

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.
ANÁLISIS EJEMPLIFICATIVO A PARTIR DEL ART. 142 BIS DEL CP. ARGENTINO.

POR NÉSTOR JESÚS CONTI

a) INTRODUCCIÓN.

La evolución de la dogmática penal ha puesto en jaque la construcción típica de los denominados *delitos cualificados por el resultado*¹, por lo que se impone la búsqueda de pautas claras y precisas que sean útiles al momento de resolver aquellos supuestos conflictivos comprendidos por esta clasificación; ello, con el objeto de no vulnerar el principio de culpabilidad en la atribución objetiva de un resultado que cualifique la pena de cualquier delito base.

Si bien se ha definido a los *delitos cualificados por el resultado* como aquellos delitos dolosos sometidos a un marco penal especial y cuya comisión trae consigo un resultado ulterior más grave²; se propone aquí incluir dentro de esta denominación a todos ***aquellos tipos complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con más una cualificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave, en tanto ésta sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base.***

En este sentido, y en base a cuestiones dogmáticas, se habrá de determinar la correspondencia entre los delitos cualificados por el resultado y los delitos preterintencionales.

Para abordar el estudio de la problemática apuntada, se habrá de tomar como modelo de análisis (a título ejemplificativo) el art. 142 bis del Código Penal (Secuestro Coactivo).

Con motivo de ello, se propondrá el riguroso respeto al principio de culpabilidad como límite de la reprochabilidad de un resultado, producto de la realización del riesgo creado por una conducta delictiva (dolosa o imprudente), mediante la aplicación de las reglas del concurso de delitos a los fines de su mejor resolución en cada caso en concreto.

En su defecto, se propondrá la utilización de la teoría de la imputación objetiva como reductor de la relación de causalidad entre la conducta realizada por un sujeto y un resultado más grave producido en consecuencia de ella.

Dichas propuestas tendrán por objeto lograr alguna pauta de orientación a los efectos de un mejor estudio de aquellos supuestos legales -de la parte especial de nuestro Código Penal- que ofrecen dificultades de interpretación.

¹ Si bien puede verse en distintos autores la mención a delitos *calificados* por el resultado, entendiéndose que sólo se debe a una cuestión terminológica, habremos de utilizar en este trabajo el término *delitos cualificados por el resultado* al hacer referencia a los tipos complejos que serán motivo de estudio.

² **ROXIN, Claus**, *Derecho Penal. Parte General. T.I. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, 1ra. Edición, 1997, § 108, p. 330.

b) TIPOS PENALES COMPLEJOS: DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y/O DELITOS PRETERINTENCIONALES.

A los efectos de dilucidar si nos encontramos frente a dos conceptos diferentes o, por el contrario, sinónimos, recordemos que si bien ha sido señalado por la doctrina que los delitos preterintencionales son *tipos incongruentes*, donde se verifica un exceso objetivo (resultado) en relación a la parte subjetiva del autor (dolo o imprudencia)³, también se ha dicho que estas figuras no constituyen una estructura típica diferente a la de los tipos dolosos o la de los tipos imprudentes, sino que son una superposición de ambos⁴ (grupo denominado por la doctrina alemana como *delitos cualificados por el resultado en sentido material*, o sea, aquellos supuestos de tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudentemente; es decir, las combinaciones de dolo e imprudencia⁵).

Por tal motivo, se diferenciaba a estos supuestos de los delitos cualificados por el resultado, los que -según gran parte de la doctrina- han sido considerados como agravantes de un tipo básico.

Asimismo, parte de la doctrina alemana ha diferenciado los delitos cualificados por el resultado *impropios*, que en el sentido formal pertenecen al grupo de delitos, de los delitos cualificados por el resultado *propios*, es decir, aquellos casos en los que se verifica una combinación de un supuesto típico doloso y una consecuencia especial producida por imprudencia, por lo que se configura un grupo cualificado de supuesto materialmente autónomo entre los delitos puramente dolosos y los imprudentes⁶.

Como puede advertirse, resulta sumamente dificultosa la interpretación de los distintos conceptos utilizados para diferenciar cada clase de supuestos de combinación (sea dolo-dolo, dolo-imprudencia o imprudencia-imprudencia), por lo que buscaremos desentrañar tal confusión, a partir de conceptos dogmáticos, estableciendo *la correspondencia* de ambos términos.

Al respecto, vale recordar la ardua discusión doctrinaria acerca de la denominación que debían recibir estas figuras complejas y el gran esfuerzo de los autores nacionales por diferenciar a los delitos cualificados por el resultado de los delitos preterintencionales⁷.

³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU, Barcelona, 1998 p. 206.

⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, § 29, Pto. VI, n° 2, p. 424. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, ob. cit., § 109, p. 330, aunque también admite la posibilidad de combinación de dolo-dolo.

⁵ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 288. Sostiene este autor dicha denominación en oposición a los delitos cualificados por el resultado en sentido formal, grupo integrado por todos aquellos casos de delitos en los que respecto a un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial más grave que cualifica el tipo en la prescripción de la pena, consecuencia respecto de la cual la ley exige además, como mínimo, una imprudencia previa.

