra
- **VILLAVERDE**, María Silvia. Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I. Claves de interpretación de la reforma. LNBA 2007–11–1217
- **VITALE**, Gabriel M. A, y **otros** “Entre suspensiones y prórrogas. El sinuoso camino hacia el estado de derecho en materia de infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires” por publicado el 13 de febrero de 2008 por eldial.com Copyright © elDial.com - editorial albremática.-
- **VITALE**, Gabriel y otro, Ley 13634 “Consideraciones sobre los nuevos fueros de Familia y de Responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires”. Un avance hacia el estado de Derecho y Justicia; publicado en Revista Rap. Provincia de Buenos Aires.



Actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense. Año IV n° 48.
Marzo 2007.

- **VITALE**, Gabriel M A “Análisis Histórico Legislativo y Judicial en el tratamiento de la Infancia” en la sección jurisprudencia de la Revista Régimen de la Administración Pública Provincia de Buenos Aires actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense(Constitucional , Administrativa, Ambiental y Tributaria, n° 23, año 2) Febrero de 2005.
- **VITALE**, Gabriel y **SALVO**, Marisa “Una pequeña dosis de victima en el proceso penal.Ficciones y realidades de las medidas cautelares sobre la libertad” ponencia presentada “a los 10 años de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”, Colegio de Abogados, Unión de Magistrados y Facultad de Derechos de Lomas de Zamora septiembre de 2008.
- **WEINBERG**, Ines M., Convención sobre los Derechos del Niño, Ed Rubinzal –Culzoni año 2002.
- **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl : * Artículo 279 del Código Tejedor. En Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, AZ editora.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl en Código Penal Comentado y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial dirigido con David Baigún y coordinado por Marco A. Terragni. Específicamente el artículo comentado de Privación de la libertad calificada la realiza Gustavo E. Aboso. Pag. 207 Año 2008 Editorial: Hammurabi.