

Actualización del Código Penal*

Leyes 25.815, 25.816 y 25.825

Por Omar R. Gauna

Artículo 23

Decomiso

En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los arts. 142 *bis* o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

* [Bibliografía recomendada.](#)

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Modificado por ley 25.815 (2003).

§ 1. **Evolución legislativa. La reforma por la ley 25.815.** Originariamente, la pena denominada indistintamente “comiso” o “decomiso” procuraba prevenir la reutilización de los objetos empleados para cometer el delito; y evitar que el delincuente conservara las cosas obtenidas de su comisión. La reforma de la ley 25.188 apuntó a impedir que el delincuente o terceras personas, físicas o ideales, conservaran el producto mediato o las ganancias obtenidas de su perpetración; y en defensa de la colectividad, también autorizó el comiso de cosas peligrosas para la seguridad común, aun cuando afectara a terceros.

Posteriormente, la ley 25.742, estableció que respecto de los delitos previstos en los arts. 142 *bis* y 170 del Cód. Penal, quedaban comprendidos entre los bienes a decomisar, la cosa mueble o inmueble donde se hubiera mantenido a la víctima privada de libertad. La más reciente reforma, introducida por la ley 25.815, establece la obligación de imponer expresamente la pena de comiso, al dictar sentencia; despejó dudas sobre su procedencia respecto de derechos patrimoniales; reafirmó su aplicación a delitos previstos en leyes especiales; e introdujo normas de naturaleza procesal que autorizan la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar los bienes sobre los que pudiera recaer el decomiso.

§ 2. **Deber de imponer expresamente la pena de comiso en sentencia.** El texto original del Código y hasta su reforma por la ley 25.815 comenzaba expresando que “La condena importa la pérdida de los instrumentos”. Y basado en este texto, Soler sostuvo que la imposición expresa del comiso en la condena era innecesaria, dado su carácter de pena accesoria, aclarando que “sí podrá discutirse, con posterioridad [a la sentencia de condena], si un objeto determinado está o no en la categoría de objeto secuestrable [sujeto a comiso]”¹. De igual manera opinaban De la Rúa² y Núñez³, y la jurisprudencia⁴.

En completa soledad, durante la vigencia de aquel texto, nosotros apreciamos que el carácter accesorio de esta pena no la delimitaba, ni la tornaba precisa, ni “determinada”.

Sostuvimos que constituía un deber del tribunal examinar la procedencia y alcance del comiso, y su expresa imposición al dictar sentencia condenatoria, ineludible, pues si los tribunales se habían pronunciado de manera diversa, según se tratara de instrumentos destinados por su propia naturaleza a servir para la comisión del ilícito, o un destino distinto; y distinguido los objetos utilizados “para cometer” el

¹ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Bs. As., Tea, p. 460, § 69, III.

² De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, Bs. As., Depalma, p. 276, § 14, y 276, § 23.

³ Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs., As., Omeba, t. II, p. 442.

⁴ TS Córdoba, Sala Penal, 20/10/89, *LLCórd*, 1990-105.

delito, de los usados para prepararlo o agotarlo, y ambos, de los empleados sólo con motivo u ocasión de su ejecución.

Y si era preciso diferenciar los objetos de propiedad o copropiedad de un participante, de los pertenecientes a terceros no responsables o que aquél tenía en copropiedad con éstos; entre el producido inmediato y mediato de un delito, etc., todo esto requería oportunidad de audiencia, alegato y prueba, y de una decisión fundada. Y ninguna razón existía para diferir la decisión sobre una cuestión tan importante, para la etapa de ejecución de sentencia, considerando que su aplicación estaba estrechamente vinculada a los hechos por los que se condenaba. Además, las repercusiones prácticas de tal pena, es decir, la medida en que afectaría los bienes del condenado (y luego de la reforma por la ley 25.188, los de terceros), no estaban prefijadas por la ley, como era el caso, p.ej., de la inhabilitación accesoria prevista en el art. 12 del Cód. Penal; el decomiso podía cobrar inusitada gravedad, en relación con un patrimonio específico; y no podían quedar indeterminadas ni libradas al arbitrio y ocurrencia posteriores a la condena firme, la determinación de su procedencia y alcance, respecto de un caso ya juzgado.