⁶ HIRSCH, Hans Joachim, ob. cit., p. 289 y ss.

⁷ ODERIGO, *Delitos preterintencionales*, Abeledo, Bs. As., 1957, p. 38 y ss. También JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Lozada, Bs. As., 1962, t. VI, n° 1678, p. 19 y ss.

Así, se afirmaba que para configurarse la preterintención⁸ el *delito base* debía ser doloso, pues sólo en ese caso el resultado más grave podía ser considerado como *no querido* por el autor, es decir, *más allá de su intención*.

Se diferenciaban de estos supuestos aquellos tipos penales en que el *delito base* era meramente imprudente, en cuyo caso se hablaba de delitos cualificados por el resultado, entendiéndose que éstos -al requerir menos requisitos que los anteriores- eran el género y los preterintencionales la especie⁹.

De aceptarse esta diferenciación conceptual se restringiría notoriamente el concepto de dolo, el cual no es de manera alguna sólo *intención*.

La importante evolución que ha experimentado la dogmática del concepto de dolo¹⁰ ha dado por tierra, a nuestro entender, con la diferenciación apuntada, por cuanto **el dolo en sí se presenta sin intención**, ya que la misma no estaría abarcada por dicho concepto, dado que el dolo eventual -supuesto en que ningún papel juega la intención- no difiere del dolo básico¹¹.

Actualmente se afirma que la intención no es el elemento que identifica o define al dolo¹², ya que la intención, entendida como *voluntad incondicionada de realizar el tipo*¹³, no cumple ninguna función en la conceptualización del dolo, por cuanto si bien toda conducta está dirigida por una finalidad, existe una fuerte tendencia doctrinaria a reducir al máximo, sino a excluir, el elemento volitivo del concepto de dolo¹⁴; por ello, y entendiendo que debe optarse por un contenido cognoscitivo al conceptualizar el dolo (ya que la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por lo tanto, a los delitos dolosos e imprudentes¹⁵), el desarrollo de este trabajo se sustentará en base a dicha acepción del vocablo¹⁶.

⁸ “*PRAETER INTENTIONEM*”= más allá de la intención.

⁹ ODERIGO, ob. cit., p. 41. Como ejemplos de este supuesto pueden citarse los arts. 189 (“*Estrago Culposo con resultado muerte*”) y art. 196 (“*Causación Culposa de accidentes con resultado lesiones o muerte*”) del Código Penal Argentino.

¹⁰ Particularmente, a partir del concepto adoptado por el funcionalismo sistémico de Günther JAKOBS, en *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 2ª ed. corregida, Apartado 8, ps. 308 y ss.

¹¹ SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Hammurabi, Bs. As., 1991, p. 71.

¹² PEREZ BARBERÁ, Gabriel E., *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 3, 2000, p.216.

¹³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11º ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 79.

¹⁴ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ta. ed., Madrid, 1998, p. 227.

¹⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 401.

¹⁶ Excediendo por completo el propósito de este trabajo el tratamiento del concepto de dolo, se omitirá el estudio del mismo, tomándose la definición señalada para el abordaje del tema motivo de estudio. El lector que quiera abundar en el tema puede acudir a las siguientes obras: JAKOBS, Günther, ob. cit., ps. 308 y ss.; ROXIN, Claus, ob. cit., ps. 412 y ss.; ZAFFARONI, Raúl E., ob. cit., ps. 495 y ss.; SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ed., Ad-Hoc, Bs. As., ps. 72/3; BUSTOS RAMIREZ – HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal, Volumen 2*, ed. Trotta, Madrid, 1999, ps. 59 y ss., entre otros.

En base a todo ello, y coincidiendo con la idea de **Pérez Barberá**¹⁷, propondremos la utilización del concepto de **delitos cualificados por el resultado**, entendidos como todos **aquellos tipos complejos que contemplen la punición de un delito base, que puede ser doloso o imprudente, con más una cualificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave, en tanto ésta sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora de aquél tipo básico**, y el rechazo de la denominación de delitos preterintencionales, dado que dicho concepto no sólo se presta a equívocos, sino también, por resultar incompatible con el concepto restringido de dolo que se viene utilizando; máxime, si recordamos lo dicho por el autor citado en cuanto a que la intención no identifica ni define al dolo.

c) ANÁLISIS DEL ART. 142 BIS DEL CP.

1) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Esta figura legal, llamada por la doctrina *secuestro coactivo*, fue incorporada al Código Penal -al igual que la del art. 170, llamada *secuestro extorsivo*- por la Ley 20.642, conocida como ley Juan Domingo Perón¹⁸.

Ahora, dado que este tipo penal cualifica -en el último párrafo- el monto de la pena del delito base en caso de que ocurra la muerte de la persona secuestrada, estableciendo la pena absoluta para dicho supuesto, ha llamado la atención de gran parte de la doctrina el hecho que esta norma prevéa la misma pena para un homicidio no necesariamente causado con dolo que para el homicidio agravado (CP., 80 -doloso-), circunstancia que explica la razón del arduo debate parlamentario al momento de tratarse la aprobación de esta ley en el seno del Congreso Nacional.

