



Abigeato

Por Rubén E. Figari

Art. 167 ter: “Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encuentre en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte”.-

Art. 167 quater: “Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.

2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.

3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.

4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.

5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.

6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas”.-



Art. 167 quinque: “*En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.*

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído”.-

§ 1.- Antecedentes

La problemática referida a la sustracción de ciertos animales ya preocupaba a los pueblos de antaño pues éstos representaban para ellos elementos primordiales para satisfacer las necesidades de la vida humana desde diversos puntos de vista, encarnadas tanto como factores de producción, como instrumento de trabajo y hasta como seres sagrados a quienes se les rendían culto religioso. Al respecto, consigna Carrara que: “Pero aun cuando las cosas no fueran llevadas a tanta exageración, la idea de proteger a algunos animales contra la perversidad humana, con sanciones especiales, fue casi universalmente acogida. De aquí nació que muchas legislaciones conminara penas severísimas contra el hurto de aquellos animales que por sus costumbres eran considerados como más especialmente útiles, y a ese hurto se le dio, a causa de su odiosidad, un nombre distinto; de ahí el título de abigeato” ⁽¹⁾.-

Esta última palabra viene de *ab* y *agere*, que significa echar por delante, arrear y que describe de una forma material la manera con que se consuma el hurto de los animales que no se toman en los brazos para llevarlos, así como de *ab* y *ducere*, llevar a tras de un lugar a otro, se sacó la palabra “aducción”, que describe la forma como se guía a un hombre de un lugar a otro. “Por esto creo que, mirando el fondo de este asunto, el origen del nombre especial dado a esta forma de delito debe más bien buscarse en la sutil adhesión de los romanos a la exactitud del lenguaje, pues al colocar la

1 CARRARA Francesco “*Programa de derecho criminal. Parte especial*” vol. IV, Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1996, § 2074.



esencia del hurto en la *contrectación*, y no viéndola en la sustracción de ciertos animales, al no ser aplicable a éstos el nombre de hurto, hubo que inventar un nombre diverso”⁽²⁾.-

Historia Carrara que los romanos condenaban a los reos de abigeato según la cualidad de las personas, o a trabajos forzados en las minas, o a las fieras, o a trabajos públicos, o a ser gladiador de acuerdo al Digesto. También se observaban diversas penas para el abigeato en los variados códigos de la antigua Germania. Asimismo, en la antigua Francia, los reos de abigeato eran castigados con la muerte, como sucedía también en Holanda y en Zelandia. Teodosio consideró este delito como una causa especial de divorcio, así también lo entendía Justiniano, por considerarse que el temor de perder las ganancias de la dote alejaba del hurto de animales a los maridos. En lo concerniente a las leyes bárbaras, también se sancionó el abigeato con multas y la ley sálica ponía especial énfasis para los animales negros. Por su parte, la ley Carolina no impuso punibilidad específica contra el abigeato y lo dejó bajo las reglas ordinarias del robo, de manera tal que el hurto de un caballo no era castigado con la muerte, excepto a causa de su precio especial, o de la repetición del delito, o de la manera peligrosa de cometerlo⁽³⁾.-

Pero se debe resaltar, siempre siguiendo las consignas del maestro pisano, que no todos los animales resumían un interés suficiente como para que se lo considerara abigeato, ya que sólo se aplicaba esta figura a los cuadrúpedos y entre ellos a los que sirven para la agricultura, las labores o el pastoreo, con el componente que solamente se consideraba como tales – cuadrúpedos – a los que pastoreaban en rebaño – *quae gregatim pascuntur* – o solo aquellos cuyas carnes se comían. Posteriormente, también se hizo un distingo en el sentido de que algunos se consideraban “mayores”, u otros “medianos” y otros “menores” y también se estableció que para que se consumara el delito de abigeato bastaba haberse robado una sola cabeza de los primeros – bueyes, caballos y camellos –; de los segundos – mulos, asnos y cerdos – era menester haberse robado dos, tres o cuatro, respectivamente, y de los terceros – ovejas y cabras – se necesitaba haber sustraído diez. Todo ello importaba que se tomaba en consideración como única razón, al objeto robado⁽⁴⁾.-

2 Idem (ob. cit. § 2074).

3 Idem (ob. cit. § 2078).

4 Idem (ob. cit. § 2075).



Pero con el decurso del tiempo a la vez que se fueron aminorando los castigos sumamente severos que se imponían para este tipo de delito, a la par se fue perfilando otro punto de vista que no se fincaba solamente en el objeto robado, sino en el lugar donde se encontraban los animales, circunstancia ésta que ya la tomaban en consideración los romanos al exigir que el animal fuera sustraído del potrero, que era, en definitiva, lo que luego se tendría en cuenta – el hecho de estar librado a la confianza pública –, en la legislación moderna.-

§ 2.- Antecedentes Legislativos Nacionales

§ 2.1.- Proyecto de 1891

En el Derecho argentino se advierte que la cuestión referida al hurto o sustracción de ganado, más propiamente llamado “abigeato”, recién se encuentra en este Proyecto cuya comisión, designada por decreto del 7 de junio de 1890, quedó integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo que en el Título V “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto”, el art. 198, inc. 3º especificaba: “*Se aplicará penitenciaria de uno á cuatro años en los casos siguientes: ... 3º Cuando fuere de animales en rebaño ó de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo...*” reconociendo como antecedentes de esta redacción el Código italiano (art. 403 inc. 6º); francés (art. 388); holandés (art. 311 inc. 1º); uruguayo (art. 370 inc. 4º) y chileno (art. 449) (5).-

§ 2.2.- Proyecto Segovia de 1895.

En el año 1882 y sin encargo oficial alguno, Lisandro Segovia realiza una serie de observaciones críticas al Proyecto de 1891 y publica en la “*Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*” de Buenos Aires un “Proyecto de Código Penal” que no tuvo recepción parlamentaria.-

Con respecto al instituto en cuestión se repite la ubicación de la agravante en el Título V “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto” en el art. 220, inc. 4º: “*Se aplicará penitenciaria de seis meses á tres años en los casos siguientes: ... 4º Cuando fuere de animales en rebaño, ó de*

5 Sobre el particular la Exposición de Motivos refiere: “El artículo 198, enuncia las circunstancias agravantes del hurto derivado del sitio en que se cometiere el delito, de los objetos en que recayere, de la ocasión en que se ejecutare, ó del medio que se empleare... Determina otra agravante la conveniencia de proteger contra el hurto los productos ó semovientes que por necesidad quedan en el campo, no siendo posible que el propietario tome respecto de ellos las precauciones que se toma con los objetos que pueden ser guardados en un recinto cerrado...” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel “*Digesto de Codificación Penal Argentina*”, t. II, Ed. AZ, Madrid, 1996. ps. 430/431).



productos separados del suelo, que se hayan dejado por necesidad en el campo”. Obsérvese que esta redacción es prácticamente idéntica a la del Proyecto de 1891.-

§ 2.3.- Ley 4.189 de 1903.

La ley en cuestión tuvo un proceso bastante largo y controvertido, pues en la sesión de la Cámara de Diputados del 13 de junio de 1900, se consideró el despacho producido por una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M.J. Moreno y Pedro T. Sánchez proponiendo la reforma parcial del Código de 1886, el primero fue el miembro informante. La discusión se prolongó en las sesiones del 15 y del 20 de junio y en la del 22 se aprobó el Proyecto en general, postergándose su consideración en particular para agosto de ese mismo año, retomando la discusión el 31 de dicho mes de 1900 y la discusión en particular se prolongó durante las sesiones del 3, 5, 7, 10 y 12 de septiembre, aprobándose en la sesión del 14 de septiembre de 1900. Pero el Proyecto con media sanción de Diputados fue demorado en el Senado durante tres años. El 2 de julio de 1903 dicho cuerpo recepta el despacho de su comisión integrada por los senadores Palacio, Mantilla y Pellegrini que proponían diez enmiendas al proyecto de Diputados, fue allí que el senador Julio Herrera se opuso a la sanción del proyecto, pero en definitiva se obtuvo la aprobación el 11 de julio de 1903, luego el proyecto volvió a la Cámara de Diputados, la que en la sesión del 3 de agosto de 1903 aprobó sin objeciones las reformas introducidas por el Senado. Así quedó sancionada la ley 4.189 promulgada el 22 de agosto de 1903⁽⁶⁾.-

En lo que respecta al abigeato, es recién que con esta ley aparece el texto más definido y que se asemeja al de la actualidad ya que se emplean los términos “ganado mayor o menor” en el Título VIII “De los delitos contra la propiedad particular”, Capítulo I “Robos y hurtos” en el art. 22 disponía: “... *Se aplicará penitenciaría de dos á seis años, en los casos siguientes: ...4º Cuando fuere de ganado mayor ó menor, ó de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo...*”.-

§ 2.4.- Proyecto de 1906.

A principios del gobierno de Quintana, en 1904, se designa una comisión integrada por seis miembros para redactar un nuevo proyecto de Código Penal integrada por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero, Cornelio Moyano Gacitúa, Francisco Beazley, Diego Saavedra y José María Ramos Mejía elevando el proyecto el 10 de marzo de 1906 el cual fue remitido por el Poder Ejecutivo al

⁶ Idem (ob. cit. t. I. ps. 43/44).



Congreso y la Cámara de Senadores lo giró al estudio de la comisión, la que nunca produjo despacho (7).-

En el caso presente también se contempla como una agravante del hurto el abigeato, pero en la redacción se vuelve el término de “animales en rebaño”. En efecto, en el Título VI “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto”, el art. 178 rezaba: “*Se aplicará prisión de uno á seis años, en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de animales en rebaño, ó de productos separados del suelo, y dejados por necesidad en el campo...*”. Los proyectistas en su Exposición de Motivos no dan razón alguna del cambio efectuado en la redacción, aludiendo simplemente que se hace una disminución de algunos de los hechos que importan hurto calificado.-

§ 2.5.- Proyecto de 1917.

En 1916 luego de diez años de presentado el Proyecto de 1906, Rodolfo Moreno (h), siendo diputado nacional tomó dicho proyecto y acompañándolo de una planilla de modificaciones lo presentó a la Cámara de Diputados, alegando que se lo tomara como base para la preparación de un proyecto definitivo y propuso que se designe una comisión de cinco miembros para que se estudie los proyectos de reforma penal y penitenciaria, la comisión estaba integrada por los diputados Jerónimo del Barco, Délfor del Valle, Antonio Di Tommaso y Carlos Pradere y presidida por Moreno (h). Este proyecto luego de varias consultas con juristas de primera línea – Julio Herrera, Rodolfo Rivarola, Tomás Jofré y González Roura – fue aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de agosto de 1917 y remitido en esa fecha al Senado de la Nación y luego tuvo un agitado trámite (8).-

En este caso bajo el Título VI “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto”, el art. 163 inc. 1º reitera el texto del Proyecto de 1906 pues establece que: “*Se aplicará prisión de uno a seis años, en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de animales en rebaño, o de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo...*”. Al respecto, la Comisión manifiesta haber aceptado el criterio del Proyecto de 1906 sobre los hurtos calificados en cuanto a la punición considerándola bastante elástica como para que los jueces puedan graduarla según los casos que se presenten, sin hacer alusión puntual al abigeato.-

§ 2.6.- Código de 1921.

7 Idem (ob. cit. t. I. ps. 67/69).

8 Idem (ob. cit. t. I. ps. 76/78).



El Proyecto de 1917 constituye la base de lo que luego sería el Código de 1921 y en el Título VI “Delitos contra la propiedad”, capítulo I “Hurto” se consagra el art. 163 referido a las agravantes del hurto en los siguientes términos: “*Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:* 1º *Cuando el hurto fuese de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial...*”. Este texto va introducido por la segunda Comisión de Códigos del Senado que dio al inciso 1º del artículo en cuestión la redacción que tenía hasta que se reformara posteriormente.-

Resalta MORENO (h) que se ha considerado que el término “ganado”, no expresa unidad sino colectividad (º), lo que es necesario para que concurra este hurto especial, es decir, que haya habido apoderamiento de varios animales y como el código no fija números se recurre para su aplicación a la ley 19, Título 14 Partida 7. En consecuencia, se hurta ganado cuando el agente se apodera de diez ovejas o más; cinco puercos o cuatro yeguas o más o igual cantidad de animales parecidos (¹).-

§ 2.7.- Proyecto de 1937.

El Proyecto elaborado por José Eduardo Coll y Eusebio Gómez que el Poder Ejecutivo remite a la Cámara de Diputados el 27 de agosto de 1937, si bien se le dio algún trámite, en realidad nunca llegó a tratarse.-

Éste recepta el instituto en el Título VI “Delitos contra el patrimonio” Capítulo I “Hurto” en el art. 214 que decía: “*Se impondrá prisión de uno a seis años, al que cometiere el delito previsto en el artículo anterior, en los siguientes casos: ...4º Cuando fuere de ganado de mayor o menor; o de productos separados del suelo, máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos...*”. Se observa una redacción similar al Código de 1921, con excepción de la eliminación de la última parte referida a la causación de la destrucción total o parcial de los alambres u otros elementos de los cercos, cosa que posteriormente ocurriría en otras reformas hasta llegar a la actual.-

9 En contra NÚÑEZ Ricardo, “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, p. 193.

10 MORENO (h) Rodolfo “El Código Penal y sus antecedentes”, t. V, Ed. H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, ps. 113/114.



§ 2.8.- Proyecto de 1941.

José Peco en su Proyecto – presentado en la Cámara de Diputados el 25 de septiembre de 1941, el cual no fue tratado debido a la disolución del Congreso en 1943 – no prescribe una disposición específica sobre el particular ⁽¹¹⁾.-

§ 2.9.- Proyecto de 1951.

Este catálogo legal de autoría del profesor Isidoro De Benedetti, en el Título IV “De los delitos contra el patrimonio” Capítulo I “Hurto” en el art. 233 se dispone: “*Se impondrá prisión de uno a seis años cuando el hurto: 1º fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor; o de productos separados del suelo, o máquinas o instrumentos de trabajo, si esas cosas se encontraren en el campo...*”. Aquí se advierte la señalización de la cantidad de cabezas de ganado, mayor o menor, que requiere la figura para su punición, saneando así la controversia que se había suscitado con la anterior redacción. También, se contempla en el inciso 2º el denominado hurto de cercos y alambres, separándolo del abigeato y el hurto campestre.-

§ 2.10.- Proyecto de 1953.

