



Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

Por Rodrigo D. Lopez Gaston

Art. 138: *“Se aplicará prisión de uno (1) a cuatro (4) años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro”.*

Art. 139: *“Se impondrá prisión de dos (2) a seis (6) años:*

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan;

2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de diez (10) años, y el que lo retuviere u ocultare”.

Art. 139 bis: *“Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.*

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo”.

(Artículo incorporado por art. 7° de la [Ley N° 24.410](#) B.O. 2/1/1995)



Bien Jurídico Tutelado.

El derecho tutela a la persona humana por el sólo hecho de existir. Tal protección, que asume diversas formas, se manifiesta en lo que a nosotros interesa, en el reconocimiento de ciertos atributos jurídicos que le son inseparables e inalienables por su condición. Ellos son *los derechos de la personalidad, el nombre, el estado y el domicilio*.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación mantiene su doctrina acerca de la preexistencia a todo ordenamiento jurídico de los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de las personas. El derecho a la vida, reconocido de manera implícita por nuestra Constitución Nacional en forma previa a la reforma del año 1994 (art. 33) y luego taxativamente con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22º), preexiste a toda la legislación que no hizo otra cosa que reconocerlo por la sola condición de persona. A partir de allí se desprenden los demás derechos que constituyen la persona y le permiten desenvolverse en la sociedad como ente de derechos y obligaciones.

El estado es, justamente, uno de ellos, definido como la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad. Guillermo Borda lo conceptualiza como el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos¹. Los elementos que lo configuran pueden observarse con relación a las personas consideradas en sí mismas (edad, sexo, salud, profesión), con relación a la familia (casado, soltero, viudo, divorciado, ser padre o hijo, pariente, etc.) y con relación a la sociedad en que vive (nacional o extranjero). Como se observa, el *estado* de la persona posee una íntima vinculación con los derechos que le corresponden “al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano. De ahí que en las cuestiones relativas al estado medie un interés de orden público muy directo”².

Ahora bien. El *estado civil* deriva de las relaciones de familia, institución básica de la sociedad, resultando indispensable protegerlo contra aquellos actos que tiendan a desbaratarlo mediante adulteraciones, maniobras fraudulentas y las suplantaciones.

¹ BORDA, Guillermo; *Manual de Derecho Civil. Parte General*, 15ª edición, ed. Perrot, Bs.As., 1991, p.223.

² Idem, p. 224.



Supresión y alteración del estado civil

Art. 138: “*Se aplicará prisión de uno a cuatro años al que, por un acto cualquiera, hiciera incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro*”.

I. Antecedentes históricos y/o legislativos y/o proyectos.

La redacción actual responde a las modificaciones introducidas por la ley 24.410 (publicada en el Boletín Oficial el 2/01/1995) que rediseñó los artículos 138 y 139 de este Capítulo e introdujo la figura contenida en el actual artículo 139 bis. En lo que respecta al tipo penal que tratamos, se ha endurecido la escala penal (que antes era de seis meses a dos años de prisión) y se eliminó como elemento del tipo el *propósito de causar perjuicio* establecido por el proyecto de 1906 presentado por Rodolfo Moreno (hijo).

Sin embargo, para llegar al estado actual de la cuestión, mucho fue el camino recorrido por este ilícito. El proyecto de Tejedor de 1886 era aún distinto al que regía antes de la última reforma de la ley 24.410. Se dedicaba en su título de los delitos contra el estado civil de las personas de de suposición de parto, de exposición, ocultación y cambio de niño, y de otras usurpaciones. La figura de la *usurpación* del estado civil de una persona suponía fingirse ella misma para usar de sus derechos (usurpar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales). Como afirma Rodolfo Moreno (hijo), “es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de substituirse a otra real y existente”³.

Posteriormente, el Proyecto de 1891 castigaba con pena de penitenciaría de seis meses a dos años al que por un acto cualquiera hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otra persona. La simplificación que se proponía al Código del doctor Tejedor respondía a la crítica formulada acerca de que todos aquellos ilícitos contra el estado civil prescribían la misma pena de prisión de uno a tres años. En los fundamentos del novel proyecto se advertía que todos los actos de alteración o supresión del estado civil no podían equipararse en gravedad. De tal forma, juzgaron que la regulación de la materia debía contener un precepto general que abarcara todos los casos comunes,

³ MORENO, Rodolfo (hijo); *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo IV, ed. H.A. Tomás, Bs.As., 1923, p. 347.



imponiendo penas más graves para los ilícitos de mayor entidad o de mayor número de derechos violados y por ofrecer mayor peligro en la conducta del agente.