La reforma introducida por la ley 25.815 ha dejado en claro que “en todos los casos en que recayese condena”, se debe decidir el decomiso, zanjando la cuestión en un sentido coincidente con la intelección que efectuábamos. También dejó atrás la razonable duda –planteada por Núñez– acerca de si la suspensión de la condena comprendía la accesoria de comiso.

§ 3. **Comiso de derechos patrimoniales.** Nuestra legislación no preveía originariamente, el comiso de derechos, como sí ocurría en otros países. La reforma introducida por la ley 25.188 los incluyó entre los bienes sujetos a comiso sin nombrarlos, en la medida que constituyeran una “ganancia”. Actualmente, el texto reformado por la ley 25.815 los incluye expresamente, al establecer la posibilidad de adoptar medidas cautelares respecto de “todo bien o *derecho patrimonial*”.

§ 4. **Aplicación del comiso por delitos previstos en leyes especiales.** Nunca fue discutida la aplicación de esta pena accesoria, a delitos previstos por leyes especiales (art. 4º, Cód. Penal), y aclararlo puede parecer superfluo, pero los radicales cambios operados en la norma originaria, y sobre todo la inserción de reglas procesales, podían despertar dudas interpretativas sobre su aplicación, y se ha reafirmado tal aspecto.

§ 5. **Medidas cautelares.** Otra novedad introducida por la ley 25.815 es la facultad otorgada a los jueces para adoptar medidas cautelares suficientes a fin de: a) asegurar bienes eventualmente sujetos a decomiso; b) hacer cesar la comisión de un delito o sus efectos, y c) evitar que se consolide el provecho u obstaculizar la impunidad de los partícipes.

Se trata de reglas de naturaleza procesal, y aunque desde el punto de vista técnico aparezca metodológicamente cuestionable su inserción en el Código Penal, se halla fuera de cuestionamiento su razonabilidad, y desde la perspectiva de una pragmática política criminal, quizá no sea desacertado fijar pautas de procedimiento comunes para todos los jueces de la Nación, respecto de este puntual tema, más teniendo en cuenta que si bien todos los códigos de procedimientos prevén el secuestro de cosas relacionadas con los delitos sujetas a decomiso, buena parte de ellos no autorizan expresamente la adopción de otras medidas cautelares con fines

distintos, ni abarcando la amplia gama de bienes a los que ahora resulta aplicable este artículo, y ninguno de ellos admite hacer esto último, “desde el inicio de las actuaciones judiciales”.

§ 6. **Comiso de cosas en que se privó de libertad.** La ley 25.742 había agregado a esta norma un párrafo que prevé expresamente la pena de comiso a las cosas muebles o inmuebles en las que se mantuviera privada de libertad a la víctima, perpetrando los delitos de sustracción, retención u ocultamiento de persona (art. 142 *bis*) y secuestro extorsivo (art. 170), que es mantenido sin modificaciones por la ley 25.815, aunque los cambios introducidos en esta norma y en el art. 277 del Cód. Penal, tornan útil remozar su comentario.

Los vehículos eventualmente utilizados para capturar y transportar a la víctima pueden ser decomisados por aplicación del primer párrafo, sin necesidad de extender la previsión contenida en el sexto, referida a los usados para mantener la privación de libertad. En realidad, tratándose de delitos permanentes, y por las modalidades de comisión de estos ilícitos, esto ya estaba contemplado en la regla genérica del primer párrafo, aunque su específica indicación impedirá eventuales desvíos interpretativos, controversias sobre su procedencia, y olvidos de los jueces. De modo que no implica aplicación retroactiva de la ley, el comiso de los bienes mencionados, respecto de hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, si han servido para cometer el delito. Ni constituirá aplicación analógica, p.ej., el eventual comiso de un inmueble en el que se privó de libertad a alguien durante un mes (art. 142, inc. 5°).

El comiso procede sólo en relación a cosas de propiedad de un participante en la comisión de esos delitos, y no de un encubridor, salvo el caso de receptación dolosa o culposa (art. 277, incs. 1°, c, y 2°, Cód. Penal) por aplicación del párr. 1°.