Este Proyecto de Código Penal atribuible a Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza en el Título VI “Delitos contra los derechos patrimoniales” Capítulo I “Delitos contra la propiedad y otros derechos reales” el art. 209 punía con prisión de uno a seis años si el delito previsto en el artículo anterior fuere cometido: “... 4º *Apoderándose de una o más cabezas de ganado mayor o menor, productos o minerales separados del suelo o de sus yacimientos y máquinas o instrumentos de trabajo, que hubiesen sido dejados en el campo; alambres u otros elementos incorporados a los cercos campestres, utilizando a éstos en todo o en parte para que sirvan como*

11 En la Exposición de Motivos argumenta lo siguiente: “A propósito de las circunstancias calificativas de agravación, el proyecto subraya la tendencia progresiva a eliminar el sistema casuista... Al sistema prolífico, objetivo y exhaustivo de las legislaciones italiana, española y la mayor parte de los códigos penales americanos, es preferible el sistema genérico, subjetivo y ejemplificador del código suizo. La complejidad de los delitos en general y de los delitos contra el patrimonio en particular de consumo con las características desiguales de los autores de estos hechos, llevarán en un porvenir, más o menos cercano a la expulsión de las circunstancias calificativas legales. Las fórmulas genéricas no son sino contemporizaciones entre los códigos del pasado propicios al casuismo y los códigos del porvenir a buen seguro impermeables a la minuciosidad legislativa. Ínterin el proyecto, como tránsito, procura salvar el escaso adoptando el régimen genérico ágil dejando amplitud a la sanción” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel (ob. cit. t. V. p. 224).



tales ... ”. Por primera vez se aprecia que se menciona también a los minerales separados del suelo o de su yacimiento.-

§ 2.11.- Proyecto de 1960.

Esta iniciativa que tuvo por autor a Soler a quien mediante decreto 7.292 del Poder Ejecutivo Nacional del 13 de octubre de 1958 se le encomienda la redacción de un proyecto del Código Penal. El 31 de marzo de 1960 Soler eleva su proyecto al ministro, quien lo somete a una comisión constituida por Enrique Ramos Mejía, representando al Poder Judicial; José Peco a la Universidad de Buenos Aires; Ernesto Gavier por la Universidad de Córdoba; Jorge Frías Caballero por la Universidad de La Plata; Jaime Prats Cardona, por la Universidad del Litoral; Ernesto J. Ure por el Colegio de Abogados y Osvaldo Loudet por la Sociedad de Criminología. Esta comisión aconsejó su sanción, con algunas modificaciones y luego de aceptadas, el proyecto definitivo fue remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo, pero el trámite legislativo se interrumpió con la clausura del Congreso con motivo del golpe de 1962 y el nuevo parlamento de 1963 no retomó los trabajos sobre este proyecto (¹²).-

En el Título VII “Delitos contra la propiedad” Capítulo I “Hurto” en el art. 208 se establecía: “*Se aplicara prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos...*”. La Exposición de Motivos no brinda ningún comentario sobre este tipo delictivo y simplemente se expresa que se amplían los casos de agravación del hurto y se prevén formas atenuadas de dicho delito.-

§ 2.12.- Ley *de facto* 17.567.

Este decreto-ley llevado a cabo en el gobierno *de facto* del General Onganía por una comisión integrada por Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio proyectó una reforma sobre la base del Proyecto de 1960.-

En ese trance, se sustituyó el art. 163 del Código Penal vigente en la época por el siguiente texto: “*Se aplicará prisión de uno a ocho años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o*

12 Idem (ob. cit. t. l. p. 102/103).



instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos... ”

(¹³).-

§ 2.13.- Ley 20.509.

Esta ley deroga disposiciones que no hayan emanado del Congreso Nacional, cualquiera sea el nombre que se le haya dado al acto legisferante por el que se las dictó, (art. 1º) salvo lo dispuesto por el art. 4º referido a los arts. 173 incs. 7 y 11 y 179 segundo párrafo, 190, 194 y 198 establecidos en el Código Penal por la llamada ley 17.567 y 175 bis sancionado por la llamada ley 18.934. El decreto-ley 19.359 y 20.184; el decreto-ley 17.250 arts. 7, 17, 18 y 28. Por consiguiente, se suprime la reforma introducida en el art. 163 inc. 1º referida al abigeato y al hurto campestre.-

§ 2.14.- Ley *de facto* 21.338.

El decreto- ley retoma la redacción instaurada por el decreto-ley 17.567, es decir que el art. 163 queda de la siguiente forma: “*Se aplicará prisión de uno a ocho años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos... ”.*”

§ 2.15.- Proyecto del 1979.

Mediante una resolución del 14 de abril de 1979, el Ministerio de Justicia encarga un nuevo proyecto de código penal a una comisión integrada por Sebastián Soler como supervisor, Luis M. Rizzi como secretario y Eduardo Aguirre Obarrio y Luis C. Cabral como vocales, dicha comisión se expide el 6 de noviembre de 1979 elevando el proyecto al Ministerio, pero el fallecimiento de Soler y otras circunstancias hicieron que el trabajo no se discutiera, aunado a ello se advertía la falta de una voluntad política por parte del gobierno para sancionarlo. “No cabe descartar la posibilidad de que el régimen mismo lo haya considerado demasiado garantista” (¹⁴).-

13 Sobre el particular en la Exposición de Motivos se consignaba: “Elevamos el máximo de la pena a ocho años de prisión. Superamos, ciertamente, el tope de seis años, característico de nuestra legislación [en referencia al inciso 1º]... Nos referimos a “una o más cabezas de ganado” para eliminar las diferentes interpretaciones existentes en cuanto al número de animales objeto de apoderamiento. En cuanto al hurto de cercos o sus elementos, suprimimos la cláusula “causando su destrucción parcial o total” porque originaba frecuentes dificultades en cuanto a la distinción de este caso con el robo y el robo agravado. El fundamento de la agravación deriva también aquí de la situación en que se encuentran los cercos campestres” (Cfme. Idem (ob. cit. t. VII p. 75).



En este ensayo de catálogo legal en el Título VII “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto” el art. 214 disponía que: “*Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor, de productos separados del suelo, de máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de elementos de los cercos o de otras instalaciones, propias de la explotación agropecuaria...* ”.-

§ 2.16.- Ley 23.057.

La presente ley deroga el texto impuesto por el decreto-ley 21.338 y retorna al originario de la ley 11.179 “Código Penal de 1921”, modificado por la ley de fe de erratas 11.221 que agregó una coma después de “trabajo” y punto y coma después de “campo”.-

§ 2.17.- Ley 25.890.

Esta ley (21/04/2004 B.O. 21/05/2004 - ADLA 2004 - C- 2863) en el art. 3 consigna: “*Incorpórarse como Capítulo 2 bis: Abigeato, del Título 6: Delitos contra la propiedad, Libro Segundo: De los Delitos, del Código Penal, el siguiente: "Capítulo 2 bis: Abigeato"*”, agregando los actuales arts. 167 ter, 167 quater y 167 quinque.

Cabe consignar que la ley de marras introdujo varias reformas en el Código Penal, ya que añadió un párrafo al art. 77, sustituyó por otros los textos de los arts. 163 inc. 1º y 206 e incorporó otras cuatro nuevas normas: las de los arts. 248 bis, 277 bis, 277 ter y 293 bis.-

§ 2.18.- Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante la Resolución 303/2004 creó una Comisión para elaborar un Proyecto de reforma integral del Código Penal, integrada por el ex Ministro de Justicia, Dr. Alberto Juan Bautista Iribarne y conformada por David Baigún, Raúl Ochoa, Carlos Chiara Díaz, Guillermo Yacobucci, Edmundo Hendler, Daniel Erbetta, Alejandro Tizón y Gustavo Raúl Ferreyra.-

Este Anteproyecto en el Título VII “Delitos contra la propiedad y el orden económico”, Capítulo I “Hurto” en el art. 168 alude a las agravantes y dice: “*Se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CUATRO (4) años en los casos siguientes: ... b) cuando el hurto fuere de ganado que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto*”.-

14 Idem (ob. cit. t. l. p. 113).



Sobre el particular, la Exposición de Motivos señala que: "... Se han introducido modificaciones en la enumeración de agravantes del hurto de manera de incorporar como conducta de esa índole el abigeato, suprimiendo en cambio las figuras heterodoxas incorporadas por la Ley N° 25.890, fuente de verdaderos desajustes e inconsistencias sistemáticas".-

Laje Anaya apunta algunas críticas respecto a la redacción del presente texto. En efecto, se pregunta si el ganado que se hurta en qué lugar debe encontrarse. Según la fórmula proyectada habla de un establecimiento rural – tal como lo hace la ley 25.890 –. “¿Será que el ganado debe encontrarse en el *campo* de ese establecimiento, es decir, dejado o librado a la confianza pública?. El art. 163 del Código, en su versión originaria, requería simplemente, que el ganado debía estar situado en el campo. Pero como el Proyecto no dice nada sobre el punto, es suficiente que el ganado pueda hallarse en el campo del establecimiento, esto es, sin custodia alguna, o mientras el animal o los animales se encuentran en galpones, corrales, etc.. Es decir, bajo custodia real y efectiva. ¿Cuál será pues, a razón de la agravante en el Proyecto? ¿Será el valor del animal?. Creemos que también cabe una segunda observación y es la siguiente: cuando el Código fue sancionado en 1921 el inc. 1º del art. 163 disponía: “*Cuando el hurto fuese de ganado mayor o menor*”. La referencia al término “ganado”, dio muchos dolores de cabeza, pues la doctrina y la misma jurisprudencia, no llegaron a interpretar uniformemente aquella expresión. Así, se dijo que era suficiente la sustracción de un solo animal para que el delito se agravara, pero también se llegó a entender que como la palabra “ganado” hacía referencia a un sustantivo colectivo, era imprescindible que el hecho debía recaer en varios cuadrúpedos. De ahí es que, modificado el texto del inc. 1º del art. 163, la ley hiciera concreta referencia a “una o más cabezas de ganado”. ¿No será cierto que el art. 168 del Proyecto, viene a resucitar problemas de antaño?”⁽¹⁵⁾.-

§ 2.19.- Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación

Mediante el decreto presidencial N° 678/12 se crea una comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración de Código Penal de la Nación, presidida por Eugenio R. Zaffaroni e integrada por León Carlos Arslañán, María Elena Bargelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo. Ellos tuvieron a cargo hacer un relevamiento general del Código vigente

15 LAJE ANAYA Justo “*Observaciones y críticas al Proyecto de Código Penal de 2006*”, ed. Alveroni, Córdoba, 2007, p. 71.



y las leyes especiales y compendiar todo en un cuerpo armónico para su posterior discusión en todos los ámbitos y finalmente ser posible de su tratamiento legislativo.-

El abigeato es tratado en el Título VII “Delitos contra el patrimonio”, Capítulo I “Hurto” en el art. 140 punto 2º inc. b) bajo el siguiente formato: *“El máximo de la pena será de seis años de prisión cuando:...b) Se trate de una o más cabezas de ganado mayor o menor, que se encuentre en establecimientos rurales, o en ocasión de su carga, transporte, escalas o entrega en destino...”*. En la Exposición de Motivos simplemente se menciona que en el inc. 2º y sus apartados se prevén las diferentes formas de hurto calificado y el apartado b) se corresponde con el vigente art. 167 ter.-

§3.- Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la propiedad – o el patrimonio, si se quiere optar por este concepto –. Pero entiendo que se debe hacer alguna aclaración, al considerarse ahora al abigeato en un capítulo específico dentro del Título VI.-

Tradicionalmente, antes de la reforma, al abigeato se lo comprendía junto con el hurto campestre, dentro de las categorías de los hurtos calificados, y la razón estribaba en brindarle a los bienes mayor protección cuando se presentan dificultades para que su tenedor ejerza sobre ellos una custodia efectiva por el desamparo en que se encuentran, dada la situación en que dichos bienes tienen que ser dejados a la confianza pública. Esta circunstancia sigue rigiendo para el caso del hurto campestre. En tanto, que en el abigeato, ahora el bien jurídico protegido es eminentemente “pecuario”, circunscrito al ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno que ya no se encuentra “a campo abierto”, sino en establecimientos rurales o en ocasión de su transporte – de todas formas esta va a ser una cuestión que merecerá su análisis oportunamente –. Es así que, tal como señala Villada, el valor individual y social “ganado” nunca existió como tal, y peor aún, viene a tener una especie de plusvalía legislativa, únicamente cuando reviste carácter de explotación comercial o extensiva, desprotegiendo al pequeño productor o al que posee escasos animales y agrega, que el bien jurídicamente protegido es la propiedad del ganado – aunque de una manera parcializada en extremo – criterio, según el cual, ahora se debería regular la propiedad de la producción en cada sector, la de objeto de uso público, la de bienes de utilidad general, etc., además, una cuestión es la



protección del derecho de propiedad y otra distinta es la protección exclusiva de uno de los tantos objetos de la propiedad⁽¹⁶⁾.-

Esta crítica – de las tantas que se van a observar – también es puesta de manifiesto por Laje Anaya quien refiere: “Nos parece muy equivocado haber hecho de una circunstancia, tan sólo de una circunstancia, un modo genérico de lesionar al bien protegido que, en este caso es la propiedad... ↗ apelando a las enseñanzas de Carrara embiste contra la sistemática adoptada⁼ ... los *títulos* de la Parte Especial del Código Penal representan el *bien protegido*; los *capítulos* representan el *modo genérico de lesionar a ese bien protegido*, y los artículos, el modo o la forma *particular de destruirlo*. Así, y en relación a la propiedad, ese será el objeto de tutela, bien el que se puede lesionar mediante el hurto, el robo o, por ejemplo, mediante la defraudación... Creemos pues, que la flamante ley ha hecho con el nuevo capítulo, algo que resulta raro, pues el abigeato es una forma particular de lesionar la propiedad y no un modo genérico de atacar al bien protegido representado por el Título. El hurto y el robo son *modos*: el abigeato es tan sólo una *circunstancia...*”⁽¹⁷⁾.-

Idéntica apreciación, sobre la cuestión metodológica en cuanto a la inserción del abigeato en el Capítulo 2 bis del Título VI, realiza Arocena al reprocharle al legislador cuestiones de índole dogmático - jurídica, pues tal inclusión se aparta de los criterios con referencia a los cuales se estructura la Parte Especial del Derecho Penal en la ley vigente. “Con arreglo a la sistemática del Código Penal, los diversos títulos de su Libro Segundo se ordenan en función de diferentes *bienes jurídicos*, de diferentes “valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y dignidad de la existencia de la comunidad”, cuya protección da lugar a distintas *especies de delitos*. A su vez, los capítulos o subdivisiones de los títulos delictivos están distribuidos de acuerdo con los *modos genéricos* de lesionar o atacar el bien cuya ofensa constituye la objetividad jurídica de la especie de delitos comprendida en cada uno de esos tipos delictivos. Por último, cada artículo contiene los *tipos penales* a través de los cuales se lesionan *de modo específico* el bien jurídico protegido...”. De acuerdo a estas pautas, la reforma incluyó en el Título VI el Capítulo 2 bis comprensivo de distintas figuras penales de abigeato que reprimen formas de agredir la tenencia de las cosas muebles total o parcialmente ajenas, posibles de distinguir del apoderamiento de cualquier

16 VILLADA Jorge “Abigeato. Las nuevas figuras de la ley 25.890”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, ps. 16/17).