Dicha discusión tuvo por motivo, precisamente, la gravedad de la consecuencia prevista (la pena más grave de nuestro Código Penal = prisión o reclusión perpetua) para un hecho cuyo resultado *no necesariamente hubo de haber sido previsto por el autor*, es decir, para un resultado producido sin dolo, *por imprudencia*.

Concretamente, la discusión parlamentaria pasó por la notoria diferencia que existía entre la pena prevista por el 142 bis -supuesto que contempla una muerte que no necesita ser dolosa- (a su vez, idéntica a la del art. 80 -muerte dolosa-) y la asignada al supuesto del art. 79 -muerte dolosa-.

¹⁷ **PÉREZ BARBERÁ, Gabriel**, ob. cit., p. 219.

¹⁸ Sancionada el 28 de enero de 1974, cf. **FONTÁN BALESTRA-MILLÁN**, *La reforma Penal. Ley 21.338*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 115.

No obstante haberse planteado -y cuestionado- la *irrazonable proporcionalidad de la reacción penal* prevista para el caso (posición que en minoría encabezaba el por entonces Senador Fernando de la Rúa¹⁹), el proyecto fue aprobado e incorporado conforme al texto que hoy se encuentra vigente.

2) ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL ANALIZADO

El **art. 142 bis del CP.** establece que “*Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.*”

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

- 1) *Si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad,*
- 2) *En los casos previstos en el artículo 142, incisos 2º y 3º de este código.*

Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua”.

a) En primer lugar, y en lo que respecta al bien jurídico protegido, corresponde advertir que la norma no protege sólo la libertad física²⁰, sino, además, la libertad de autodeterminación de la persona, ya que, además de ser privada de su libertad, es obligada a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad²¹.

Teniendo en cuenta lo señalado -y la muy particular redacción de la norma- cabe advertir que no se trata de una agravante del art. 141 del CP. sino que, debido a la estructura típica utilizada por el Legislador, resulta ser un tipo penal autónomo²², especialmente porque las conductas previstas por el tipo básico y las de la figura estudiada son distintas, como así también los fines perseguidos por el autor²³.

b) Con respecto al tipo objetivo de la norma estudiada, puede verse que se conmina con pena de 5 a 15 años de prisión a un comportamiento doloso (el de *sustraer, retener u ocultar a una persona*, bajo ciertas condiciones...), agravando drásticamente la pena cuando la víctima

¹⁹ Cf. “Cám. Sen. de la Nación”, diciembre de 1973, p. 2926, citado por **SANCINETTI, Marcelo** en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T.I, “La Instrucción”*, ed. Ad-Hoc, 2000, p. 324, nota 836; donde agrega que algunas de las palabras del Senador de la Rúa fueron: “Hoy se pone en discusión en el mundo civilizado la pena privativa perpetua de libertad, contenida ya en nuestro Código Penal pero que este proyecto hace extensiva a otra figura en función del resultado que incluso aparece previsto *sin conexión con la intención de causarlo*”.

²⁰ Éste es el bien jurídico protegido por el art. 141 del CP que reprime la figura simple o básica de la Privación Ilegítima de la Libertad.

²¹ **DONNA, Edgardo Alberto**, *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A, Rubinzal – Culzoni Editores, Bs. As., 2001, p. 145.

²² **ROXIN, Claus**, ob. cit., § 10, n° 134, p. 340, quien define como tipo penal autónomo (o independiente) a aquél que contiene ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no es un caso agravado ni atenuado de ese otro delito, sino un tipo autónomo con su propio tipo (clase) de injusto.

²³ **BUOMPADRE, Jorge E.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Ed. Mave, Corrientes, 2000, p. 523. También **DONNA, Edgardo A.**, ob. cit. p. 145.

pierda la vida como consecuencia del secuestro²⁴, quedando abarcada por la pena absoluta - reiteramos- una muerte no necesariamente dolosa, circunstancia que manifiesta la irracionalidad y desproporcionalidad de la ley.

Avanzando con el estudio propuesto, debe tenerse en cuenta -atento la diferencia apuntada respecto de la figura básica y éste tipo autónomo- que aquí el Legislador no habla simplemente de “privar de la libertad”, sino que utiliza tres verbos: sustraer, retener u ocultar, por lo tanto el delito se tipifica, por lo menos desde el punto de vista objetivo, de la siguiente manera:

*) En primer lugar, “*sustrayendo*” con un fin determinado; esto implica conducir al sujeto pasivo a un lugar diferente de donde se encontraba, obviamente, en contra de su voluntad. La sustracción tanto se puede llevar a cabo mediante ardid o de manera violenta, ya que la ley no especifica vía alguna.

*) El otro verbo típico utilizado es el de “*retener*”, es decir, mantener al individuo víctima del hecho en un sitio donde no quiere permanecer.

*) Y, por último, la norma habla de “*ocultar*” a la víctima, lo que implica esconder al sujeto pasivo o hacerlo desaparecer temporariamente de la vista de terceros²⁵.