§ 7. **Destino de bienes decomisados.** La pérdida es “a favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios” (párr. 1°). Las cosas muebles o inmuebles decomisadas por delitos previstos en los arts. 142 *bis* y 170 del Cód. Penal deberán afectarse a programas de asistencia a la víctima (no de la víctima del delito por el que se condena). El destino final de los restantes bienes decomisados, es determinado por las leyes locales, y según su naturaleza: si el bien tuviera valor de uso o cultural, se admite su entrega a un establecimiento oficial o a entidades de bien público; y si tuviere únicamente valor “comercial”, podrá disponerse la enajenación. Sólo en caso de que no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá (párr. 5°).

Artículo 80

Homicidios calificados

9°) Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Incorporado por ley 25.816 (2003).

§ 1. **Homicidio mediando abuso funcional.** El homicidio debe ser perpetrado por acción u omisión, con dolo directo o eventual, por un miembro en servicio activo de una fuerza policial, de seguridad o del servicio penitenciario de la Nación o de

una provincia, y no por alguien que *coopere* con ellas, o por alguien que invoque tal calidad, sin tenerla.

Puede ser sujeto activo el personal en situación de retiro temporalmente reincorporado; quien fue suspendido en sus funciones si, en el caso, abusa de las que normalmente tiene; pero no quien se atribuye o abusa de funciones correspondientes a otro cargo. Debe obrar como autor o coautor directo o mediato, no bastando su participación como cómplice, o instigador del homicidio, lo cual deja fuera del tipo agravado, p.ej., la conducta del funcionario penitenciario que instiga a un preso, a cometer un homicidio. Pero la figura calificada se extiende a los instigadores y partícipes de un homicidio cometido mediante abuso funcional por un miembro de las fuerzas mencionadas en este inciso, aunque ellos no sean integrantes.

El abuso debe tener lugar respecto de funciones operativas normales propias de la fuerza, de modo que no basta pertenecer a una de ellas, y abusar de una función asignada, si ésta no se vincula a las funciones operativas ligadas a ella. Así, el miembro integrante de las fuerzas enumeradas en este inciso que cumpliendo funciones de médico administra veneno en lugar de un remedio, a un enfermo, no está comprendido en esta agravante, sino en la del inc. 2°.

El mero uso del arma reglamentaria para cometer un homicidio tampoco da lugar a que se aplique este inciso, por esa sola circunstancia, ni aun en caso de que lo haya cometido en ocasión o con motivo de cumplir funciones, si no abusa de ellas. El policía que cumpliendo tareas de vigilancia decide dar muerte a un transeúnte; el sargento del ejército que uniformado, mata a su vecino, con su arma reglamentaria; o el agente penitenciario que dentro de la cárcel empuja al vacío desde un quinto piso, a otro agente, no están comprendidos en este inciso.

En la aplicación de este agravante deben ser especialmente considerados los deberes establecidos y facultades atribuidas por las leyes y reglamentos al homicida, y la situación o contexto en el que ha obrado, porque la expresión “abuso” es incompatible con la negligencia o la impericia; y no todo ni cualquier exceso funcional, al cometer el hecho, puede ser calificado de “abuso” si no es doloso, o aún siéndolo, si no guarda estrecha relación con el homicidio perpetrado.

El autor actúa con abuso funcional o de su cargo cuando utiliza arbitrariamente las facultades otorgadas; o cumple defectuosamente, o intencionalmente excede las órdenes impartidas, o los deberes a su cargo, como es el caso del policía que –contando con la facultad de aprehender personas– obliga a un adolescente a quien previamente ha detenido, a arrojarlo al riachuelo, donde se ahoga; el policía que cumple la orden de disparar con balas de goma, habiendo cargando su arma con munición de plomo; o el que estando reglamentariamente autorizado a hacer uso de su arma para evitar la perpetración de un asalto o repeler una eventual agresión, da muerte a un delincuente que sabe desarmado.

Artículo 163

Hurtos calificados. Agravamiento del hurto de cosa

En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito

fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Incorporado por ley 25.816 (2003).

§ 1. **Hurto por personal de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.** Este agravante genérico no requiere –como la contenida en el art. 80, inc. 9° del Cód. Penal–, un abuso funcional, sino que basta con que el autor sea miembro de las fuerzas señaladas, sin importar qué tarea cumplan, dentro de ellas, ni si se hallaban ejerciendo alguna función inherente a sus cargos, cuando ejecutan el hecho.