17 LAJE ANAYA Justo “Delitos con armas y abigeato” Ed. Alveroni, Córdoba, 2004, ps. 21/22.



otra cosa mueble sólo por el objeto material de la acción o del ataque, en tanto que el abigeato es, por definición, el apoderamiento ilegítimo del ganado total o parcialmente ajeno. Por consiguiente, a tenor de lo argumentado por el autor de marras, en lugar de prever el nuevo capítulo un modo genérico de atacar contra el bien jurídico protegido en el Título VI, agrupa formas de ataque contra la tenencia de cosas muebles total o parcialmente ajena cuya única particularidad se funda en la determinación del ganado como objeto material del delito, pero que no se concretan en un modo genérico de ataque contra la tenencia de cosas muebles total o parcialmente ajena, diferente del específicamente previsto en la represión del hurto y del robo⁽¹⁸⁾.-

Donna relativiza estas disquisiciones metodológicas, al punto de considerarlas “más académicas que conceptuales”⁽¹⁹⁾, opinión que no comparto pues estimo que no es un detalle menor todo lo que hace a la hermenéutica que debe observarse en la legislación, de lo contrario se aprecian en forma sucesiva y constante desajustes de esa naturaleza que llevan al caos legislativo – en este caso en materia penal – sumido en la permanente inflación penal, sin mayor sentido práctico. Viene a colación de lo antes dicho algunas reflexiones de Zaffaroni, sobre lo que él denomina “el arte de legislar” (se transcribe el texto con los pies de páginas originales):

“Carrara señalaba que el *giure penale* se componía de tres momentos: en el primero se extraían del pensamiento de los filósofos los principios, al que llamaba *filosofía penal*; el último se ocupaba de la interpretación jurídica de las leyes penales por los doctrinarios, pero entre el primero y el segundo momento era indispensable el del establecimiento de la legislación positiva, tarea a la que asignaba el predominante carácter de arte⁽²⁰⁾. El mundo ha

18 AROCENA Gustavo “La represión del abigeato y de otras actividades conexas, según la ley 25.890” en “Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial” ABOSO Gustavo (Coordinador), Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, ps. 255/257 citando a JESCHECK Hans - WEIGEND Thomas “Tratado de Derecho Penal. Parte General” 5º ed., renovada y ampliada, trad. OLMEDO CARDENETE Miguel, Granada, 2002, p. 277 y NÚÑEZ Ricardo “Parte General y Parte Especial del Derecho Penal – Sus sistematizaciones –” en “Cuadernos de los Institutos” nº 142, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1981, p. 64.

19 DONNA Edgardo “Delitos contra la propiedad” Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 71.

20 No basta con que los publicistas se hayan puesto de acuerdo sobre las verdades cardinales de la razón prohibitiva, punitiva y judicial, ni basta con que los jurisconsultos hayan acordado las reglas conforme a las cuales se debe interpretar un derecho penal constituido y adaptarlo a los casos concretos. Desde la primera perspectiva el filósofo prevé un código que ha de hacerse; en la segunda, el jurista presupone un código ya



cambiado desde que Carrara expresaba esos conceptos. La *filosofía penal* del profesor de Pisa es hoy la política criminal en sentido amplio, o sea, el conjunto de datos fácticos, jurídicos e ideológicos que se toman en cuenta para adoptar una decisión legislativa. Era natural que Carrara se refiriese sólo a los filósofos, porque el legislador de su tiempo no conocía límites constitucionales. Buena parte del derecho natural que Carrara extraía de la razón filosófica hoy se halla positivizado en las Constituciones y en el derecho internacional, lo cual, por cierto, no cancela el debate entre jusnaturalismo y positivismo, pero al menos de momento, resuelve la mayor parte de los problemas prácticos ⁽²¹⁾. En cuanto a los otros dos momentos la observación de Carrara sigue siendo plenamente válida: la traducción en leyes de las decisiones político criminales y la interpretación de las leyes requieren cierta técnica, que en el primer caso – siguiendo su gráfica terminología – es el *arte de la legislación*. La confección de un código requiere una especialísima capacidad en el manejo que ese arte requiere, pues un código ⁽²²⁾ es una *única ley* que contiene todas las disposiciones de una rama jurídica en forma orgánica y sistemática, para facilitar su aplicación no contradictoria por los tribunales a los casos particulares. La doctrina no hace más que interpretarlo para proyectar jurisprudencia, siendo un saber que parte de la ley y se ofrece a los jueces. Es la *herramienta indispensable y altamente técnica que produce el legislador y que sirve para dictar sentencias judiciales*. Si la legislación penal es un arte – y más aún la elaboración de un código –, requiere que quien lo ejerce conozca y observe las reglas de ese arte para llevar a cabo su obra con éxito. Pero los legisladores no necesariamente son juristas ni tienen por qué conocer las reglas de ese arte o, al menos, no en tan alta medida como la requerida para hacer un código. Esto genera una falsa contradicción que se planteó en tiempos del romanticismo revolucionario francés, cuando se pretendía que un Parlamento omnipotente podía sancionar

hecho. Pero entre las dos fases, inevitable e importantísima es la segunda, en la que el código ya se ha previsto o supuesto, se estará haciendo por el legislador (Francesco Carrara, *Lineamenti di Pratica Legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Roma-Torino-Firenze, Fratelli Bocca, 1874, pág. 3).

21 Cfr. Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, pág. 318.

22 Entendido en sentido moderno, como producto de la “codificación”, que partió del iluminismo y que siguió los carriles del “enciclopedismo” en su afán de agotamiento del contenido de una materia, por oposición al concepto antiguo de mera recopilación de leyes.



leyes tan claras que no necesitaban interpretación y que serían aplicadas por jueces legos electos popularmente. Superado ese romanticismo volvieron los juristas, no sólo a juzgar, sino también a redactar las leyes. Con buen criterio Rudolf Von Ihering observó que hasta el más humilde de los menesteres requiere cierta técnica. Esa aparente contradicción, que surge porque quienes no manejan un arte deben ejercerlo por mandato constitucional y, a la vez, quienes lo manejan carecen de ese mandato, se presenta en toda democracia representativa y no tiene por qué traducirse en un conflicto, aunque éste no lo evita ninguna previsión constitucional ni legal, sino la sabiduría y la prudencia de los propios protagonistas. Alguien debe legislar, y no hay duda que es mejor que lo haga una asamblea que una persona, y tampoco puede discutirse que es mejor que esa asamblea la elija el Pueblo y no que resulte autoconvocada o apoderada por un dictador, aunque haya quienes opinen lo contrario, por supuesto. La racionalidad democrática parte, pues, de que no hay nadie omnisciente y por ello deposita ese poder en una asamblea plural electa por toda la ciudadanía. La sabiduría de los legisladores consiste en reconocer sus naturales limitaciones, es decir, en no considerarse omniscientes sino seres humanos apoderados por el Pueblo para consultar en cada caso a quienes les pueden proveer los elementos para llevar a cabo su función de la mejor manera posible. De este modo, tomarán en forma excluyente decisiones políticas y convocarán a quienes disponen del arte para que les asistan en la tarea de plasmarlas en leyes, lo cual no pasa de ser una experiencia de la vida cotidiana: si decido colocar una estufa llamo al gasista, quien me aconseja el tipo de estufa, puede convencerme de colocarla en otro lugar y con otras dimensiones o incluso de la imposibilidad misma de hacerlo. Lo que no podrá hacer es traerme una estufa y pretender instalarla en mi casa contra mi voluntad, pues sería un gasista loco, y lo que no puedo hacer es ponerme a construirla e instalarla, porque carezco del arte correspondiente y lo más seguro es que haga volar la casa, con lo cual sería un friolento insensato. Por ende, aplicando los mismos criterios que en la vida común y corriente, la contradicción se disuelve, salvo que los técnicos pretendan imitar al gasista loco que viola domicilios o las asambleas legislativas hagan lo propio con el friolento insensato que vuela su casa... A partir de la última década del siglo pasado comenzó una tarea de demolición asistemática de nuestro código penal por parte de los legisladores, que no parece cesar. Hoy directamente el *in dubio pro libertate* y el marco constitucional e internacional son las únicas



reglas que pueden salvarnos de la explosión catastrófica de legisladores que olvidaron llamar al gasista... Los políticos, en todos los países, se ven obligados a una constante confrontación mediática, porque la política ha perdido su contacto directo con la población, para convertirse en una actividad mediática, o sea, en buena medida en un espectáculo, que debe respetar todas las reglas que hacen al mismo, con considerable pérdida de naturalidad y alta cuota de representación y dramaturgia. Ante el creciente sentimiento de inseguridad pública y la reproducción del delito que provocan los mensajes publicitarios del delito y de una supuesta impunidad o gratuidad del crimen, los políticos han optado por enviar mensajes contrarios, con lo cual, en un mundo comunicado como nunca antes, la política criminal y la propia técnica legislativa quedaron reducidas a un intercambio de mensajes entre los medios – en especial la televisión – y los políticos. Los poderes legislativos se convierten en un servicio de contramensajería comunicacional y los códigos penales pasan a ser colecciones de mensajes coyunturales. Las olas de mensajes van pasando y luego se olvidan y a cada ola se responde con una ley penal especial o con una reforma al código penal como contramensaje. El código penal no es hoy para los legisladores una herramienta técnica indispensable para que los jueces dicten sentencias, sino un instrumento ideal para responder mensajes de los medios. No obstante, si bien el código penal es usado por los políticos como mensajería a los medios, los jueces no pueden menos que seguir usándolo para dictar sentencias, de modo que éstos deben dictar sentencias con un instrumento que se elabora para otra cosa y que va asumiendo la forma de una colección de telegramas remitidos con diferentes motivos y en distintas fechas, que los propios remitentes han olvidado, porque las olas de mensajes de los medios pasan, pero los mensajes de respuesta política quedan plasmadas en la ley...” (23).-

Hecha esta disquisición, donde las opiniones doctrinarias divergen es en lo concerniente a si a pesar de cobrar autonomía el abigeato mediante un capítulo específico, sigue siendo un hurto agravado por el objeto y por consiguiente todas las agravantes que no entran en colisión con las consignadas en el capítulo 2 bis son de aplicación, inclusive la disposición del art. 185 del C.P.-

23 ZAFFARONI Eugenio “*El arte de la legislación penal*” en “*La familia en el nuevo derecho*” en “*Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman*” t. II. KEMELMAJER de CARLUCCI Aída (Directora) - HERRERA Marisa (Coordinadora), Ed. Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2009.



Un sector entiende que si bien el delito aparece como un tipo penal independiente debe tenerse en cuenta que debe reunir los elementos del tipo penal básico respectivo, esto es, el hurto, porque, desde el punto de vista dogmático, el abigeato es un hurto o un robo agravado tipificado de manera casi independiente, con un particular sistema de agravantes, ubicado en un capítulo propio dentro de los delitos contra la propiedad. “El legislador, por más que lo pretenda, no puede cambiar la esencia de la institución o si se quiere, la estructura lógica – objetiva del hurto, que no es otra cosa que el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, y las vacas lo son por más empeño que se ponga en decir que no –, de modo que se está ante un hurto con características especiales en la forma de apoderamiento y posterior venta y con cierta resonancia en la riqueza del país y en el sector social de poder... Se podrá decir que se trata de un capítulo distinto, como la extorsión, al cual no se le aplican, como es obvio, las agravantes del hurto y del robo, y esa afirmación es cierta para la extorsión o la quiebra, pero insistimos, es que esto es un hurto especificado por el objeto: hurto de un animal, pero hurto al fin, salvo que ahora se diga que a los animales no se los hurtan, pero ésta es una cuestión posmoderna ajena a nuestra pobre inteligencia... En síntesis, se trata de un hurto y por ello todos los capítulos de este título referidos a él se le aplican” (24).-

Piña sostiene que más allá de la metodología adoptada en el capítulo 2 bis, se está ante un tipo penal de abigeato simple que en comparación con el abigeato previsto antes de la reforma (art. 163 inc. 1º del C.P.) presenta una situación relativa a que se ha aumentado el mínimo de la escala penal – de uno a dos años –, en ambos tipos penales del objeto del delito es una o más cabezas de ganado mayor o menor y en el nuevo art. 167 ter. 1º párr. se aclara en forma expresa cuáles son las circunstancias en las que el apoderamiento debe darse para que la conducta sea considerada abigeato (25).-

Estrella - Godoy Lemos, luego de criticar la ubicación del capítulo en cuestión, aseveran que la acción material de la figura básica del abigeato sigue siendo la misma que la del hurto, esto es, un ilegítimo apoderamiento sin fuerza en las cosas o violencia en las personas (26).-

24 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 72/73).

25 PIÑA Roxana “Comentario a la ley 25.890. Abigeato” en “Reformas penales” DONNA Edgardo (coordinador), Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 160.