No obstante ello, para una parte de la doctrina, las dos últimas conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona sustraída²⁶.

Por nuestra parte, entendemos que corresponde rechazar dicha aseveración, dado que el tipo estudiado es un **delito de acción compuesta, de los denominados *alternativos (o mixtos)***, ya que, no obstante enunciar la norma tres acciones, resulta suficiente que el autor realice sólo alguna de ellas para consumir el delito, en tanto que la realización de más de una de las conductas descritas por el tipo, no multiplica la tipicidad.

Por lo tanto, puede darse el supuesto en que la realización de una de las conductas descritas por la norma presuponga la previa realización de alguna de las otras, pero ello no es excluyente, por cuanto puede verificarse el caso en que una persona sea retenida sin haber sido previamente sustraída (por ejemplo, quien retiene dentro de un lugar a quien llegó a dicho sitio por propia voluntad), como también puede ser ocultada una persona sin haber sido ilegalmente sustraída (aunque, vale aclararlo, generalmente la acción de ocultar presupondrá una previa sustracción o retención).

Por otro lado, puede verse que la construcción típica del delito no difiere -en su figura básica, la del primer párrafo- del delito previsto por el art. 149 bis 2do. párrafo del Código

²⁴ SANCINETTI, Marcelo A., ; *Análisis crítico del caso Cabezas*. T.I. cit., § 505, p. 342.

²⁵ DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit. T. II-A, p. 146. En el mismo sentido, ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial “De los delitos en particular”*. T II, Análisis Doctrinario. Jurisprudencia Seleccionada, ed. Hammurabi, 1996, p. 74/5.

²⁶ BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523.

Penal²⁷ más que por los medios comisivos, en virtud de lo cual podemos decir que **la diferencia que existe entre esta figura y la coacción simple está dada en que en ésta última la amenaza recae sobre un mal futuro, mientras en el tipo penal estudiado, el mal - que es la privación de la libertad- ya se ha producido, y con el ilícito sustento de ella se ejerce coacción.**

c) Con respecto al tipo subjetivo de este delito, se trata de un delito doloso, pero además, la norma exige “sustraer, retener u ocultar a una persona ”*con el fin de obligar a ella o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.* O sea, la parte del tipo subjetivo “*el que con el fin de...*” etc., debe darse de tal modo que el secuestrador pretenda que la víctima o el tercero, **durante el tiempo de la detención de la víctima**²⁸, realicen determinado comportamiento o se priven de determinado comportamiento²⁹.

La exigencia de hacer o no hacer, o tolerar algo, no significa que deba conseguirse el cumplimiento de la exigencia para que este tipo penal quede configurado, sino que el delito se consuma en el instante en que se priva de “*libertad para*”³⁰, por lo que estamos frente a un **delito permanente y de intención incompleto o mutilado de dos actos**; ello, por cuanto la conducta típica que configura el ilícito constituye el *medio* para la realización de una posterior *segunda acción del autor* que está incluida dentro de su plan, acción ésta que continúa dependiendo de su intervención, más allá de que efectivamente la misma se concrete o no.

Ubicamos a esta figura en esta clasificación y no la consideramos un *delito de intención de resultado cortado*³¹, ya que en éstos el tipo queda consumado con la acción, pero el sujeto tiene como objetivo (como ultrafinalidad que va más allá de la realización de ese tipo objetivo) otro hecho que se debería producir después de realizar el tipo, pero ya sin su intervención³², pudiéndose citar como ejemplo el caso del cohecho activo, en el que un sujeto ofrece -directa o indirectamente- dinero a un funcionario público **para** que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (CP., 258 en relación al 256).

Así entonces, se sostiene que se trata de un delito de privación de libertad dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico (ultraintención), por lo que no habría otra alternativa que admitir sólo el dolo directo, rechazándose la posibilidad del dolo eventual³³.

²⁷ Circunstancia que ha llevado a la doctrina a llamar a este delito *Secuestro Coactivo*.

²⁸ Resulta importante resaltar este extremo dado que si la exigencia opera para cuando el ofendido por el delito sea puesto en libertad, la conducta reprochable se desplaza a otra figura legal (vg. CP., 149 bis 2do. párr.= coacción).

²⁹ SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas* T.I. cit., § 509, p. 345.

³⁰ DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 147.

³¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ob. cit., p. 517 y ss.

³² GOMEZ URSO, Juan Facundo, *Los tipos penales y su clasificación*, en Revista Aequitas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, n° 11, año 3, 2002, p. 34.

³³ BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523.

Por lo tanto, el autor sustrae, retiene u oculta con un fin determinado, esto es, “obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”, siendo éste un elemento subjetivo exigido por el tipo, por lo que la privación de la libertad es el medio utilizado por el agente para lograr su finalidad coactiva, siendo necesario, además, acreditar esa relación de medio a fin para verificar la tipicidad de la conducta³⁴.

d) Por último, mientras puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona, dado que se trata de un delito común, la exigencia de hacer, no hacer o tolerar algo puede estar dirigida a la víctima de la privación de la libertad o a un tercero no privado de su libertad, siendo necesario reiterar que esa acción u omisión exigida sea realizada durante el tiempo de la detención de la víctima³⁵. En este último caso, como ya se expuso, el delito no se multiplica, por lo que la coacción a que se somete al tercero no adquiere autonomía propia, ya que aquella está prevista como elemento típico de la figura estudiada.