Estas razones justificaban la redacción que transcribimos en el inicio del párrafo anterior, repetida en todos sus términos en el proyecto de 1906. El fin perseguido tras la fórmula genérica consistía en evitar dudas e incertidumbres, siendo capaz de captar todos los actos de cualquier naturaleza que produzcan por resultado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro⁴. También se legisló sobre la suposición de preñez o parto y la exposición u ocultación con algunas circunstancias agravantes pero subrayando que ambas figuran respondían a los mismos fines espurios que la perseguida en el ilícito genérico.

Fue Rodolfo Moreno (hijo) quien presentó a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 proponiendo que se le agregara al artículo 138 la frase “*con el propósito de causar perjuicio*”. Moreno pretendía evitar que se castigue al autor en aquellos casos en donde se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin perjudicar a nadie; es decir, un obrar sin propósito de delinquir. Para convencer a los parlamentarios citó como ejemplo las situaciones en donde no se tienen herederos y se adoptan expósitos. “Como entre nosotros no existe la adopción, se recurre algunas veces al expediente de simular la existencia del hijo”⁵. Estos serían casos –siguiendo al autor- en donde se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin propósito de perjudicar a nadie. Así fue como finalmente el artículo 138 que rigió hasta el año 1995 quedó redactado del siguiente modo: “*Se aplicará prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio*”.

Se criticó fuertemente la incorporación del *propósito de causar perjuicio* como elemento subjetivo del tipo. Sebastián Soler advirtió serias contradicciones entre el art. 138 y el inciso 2º del art. 139 pues las injusticias que Moreno pretendió evitar a través del primero se cometían con la aplicación del segundo⁶. Recordemos el ejemplo brindado por este autor respecto a los hijos expósitos. Su noble propósito, no incriminado por el art. 138, pasaba a serlo por el inciso 2º del art. 139. Este delito –sin perjuicio del análisis que se hará más adelante- reprimía con prisión de uno a cuatro años *al que por medio de exposición, ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto,*

⁴ Así fue declarado en la exposición de motivos del proyecto de 1906 (conf. MORENO (hijo), Rodolfo..., ob.cit., p. 348.

⁵ MORENO (hijo), Rodolfo..., ob.cit., p. 349.

⁶ SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, 4º edición, 11º reimpresión, ed. TEA, Bs.As., 2000, p. 393.



alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. En esta descripción, la utilización de la frase “*o de otro acto cualquiera*” incorpora toda aquella modalidad por la cual se hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil del infante, junto con la exposición y la ocultación. De tal modo, lo que se pretendió evitar incorporando aquél elemento subjetivo del tipo, encontró su criminalidad en esta última figura que, se habrá visto, no incorporó en igual sentido el *propósito de causar perjuicio*.

La ley 24.410 del año 1995 reformó el art. 138, modificando la pena (ahora establecida entre 1 a 4 años) y eliminando el criticado *propósito de causar perjuicio*, retornando al tipo penal genérico del proyecto de 1891.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, lo cual no exige mayores precisiones.

Las acciones típicas de hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil debe ser sobre *otro*. Es decir, ese *otro* es un ajeno lo que implica que dichas acciones no son punibles cuando se efectúen sobre el propio estado civil salvo cuando los hechos impliquen falsificaciones documentales que sean comprendidas por los arts. 292 y siguientes del Código Penal⁷. De tal modo, tampoco será punible como autor de este delito el que participa en la alteración o supresión que otro realiza sobre su propio estado civil, “ni el que lo hace como autor pero instigado por aquel cuyo estado se altera, suprime o se hace incierto o con su expreso consentimiento cuando puede válidamente prestarlo”⁸ pues en todos estos casos no se acciona sobre el estado civil de otro.

El sujeto pasivo, entonces, es el *otro*. Debe tratarse de una persona mayor a los 10 años de edad pues si es menor la conducta quedará abarcada por el art. 139 bis del Código Penal, a la luz de la reforma promovida por la ley 24.410.

⁷ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho penal. Parte especial*, 7º edición, ed. Astrea, Bs.As., 2007, p. 288.