En la misma dirección se encamina Arocena quien especifica que a pesar de que la ley 25.890 consagra la previsión autónoma del abigeato, de hecho éste, constituye un hurto agravado por el objeto material del ataque, al que el legislador de la reforma ha otorgado erradamente, estatus de “tipo penal independiente”, con sus propias derivaciones típicas (27).-

Ya se anticipó más arriba, la opinión de Laje Anaya en este mismo sentido y en otro trabajo se explaya sobre lo que puede suceder con esta figura frente a la excusa del art. 185, pues si se considera que la infracción en cuestión es un atentado distinto del hurto y que por lo tanto tiene su propia autonomía, su propia personalidad, el hijo que ha hurtado al padre una cabeza de ganado se hallará excluido del régimen de la excusa, en virtud de que la referida disposición hace alusión al hurto, pero no dice nada con respecto al abigeato – lo que demuestra que el legislador cuando no es muy cuidadoso, siempre queda algo en el tintero (textual) – en cambio, si se sigue pensando que el abigeato es un hurto calificado que ha sido separado del art. 163, ocurrirá lo contrario. “Se trata, en consecuencia, de un hurto calificado, porque la acción constitutiva del abigeato es idéntica a la que describe el art. 162” (28).-

También Sayago interpreta que la conducta descripta por la nueva disposición legal repite la estructura del tipo de hurto simple (art. 162) toda vez que se refiere a quien “se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”, conducta que se especializa por el objeto sobre el que recae – cabezas de ganado mayor o menor –, por el lugar en donde se encuentre dicho objeto – establecimiento rural – o por la ocasión en que se produce la sustracción – en ocasión

26 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” 2º edición. T. II., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 479.

27 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 258). En igual sentido GAVIER Ernesto J. - RIVERA Nicolás E. “*Delitos contra la propiedad consistentes en apoderamientos ilegítimos de muebles o el uso de coacción*” en “*Derecho Penal. Parte Especial I. Dogmática e interpretación*” BALCARCE Fabián (director), Ed. Lerner, Córdoba, 2007, p. 395. Quienes aseveran que el abigeato es una forma especial de lesionar la propiedad y no un modo genérico de atacar el bien protegido por el Título; es nada más que una circunstancia, por lo que el criterio seguido por la nueva ley es a- científico y arbitrario. D’ALESSIO Andrés (director), DIVITO Mauro (coordinador), “*Código Penal comentado y anotado. Parte especial*” t. II, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 635.

28 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “*Notas al Código Penal Argentino. Reformas. Actualización*”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, ps. 235/236.



de su transporte –, la que se agrava a su vez por la cantidad de animales sustraídos y por el medio para hacerlo. Todo ello está indicando, que no se está en presencia de un “tipo básico” sino frente a una figura “subordinada” cuya ubicación no debería ser otra que la que tenía antes de la reforma, es decir, dentro de uno de los incisos del art. 163 junto con los restantes “tipos subordinados” que constituyen agravantes del hurto simple. Pero seguidamente refiere que: “Sin embargo, la sistemática impuesta por la ley 25.890 desprende esta conducta de las reguladas en los capítulos I y II del Título VI (“Hurto” y “Robo”) y la independiza dentro del nuevo Capítulo II bis, en el cual otorga a la disposiciones legales que la conforman autonomía respecto al sistema de agravantes y atenuantes establecidos por aquéllos”⁽²⁹⁾.-

Otro sector doctrinario interpreta que la reforma ha creado un nuevo tipo penal ubicado en un capítulo propio e independiente del hurto de modo que, el abigeato ha dejado de ser una figura derivada del hurto – agravada por la naturaleza del objeto protegido – para convertirse en un delito autónomo, constituido por un tipo genérico o básico con sus propias circunstancias de atipicidad, especialmente distintas de las del hurto del art. 162. De esta manera, la nueva figura ha pasado a constituir un género propio de los delitos contra la propiedad, con circunstancias agravantes propias, que excluyen la aplicación de las agravantes específicas del hurto y del robo⁽³⁰⁾.-

En esta misma corriente se inscribe Franceschetti quien reflexiona que ante la nueva regulación legal, se puede afirmar que el fundamento de su tipificación independiente y la punición más grave se basa en la protección de la actividad pecuaria y su proceso de comercialización y no sólo en la “naturaleza de la cosa” o su situación de indefensión. “Así asistimos a una desnaturalización del abigeato a partir de una ampliación y redefinición de su fisonomía y motivaciones. Lo que se protege es la actividad humana que desarrolla un ciclo biológico destinado a la obtención de productos para el consumo, es decir que, se tutelan los bienes en tanto participan de este proceso productivo”. Más adelante consigna, que con esta nueva legislación puede afirmarse que el abigeato no es un hurto ni un robo, sino una nueva modalidad de afectación al bien jurídico

29 SAYAGO Marcelo “Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley nº 25.882” Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 200.

30 BUOMPADRE Jorge “Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia” 2º edición actualizada y aumentada, Ed. Mave, Buenos Aires, 2008, p. 107; CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal. Parte Especial”, t. I, 7º Edición actualizada y ampliada Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 476.



propiedad y tal aserto se basa a partir de la tipificación independiente de las restantes modalidades comisivas, de su ubicación en un capítulo distinto al del hurto y a la del robo, a la regulación de una figura básica con agravantes propios, a la especial naturaleza de su objeto, a que se protege el bien en tanto forma parte de un proceso productivo, a la específica modalidad comisiva que atiende a las circunstancias de lugar y tiempo en que la sustracción se produce, al tratamiento unitario junto al proceso de comercialización del ganado obtenido ilícitamente y al establecimiento de una sanción diferenciada, pena privativa de libertad más grave y penas conjuntas de inhabilitación y multa no previstas para los otros supuestos. A todo ello le aduna la circunstancia de que no es aplicable lo dispuesto por el art. 185 del C.P. y también, en caso de concurrencia de tipos penales, se deberá resolver a favor de la víctima ya que habrá – ante la sustracción de animales – un concurso aparente entre abigeato y hurto – simple o agravado – desplazándose este último por la regla de especialidad (³¹).-

Particularmente, considero que no obstante la autonomía brindada a este tipo penal por la ley 25.890, el abigeato sigue participando de todos los elementos que tradicionalmente ha brindado el hurto calificado, pues se sigue tratando de una sustracción de ganado con las características que se destacan, a lo que se le han aunado las expresiones “total o parcialmente ajeno” – típica adjetivación del hurto –, se ha circumscristo el lugar donde el mismo se encuentra o la forma de comisión durante el transporte, se ha aumentado la pena, se agrega un componente, con mayor punición en el caso de que la sustracción fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilice un medio motorizado para su transporte. De modo que, no ha cambiado la esencia misma de la institución, sólo que bajo una alternativa metodológica inadecuada se la ubica en un capítulo diferente – Capítulo 2 bis – y se le agregan agravantes con penas desmesuradas y otras alternativas conexas, de las cuales oportunamente me ocuparé. En otros trabajos anteriores he dejado deslizar tal idea, simplemente a través de su sistematización, al seguir considerando al abigeato como “hurto de ganado” (³²).-

31 FRANCESCHETTI Gustavo “*La reforma penal impuesta por ley 25.890. Tipificación de afectaciones al proceso productivo y comercial ganadero*” en “*Derecho agrario*” Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005, ps. 239/240.

32 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 135); “*El hurto campesino, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)*” en elDial. com DC528; “*El delito de abigeato y sus conexidades*” Ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 82.



En cuanto a los antecedentes parlamentarios de la ley 25.890, se puede decir que es en el Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03 – donde se hace un amplio relato de los antecedentes que sobre el particular existían y en razón de ello la Comisión Asesora tenía por objetivo, relevar la totalidad de los Proyectos legislativos con tratamiento parlamentario en materia penal y armonizar el contenido de aquéllos buscando una cadencia con las propuestas que podrían surgir en el seno de la Comisión. Pero además, se podía advertir dos tendencias: una destinada a incrementar las escalas penales, mientras que la otra, buscaba abarcar los fenómenos delictivos que tenían lugar en las áreas rurales, proponiendo regular agravantes específicas en los distintos tipos penales del Código. Para ello se tomaban en consideración fuentes emanadas de las legislaciones de Uruguay (³³), Paraguay (³⁴),

33 Art. 258: “Comete el delito de abigeato, el que fuera de las ciudades o pueblos, hurta o roba ganado vacuno, caballar, lanar, cabrío o porcino, cueros, lanas, pieles, plumas o cerdos, y el que marca o señala, borra o modifica las marcas o señales de animales o cueros ajenos sin consentimiento del dueño y para aprovecharse de ellos.” Art. 259: “La pena será de doce meses de prisión a ocho años de penitenciaría cuando concurren alguna de las siguientes agravantes especiales: 1º) Si el delito se ejecutara en banda, con la participación de tres o más personas. 2º) Si para cometer el delito se emplearan vehículos de carga, utilizados para el transporte de ganado o demás efectos. 3º) Si para cometer el delito se dañaran cercos, cortando alambre, destruyendo o arrancando postes, cadenas o cerrojos de porteras. 4º) Si para la comisión del delito se utilizaran guías de propiedad y tránsito o documentación equivalente falsos o expedidos para terceras personas o se falsificaran botas de marca o señal. Son circunstancias agravantes muy especiales que elevarán la pena de dos a diez años de penitenciaría: 1º) La de ser jefe o promotor del delito o el haber facilitado los medios de transporte o la documentación falsa aludida en el numeral 4º precedente. 2º) La de poseer calidad de hacendado o productor agropecuario. 3º) “El delito de abigeato será castigado de conformidad con las disposiciones del Título XIII, Libro II, del Código Penal.” Art. 260: “Son también aplicables a este delito los principios generales establecidos en los diferentes títulos del Libro Primero del Código Penal”. Art. 261: “Si el abigeato se hubiera cometido en animales de silla o tiro, en cualquier parte en que el dueño de tales animales los encuentre puede detenerlos y tomarlos, y en caso de no entenderse con quien los tiene o los usa, podrá denunciar el delito ante la autoridad judicial más próxima”. Art. 262: “Son responsables del delito de abigeato, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como autores o como cómplices, de acuerdo con lo que dispone el Capítulo II, Título IV, Libro I, del Código Penal. El encubrimiento se regirá por el artículo 197 del Código Penal”. Art. 263: “El dueño u ocupante del terreno será responsable civil y solidariamente en los casos de delito de abigeato cometido por personas que de él dependan, siempre que conociendo el hecho del delito no lo hubiera denunciado a la autoridad competente o si se hubiera cometido por persona de notorios malos antecedentes” (Remisión al art. 134: “Todo propietario que tenga agregados en su establecimiento, es responsable civilmente de las faltas o delitos que cometieren, siempre que teniendo conocimiento de los hechos los tolerase o que se tratase de agregados de notorios malos antecedentes” Remisión al art. 1324 del C.C.). Art. 264: “Las personas que hayan sido condenadas por abigeato no pueden negociar en ganado o frutos del país durante un tiempo igual al doble de la duración efectiva de la pena, a contarse desde la fecha de la sentencia y salvo la liquidación estricta de los ganados y frutos que posea el condenado”.

34 Art. 163: “El que hurtara una o más cabezas de ganado, mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en campo abierto, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años”.



Ecuador (³⁵) y México (³⁶), entre otras y disposiciones de los Códigos Rurales Provinciales, como así también leyes relativas al comercio de carnes. “Así las cosas, hemos delineado dentro del título 6: “Delitos contra la propiedad” del libro segundo del Código Penal, un capítulo específico referido al delito de abigeato, el cual, como capítulo 2 bis, se sitúa luego de los referidos a los delitos de hurto (capítulo 1º) y robo (capítulo 2º). En los últimos años el problema del abigeato se ha venido transformando en un fenómeno delictivo bastante complejo que progresivamente fue evolucionando desde el simple hecho perpetrado con fines de consumo, pasando a modalidades de mucha mayor violencia en las que se incluye asaltos a vehículos y establecimientos rurales perpetrados por bandas

35 Art. 554: “El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración a la cuantía del ganado sustraído”. Art. 555: “El abigeato será reprimido con la pena de uno a tres años de prisión, en caso de hurto; y de dos a cinco años, de prisión, en caso de robo. La reincidencia se castigará con el doble de dichas penas”. Art. 556: “Si el abigeato cometido con violencias ha causado heridas o lesiones, o la muerte de alguna persona, se aplicarán al culpable las penas establecidas, para estos casos, en el Capítulo del robo”.