3) REFLEXIONES ACERCA DE LAS AGRAVANTES PREVISTAS POR LA NORMA

*) Agravante en caso de que la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años: podría decirse que el fundamento de esta agravante radica en una calidad especial en la víctima, sobre todo en el caso de minoría de edad, ya que se daría una situación de superioridad física y mental del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, lo que llevaría a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho³⁶.

Si bien existe controversia en la doctrina al respecto, entendemos que la aplicación de la agravante en este caso -de tratarse del secuestro de una mujer- deviene manifiestamente inconstitucional, ya que contraría la igualdad de sexos contemplada por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a la misma en función del art. 75 inc. 22 de dicho cuerpo legal³⁷.

En definitiva, lo que resulta sumamente llamativo es que el Legislador haya incluido en esta agravante a la mujer (con la crítica que ello merece) y haya omitido incluir a los incapaces, los que sí serían merecedores de la mayor protección intentada.

*) Agravantes genéricas: el inciso segundo del art. 142 bis del catálogo sustantivo hace referencia a los supuestos previstos por los incisos 2º (agravamiento por el vínculo) y 3º (agravamiento por el resultado) del art. 142 del mismo cuerpo legal.

³⁴ ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., p. 75.

³⁵ Ver punto C.2.c. “supra”

³⁶ DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 149, quien cita al respecto a DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T I, p. 753.

El inciso 2º del art. 142 del CP. agrava la figura en razón del vínculo, y conforme la última parte de la disposición, el fundamento de la agravante radica en la situación de respeto que el autor debe a la víctima y que vulnera menospreciándola al privarla de su libertad con fines coactivos, lo que revelaría, en consecuencia y al decir de alguna parte de la doctrina, una mayor peligrosidad del agente³⁸.

Siendo esta enumeración legal taxativa, corresponde advertir que cuando la ley habla de cónyuge, no quedan comprendidas por la agravante ni las relaciones de concubinato, ni los matrimonios simulados o aparentes.

Asimismo, y al igual que en la agravante prevista por el art. 80 inc. 1ro. del CP., al verificarse el aspecto subjetivo del tipo, se exigirá el conocimiento del autor de que lleva a cabo su acción contra una persona que es su ascendiente, cónyuge o hermano; por lo tanto, el error o ignorancia sobre este extremo elimina la agravante.

El inciso tercero del art. 142 del CP. agrava la figura por el daño producido a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido.

Como más adelante se sostendrá respecto del resultado *muerte*, entendemos que sólo podría imputarse el resultado dañoso en caso de que el mismo sea producto de la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del tipo básico (por ejemplo: la enfermedad contraída por el lugar en que se dejó a la persona).

Por otro lado, el grave daño a los negocios importa el perjuicio patrimonial que haya resultado para el ofendido como consecuencia de la privación de libertad, quedando comprendidos tanto el daño emergente como el lucro cesante³⁹.

**) Muerte de la víctima:* como se sostendrá posteriormente, entendemos que ésta agravante sólo podría operar en el caso en que el deceso del sujeto privado de libertad sea la consecuencia de la realización del riesgo creado por la conducta dolosa del primer delito (por ejemplo: que muera la persona secuestrada a raíz de la falta de alimentación durante el período de cautiverio), ya que la muerte ocasionada a la víctima, cuando es independiente o está desvinculada de la privación de libertad, no tipifica la agravante.

No obstante nuestra postura de admitir comprendidos en la agravante a los resultados productos de acciones dolosas o imprudentes (rechazando la *preterintencionalidad*), debemos destacar que la doctrina nacional mayoritaria sostiene que esta agravante alcanza a los homicidios dolosos y a los preterintencionales, no así a los culposos, exigiendo que el

³⁷ A nuestro entender, excede el propósito de este trabajo el análisis de los fundamentos de la discusión apuntada.

³⁸ MOLINARIO, Alfredo y AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los Delitos*, T II, Ed. Tea, Bs. As., 1996, § 66, p. 60.

resultado tenga relación directa con la privación de la libertad, de manera que causas accidentales no puedan ser imputadas al autor⁴⁰.

Por su parte, señala **Sancinetti** que la figura analizada agrava drásticamente la pena cuando la víctima pierda la vida como consecuencia del secuestro y en razón de que la pena absoluta prevista para el caso es la más grave de las contempladas por el Código Penal argentino (que coincide a su vez con la del homicidio agravado), advierte el problema que surgiría al tornarse irrelevante discutir la prueba del dolo de un resultado cuya imputación imprudente o preterintencional tiene prevista la misma pena que la del respectivo delito doloso⁴¹.

d) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE DE LA “REPROCHABILIDAD”.