⁸ Idem, p. 289.



Acciones Típicas.

Tres son las acciones referidas en el tipo bajo las cuales se puede lesionar el estado civil de una persona. Hacer incierto, alterar y suprimir.

Hacer incierto importa dificultar o hacer difícil la determinación o el conocimiento del verdadero estado civil de otro. La clásica situación se da en aquellos casos en donde se hace incierto el estado civil de una persona que todavía no está inscripta. Sin embargo, el sujeto pasivo puede o no tener una situación civil previamente establecida. De tal modo, se puede hacer incierto el estado civil de una persona que antes tenía uno cierto, pero no es forzoso –como afirma Soler– que el sujeto tuviese alguna situación civil previamente establecida⁹.

De las tres acciones típicas, ésta es la más imprecisa. La reflexión se ve corroborada en el pensamiento de Juan P. Ramos, quien supo afirmar de manera implacable, que el término *incertidumbre* resulta confuso como modalidad de comisión del delito. No encuentra ejemplo apropiado que pueda lograr una diferenciación acabada y entendible ni tampoco, afirma, la doctrina ha logrado precisarlo ni a través de algún ejemplo que permita decir claramente qué es lo que hace incierto el estado civil de una persona¹⁰.

La *alteración* supone asignar un estado civil distinto al que verdaderamente la persona posee. Se altera el estado civil cuando se hace aparecer a una persona como casado siendo soltero, habiéndose alterado la partida de matrimonio, o cuando aparece como nacido en el país siendo extranjero. Se actúa sobre los documentos destinados a la acreditación de tales extremos, eliminando o alterando sus datos (sobre la edad, sexo, cambiando una partida de nacimiento por otra, etc.)¹¹.

Por último, *suprimir* el estado civil equivale a la acción que coloca al sujeto en la imposibilidad de determinar o acreditar su estado civil sin asignarle otro distinto.

⁹ Soler..., ob.cit., p. 395.

¹⁰ RAMOS, Juan P.; *Curso de Derecho Penal*, 2º edición, Tomo V, ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As., 1943, p. 292.

¹¹ CREUS..., ob.cit., p. 288.



En todos los casos las acciones deben ser idóneas para subyugar el estado civil. Por tanto, no constituye delito la usurpación del estado civil de otro mediante la mera invocación de su identidad en tanto y en cuanto no signifique privarlo de ese estado o tornarlo incierto¹².

Al estudiar este delito habremos notado que nuestra concentración se inclina en forma preponderante sobre las tres acciones. Pero si repasamos su lectura, la figura comienza pensando al que “*por un acto cualquiera...*”. Tal expresión nada aporta al delito y por eso es que nuestra atención se fija en el hacer incierto, alterar o suprimir. Coincidimos con Alfredo Molinario en que debería suprimirse para que el artículo quede más sencillo y mejor redactado y no se preste a confusiones innecesarias¹³.

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso.

Recordemos que la ley 24.410 ha eliminado el *propósito de causar perjuicio*.

Consumación y Tentativa.

La acción se consuma cuando se ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro. Sin embargo, resulta fundamental determinar bajo qué acción típica el agente ha obrado habida cuenta que el momento consumativo será bien distinto, por ejemplo, entre el *hacer incierto* y en la *alteración* del estado civil.

Se admite la tentativa. Creus y Buompadre brindan como ejemplo el caso de aquél que, para tratar de suprimir una partida, comienza a arrancarla del protocolo sin poder consumir su acción, al ser sorprendido por un empleado del Registro¹⁴.

¹² CREUS..., ob.cit., p. 288.

¹³ Conf. MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo I, ed. TEA, Bs.As., 1996, p. 531. “Repárese lo que se produciría si dijéramos ‘el que, por un acto cualquiera, matare a otro’; ‘el que, por un acto cualquiera, causare un daño en el cuerpo o en la salud’, y así sucesivamente. Sólo agregaríamos palabras y ninguna idea”.

¹⁴ CREUS..., ob.cit., p. 290.



Suposición de estado civil

Art. 139 inc. 1º : *“Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan”*

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Tal cual hemos visto con el artículo precedente, la ley 24.410 atravesó profundamente este capítulo del Código Penal, alterando la estructura típica del delito del cual pasamos ahora a ocuparnos.