36 Art. 296: “Comete el delito de abigeato quien se apodere de una o más cabezas de ganado ajeno, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellas”. Art. 297: “Cuando se trate de ganado vacuno, equino, mular o asnal, se sancionara conforme a las siguientes reglas: I. de una a tres cabezas, con prisión de dos a cinco años y de cincuenta a ciento veinticinco días multa; II. de cuatro a diez cabezas, con prisión de tres a ocho años y de setenta y cinco a doscientos días multa; y III. más de diez cabezas, con prisión de cuatro a doce años y de cien a trescientos días multa”. Art. 298: “Cuando se trate de ganado porcino, ovino o caprino, se sancionara conforme a las siguientes reglas: I. de una a diez cabezas, con prisión de uno a tres años y de treinta a setenta y cinco días multa; y II. más de diez cabezas, con prisión de dos a cinco años y de cincuenta a ciento veinticinco días multa. En el caso de este artículo y el que le antecede, si el delito es cometido por dos o más personas, las penas se incrementaran en una mitad”. Art. 299: “Se equiparan al delito de abigeato las siguientes conductas: I. cambiar, vender, comprar, comerciar, transportar u ocultar de cualquier forma animales, carne en canal o pieles, a sabiendas de que son producto de abigeato; II. alterar, eliminar las marcas de animales vivos o pieles, contramarcar o contraseñar sin derecho para ello; III. marcar o señalar animales ajenos, aunque sea en campo propio; y IV. expedir certificados falsos para obtener guías simulando ventas o hacer conducir animales que no sean de su propiedad, sin estar debidamente autorizado para ello o hacer uso de certificados o guías falsificados, para cualquier negociación sobre ganado o pieles. Al que cometa cualquiera de las conductas señaladas en las fracciones anteriores se le impondrán de uno a ocho años de prisión y de treinta a doscientos días multa”. Art. 300: “No será punible el delito de abigeato cuando sea cometido por un ascendiente en contra de su descendiente, o por este contra aquél, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o por esta contra aquél o por el adoptante contra el adoptado o por este contra aquél”. Art. 301: “El delito de abigeato es perseguible por querella del ofendido, en los siguientes casos: I. cuando se cometa por el suegro o suegra contra el yerno o nuera o por estos contra aquellos, por el padrastro o madrastra contra su hijastro o hijastra o por estos contra aquellos o por parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y II. respecto a la persona que intervenga en el abigeato cometido por un ascendiente en contra de su descendiente o por este contra aquél, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o por esta contra aquél o por el adoptante contra el adoptado o por este contra aquél y sea ajena a ellos”.



que actúan con inteligencia previa y que finaliza en la organización de una verdadera industria clandestina que faena y comercializa el ganado de procedencia ilícita. Frente a este grave panorama las normas penales existentes se han mostrado incapaces para reprimir con energía este nuevo tipo de delincuencia. El importante incremento de los hechos denunciados, sumado a los reclamos permanentes de los productores rurales y de las organizaciones que los agrupan son una muestra elocuente de tal situación. Además, distintas provincias, ante la falta de una respuesta por parte del gobierno nacional, han pretendido reformar sus propias legislaciones procesales a efectos de acordar un tratamiento más severo a este delito en materia de libertad caucionada. Como se sabe tales iniciativas han merecido serios cuestionamientos en cuanto a su sustento constitucional. En suma, el cuadro descripto justifica que se proponga una importante reforma de las normas penales de fondo que permita restablecer una situación de equilibrio, protegiendo más intensamente los bienes jurídicos amenazados. Las ideas que sostienen la reforma propuesta son las siguientes: a) Redefinir y ampliar el concepto de abigeato; b) Agravar las escalas penales de los delitos ya existentes vinculados con este problema; c) Describir nuevas situaciones calificantes que se correspondan con las actuales modalidades delictivas; d) Sancionar en forma autónoma las conductas que, con posterioridad a la consumación del abigeato, constituyen los distintos eslabones del proceso de comercialización del ganado ilegítimamente obtenido, sus productos y subproductos; e) Ampliar el marco de la prohibición tipificando las conductas afines con este proceso que se realicen a título de culpa o imprudencia; y f) Intensificar el mandato de acción que pesa sobre los funcionarios públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de la norma de comercialización de ganado, sancionando penalmente las omisiones de dar cumplimiento a los deberes a su cargo” Con referencia a los incs. 2º y 3º el mensaje expresa que: “El segundo y tercer calificador (incs. 2º y 3º) contempla casos en los que a la acción prevista en el tipo básico se le adicionan conductas que atentan contra la fe pública: alteración, supresión o falsificación de marcas o señales utilizadas para la identificación del animal; falsificación y utilización de certificados de adquisición, guías de tránsito o documentación equivalente o falsificación de boletos de marca o señal” (³⁷) aduciendo que la legislación uruguaya sigue pautas de agravación similares a los cuatro últimos supuestos. Están mal consignados los



artículos ya que comienzan con la reforma a partir del art. 167 bis, cuando en rigor éste hace referencia al agravamiento del robo en el caso de la intervención de miembros de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.-

El debate en la Cámara de Senadores (17/12/03) es desoladamente paupérrimo, pues se reduce a tratar sobre tablas el mensaje y proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo con las modificaciones implementadas y se vota sin más con la sola intervención de la senadora Paz quien manifiesta su beneplácito por la aprobación como así también por el aumento de las penas para que el delito no sea excarcelable, agregando como nota de realce intelectual que: “Se trata de un delito que es una verdadera plaga y creo que hoy los cuatreros van a llorar y nosotros a festejar” para culminar en una alabanza para el Ministro del Interior, el Secretario de Seguridad y el Presidente de la Nación.-

El debate en la Cámara de Diputados (21/04/04), si bien ha sido más extenso, no abunda en consideraciones técnicas respecto a resaltar las razones jurídicas por las cuales se introducen estas modificaciones, a no ser el hecho de jerarquizar la protección del bien “ganado” y procurar con el aumento de penas la no excarcelación de los presuntos autores de los ilícitos que se cometan con respecto a dicho bien. Tanto el diputado Romero como Alchouron si bien admiten que existen algunos errores y que el proyecto es perfectible, consideran que el tema no se puede demorar más y por ende debe votarse por la afirmativa. En cambio, el diputado Rivas vota en contra del proyecto de ley pues entiende que, en realidad son varios los bienes jurídicos que el Código Penal especifica y que a partir de esta incorporación se deberían modificar para mantener cierta sistematización y coherencia. También se expide por la negativa el diputado Cappelleri, por considerar que las penas son excesivas. Hay una intervención del diputado Borsani quien propugna incrementar la pena para la sustracción de tractores, cosechadoras o cualquier otra clase de maquinaria dotada de capacidad motriz para desplazarse sin necesidad de ser remolcada y que hayan sido dejadas en el campo (³⁸).-

§ 4.- Tipo objetivo.

37 Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03.

38 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 170/171) y “*El hurto campestre...*” en el Dial. com DC528.



El primer párrafo del art. 167 ter dispone: “*Será reprimido con prisión de dos a seis años el que se apoderare ilegítimamente de una o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encuentre en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto...* ”.-

Resulta adecuado ir analizando este tipo penal, parte por parte, pues se advertirá que la reforma incorporó algunos elementos dejando subsistente otros que conformaban la agravante del art. 163 inc. 1º.-

En primer término se advierte el aumento del mínimo de la escala penal al doble, con lo que, por ejemplo, el hurto de una vaca o un cerdo punitivamente resulta más oneroso que el hurto de un tractor, de una cosechadora, una sembradora o sustraer el contenido de un silo (¡!)-

La acción típica sigue consistiendo en el apoderamiento ilegítimo de un animal – una o más cabezas de ganado mayor o menor – con el aditamento de que sean “total o parcialmente ajenas”, esto último corresponde a la reforma.-

Anteriormente se requería que los bienes se encontraran “dejados en el campo”, librados a la confianza pública, ahora se especifica que deben encontrarse en “establecimientos rurales” o que el hurto se produzca en “ocasión de su transporte” entendido éste desde el momento de su carga hasta su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen en el trayecto, todo ello también ha sido incluido en la norma por la reforma.-

§4.1.- Acción típica.

Como se describió *ut - supra* la acción típica, tal como en el texto anterior, consiste en el apoderamiento ilegítimo del ganado – en la forma especificada en la manda – total o parcialmente ajeno. Esto último se observa en la figura básica del hurto (art. 162 del C.P.). De modo que sobre el concepto de apoderamiento corresponde remitirse a todo lo concerniente y expuesto con referencia a este último delito en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos, por tratarse, como se ha dicho en el anterior capítulo, de un hurto agravado en razón del objeto.-

Sobre la consideración y elemento normativo referente a la ajenidad parcial o total de la cosa – en este caso del ganado – apunta Arocena que el apoderamiento de ganado propio cuando un tercero lo tiene legítimamente en su poder, se considera una defraudación en los términos del art. 173



inc. 5 del C.P. y es totalmente ajeno para el autor si, no siendo su propietario – art. 2506 del C.C. (³⁹) – o poseedor – art. 2412 del C.C. (⁴⁰) – no es condómino – art. 2673 del C.C. (⁴¹) –, ni participa en una comunidad hereditaria respecto de él – art. 3416 del C.C. (⁴²) –. También lo es, para el socio, el ganado de la sociedad, en cambio el agente es condómino o comunero hereditario en relación con el ganado, de modo que resulta parcialmente ajeno y su apoderamiento lo convierte en autor de abigeato, según lo establece, respecto de las cosas de una sucesión indivisa, el art. 185 inc. 2º del C.P.. Asimismo, el ganado tiene el carácter de ganado cuando constituye *res nullius* o *res derelictae*, aunque en este supuesto no hay abigeato, porque no lo tiene nadie y su apoderamiento es legítimo, de

39 Art. 2506 C.C.: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Nota: “... La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor. Para la legislación aceptamos la definición de los jurisconsultos AUBRY Y RAU, §190”. “Si bien se ha considerado que los términos “propiedad” y “dominio” son sinónimos (SALVAT), en general se acepta (SEGOVIA, LAFAILLE, ALTERINI) que el primero es el género y abarca a todos los derechos de contenido patrimonial, incluido también los que recaen sobre las cosas, mientras que el “dominio” se emplea para el derecho real sobre las cosas en el comercio (arts. 2311 y 2336). Desde antiguo la Corte Suprema ha dado al vocablo del art. 17 de la Constitución – propiedad inviolable –, una interpretación lata comprendiendo todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, o sea, lo perteneciente a la persona fuera de sí misma o que no se confunde con ella” (Cfme. CIFUENTES Santos (Director); SAGARNA Fernando, (Coordinador), “*Código Civil. Comentado y anotado*”, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 307).

40 Art. 2412 C.C.: “La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea, a favor del poseedor, la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida”.

41 Art. 2673 C.C.: “El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble”.

42 Art. 3416 C.C.: “Cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión”.



acuerdo al art. 2525 del C.C. (⁴³); pero los casos del ganado sin dueño no deben confundirse con aquéllos en que el dueño no es conocido (⁴⁴).-

Resulta adecuado puntualizar que el apoderamiento del bien – ganado mayor o menor – que se encuentra dentro de los límites del establecimiento rural y que es sacado del mismo, puede ser perpetrado por cualquier medio, sea cargándolo sobre sí el sujeto activo, por arreo o utilizando un medio de locomoción.-

Sujeto activo y sujeto pasivo puede ser cualquier persona.-

§4.2.- Objeto de la acción.

Se trata del “ganado”, término que se incorporó en la ley 4.189 de 1903 con el aditamento de “mayor o menor” pero que luego se dejó de lado hasta su inserción en el “Código de 1921” ya que anteriormente se utilizaba la fórmula “animales en rebaño”, según se ha podido ver en los antecedentes legislativos nacionales.-

La locución “ganado” hace referencia a cuadrúpedos domésticos de cierta alzada que habitualmente conforma una grey o rebaño y deben ser de una especie doméstica de cierta talla (especies vacunas, caballar, asnal, mular (⁴⁵), también especies ovinas, caprinas y porcinas (⁴⁶)), de modo que quedan excluidas las aves de corral o cuadrúpedos menores, tales como, conejos, nutrias, perros, los animales de caza salvajes que crecen y se desarrollan espontáneamente en el campo (⁴⁷) y

43 Art. 2525 C.C.: “La obtención de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ella”.

44 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 260/261).

45 Ganado mayor.

46 Ganado menor. VILLADA Jorge incluye entre éstos a las vicuñas y llamas (ob. cit. p. 20 nota 10).

47 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 136); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 94/95); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 260); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 108/109); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 635); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 480) entre otros.



aquellos que no son para carga o carne, vale decir, que el apoderamiento de estos animales, sea en el campo o dentro de un establecimiento rural, constituye hurto simple ⁽⁴⁸⁾.-

También, de acuerdo al diccionario de la lengua castellana, se define la voz en cuestión como un “conjunto de bestias mansas de una especie que apacentan y andan reunidas”.-

Asimismo, la especificación de “ganado mayor o menor” hace alusión a animales de acuerdo a su alzada, que es una medida tomada en el animal desde el piso hasta la cruz – parte más alta del lomo .-.

En su momento, dada la redacción que tenía la norma, en la cual no se especificaba el número de especies objeto de sustracción, hubo encontradas opiniones respecto a si era necesaria una pluralidad de cabezas de ganado o si bastaba una sola para que operase la ocurrencia del tipo. Así un sector de la doctrina, ateniéndose a la significación estricta del término “ganado” que se dio en el párrafo anterior, entendía que estaba referida a una colectividad y no a la unidad (Moreno (h), Jofré, Gómez, Ramos, Malagarriga, Molinario y otros). En tanto, otro sector entendía que bastaba la sustracción de un solo animal, dado que la agravante no se fincaba en su número o su valor, sino en el lugar donde permanecían, además argumentaban que si bien la palabra “ganado” puede tomarse como un nombre colectivo, en realidad tiene una acepción genérica que no excluye, ya que justamente contiene a cada uno de los individuos y que es tradicional el principio según el cual cuando la ley habla en plural comprende por lógica el singular, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Así lo entendieron Soler, Núñez, Laje Anaya, Tozzini y otros ⁽⁴⁹⁾.-

Pero este conflicto de opiniones se torna ocioso al ser saneado por la ley 17.567 cuando modifica la redacción del inciso al incorporar la fórmula “cuando el hurto fuese de una o más cabezas de ganado mayor o menor...” que vige hasta la ley 23.077 que retoma su texto original y por ende renace aquella antigua polémica, pero finalmente la ley 23.588 restituye el texto de la ley 17.567 y también lo hace la 25.890 ⁽⁵⁰⁾.-

§4.3.- Situación del objeto.

a) Establecimiento rural.