Este principio, el de culpabilidad, es el más importante de todos los que se derivan en forma directa del estado de derecho, ya que su violación importa el absoluto desconocimiento de la esencia del concepto de persona⁴².

La generalidad de la doctrina coincide en utilizar el término *culpabilidad* en la acepción contraria a la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva; por lo que la pena, tanto en sus fundamentos como en sus límites, dependerá del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito⁴³.

Nos enseña **Zaffaroni** que la violación más grosera al principio de culpabilidad se expresa en la máxima *versanti in re illicita atiam casus imputatur* (quien quiso la causa quiso el efecto), conforme a la cual se considerará como autor al que haciendo algo no permitido, por puro accidente, causa un resultado antijurídico, aún cuando este resultado no pueda considerarse causado culposamente conforme al derecho actual, constituyendo dicha teoría una de las manifestaciones -en sede jurídico penal- de la responsabilidad objetiva⁴⁴.

Concretamente, respecto de los delitos cualificados por el resultado, se sostiene que la consecuencia amenazada con pena más grave debe ser imputada al menos con imprudencia

³⁹ **FONTÁN BALESTRA, Carlos**, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 299.

⁴⁰ **NUÑEZ, Ricardo C.**, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. Ed. (actualizada por Víctor F. Reinaldi), ed. Lerner, Córdoba, 1999, p. 151. En el mismo sentido, **DONNA, Edgardo A.**, ob. cit., T II-A, p. 151. En contra, **ESER, Albin y BURKHARDT, Björn**, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 124, quienes manifiestan que “...la cualificación del resultado se debe haber producido al menos de forma culposa”.

⁴¹ **SANCINETTI, Marcelo A.**, *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II: “El Juicio”*, ed. Ad-Hoc, 2002, p. 959 y ss.

⁴² **ZAFFARONI, Raúl Eugenio**, ob. cit., § 12, punto 1, p. 123.

⁴³ **MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes**, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edic., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 102.

⁴⁴ **ZAFFARONI, Raúl E.**, ob. cit., § 12, n° 5, p. 133. Téngase como ejemplo el caso de que sea secuestrada una persona por varios sujetos y ésta muera a consecuencia de un infarto producto de las dolencias coronarias de que sufría, circunstancia de la cual ningún conocimiento tenían los secuestradores.

al autor, siendo esta regla una consecuencia directa de la vigencia del principio de culpabilidad⁴⁵ (*nullum crimen sine culpa*).

Dado que el principio de culpabilidad no es tan sólo una garantía para el acusado de un delito, sino prevista respecto de todos los ciudadanos, para hacer operar acabadamente esa garantía debe verificarse su respeto ya en el nivel de la tipicidad⁴⁶.

Dicho extremo no es objeto de discusión por parte de la doctrina.

Entonces, reconociendo el principio de culpabilidad jerarquía constitucional e internacional, cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones de la conocida teoría de la *versari in re ilícita*, toda vez que las mismas no son más que derivaciones de la responsabilidad puramente objetiva o responsabilidad por el resultado.

Tal como se viene sosteniendo, la posibilidades de combinación de tipicidades en las figuras estudiadas pueden ser: **a)** *dolosas-imprudentes* (ej., CP., 81 inc. 1º “b”, figura que creemos correcto denominar “*Lesiones seguida de muerte*”⁴⁷), **b)** *dolosas-dolosas* (ej., CP., 142 bis “última parte”, cuando el resultado más grave sea atribuible a título doloso -v. ej. del secuestrador que mata al rehen que intenta defenderse-), o **c)** *imprudentes-imprudentes* (ej., CP., 189 2do. párrafo “*Estrago culposo seguido de muerte*”),

Por ello, entendiendo por delitos cualificados por el resultado a aquellas figuras complejas que contemplen las combinaciones de tipicidades señaladas, creemos conveniente - a los efectos de no dejar librado al intérprete el debido respeto al principio de culpabilidad- **RECHAZAR** la aplicación de estos tipos complejos⁴⁸ y **PROPONER** la utilización de las reglas del concurso de delitos en la resolución de cada caso en particular, dado que la creación de estos tipos penales sólo son una excepción a dicha regla⁴⁹.

e) PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO “MUERTE”: LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO REDUCTORA DE LA CAUSALIDAD ENTRE EL DELITO BASE Y EL RESULTADO MÁS GRAVE. *

⁴⁵ PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, ob. cit. p. 224.

⁴⁶ Cf. PEREZ BARBERÁ, Gabriel, ob. cit., p. 226.

⁴⁷ Así lo había propuesto Sebastián Soler en el Proyecto de 1960. Esta definición es la utilizada por el código Penal Alemán de 1870, aún vigente.

⁴⁸ A favor de la derogación de éstas figuras complejas y la aplicación de las reglas del concurso de delitos, HOMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos cualificados por el resultado*, en ADPCP, 1989, ps. 1021 y ss.

⁴⁹ ZAFFARONI, Raúl E., ob. cit., § 37, nº5, p. 539.