En la redacción anterior se reprimía con prisión de uno a cuatro años *“a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito”*. Esta actividad se consideraba de mayor gravedad que la disposición genérica del art. 138 y, por ello, logró autonomía.

El proyecto Tejedor también castigaba los partos fingidos con prisión de un año, extendiendo igual imputación al médico o la partera que cooperaren en su ejecución. La nota que seguía al artículo resumía la importancia de penalizar esta modalidad: *“...introducir a alguno en una familia que le es extraña es introducir la perturbación y la ilegalidad en las relaciones de esta familia en todos sus grados, para todas las generaciones, en todos los casos de sucesión, tutelas y otros actos resultantes del parentesco. Este compendio de la influencia ejercida por el estado civil sobre la suerte de las personas y de los bienes hacen comprender bastante cuál es la gravedad de los fraudes cometidos en esta materia y justifica la severidad de las disposiciones de la ley”*¹⁵. La equiparación punitiva al médico o la partera aún tratándose de un caso de complicidad encontraba justificativo en el derecho de exigir un cumplimiento exacto y una verdad absoluta por parte de los facultativos y empleados públicos a quienes la ley encomienda actos relativos al estado civil de las personas¹⁶.

Igual disposición fue repetida en el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García –art. 295-, y también en el Código de 1886 pero en este último caso fijando una pena privativa de la libertad de

¹⁵ MORENO..., ob.cit., p. 352.

¹⁶ MORENO..., ob.cit., p. 353.



uno a tres años. Tampoco hubo modificaciones estructurales en los proyectos de 1891 y 1906. Por tanto, puede afirmarse que este delito proviene del Proyecto de Carlos Tejedor y atravesó los tiempos hasta la modificación realizada por la ley 24.410, que aumentó la escala penal y eliminó toda la parte que se refería a la penalidad extensiva a los cooperadores (médicos y parteras).

El mayor rigor punitivo cuando se trata de menores de edad tiene que buscarse en el mayor daño que se produce sobre un niño inocente con mayor grado de vulnerabilidad, provocando un daño, quizás, irreparable.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Sujeto activo sólo podrá serlo la mujer que finge preñez o parto. Si quien finge es una persona distinta de la que se hace aparecer como madre podrá ser reprochada por el art. 139 inc. 2º del Código Penal o, eventualmente, con la pena del art. 139 bis del mismo Código¹⁷.

El sujeto pasivo será toda persona que se vea afectada por la atribución al hijo supuesto de derechos que no le correspondan¹⁸.

Acciones Típicas.

La conducta punible consiste en fingir preñez o parto atribuyendo a un niño el estado civil de hijo que no tiene, dentro o fuera del matrimonio. En el primer caso se simula la existencia de un embarazo, en el otro, la del nacimiento de un ser vivo producto de un embarazo existente pero

¹⁷ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E..., ob.cit., p. 293.

¹⁸ GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Compañía Argentina de Editores, Bs.As., 1940, p. 298.



frustrado. Más allá de tales apreciaciones, lo importante es que en ambos casos se persigue atribuir la falsa filiación a otro niño¹⁹.

Creus y Buompadre mencionan diversas versiones en las que se puede presentar este delito: “puede fingirse la preñez y el parto cuando no existió aquélla y presentarse un niño como su producto; puede fingirse el parto cuando realmente existió preñez que se interrumpió antes de llegar a aquél, presentando a un niño como nacido en el fingido parto; pueden haber existido realmente la preñez y el parto, presentándose a un niño con vida cuando el nacido de aquél lo había sido muerto, o a un niño distinto del que en verdad nació en el parto (p.ej., presentar un varón cuando se parió una niña), porque la ley no se refiere aquí al fingimiento del acto fisiológico del parto, exclusivamente, sino también al fingimiento de las circunstancias de ese parto con respecto a la persona que ha nacido en él...”²⁰.

No constituirá delito fingir preñez pues su sola ficción no dice nada²¹. Tampoco configura el tipo los casos en que la preñez y el parto son reales y el niño que se presenta es el nacido de éste aún cuando se finjan cuestiones relativas a ese nacimiento, como ser la fecha y lugar²².