Ya se explicaba en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional presentado al Congreso en el que, entre otras consideraciones, se tendía a superar los problemas interpretativos que traía aparejado la expresión “dejados en el campo”: “Conforme con la redacción vigente, el tipo penal previsto por

48 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 109).



el artículo 163, inciso 1, sólo alcanza a los apoderamientos de una (1) o más cabezas de ganado “dejados en el campo”. La razón del agravamiento reposa pues en dos extremos fácticos: el objeto y el lugar (conf. Núñez, Derecho penal argentino, Omeba, Buenos Aires, 1976, Parte especial, V, pág. 191). Esta expresión ha generado una serie de problemas interpretativos y, en principio, se afirma que quedan fuera de este marco punitivo, la sustracción de animales que no se encuentren apartados de la vigilancia de su dueño (conf. Donna, Derecho penal. Parte especial, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 54, y jurisprudencia citada en pág. 93). Las nuevas modalidades delictivas y los reclamos formulados por los hombres del campo muestran con claridad que la vigilancia directa o no sobre el ganado por parte de su propietario suele ser irrelevante a la hora de la consumación de aquéllas. En esa inteligencia se amplía el ámbito de la prohibición a todos los apoderamientos de ganado que se encuentre en establecimientos rurales, o durante su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto, distinguiéndose los del hurto campestre (artículo 163, inciso 1)”⁵¹.-

49 En su momento se habló de dos tesis: la gramatical y la lógica. La primera, se basa en una observación puramente exegética o literal: la voz ganado es un sustantivo de los llamados colectivos, que semánticamente significa "conjunto de bestias mansas que se apacientan y andan juntas". Por ende, y para esta opinión, el que hurtá una sola cabeza no hurtá "ganado", no incurriendo así en la figura calificada sino meramente en la simple (art. 162 C.P). Amén de tales argumentos, la susodicha interpretación gramatical goza de un favor muy especial: es, claro, la más favorable al imputado; por ende, debe prevalecer. La interpretación histórica, por su lado, coadyuvaba a esta conclusión; ya que las Leyes de Partidas imponían, por cierto, la pluralidad de cabezas (ley 19, título 14, partida 7); numerosa doctrina y jurisprudencia fueron adhiriendo a esta tesis restrictiva. La segunda, opina que basta el hurto de un solo animal para que se dé la calificación. Por lo general, esta orientación se fundamenta en el hecho de que la agravante "no obedece al criterio del número, sino al de la necesidad de una mayor protección en razón del lugar donde se encuentra la cosa". Un muy buen sector de la doctrina y de la jurisprudencia se ha enrolado en esta tesis más severa; que, se cree es la correcta. Por lo demás, esta interpretación más represiva se basa también en la discusión habida en la Cámara de Diputados de la Nación al tratarse el art. 22, letra b, inc. 4º de la ya citada ley de reformas 4189; con lo que operaría aquí incluso una suerte de interpretación "auténtica". En definitiva entonces, se entiende que la hermenéutica meramente gramatical debe aquí ceder, algo análogo ocurre, por ejemplo, con el sustantivo "armas", que aparece en el art. 166, inc. 2º del Código Penal: claro está que basta una sola arma para que el robo se califique. (Cfme. CHIAPPINI Julio "El concepto de "ganado" (Artículo 163, inciso 1º, Código Penal)" LL 1985-C- 882).

50 FIGARI Rubén "Hurtos" (ob. cit. p. 136); "El hurto campestre..." en el Dial.com DC528; "El delito..." (ob. cit. p. 98).

51 Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03.



De modo que, se introduce en el art. 77 del C.P. una definición de lo que se considera establecimiento rural: “*Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrá presente las siguientes reglas: ... El término "establecimiento rural" comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante*”.-

Tal definición adoptada por la ley 25.890 deviene del Código Rural de la Provincia de Buenos Aires (⁵²) que dice en su art. 2: “A los efectos de este código se entiende por establecimiento rural todo inmueble que, estando situado fuera de los ejidos de ciudades o pueblos de la provincia, se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante”.-

La legislación pertinente de Santa Fe, en el art. 3 establece: “Propiedad rural es la consistente en bienes raíces, muebles o semovientes, existentes o radicados en estancias, chacras, quintas, granjas y – en general – fundos o predios rústicos, establecidos fuera de los arrabales o de la planta urbana de los pueblos” y el art. 4: “La propiedad rural se divide en pecuaria y agraria. Entiéndese por propiedad rural pecuaria, todo establecimiento, cuyo principal objeto sea la cría o invernada, pastoreo o mejora de razas de ganados de toda especie. Están también comprendidos en esta denominación, los ganados mismos y las poblaciones, cultivos para el consumo, árboles, bosques, instrumentos y aparejos, corrales y servicios accesorios a dichos establecimientos. Entiéndese por propiedad rural - agraria, todo establecimiento, cuyo principal objeto sea el cultivo de la tierra. Forman parte de los establecimientos agrícolas, el terreno, poblaciones, sementeras, los cereales, legumbres, hortalizas, árboles, plantas, forrajes, hilazas, animales, máquinas, instrumentos, útiles y demás accesorios de tales establecimientos”.-

El Código rural de la provincia del Chaco en el art. 2 determina: “A los efectos de este Código se entiende por establecimiento rural todo inmueble, estando situado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia, se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, o aprovechamientos semejantes”.-

Por su parte el Código rural de la provincia de Formosa da una definición en su art. 2: “A los fines de este ordenamiento, se entiende como “establecimiento rural”, o indistintamente “empresa

52 Ley 1.081/83 modificada por las leyes 10.462, 11.477, 12.063, 12.257 y 12.608 y el Decreto Reglamentario 3347/84.



agropecuaria”, a todo predio ubicado fuera del radio urbano de las ciudades o pueblos que tenga por destino principal la producción agropecuaria o forestal en cualquiera de sus especializaciones, con destino al mercado”.-

El Código rural de la provincia de Entre Ríos (ley 1.509) en su art. 2 dispone: “Para los efectos de este Código, se consideran establecimientos rurales todos los situados fuera de la planta urbana de las ciudades y villas que tengan constituido el gobierno Municipal”.-

Finalmente, a título ejemplificativo, el Código rural de la provincia de San Luis (Ley Nº VI-0158-2004 (5553) destina tres artículos referidos al “establecimiento rural”. Art. 2º: “Se entiende por establecimiento rural a toda propiedad inmueble, situado fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la Provincia”. Art. 3º: “Se llama estancia a todo establecimiento rural cuyo principal objeto es la cría de ganado, sea mayor o menor. Forman parte de una estancia los ganados, poblaciones, cultivos, árboles, bosques, útiles, corrales y demás accesorios de los mismos”. Art. 4º: “Son establecimientos rurales agrícolas aquellos cuyo objeto principal es el cultivo de la tierra en cualquier forma. Forman parte del establecimiento agrícola, en general toda producción agrícola, útiles de labranza, animales y poblaciones que tenga”.-

El título XIII “Significación de conceptos empleados en el Código” contiene en los artículos 77 y 78 un catálogo de la terminología que se utiliza para tener en consideración a fin de la aplicación de diversas normas, pero, específicamente el art. 77 dice que para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presente las siguientes reglas, circunstancia ésta que parecería ampliar la denominación del título, pues algunos establecen reglas para resolver en general una determinada situación, mientras que otros responden a la idea de asignarle un cierto significado a las palabras, evitando la ambigüedad o valgedad inherente al lenguaje (⁵³).-

De allí que se señala que el valor legal de las significaciones contenidas en este artículo es relativo, ya que está condicionado por los particulares alcances que puedan resultar asignados a estas palabras en los tipos penales de la Parte Especial del Código (⁵⁴).-

53 AVILA Juan “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, t. II, BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 890.

54 DE LA RUA Jorge “*Código Penal argentino. Parte general*” 2ª Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1183.



Pero también se considera que el último título de la Parte General contiene hipótesis relativas a lo que se da en llamar interpretación auténtica o legislativa contextual⁽⁵⁵⁾, porque, con independencia de que la “significación sea exacta”, es la exacta desde el punto de vista jurídico y como es hecha mediante la ley, tiene fuerza de tal, de modo que impide que el juez pueda dar a cada concepto, una significación distinta que hubiera podido acordarle, en caso de que este título no hubiera sido sancionado. Empece, no impide a su vez, interpretar el sentido y el alcance que puede tener la expresión en el caso concreto⁽⁵⁶⁾.

Hechas estas aclaraciones, y ya en el análisis de la cuestión en concreto, se advierte que con la definición que incorpora la ley 25.890 del “establecimiento rural”⁽⁵⁷⁾ – concepto jurídico inexistente hasta este momento – se trata de consolidar una mayor precisión en el término y de esta forma se considera que aquél está referido a todo inmueble destinado a la cría⁽⁵⁸⁾, mejora⁽⁵⁹⁾ o engorde⁽⁶⁰⁾ de ganado⁽⁶¹⁾ – con los alcances que se le han dado más arriba a este término –.

55 “Los alcances de la expresión “establecimiento rural”, contenida en la figura básica el delito de abigeato del art. 167 bis del C.P., sobre que sustenta la calificante del art. 167 quáter inc. 1º C.P. aplicado al caso, vienen determinados por la definición del término desarrollada por la interpretación auténtica dada por el legislador en el art. 77, 9º párr. C.P.” T.S.J, Sala Penal “Stefanoni Pablo p.s.a. partíciipe secundario de abigeato agravado reiterado - Recurso de casación” 19/02/08, Foro de Córdoba, nº 130, año XIX, abril 2009.

56 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “Notas al Código Penal argentino. Parte general” t. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1994, p. 427.

57 Lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión, que tiene que ver o que hace a lo que se relaciona con el campo y en las labores propias de éste. (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “Notas...” ob. cit. p. 141).

58 Reproducción y crianza, como el hecho de alimentar, cuidar o cebar animales (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

59 Procurar su perfección o acrecentamiento, de manera que los animales pasen de un estado a otro mejor. También se puede relacionar con el mejoramiento de la raza o la salud de los animales enfermos (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

60 Dirigido a hacer que el ganado engorde, es decir cebar, dar de comer para elevar su peso (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).



actividades de tambo (⁶²), granja o cultivo de la tierra (⁶³), a la avicultura u otras crianzas (⁶⁴), fomento o aprovechamiento semejante (⁶⁵).-

Tal como se adelantó más arriba, la definición que se concreta en el art. 77 del Código Penal respecto al “establecimiento rural” devenía de la establecida por los Códigos rurales, especialmente el de la provincia de Buenos Aires, pero según puede advertirse en este último, se hace referencia a que dicho establecimiento esté ubicado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia (art. 3); en el de la provincia de Santa Fe “fuera de los arrabales o de la planta urbana de los pueblos” (art. 2); en el de la provincia del Chaco “estando situado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia” (art. 2); en el de la provincia de Formosa “fuera del radio urbano de las ciudades o pueblos” (art. 2); en el de la provincia de Entre Ríos “fuera de la planta urbana de las ciudades y villas que tengan constituido el gobierno Municipal” (art. 2) y el de la provincia de San Luis “situado fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la Provincia” (art. 2). Es decir, que el denominador común de estas disposiciones es que el establecimiento rural se debe encontrar fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la provincia. Pero esta circunstancia no se encuentra en la disposición del art. 77, es decir, que la ley no exige que el establecimiento rural esté ubicado en el campo, no obstante que la connotación “rural” esté asociada con el “campo”. “Un establecimiento rural puede ser el que se encuentra en el campo, como el campo mismo donde se encuentran los animales; puede estar en una zona rural como no estarlo porque, a pesar de que lo rural se relaciona con el campo, nada impide que ese establecimiento rural se encuentre dentro del ejido municipal, y por ello se halle situado dentro de un lugar poblado; sigue siendo pues, un establecimiento rural... La ley dice establecimiento rural, pero no dice establecimiento de campo situado en el campo; tampoco dice

61 “El sentido literal posible de la referencia a la cría de animales, debe definirse en el contexto de las otras dos actividades mencionadas por la disposición legal [mejora y engorde]. Lo que determina que deba entenderse por tal, toda tarea relacionada con la actividad de reproducción natural o artificial de los animales. A su vez constituyen actividades de mejora o engorde del ganado, aquellas que se relacionan con su alimentación y cuidado. Más específicamente, las mejoras se relacionan con la perfección o acrecentamiento del ganado conduciéndolo de un estado a otro mejor (salud, raza), mientras que el engorde consiste en el cuidado y cebamiento destinado a que los animales dejen de ser flacos y se vuelvan gordos. Lo que determina que quedan fuera de la fórmula legal las actividades de aquellos establecimientos ocupados en temas diferentes a la agrícola - ganadera y avicultura. Como acontecería, por ejemplo, con la actividad minera o la piscicultura” T.S.J, Sala Penal “Stefanoni Pablo p.s.a. partícipe secundario de abigeato agravado reiterado - Recurso de casación” 19/02/08, Foro de Córdoba, nº 130, año XIX, abril 2009.



establecimiento rural situado en el campo, y tampoco dice “*establecimiento rural dedicado al ganado*”⁽⁶⁶⁾. Por lo que hay que concluir que lo decisivo es el destino que se le da al inmueble y no el lugar donde se encuentra⁽⁶⁷⁾.-

Queda al margen de la normativa cualquier tipo de establecimiento fabril o comercial, aunque se haya relacionado con las actividades del campo, sus productos o subproductos⁽⁶⁸⁾.-

Anteriormente a la reforma, el hurto de ganado mayor o menor se punía por encontrarse en el campo – “dejados en el campo” – (art. 163 inc. 1º del C.P.), vale decir, en un sitio carente de protección o custodia por parte del hombre. Entonces se daba la controversia pues, para algunos,

62 Actividad referida con la leche que puede ser de vaca o de cabra. Productor, por ordeño, sea que aquel producto se comercialice total o parcialmente, sea que, a su vez, el mismo establecimiento pueda transformar a aquel producto en otros, como quesos, mantecas u otros derivados. (Idem ob. cit. p. 144). Cabe apuntar que el Código alimentario argentino (art. 34) dispone: “Entiéndase por tambos, los establecimientos que poseen animales de ordeño cuya leche se destina a abasto o industria, no considerándose como tal la tenencia de animales cuya leche se destine al exclusivo consumo de su propietario en el sitio de su obtención. Esta circunstancia no exime a éste de las obligaciones que sobre sanidad animal e higiene general establece el presente, pudiendo intervenir la autoridad competente cuando lo considere necesario”. IRIARTE considera que la amplia extensión que se le ha querido dar al concepto de tambo en la ley 25.890, no sólo incluye, por ejemplo, los tambos propiamente dicho, sino todos los lugares donde se práctica tal actividad, de este modo, no se sigue el concepto restringido de “tambos” que contiene el Código alimentario argentino (Cfme. IRIARTE Ignacio “Reforma al abigeato. El derecho penal como ilusión de seguridad (Un poco de reflexión político - criminal y análisis dogmático)” ADLA 2004 - E- 6554. No obstante, AROCENA entiende que: “... la alusión de la ley 25.890 a todo inmueble que se destine a actividades de tambo, y la propia connotación del término “tambo” – referido a los establecimientos ganaderos destinados al ordeño de vacas y a la venta, generalmente al por mayor de su leche –, impide que pueda incluirse en su denotación a todos los lugares donde simplemente se practique tal actividad, pero ella no sea el destino específico – aunque no necesariamente exclusivo y excluyente de toda otra finalidad – del establecimiento”. (Cfme. AROCENA Gustavo ob. cit. p. 244).