Si bien pueden encontrarse tantas teorías de la imputación objetiva como autores se consulten⁵⁰, nosotros habremos de utilizar la que establece tres niveles de imputación⁵¹, los cuales son: **a)** la creación de un riesgo no permitido (es decir, que la acción haya creado un peligro de producción de un resultado jurídicamente desaprobado), **b)** la concreción de ese riesgo en el resultado⁵² (es decir, que el mismo haya consistido en la producción de ese peligro) y **c)** que dicho resultado se encuentre amparado por la protección de una norma; ***pudiendo imputarse al agente sólo el resultado producto de su acción cuando se verifique la concurrencia de los tres supuestos.***

DEBEMOS RECORDAR QUE EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA OBEDECE A LA NECESIDAD DE DISTINGUIR -dentro de la realización del tipo- ENTRE LA CUESTIÓN EMPÍRICA DE LA CAUSACIÓN DEL RESULTADO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE “ESE” RESULTADO, EL CUAL DEBE SER JUZGADO NORMATIVAMENTE.

La comprobación de la relación causal es tan sólo un límite mínimo para la cuestión de la imputación objetiva del resultado; por ello, se debe partir del principio según el cual sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción haya creado un *peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico*⁵³ y que, a su vez, esté comprendido en la estructura de un tipo legal.

Tal como fuera referido anteriormente, existiendo la posibilidad de tornarse innecesaria la discusión de la prueba del dolo respecto de un resultado cuya imputación imprudente o preterintencional (denominación que nosotros ya descartamos) tiene prevista la misma pena que la del respectivo delito doloso, se torna necesario advertir que ***la imputación objetiva de un resultado -tanto para un hecho doloso como para uno imprudente- presupone que el resultado sea la realización concreta del riesgo creado por la acción que, por tanto, quede comprendida dentro del alcance del tipo, según el fin de protección de la norma***

* Entienda el lector que el tema a desarrollar en este punto será tratado de manera sucinta en miras a no exceder el propósito del presente trabajo, por lo que quien quiera ahondar en el tema, podrá acudir a las obras citadas en la **nota n° 50**, y ello tan sólo a título enunciativo.

⁵⁰ Por ejemplo: **ROXIN, Claus**, ob. cit. § 11, n° 1 y ss., ps. 342 y ss.; **JAKOBS, Günther**, ob. cit., Apartado 7, ps. 222 y ss.: Del mismo, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, trad. Por Cancio Meliá, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2da. reimpresión. 2002; **FRISCH, Wolfgang**, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Ed. Colex, Madric, 1995; **SANCINETTI, Marcelo A.**, *Subjetivismo e Imputación Objetiva* ya cit., ps. 85 y ss.; **STRUENSEE, Eberhard**, *Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo*, en el Derecho Penal hoy, Libro homenaje a David Baigún, del puerto, Bs. As., 1995; **REYES ALVARADO, Yesid**, *Imputación Objetiva*, Temis, Bogotá, 1996, entre otros.

⁵¹ Si bien adoptaremos la teoría elaborada por **Claus ROXIN** (v. nota ant.), se utilizará distinta terminología a la empleada por el autor, pero intentando respetar fielmente la idea del mismo.

⁵² Para evitar confusiones, valga la aclaración a esta altura, se hará referencia a resultado como lesión al bien jurídico.

⁵³ **ROMERO, Gladys N.**, *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido Editores, Bs. As., 1999, § 3 “La relación de causalidad en los delitos de resultado”, ps. 83 y ss.

correspondiente, quedando alcanzados por el art. 142 bis, tercer párrafo, del CP, tantos los resultados culposos como los dolosos, pero no cualquier forma de producción del resultado⁵⁴.

La debida atribución de un injusto a su autor debe realizarse conforme a una imputación personal e individual del riesgo con más la imputación objetiva del resultado; ello debido a que en los delitos dolosos es preciso que el autor pretenda la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una acción peligrosa, mientras que en los tipos imprudentes, por su parte, la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor; por lo tanto, *el dolo y la imprudencia conforman el injusto subjetivo (o personal)*⁵⁵.

La relación de riesgo entre acción y resultado, incluida la producción de este último, constituye el ámbito del injusto objetivo, sosteniendo que *la imputación de un resultado tiene que basarse en la creación de un riesgo imputable, y la producción de esta acción peligrosa precisa de una referencia personal e individual*. Por ello, puede decirse que **la imputación objetiva se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo**⁵⁶.

Ahora, recordando las palabras de **Marcelo Sancinetti**, en cuanto a que no cualquier forma de producción de un resultado (doloso o imprudente) puede ser alcanzado por la última parte del art. 142 bis del catálogo sustantivo, podremos analizar algunos supuestos en que el resultado **nunca** podría ser imputado al autor por falta de conexión subjetiva y objetiva con el delito base⁵⁷.

Si tomamos como ejemplo un secuestro coactivo en que la víctima muere a raíz de que se la ha dejado de alimentar durante el período de cautiverio, podremos afirmar que dicha consecuencia (muerte culposa) sí resulta imputable al autor del injusto, dado que el resultado será la consecuencia derivada de la forma en que se llevó a cabo la privación de la libertad con fines coactivos, ya que se verifica la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción de ese riesgo en el resultado, estando el mismo amparado por una norma penal.