Se considera insuficiente que se finja preñez o que se haya parido un niño muerto²³. Tampoco basta la inscripción en el Registro Civil de un niño imaginario. En el momento de la ejecución del delito debe haber un niño vivo –como opinan Creus y Buompadre–, que es el otro cuyo estado civil se altera. Los autores citados descartan la tipificación en la falsa inscripción de un niño inexistente derivado del fingimiento de la preñez y del parto, ni en la presentación de un muerto como nacido en esas condiciones de falsedad²⁴.

Tipo Subjetivo.

¹⁹ SOLER..., ob.cit., p. 398.

²⁰ CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E..., ob.cit., p. 291.

²¹ Tal es la opinión de Juan P. Ramos, pues “Mientras el hijo supuesto no nazca en un parto fingido, la mujer no puede inscribirlo en ninguna parte; no puede demostrar su existencia; de ningún modo puede hacer que le está dando derechos al hijo” (ob.cit., p. 295).

²² CREUS..., ob.cit., p. 292.

²³ NUÑEZ, Ricardo C.; *Tratado de Derecho Penal*, 2º edición, 2º reimpresión, Tomo III, Volumen II, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 434.

²⁴ CREUS..., ob.cit., p. 292.



Se trata de un tipo doloso que persigue como resultado el otorgar a un niño que se presenta como hijo derechos que no le correspondan. Los derechos a los que la ley se refiere –no necesariamente de índole patrimonial pero sí pasibles de ser exigibles jurídicamente- son aquellos inherentes al estado civil fingido y que el sujeto activo no puede otorgar por sí misma por pertenecer su titularidad a terceros²⁵. Si fueren disponibles para el agente, no se daría el delito.

De tal forma, cuando el agente finja preñez o parto con una finalidad distinta al móvil de dar al supuesto hijo derechos inherentes a un estado que se le cree o suponga, el hecho no encuadrará en este delito²⁶. En síntesis, deben ser derechos inherentes al estado civil supuesto.

Resulta importante el análisis de Nuñez sobre el aspecto concursal. El atentado al estado civil se consuma con la presentación del niño teniendo en miras el ánimo de otorgarle derechos de un tercero. Ahora, si la mujer sigue más allá e intenta o logra hacer valer esos derechos, concurrirá con algún tipo defraudatorio²⁷.

Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la presentación del supuesto hijo como producto de las maniobras engañosas previas de preñez y parto. Algunos autores entienden que podría darse un caso de tentativa el mero fingimiento de la preñez o del parto sin la presentación de un niño vivo²⁸.

Supresión y Alteración de Identidad de Menores

inc. 2º: “Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare”.

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

La ley 24.410 estableció un nuevo tipo penal, agravado por cierto, que sustenta la punibilidad sobre la identidad del menor de 10 años.

²⁵ Creus y Buompadre refieren el caso del fingimiento de la mujer de haber quedado embarazada del cónyuge premuerto para otorgar al supuesto hijo derechos en la herencia de los suegros (ob.cit., p. 292).

²⁶ GOMEZ, Eusebio..., ob.cit., p.297.

²⁷ NUÑEZ, Ricardo..., ob.cit., p. 435.

²⁸ CREUS..., ob.cti., p. 293.



Antes de la reforma, este inciso reprimía al que por medio de exposición, ocultación u otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. Claramente la nueva reforma se distancia del tipo penal superado.

Sin embargo, en el proyecto Tejedor era bien distinto a ambos. Se castigaba con pena de prisión de dos años al que expusiere u ocultare a un niño o le supusiere filiación para hacerle perder su estado de familia o los derechos que por él le corresponden. El tipo se reproduce en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García y en el Código Penal de 1886.

En ningún momento se especificó qué edad debía tener ese niño. Tan sólo se lo menciona como tal, dejando la situación a la prudente apreciación judicial, cuestión que pudo ser superada con las reformas posteriores.

Así fue como en el Proyecto de 1891 se repite aquella construcción pero se limita la edad de diez años. En la nota, se entendió que “las personas mayores de esta edad tienen más medios de protegerse y contra ellas el delito no será tan grave”²⁹. Se comprendió que la *exposición* y la *ocultación* del menor revelaban mayor índice de peligrosidad del autor y por ello la pena era agravada. La exposición del menor significa depositarlo en lugar distinto de aquel en que debe encontrarse y de modo que no permita establecerse quién es o cuál es su situación de familia³⁰. El ocultamiento se refiere al estado de familia que le es propio al menor de diez años y no a su existencia³¹.