63 Fundo de relativa extensión, a manera de gran huerta, que se caracteriza por una múltiple actividad relacionada con los animales domésticos, sean de cabeza mayor o menor, aunque no en gran cantidad; igualmente, con aves y sus productos naturales y con ciertos animales que son objeto de consumo, como pueden ser los conejos. No impide que, como conjunto de actividades, la granja pueda ser destinada en parte al cultivo de la tierra para la producción de hortalizas u otros alimentos (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “Notas...” ob. cit. p. 144).

64 Esto está referido a los criaderos de pollos – también se pueden incluir otro tipo de aves – y con respecto a otras crianzas se alude, por ejemplo a los criaderos de iguanas, ranas, nutrias o conejos. Queda al margen



tratándose de “resguardos especiales” que constituirían un modo de vigilancia directa no darían lugar a la calificante – Núñez (⁶⁹) –, en tanto que para otros, mientras no se trate de establos o corrales que sean dependencias inmediatas de la casa habitación o destinadas a habitación, se daría igualmente la razón de ser de la calificante – Soler (⁷⁰) – considerándose que esta última es la opinión que condice con la motivación del agravante: ella no depende tanto de las mayores o menores dificultades para el apoderamiento, cuando de las menores posibilidades que el propio tenedor tiene para impedirlo (⁷¹).-

A la luz de la reforma ¿ha cambiado en algo esta interpretación?.-

la piscicultura porque el sentido de la disposición se circumscribe al medio terrestre (Idem ob. cit. ps. 144/145).

65 Esta última mención resulta sumamente vaga, por lo que se hace menester darle algún contenido más preciso, lo cual, a título de ejemplo podría comprender a actividades dedicadas a la producción o reproducción de lombrices, caracoles o a la actividad relacionada con la miel, por medio de colmenas (Idem ob. cit. p. 145).

66 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 24/25); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 112); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 246); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 483); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78); FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 138) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 102).

67 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78). PASTORINO Leonardo citando a VIVANCO Antonino refiere que éste se esfuerza en distinguir los vocablos *rural* y *agrario*, y para ello recurre a la etimología, pero también al sentido con el que se los utiliza en las distintas lenguas romances. Por ello da al primero un concepto espacial y estático que identifica el espacio no urbano y al segundo un sentido productivo, económico y dinámico que luego se vinculará más aún a una determinada técnica de producción. (Cfme. ROMERO Roxana “*Incidencia de la reciente reforma penal en el Derecho Agrario: abigeato y otros hurtos campestres, ley nº 25.890*” en “*Derecho agrario*” (ob. cit. p. 221) citando a PASTORINO Leonardo “*Derecho agrario y ambiente en la evolución dogmática argentina*” en “*Revista del Colegio de Abogados de La Plata*” nº 59, p. 229).

68 Idem (ob. cit. p. 25).

69 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 192/193) “El objeto tiene que haber sido *dejado* en el campo. Esto significa que la cosa debe estar *en el campo* y no en un resguardo especial situado en el campo, *verbi gratia*, un granero o establo cerrado. Significa también que la cosa no debe estar bajo una custodia inmediata, por ejemplo, la del pastor, arriero o jinete”.



Para Buompadre las cosas no han cambiado con la reforma. “La razón de ser del tipo penal sigue residiendo, no en el objeto de protección (el ganado), como cosa mueble, sino en la *mayor indefensión* que presenta el animal, el cual, aún cuando se encuentre dentro de un establecimiento rural, está fuera del alcance de la vigilancia de su dueño o tenedor. Por lo tanto, será abigeato tanto el apoderamiento de un animal dentro de un corral o un galpón, próximos a la vivienda del tenedor o dueño, como fuera de ellos (por ej. el animal pastando en campo abierto), siempre que el lugar en donde se encuentre constituya, normativamente, un establecimiento rural. En la actualidad no interesa el mayor o menor mecanismo de defensa que el tenedor pueda implementar para proteger al animal; es suficiente, para que concurra la aplicación de la figura, con que el animal se encuentre en un establecimiento rural, con independencia de su situación de indefensión por no estar bajo la vigilancia del dueño. Vale decir que, a diferencia de lo que establecía el texto derogado, el nuevo delito de abigeato exige que el apoderamiento del animal se realice dentro de un establecimiento rural o en ocasión de su transporte”⁽⁷²⁾.-

Según Laje Anaya el animal constitutivo de ganado – vacas, bueyes, cabras, ovejas, mulas, caballos, cerdos – deben hallarse en un “establecimiento rural”, esto es, dentro de aquél y es lo que cuenta para el art. 167 ter y como ya no se exige que el animal se encuentre dejado en el campo – campo abierto – es suficiente con que el hurto recaiga en una o más cabeza de ganado, y que se ejecute en cualquier lugar perteneciente a ese establecimiento rural y si el animal se encuentra bajo custodia efectiva por hallarse, por ejemplo, dentro de un galpón para que allí pueda parir al amparo de mayor protección, y ese galpón como dependencia se halla situado a muy escasos metros del ámbito de lo doméstico, o del lugar donde se curan otros animales enfermos, e incluso, si hay gente que trabaja en esos menesteres y en otros más, el hurto será calificado, aunque esas pudieran haber sido las circunstancias del lugar. “Quien hurta una cabra o la chiva madrina dentro de un corral, también muy cercano a la casa donde vive el puestero, hurta calificadamente porque hurtó *una cabra*

70 SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino”, t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970.p.213. “Sacar animales de las dependencias, inmediatas de una casa o de un establo situado en zonas edificadas y vigiladas normalmente por sus dueños no constituye abigeato”.

71 FIGARI Rubén “Hurtos” 1º Edición, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, ps. 77/78.

72 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 111); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 480).



o la chiva madrina. Tan sólo falta eso; que se hurte la cabra, o que se hurte la chiva. Claro es que el ladrón puede cometer abigeato cuando sustraiga al animal de ganado mayor o menor que ha sido dejado en el campo; que está situado en el campo, y que del campo no vuelve a los corrales... ¿Qué pasará cuando, por sí solo, el animal hubiese dejado el establecimiento rural y hubiese pasado a otro campo pero que no es un establecimiento rural? Aunque se puede decir que se encuentra en el campo, sin protección de ninguna naturaleza, el hurto no será calificado; solamente será un hurto simple, por la sencilla razón de que no se encontraba dentro de un establecimiento rural, sino fuera de él. Lo que ocurre es que en el sistema actual de abigeato, las cosas se han dado vuelta: *a mayor protección privada, mayor protección de la ley; a menor defensa privada, igual protección de la ley...*"⁽⁷³⁾.

Por su parte, Arocena reflexiona que el legislador al haber abandonado la alusión al ganado "dejado en el campo", entiende que sería discutible seguir afirmando que el fundamento político del castigo más severo del abigeato se funde en un especial estado de indefensión material de la tenencia de la riqueza ganadera. No obstante, y aunque una primera aproximación a la figura penal en cuestión, llevaría a pensar que el agravante se cimenta en la exclusiva consideración de la cosa que es objeto de tutela, la justificación del mayor castigo no se sustenta en la absoluta o indistinta protección del cuadrúpedo – en tanto y en cuanto, a la exigencia de que el apoderamiento se trate de cabezas de ganado mayor o menor, se suma el requisito de que las cabezas de ganado mayor o menor

73 LAJE ANAYA Justo "Delitos..." (ob. cit. ps. 26/28). "...Desde la vigencia de la ley de reformas, el hurto se agrava por el objeto. Si bien el lugar tiene su importancia, ese lugar debe ser un establecimiento rural... Lo mismo da que se halle con custodia, o sin ella. Si el lugar no responde a esta categoría, el abigeato es hurto simple, así la res pudiera encontrarse, al momento del apoderamiento, dejada en el campo. Por el contrario si el animal se encuentra custodiado en ese establecimiento, por ejemplo, en el interior de un establo cercano, en el interior de un galpón, se halla dentro de un corral o en la clínica veterinaria del establecimiento, la calificante será objeto de aplicación; no ya por una menor defensa privada, sino tan sólo porque fue hurtado de un establecimiento rural... Todo parece indicar que la fuente extranjera del art. 167 ter, es el art. 163 del Código paraguayo de 1997, que en ese lugar reprime al abigeato. La disposición establece: "El que hurtara una o más cabezas de ganado mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en *campo abierto*, será castigado con pena privativa de libertad hasta 10 años". La diferencia es clara, porque el hurto se agrava cuando el apoderamiento ha recaído en un animal que al momento del hecho, se encontraba en cielo abierto, lo cual hace que no necesariamente, la res debe encontrarse en un establecimiento rural, o que ese campo abierto debe pertenecer a un establecimiento de ese carácter" (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal "Notas..." ob. cit. p. 240).



se encuentren en un lugar determinado: un establecimiento rural – sino en la necesidad del dueño que, en ocasiones, por la naturaleza misma del animal o por algunos usos suyos, está obligado a dejarlo vagar en la intemperie o tenerlos en lugares alejados y no custodiados por él; de lo cual deriva la necesidad de que la defensa pública se muestre más enérgica precisamente allí donde la defensa privada es menos potente (⁷⁴).-

Las dos opiniones vertidas primeramente se ajustan a la verdad, pues es evidente que actualmente basta con que el ganado se encuentre dentro del “establecimiento rural”, sin distinción de que se halle en un establo cercano a la vivienda del cuidador o del puestero, como que se encuentre a “campo abierto”: lo determinante es que el ganado se localice dentro del ámbito de dicho establecimiento, para considerarse el tipo que desarrolla la figura del art. 167 ter. De modo, que si bien Buompadre se identifica con este argumento, pienso que desacierta al sostener que con la reforma “las cosas no han cambiado”, pues yo digo que sí han cambiado, ya que este autor, antes de la reforma, decía que si el corral o el establo son inmediatos a la casa habitación, no se daría la calificante, en cambio, si el hurto se perpetra sobre animales que están encerrados en corrales alejados de la casa habitación, en campo abierto, en donde la protección es más difícil de proveer, debe aplicarse la agravante (⁷⁵). Este argumento era compartido por la doctrina y la jurisprudencia. Entonces, se puede afirmar que luego de la reforma no se necesita hacer esta disquisición, pues el abigeato comprende la sustracción de una o más cabezas de ganado, mayor o menor, que se encuentren simplemente dentro del establecimiento rural.-

De hecho, que esta elaboración se ha realizado en base a los sectores rurales importantes que se encuentran en las principales provincias ganaderas, pues, el establecimiento requiere, por definición, una cierta infraestructura o acondicionamiento para la actividad que se desarrolla lo cual también implica la existencia de un cercamiento para deslindar un establecimiento del otro, pero con ello, paradójicamente el legislador restringe la posibilidad de comisión del delito en sí, ya que, si una cabeza de ganado mayor o menor se encuentra fuera de dichos linderos, por ejemplo a la vera del camino, el hecho caería en un hurto simple (⁷⁶). También, cabe otra posibilidad, cual es, la del pastor de cabras, típico de la zona serrana, que trashuma de un lugar a otro buscando pastaje para sus

74 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 263/264) citando a CARRARA Francesco (ob. cit. §2076).

75 BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal. Parte especial” t. II, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000, p. 51.



animales y que, desde luego, se encuentran a campo abierto, ya que en ese caso no se puede hablar de establecimiento alguno, de modo que el hurto de alguna cabra, será simplemente el hurto del art. 162 (⁷⁷).-

Laje Anaya desliza la posibilidad de que en caso de que el animal se encuentre introducido en un campo ajeno pero que no es un establecimiento rural, sea apropiado por el dueño de este campo. En ese caso este propietario no habrá cometido abigeato, ni siquiera hurto, se habrá apropiado de una cosa mueble ajena, en los términos del art. 175 inc.2º y en el caso de que el animal hubiera dejado por sí el establecimiento rural y no hubiere ingresado a ningún campo sino que estuviere en los caminos, se tratará de una cosa perdida porque no la tiene nadie y si un sujeto lo aprehendiera y se apropiara de él tampoco cometería abigeato sino que su conducta se canalizaría por el art. 175 inc. 1º (⁷⁸). Aunque se debe convenir que esta situación que refleja el maestro cordobés, al menos se presentaría un tanto dudosa si el animal tuviera una marca o señal, lo cual denota que tiene dueño (⁷⁹).-

Normalmente el hurto en pequeñas cantidades de animales va acompañado, incluso en el mismo lugar donde se comete el hecho, con el faenamiento. De allí que la pregunta que se suscitaba es qué relación podía haber con el caso de hurto de ganado y lo que disponía el art. 206 con la

76 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 139) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. ps. 106/107). En contra GALLINO para quien no se requiere un determinado tipo de tecnología o infraestructura ni tampoco la presencia de cercamiento (Cfme. GALLINO Sebastián en BAIGUN David – ZAFFARONI Eugenio (directores) (ob. cit. t. 6 p. 431)

77 Se menciona el caso de sustracción de varios caballos o mulas, destinadas a acarreo o transporte de minerales, desde una planta de extracción de tales objetos, que aunque se hallen en el campo y en zonas absolutamente alejadas – como suelen estar las minas, donde resultan sumamente indispensables para esa clase de explotación – al no tratarse de establecimiento rural sino minero o industrial, la conducta queda inmersa en el de hurto simple de semovientes (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. p. 25). O el caso de la sustracción de una mula o asno utilizados en una fábrica de ladrillos o cortadero (Cfme. LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” ob. cit. p. 25).

78 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 29 nota 29).