En cambio, si tomamos como ejemplo un supuesto en que se “*sustraiga*” a una persona en la vía pública para ser trasladada en el vehículo en que operan los secuestrados al sitio donde será “*ocultado*”, y a consecuencia del manejo imprudente del rodado la víctima muere en

⁵⁴ Cf. **SANCINETTI, Marcelo A.**, *Análisis Crítico del caso Cabezas, T. II “El Juicio”*, ya cit. p. 1032/3 (el destacado nos pertenece).

⁵⁵ **WOLTER, Jürgen**, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en **SCHÜNEMANN, Bernd**, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, ed. Tecnos, 1984, p. 113.

⁵⁶ **WOLTER, Jürgen**, ob. cit., p. 114.

⁵⁷ **SANCINETTI, Marcelo A.**, en *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II, “El Juicio”*, ya cit. ps. 1033/4. Si bien fueron cambiados los ejemplos, las ideas fueron recogidas a partir del estudio que realiza al respecto el autor.

una colisión, dicho resultado no será objetivamente imputable a los autores, dado que la muerte (también *culposa*) no constituye aquí la concreción del riesgo creado por los mismos, por lo que correspondería aplicar el art. 84 del CP. en concurso ideal con el art. 142 bis 1ra. parte del mismo ordenamiento legal.

Utilizando el mismo ejemplo, si la colisión ocurre a consecuencia de que la acción de los secuestradores fue vista por terceros, y éstos emprenden la persecución del rodado, dicho resultado (*muerte culposa*) sí queda comprendido en la concreción del riesgo creado por la privación ilegal de la libertad (en el caso, el intento de escapar para lograr huír con el rehén), por lo que éste sí sería un supuesto al que le resultaría aplicable el tipo penal estudiado.

Por otro lado, si tomamos como ejemplos casos en que el resultado más grave sea doloso, podremos arribar a idénticas conclusiones, ya que si quien cuida al secuestrado se ve obligado a darle muerte al advertir que éste se ha hecho de un arma con la que intentará recuperar la libertad, dicha muerte es dolosa y queda comprendida dentro del riesgo creado por la acción de privar de libertad, por lo que le sería aplicable la figura bajo análisis.

Distinto sería el caso en que el secuestrador tuviese planeado dar muerte a la víctima antes de privarla de su libertad (*muerte dolosa*), caso en el cual el delito base sólo constituirá un medio para otro fin contenido en el plan del autor -aunque punible de manera autónoma⁵⁸-, por lo que serían aplicables al caso los arts. 141 o 142 bis (según la finalidad perseguida por el autor) en concurso con el art. 80 inc. 2º del CP., pero **nunca** el art. 142 bis última parte de dicho cuerpo legal.

Si bien nos hemos manifestado por el rechazo a la utilización de estas figuras complejas, proponiendo la aplicación de las reglas del concurso de delitos en la resolución de los casos en concreto, entendemos que -mientras se siga acudiendo a estos tipos excepcionales- deben aplicarse los criterios de la teoría de la imputación objetiva con el fin de precisar en qué casos puede imputarse al autor el resultado que exceda al delito base, ya que sólo así se asegurará el máximo respeto al principio de culpabilidad en éste ámbito, preservándose -de esta manera- la vigencia del estado de derecho.

f) CONCLUSIONES.

Esperando haber cumplido con el objetivo propuesto al comenzar este ensayo, logrando algunas pautas de orientación a los fines de facilitar la correcta interpretación de estas figuras complejas, habremos de formular -a modo de propuesta- dos conclusiones:

⁵⁸ “En el delito cualificado por el resultado...sucede además que la acción arriesgada que produce un resultado más grave, por sí misma, satisface ya un tipo penal doloso; es decir, encaja en un tipo cuyo resultado, comprendido por

- En primer lugar, y entendiendo por **delitos cualificados por el resultado** a aquellos tipos complejos que contemplen la punición de un delito base (sea éste doloso o imprudente) con más una cualificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave, en tanto ésta sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base, creemos conveniente RECHAZAR la **utilización** de estos tipos complejos y PROPONER que se acuda a las reglas del concurso de delitos en la resolución de cada caso en particular; ello, no sólo porque la creación de estos tipos penales no es más que una excepción a dicha regla, sino también, y fundamentalmente, para impedir que quede librado al intérprete el debido respeto al principio de culpabilidad.
- Por último, entendemos que de seguirse acudiendo a la utilización de los tipos penales criticados, se debe imponer la aplicación de los criterios de la teoría de la imputación objetiva con el fin de precisar en qué casos puede imputarse al autor el resultado que exceda al delito base, ya que sólo de esta manera se podrá intentar asegurar el máximo respeto al principio de culpabilidad, preservándose -de esta manera- la vigencia del estado de derecho por el que debemos pugnar.

el dolo, muestra típicamente una tendencia hacia la consecuencia agravada en cuestión”, cf. HIRSCH, Hans Joachim, ob. cit., p. 299.