Como se ha dicho en las primeras líneas de este apartado, la ley 24.410 alteró profundamente el esquema típico de la figura, eliminando de la fórmula a la *exposición* y *ocultación* como modalidades pero incorporando *cualquier acto* idóneo para producir el resultado típico, con lo cual, se sintetizó el tipo haciéndolo menos descriptivo y más sintético. Incorpora como sujetos activos a quien retenga u oculte al menor y menciona como bien jurídico tutelado la identidad del menor, lo que puede advertirse como un matiz diferenciador. Sin embargo, el concepto que hemos dado sobre el estado civil de la persona como bien jurídico se identifica con la identidad de la persona. Por tanto, no debe ser interpretado como bienes jurídicos diversos.

Análisis de los Elementos del Tipo.

²⁹ MORENO..., ob.cit., p. 355.

³⁰ GOMEZ, Eusebio..., ob.cit., p. 299. El autor cita como ejemplo el caso en que un menor es colocado en un hospicio, ocultando su estado de hijo legítimo o natural reconocido.

³¹ Idem, p. 300.



Características de los Sujetos.

Cualquiera puede ser sujeto activo de este delito (“*Se impondrá prisión... al que...*”).

El sujeto pasivo se refiere al menor de 10 años de edad pues si se supera el límite, la conducta podría quedar abarcada por el art. 138 del Código Penal.

Acciones Típicas.

El tipo se refiere a cualquier acto que hiciere incierto, altere o suprima la identidad del menor. El acto punible debe ser idóneo y recaer sobre la persona del menor o sobre los documentos que acreditan su identidad³².

Sobre la conceptualización de las acciones típicas *hacer incierto, alterar o suprimir* habremos de remitirnos al desarrollo efectuado en el apartado “II.b” del comentario al artículo 138 del Código Penal.

Por último, la figura extiende la punibilidad al sujeto que *retuviere u ocultare* al menor. Tales acciones deben estar dirigidas a introducir incertidumbre, alteración o supresión de la identidad de aquél pues, si no tuviesen tal inspiración, aparecerían como acciones autónomas y, por tanto, abarcadas por el delito de sustracción de menores tipificado en el art. 146 del Código Penal³³.

Retener implica impedir que el menor se aparte del lugar en que se encuentra. Supone una privación de libertad con la finalidad de vulnerar su estado civil o identidad que pudo haber sido, o no, precedida por la sustracción de la víctima³⁴.

La *ocultación* impide que su existencia sea conocida por quienes pueden determinar su verdadera identidad. Consiste en impedir que se conozca su verdadera condición de modo de crear incertidumbre, suprimir o alterar su estado civil³⁵.

Tipo Subjetivo.

Se trata de un tipo penal doloso.

³² CREUS..., ob.cit., p. 295.

³³ CREUS..., ob.cit., p. 295.

³⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos..., ob.cit., p. 203.

³⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos..., ob.cit., p. 203.



Consumación y Tentativa.

En el mismo sentido expuesto al momento de comentar el delito tipificado en el art. 138 del Cód. Pen., la acción se consuma cuando se ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil del menor de 10 años, y cuando se lo retiene u oculta con los fines delineados. También aquí es de vital importancia determinar bajo qué acción típica el agente ha obrado habida cuenta que el momento consumativo será diverso.

Promoción, Facilitación e Intermediación

Art 139 bis: *“Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.*

”Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo”.

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Esta figura penal llega de la mano de la ley 24.410 con la finalidad de combatir el tráfico de niños, más allá de que su tipicidad abarca a la totalidad de los delitos del Capítulo, reprimiendo a todas las personas que con su conducta, posibilitan, contribuyen, estimulan o incitan a la comisión estos delitos³⁶.

³⁶ LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A.; *Notas al Código Penal Argentino*, Tomo II, 2º edición, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p.295.



Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, teniendo en consideración que las agravantes de pena serán aplicables a los funcionarios públicos o profesionales de la salud, conforme lo indica el segundo párrafo de la norma.

Sujeto pasivo podrá ser cualquier persona que reúna las características de los delitos anteriores, tal como ya lo hemos visto.

Acciones Típicas.