La mayor pena se aplica sólo cuando el miembro de la fuerza es ejecutor, es decir, autor o coautor del delito, y no cuando es mero partícipe o instigador, y no resulta aplicable a otros partícipes (incluidos coautores) que no lo sean, aunque éstos conozcan la calidad de aquél, porque la agravante no se ha establecido con referencia al delito, sino atendiendo a la especial calidad del autor, para reprimirlo con mayor severidad (ver comentario al art. 48, Cód Penal)⁵.

La agravante es aplicable a la tentativa. En tal caso, debe reducirse la escala penal en razón de que el delito ha sido solamente tentado mientras que, por el otro, debe aumentarse dicha escala, por haber sido ejecutado por un integrante de las fuerzas armadas o de seguridad. Cabe preguntarse si es correcto aumentar primero la escala, y luego reducirla, o al revés; a qué resultados se llega, según se opte por una u otra modalidad, y si ello tiene influencia sobre los diferentes sistemas de disminución de la escala propuestos por la doctrina y jurisprudencia (se han expuesto ocho distintas maneras de reducirla –ver comentario al art. 42–)⁶. Unos simples cálculos permiten ver que, siguiendo uno cualquiera de los métodos propuestos, si primero se reduce, y luego se aumenta, o si se procede a la inversa, se arriba al mismo resultado.

La escala se reduce de igual modo que para la tentativa, en relación a los partícipes secundarios (art. 46). Para la aplicación de la agravante a los partícipes se deben tener en cuenta las limitaciones impuestas a la complicidad, y la incomunicabilidad de las circunstancias agravantes previstas en los arts. 47 y 48 del Cód. Penal.

Artículo 258 bis

Cohecho internacional

Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones pú-

⁵ Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2003, p. 436 y 437.

⁶ Breglia Arias - Gauna, *Código Penal y leyes complementarias*, p. 373 y siguientes.

blicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Sustituido por ley 25.825 (2003).

§ 1. **La reforma por la ley 25.825.** Esta ley introdujo los siguientes cambios: a) luego de la frase “funcionario público de otro Estado” agregó “o de una organización pública internacional”, adaptándola a la definición de funcionario público extranjero contenida en el art. 1.4 de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, aprobada por la ley 25.319; b) incluyó a los terceros como posibles beneficiarios del cohecho, además del funcionario; c) incorporó el dinero dentro de los bienes materiales que pueden ser ofrecidos u otorgados al funcionario; d) añadió el valimiento de influencias derivadas de su cargo, entre las conductas requeridas por el cohechante al funcionario, a cambio de beneficios, y e) a las ya previstas transacciones “de naturaleza económica o comercial” en las que el funcionario debía realizar u omitir una conducta propia de sus funciones, adicionó las transacciones financieras.

Artículo 277

Encubrimiento

2º) En el caso del inc. 1º, c, precedente, la pena mínima será de un mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

Modificado por ley 25.815 (2003).

§ 1. **Receptación imprudente.** La ley 25.815 reincorporó al elenco delictivo la forma de encubrimiento tradicionalmente denominada “receptación de cosa de procedencia sospechosa” o “receptación sospechosa”, que fue originalmente introducida por la ley 17.567 y sucesivamente derogada y reimpuesta por las leyes 20.509, 21.338, 23.077, 23.468 y 25.246.

Este injusto se insertó como inc. 2º del art. 277, disminuyendo a un mes la pena mínima de seis meses de prisión previsto para el delito de encubrimiento doloso y fijando un máximo común, en tres años.

Las leyes de facto 17.567 y 21.338 utilizaban el vocablo *presumir*, en vez de *sospechar*, previsto en la redacción actual y en la de la ley 23.468, y la doctrina discrepaba acerca de si se trataba de un delito culposo o doloso. El primero que opinó sobre el tema fue Fontán Balestra quien afirmó que era doloso; Laje Anaya admitió después el dolo eventual. Para Soler era doloso⁷. Núñez sostuvo que el delito era culposo⁸. Ésta fue también la opinión de Ure⁹. Mezger considera culposa a

⁷ Soler, *Derecho penal argentino*, t. V, p. 269, § 149, I.

⁸ Núñez, Ricardo C., *Análisis de la ley 21.338*, Bs. As., Córdoba, Lerner, p. 139.

⁹ Ure, Ernesto, J., *Receptación culposa*, JA, 8-1970-440.

esta figura y lo mismo piensa Maggiore al comentar el art. 712 del Cód. Penal italiano¹⁰.

Al final de la vigencia de la ley 21.338 prevalecía en la Cámara Nacional Criminal y Correccional el criterio de que el delito era culposo¹¹. Éste era también el criterio prevaleciente en fallos del interior del país. Al discutirse el Proyecto de la ley 23.468 en la Cámara de Diputados, el miembro informante de la mayoría, doctor Osvaldo Posse, sostenía erróneamente que “la más autorizada doctrina y la mayoritaria jurisprudencia nacional” lo consideraban un delito de dolo eventual, mientras el miembro informante de la minoría, doctor Néstor Perl advertía que “es particularmente inconveniente la inclusión del proyectado art. 277 *bis* [después sería el art. 278], similar al que tuvo vigencia mediante la ley de facto 21.338, que generó serios cuestionamientos jurisprudenciales motivando el reiterado pronunciamiento judicial incluso sobre la constitucionalidad de su formulación, especialmente en cuanto a la presunción que incluye pretendiendo abarcar hipótesis de dolo eventual, lo que no sucede”¹².

Creus opinaba que el delito podía ser doloso o culposo. Era culposo cuando el agente ni siquiera se haya planteado la duda pese a que las circunstancias lo colocaban ante el deber de dudar¹³.

Durante la vigencia de los textos anteriormente vigentes señalamos que si el agente debía sospechar (o *presumir*, en la ley 21.338) el origen ilícito de los efectos, y no lo hacía, se incriminaba su negligencia, falta de previsión, o la falta a un deber de cuidado, formas psicológicas de la culpa. Y que era falso que sólo se configuraba mediando dolo eventual, “cuando por las circunstancias concretas del caso, el adquirente debía sospechar ese origen delictuoso y con total desaprensión para el orden jurídico, asintiendo en la posibilidad de ese origen delictuoso, prefiere realizar el negocio”¹⁴, porque no era posible asentir lo que se debió sospechar, sino lo que se sospechó.

La modificación de la figura de encubrimiento por receptación de cosas provenientes de un delito introducida por la ley 25.246 extendió la punición a conductas realizadas con dolo eventual, al no exigir conocimiento cierto del agente sobre su origen delictuoso, al tiempo que erradicó la figura de “receptación sospechosa”, que la ley 25.815 reintrodujo, con una variante que, a nuestro juicio, la torna inconstitucional.

La actual figura no exige –como las anteriores, derogadas– que de acuerdo a las circunstancias, el agente haya *debido* sospechar el origen delictuoso de lo que recibe. La nueva ley incrimina a quien conforme las circunstancias *podía* sospechar, lo que expresa una posibilidad, que requiere de parte del juzgador una apreciación problemática y multifacética, englobando simultáneamente la capacidad y aptitud del agente; la posibilidad objetiva de sospecha; y la actitud asumida frente a ella, por el

¹⁰ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, vol. I, p. 291.

¹¹ Ver por ejemplo, CNCrimCorr, Sala VII, 26/8/80, “Perilli, José”, *RepLL*, 1980-XL-1097, sum. 3; *id.*, Sala VII, 29/10/84, “Barbero C.”.

¹² Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 30/7/86, p. 2487, 2488 y 2492.

¹³ Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración pública*, Bs. As., Astrea, 1981, p. 555 y 556, § 1031.

¹⁴ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 30/7/86, p. 2486.

sujeto. “Podía” puede ser también interpretado, desde el punto de vista de un examen histórico, como expresión de probabilidad.

El nuevo inciso no exige la existencia de un ánimo de lucro, ni de alguna forma de culpabilidad, sino que se contenta con que el agente haya podido sospechar la ilícita procedencia de lo que recibe, aunque no lo haya hecho. Se inculpa al que –a juicio de juzgador– no fue todo lo suspicaz que las circunstancias permitían, o no estuvo lo suficientemente alerta.