La estructura se compone de dos formas de participación: facilitar o promover. Si bien la norma menciona la *intermediación* –generar el contacto o acercar a los sujetos activos-, se aprecia como un concepto novedoso en la terminología penal e innecesaria pues ella está comprendida en la *facilitación*³⁷. El sujeto *facilita* cuando allana o remueve los obstáculos o cuando proporciona medios de cualquier naturaleza para que el o los autores asuman las acciones de los delitos de que se trata, o quien mediante omisiones de la actividad a la que está obligado, permite las respectivas acciones³⁸.

Con relación al término *promoción*, Creus y Buompadre entienden que la ley no se refiere a la difusión de medios para cometer los delitos sino a la organización de esos medios para que puedan ser cometidos. Se refieren a la instancia organizativa de los medios disponibles y a su cuidadosa selección y depuración, para luego sí, perfeccionarlos para su posterior entrega. Por su parte, para Carlos Fontan Balestra *promueve* quien hace nacer la idea de la supresión o suposición del estado civil o de la identidad, la mantiene o impulsa, procurando su realización³⁹.

El nudo del asunto tiene que ver con incorporar formas punibles de participación que bien podrían colisionar con la reglas de la participación criminal del Código Penal. De tal forma, lo cierto

³⁷ MOLINARIO..., ob.cit., p. 539.

³⁸ CREUS..., ob.cit., p. 296.

³⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, 4ª edición, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 2007, p. 205.



es que los artículos que a ella se dedican ya comprenden las modalidades destacadas en el delito anotado. En rigor, la mayor pena que ahora se establece, a criterio de Molinario, tiene que ver con que se desvalora en mayor medida *promover* o *facilitar* que cometer el delito⁴⁰.

Por último, la estructura típica “*haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad*” resulta meramente aclaratoria sin utilidad alguna salvo para eliminar la posibilidad de que se concurse a este delito con los delitos de amenazas o abuso de autoridad⁴¹.

El segundo párrafo estipula la punibilidad de los funcionarios públicos o profesionales de la salud que cometan alguna de las conductas previstas en este Capítulo, reprimiendo con pena de prisión de tres a diez años e inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena. Molinario considera injusta la escala penal por la calidad del sujeto activo. Y nos lo hace saber de este modo: “Si hay figuras penadas con 1 a 4 años de prisión, de 2 a 6 y de 3 a 10, como ocurre en este Capítulo, es notoriamente injusto que, en todos los casos, si el autor tiene ciertas características, la pena sea de 3 a 10 años. En primer lugar porque no varía si se trata de este último caso, aumenta aproximadamente un tercio en relación con el segundo, y aumenta entre el doble y el triple en cuanto al primero. ¿Por qué?”.

La relación a todo *funcionario público* debe entenderse sólo con aquellos que desempeñen una función relacionada con el sistema de registro de datos que hacen al estado civil, a la documentación personal u otros que guarden similitudes a ese respecto⁴².

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso. No importa cuáles son las motivaciones del agente, sea que fuere por lucro, por precio o promesa remuneratoria, o para causar perjuicio.

⁴⁰ MOLINARIO..., ob.cit., p. 539. El autor considera que el alto monto punitivo resulta un factor desequilibrante en el sistema general del Código Penal.

⁴¹ MOLINARIO..., ob.cit., p. 539.

⁴² MOLINARIO..., ob.cit., p. 539. El autor se inclina por los funcionarios que guarden tal vinculación con la materia pues “No tiene sentido agravar la pena del secretario del director de correos, del barrendero, del asesor de un ministro ni del Inspector General de Justicia, así como la de casi todos los funcionarios, porque si éste fuera el caso habría que tejer un esquema de agravantes para infinidad de delitos”.



Consumación y tentativa.

El delito se consuma cuando el autor promueve, facilita o intermedia en el acometimiento de los delitos estipulados en este capítulo del Código Penal. De su estructura no parece admitirse la tentativa. Sin embargo, Laje Anaya y Gavier opinan que el delito se considera consumado cuando se producen los efectos típicos, esto es, “cuando se hace incierto, se altera, se supone o se suprime el estado civil de otro, en el momento en que se hace incierta, se altera, o se suprime la identidad de un menor de diez años, o cuando se lo retiene u oculta”. Respecto a la tentativa, refieren que si bien no es posible en este delito específico, “sí es posible la intermediación en la tentativa de supresión, suposición o alteración del estado civil o la identidad”⁴³.

⁴³ LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A..., ob.cit., p. 296.