Palacio Laje coincide con nosotros en que “no se trata de un deber de dudar, sino que determinadas circunstancias hagan posible esa sospecha”, pero no creemos, como seguidamente afirma, que el cambio “pretende clarificar la extensión del tipo”¹⁵, porque el número de acepciones y sinónimos de la voz “poder” supera ampliamente las correspondientes a “deber”; la vaguedad de algunas de ellas, tales como “ser dable”, “ser posible”, “ser factible”, “ser capaz de”, etc., es desmedida; y si no se refieren a conductas concretas (p.ej., “auxiliar”, “proteger”, “cuidar”), ni a elementos cognoscitivos objetivamente verificables (p.ej., “saber”, “comprender”) sino a una actitud o disposición subjetiva (“creer”, “sentir”, “sospechar”) del agente, frente a circunstancias indeterminadas, la multiplicidad de significados asignables a tal construcción gramatical se eleva exponencialmente, potenciando su congénita vaguedad.

Esto es pernicioso, en cualquier tiempo, y sin que importen los motivos, porque la necesidad de combatir nuevas modalidades del delito nunca justifica la introducción de peligrosas ampliaciones de los tipos penales, cuya intelección remite exclusivamente al campo subjetivo, por ausencia de cualquier otro cartabón externalizable. La figura que examinamos deja en el campo de la licitud indubitada, sólo ortodoxas maneras de adquisición, recepción, o guarda de cosas y efectos. Y confía a la apreciación subjetiva del juez, determinar si la conducta está o no tipificada.

Se ha dicho que “el injusto de este tipo de encubrimiento atenuado, contiene un especial elemento subjetivo cognoscitivo, por el cual el sujeto activo no conoce el origen delictivo de las cosas o de dinero, pero determinadas circunstancias podían hacerlo sospechar de tal origen” lo que parece incongruente, porque el desconocimiento no puede ser un elemento subjetivo del tipo. Lo cierto es que no es posible establecer con alguna certeza y mediana precisión dónde empieza el campo de ilicitud supuestamente enmarcado por indeterminadas circunstancias, y la genérica posibilidad de sospecha que la norma manda. La utilización gramatical del tiempo pretérito imperfecto, o pretérito indefinido, refiere el momento histórico en que un suceso ocurre, y así, el “deber” de sospechar aludía a la recepción de cosas o efectos mediando circunstancias de tal jaez que tornaban forzosa o necesaria la sospecha. Mientras que “poder” sospechar alude a un evento posible y contingente, más relacionado con la aptitud, sagacidad, capacidad de previsión y temperamento del sujeto activo, que con las circunstancias que pueden dar lugar a la sospecha. El “poder” hacer algo normalmente se nos presenta como algo optativo, potencial, de uso facultativo, y siempre incluido dentro del campo de reserva o libertad.

¹⁵ Palacio Laje, Carlos, *Decomiso y encubrimiento atenuado*, LL, 2/3/04, p. 2.

Aunque los tribunales podrán seguramente límites al desmesurado campo de acción del precepto comentado, no por ello aprobaría un test de constitucionalidad, porque el principio de legalidad determina que las leyes penales se redacten con tal precisión que su contenido y sus límites se desprendan del texto legal con la mayor seguridad posible, evitando los conceptos elásticos. El mandato debe garantizar que cualquier persona pueda saber de antemano qué comportamiento se halla prohibido y conminado con pena, y la ley sólo puede tener eficacia si evita cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez¹⁶.

Aunque tradicionalmente se continúe llamando a este delito “receptación sospechosa”, más adecuada parece la denominación de “receptación imprudente”, porque la norma incrimina a quien no sospechó, pudiendo hacerlo. No se incrimina ya la infracción a un deber impuesto por circunstancias que tornaban ineludible para cualquiera la sospecha, sino la falta de prevención y suspicacia, frente a circunstancias que, observando una actitud menos confiada, le hubieran hecho sospechar.

Artículo 279

Excusa absolutoria

3º) Cuando el autor de alguno de los hechos descritos en el art. 277, incs. 1º o 3º, o en el art. 278, inc. 1º, fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres a diez años. La misma pena sufrirá el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

Modificado por ley 25.815 (2003).

§ 1. **La reforma por la ley 25.815.** El artículo mantiene idéntico contenido, acomodando las referencias a los cambios introducidos en el orden de los incisos del art. 277 del Cód. Penal.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

¹⁶ Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, p. 114 y 122.