79 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 140) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 108).



reforma introducida por la ley 25.528 (27/11/2001 B.O. 09/01/2002 - ADLA 2002 - A- 30) (⁸⁰). Se debe dejar sólidamente aclarado que para nada el faenamiento constituye el momento consumativo del hurto dado que previo a eso se ha consumado el apoderamiento del animal, más bien aparecería como una circunstancia posterior una vez que se agotó el delito. Con referencia a la citada relación con el art. 206 a que se ha hecho alusión antes – sobre el mismo se ampliará *ut - retro* –, es evidente que todo consistirá en saber quién puede ser el autor de la infracción: si lo puede ser el cuatrero que hurtó el animal, o si el delito se haya dirigido a un tercero ajeno. En principio, y tal como surgió del texto en cuestión el autor no puede ser el mismo que hurtó el animal, sino un tercero ya que la disposición no puede estar dirigida al cuatrero quien, obviamente, conoce el origen delictivo del animal a faenar, por la sencilla razón de que fue él quien cometió el ilícito. En cambio, podría serlo el cómplice secundario del hurto que se comprometió a faenar la cosa hurtada. En ese caso éste será cómplice secundario del hurto y autor del faenamiento delictivo, dándose el concurso ideal (⁸¹).-

Pero es del caso que la reforma también alcanzó al art. 206 (⁸²) ya que la participación en el hecho principal por la persona que, entre otras cosas, se dedique a la “faena”, de acuerdo al Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso indicaba que “... las calificantes ahí descriptas se subsumen en las nuevas situaciones contempladas por el artículo 167 ter del Código Penal proyectado y en los diferentes supuestos de encubrimiento...”, aunque Álvarez sostiene que: “Esta supresión viene a despenalizar una conducta que surgió necesaria de los motivos del cuatrerismo, esto es, la

80 Art. 206: “Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal. Si la violación a las reglas precedentes se cometiere realizando el faenamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito, la pena será de ocho meses a dos años de prisión. La pena será de uno a tres años cuando conociere el origen ilícito del animal. Si hiciere de ello una actividad habitual se le aplicará además pena de inhabilitación especial por doble de tiempo del de la condena”.

81 LAJE ANAYA Justo - LAJE Sebastián - LAJE ROS Cristóbal - LAJE ANAYA Celina “*El hurto en la doctrina judicial argentina*” Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, ps. 332/333.

82 Quedando solamente la primera parte de la redacción. “A efectos de compatibilizar las disposiciones contempladas en el capítulo II bis, resulta necesario derogar la reforma introducida en el art. 206 del C.P. por la ley 25.528. Ello pues, las calificantes ahí descriptas se subsumen en las nuevas situaciones contempladas por el art. 167 ter del C.P. (debería decir 167 quater) proyectado y en los diferentes supuestos de encubrimiento” (Mensaje de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo).



comercialización del producto robado. Es necesariamente una incongruencia, por más que se intente limarse penalizando a los funcionarios encargados del control sanitario, como se realiza en los artículos siguientes. Ello, porque la referencia introducida por la ley 25.528, se dirigía especialmente a los frigoríficos no constituidos regularmente en base a las disposiciones sanitarias vigentes, o aquellos establecimientos que, sin llegar a considerarse como tales, pasan a ser escala obligada en el curso del ilícito para la comercialización de los productos ganaderos”⁽⁸³⁾ (⁽⁸⁴⁾).-

b) En ocasión del transporte.

En este caso se advierte un paralelismo con lo dispuesto por el art. 163 inc. 5º respecto a las mercaderías transportadas, pues, el fundamento de ello se finca en la especial protección que requieren ciertas cosas, dadas las circunstancias en que se encuentran a disponibilidad del sujeto activo, quien actúa sin mayor interferencia. “Siempre se había entendido que debía protegerse con mayor intensidad a la carga transportada, atento a que muchos tramos de las rutas son despoblados y, por lo tanto, sin posibilidad de control policial; la única protección es el propio transportista, quien además, está obligado a dejar su vehículo sin vigilancia directa cuando hace sus escalas; sin embargo, no se entiende por qué esa “protección” debe ser mayor cuando se trate de ganado”⁽⁸⁵⁾.-

Pero la ley no efectúa distinción alguna en cuanto al medio de transporte, por lo que puede ser cualquiera – terrestre, aéreo, marítimo o fluvial, aunque no sea un medio específicamente destinado al transporte de ganado –, difiriendo del párrafo segundo en que es imprescindible que sea motorizado.-

La frase “en ocasión de su transporte” significa en ocasión de su traslado de un lugar a otro y el lapso está dado desde el momento en que se carga el ganado en un transporte hasta el lugar de su destino o entrega, es decir hasta la finalización del viaje o del paso del ganado de poder del transportista. En ese ínterin quedan incluidas – de acuerdo a la redacción misma de la manda – las escalas que se realizan durante el trayecto – paradas –, previstas o no⁽⁸⁶⁾.-

83 ALVAREZ Carlos “*Delitos rurales. La incorporación que realiza la ley 25.890*” Boletín ADLA 2004 - C, 4113.

84 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 140/141) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito.*” (ob. cit. p. 109).

85 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E - 6554).



Según el Diccionario de la Real Academia “transportar” (del lat. *Transportare*) significa llevar o trasladar una cosa de un lado a otro.-

Laje Anaya - Laje Ros estiman que el animal no es transportado cuando es llevado de un lugar a otro arreándolo⁽⁸⁷⁾ o cuando es tirado por otro animal⁽⁸⁸⁾. Asimismo, no interesa que todos los animales que se debían cargar se hubiesen efectivamente cargado, puede ser que el hurto recaiga en lo que se ha cargado, es decir, cuando la carga es parcial. También, señalan que los animales que no se hayan cargado aún, toda vez que se encuentren dispuestos en el lugar donde se cargará en el medio que los ha de transportar, empece el delito deberá ser considerado igualmente como abigeato, si ese lugar se encuentra dentro de un establecimiento rural. “Si, por ejemplo, se llegara a encontrar en una feria ganadera, ya el delito será hurto, porque la feria no es, conforme lo establece el art. 77, un establecimiento rural, aunque se halle situado en el campo. Lo que se ha de sustraer es el animal o los animales, lo cual no indica siempre, que los ladrones hubiesen de descargar necesariamente lo que ya se había cargado. Si se hurta la carga, y además se hurta el medio de transporte, hay que distinguirlo. Si el hecho se comete en el establecimiento mientras la carga tiene lugar, se habrá cometido abigeato, y el concurso no será real en razón de que el hurto no se multiplica por la cantidad de objetos hurtados, sino por las esferas de custodia violadas. Ahora, si el hecho tiene lugar cuando el trayecto ha comenzado, habrá que tener en cuenta si el vehículo ha sido dejado en la vía pública o en la escala, sin custodia alguna. Si esto ocurre, el episodio debe tenerse como un único hurto que cae en dos circunstancias de calificación: esto es, en el abigeato, y en el hurto de vehículos dejados en la vía pública... En lo que hace al lugar de la carga, puede ser que él sea, en efecto, un establecimiento rural, pero no es condición *sine qua non*. Es suficiente pensar que una vez efectuada la carga, los animales deben ser descargados por cualquier circunstancia, mientras el transporte sea iniciado y proceder a cargarlos nuevamente en otro medio de transporte. Por otra parte, la disposición

86 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 83 nota 186).

87 En igual sentido GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 84); AROCENA. Gustavo (ob. cit. p. 266); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 24); FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 239); FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 141) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 110)

88 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 30).



no limita el lugar al establecimiento rural, porque no dice “desde el momento de la carga en el establecimiento”, sino que se refiere al transporte ya en curso, lo cual permite inferir que el lugar de la carga puede ser otro distinto al lugar donde se encuentra situado aquel establecimiento”⁽⁸⁹⁾.-

Pero existen opiniones que divergen parcialmente de lo antes dicho. En efecto, Buompadre considera – y en esto se sigue el anterior lineamiento – que de acuerdo al texto legal, la sustracción del ganado debe realizarse “en ocasión de su transporte”, lo que se concreta desde el momento de su carga y hasta el lugar de destino o entrega, es decir, desde el preciso momento en que los animales son cargados en algo que los recibe – que los carga – y los conduce de un lugar a otro, de modo que, si se llevan en tropilla, se arrean, pero no son “cargados” al medio de transporte, la sustracción sólo quedará en los límites de la figura básica, siempre que la acción haya sido desplegada dentro del establecimiento rural [aquí se produce la disidencia con la posición anterior]. “Si la sustracción se produce mientras los animales son conducidos caminando, en tropilla, hasta el lugar donde van a ser cargados al transporte, pero aún no se ha producido el proceso de carga, el hecho queda fijado como hurto o robo, según las circunstancias. La expresión de la ley “desde el momento de su carga” no admite otra interpretación, pues fija el *dies a quo* del momento consumativo. De aquí que el “arreo” (tradicional abigeato) del animal no necesariamente queda siempre fuera del alcance del tipo penal, como piensa alguna doctrina, sino que deberá apreciarse en el marco de un contexto normativo expreso. Si se conduce el animal en tropilla (arreo), desde dentro de un establecimiento rural hacia fuera de él para cargarlo al camión jaula que transportará el ganado a otro lugar, no pueden caber dudas de que el hecho encuadra en el tipo de abigeato. El arreo del animal no tiene mayor importancia típica, lo que tiene relevancia (mediante arreo o no) es que el animal, al momento del apoderamiento se encuentre dentro del establecimiento rural o en viaje... Ahora bien, si el arreo es de una tropilla de animales que han sido dejados en el campo, entonces la sustracción típica es un hurto simple del art. 162”⁽⁹⁰⁾. Yo creo que la intención del autor correntino ha sido, mediante esta casuística, precisar con mayor nitidez el ámbito de aplicación del tipo penal, no dejando de lado que el arreo en sí mismo quede fuera de aquél, sino que el arreo que se realiza en el ámbito externo del establecimiento rural, constituye hurto simple.-

89 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “Notas...” (ob. cit. ps. 241/242).

90 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 113/114); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 482).



En cambio, Estrella - Godoy Lemos al considerar indiferente el medio de transporte utilizado, incluye el arreo, poniendo énfasis en que la ley no hace ninguna distinción sobre el particular y alegan que según el Diccionario de la Lengua española “transportar” significa llevar cosas o personas de un lugar a otro lo que no excluye el transporte por el propio y natural esfuerzo del ganado. “La ley no requiere un medio distinto al mismo animal para su transporte, a diferencia del inc. 5º del art. 163, que por la distinta naturaleza del objeto del delito – mercaderías o cosas muebles –, se refiere a su transporte “por cualquier medio”; o al agravante del segundo apartado del artículo que comentamos, que exige “un medio motorizado””⁽⁹¹⁾.-

Entiendo que lo que debe quedar en claro es que, de acuerdo a la nueva formulación, el abigeato se comete apoderándose en forma ilegítima de una o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajena, en dos circunstancias: cuando se encuentre en un establecimiento rural – con los alcances que se le ha dado a este término y en la forma de perpetración que se ha expuesto *ut - supra* – o, en ocasión de su transporte. Y para sanear cualquier duda sobre este último punto, también se debe recurrir a la redacción de la norma, pues habla del aspecto temporal, pero también del medio, ya que al decir “desde el momento de su carga” se está indicando que el ganado debe llevarse en algún medio de locomoción, pues es en el único en que se puede “cargar”, cosa que no ocurre con el arreo – de arrear que significa estimular a las bestias con la voz, con las espuelas etc., para que caminen o vayan más de prisa –⁽⁹²⁾.-

§5.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo, pues el agente debe actuar con el conocimiento de que se apodera del ganado total o parcialmente ajeno, sin derecho a ello y con la intención de someter a su propio poder material o a su propia esfera de custodia⁽⁹³⁾.-

91 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 484). En igual sentido PIÑA Alejandro *“Abigeato y delitos conexos. La reforma de la ley 25.890”* en *“Revista de derecho penal y procesal penal”* nº 4, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 705.

92 FIGARI Rubén *“El delito ...”* (ob. cit. p. 113)

93 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 237) parecen admitir el dolo eventual.



§6.- Consumación y tentativa.

El hecho queda consumado cuando el animal o animales con vida, han pasado del poder de quien los tenía a poder del sujeto activo, es decir cuando se viola la esfera de custodia por apoderamiento. Mientras los animales no hubieran salido del establecimiento rural o no hubieran sido cargados al medio de transporte, se está en el terreno de la tentativa.-

§7.- Agravantes.

§7.1.- Por el número de cabezas de ganado mayor o menor y la utilización de un medio motorizado.

La primer circunstancia agravante del tipo básico que se vio en el capítulo anterior surge del párrafo segundo del art. 167 ter que dispone: “*La pena será de tres a ocho años de prisión si el abigeato fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizable un medio motorizado para su transporte*”.-

Este texto ya se encontraba en el último párrafo del art. 163 inc. 1º según la ley 23.588 (27/07/1988 B.O. 24/08/1988 - ADLA 1988 - C- 2803) con la diferencia que ahora la pena mínima es de tres años de prisión, cuando antes era de dos años.-

Por lo tanto, sobre este particular valen las consideraciones que se han hecho con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.890.-

Se ha considerado como el fundamento de una mayor punibilidad en este caso, el hecho de que el ataque al bien jurídico protegido es más amplio o se traduce en un mayor daño material a la propiedad ajena – cabezas de ganado mayor o menor – y conjuntamente, el mayor reproche se ajusta al hecho de la especial facilidad de comisión al utilizar un medio motorizado que le da la ventaja al agente de que en un lapso más o menos corto, alejar y poner a resguardo el bien, fuera de la esfera de custodia del sujeto pasivo ⁽⁹⁴⁾. Pero Laje Anaya - Laje Ros plantean sus inquietudes sobre tal fundamentación en tales términos: “Sin embargo, la circunstancia de que deba tratarse de un medio motorizado puede determinar que cuando se utiliza un medio tirado por caballos, el delito vuelva a su forma simple, no obstante el número de cabezas hurtadas y el mayor perjuicio causado. Si se quiso proteger la propiedad con más énfasis, en razón del mayor perjuicio para ella, ¿en virtud de qué se exigió que el medio fuera a motor? ¿No hubiera sido suficiente el empleo de cualquier medio

94 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 268/269).



como lo indica el inc. 5 del art. 163?. El medio debe ser un medio de transporte terrestre, porque, a diferencia del inc. 5 del art. 163, la infracción no se califica cuando el medio es cualquiera. Aquí, en el abigeato, el medio debe ser motorizado y transportar animales por tierra, aunque no sea uno destinado específicamente a ello” (⁹⁵).-

Aquí, como se observará, se requieren dos condiciones para que funcione la agravante: que se trate de un apoderamiento de cinco o más cabezas de ganado y que en tal circunstancia se utilice un medio motorizado.-

Se ha puntualizado que también surge la duda respecto a que la norma no requiere en forma indispensable que la calificante se produzca en el momento en que se da el apoderamiento. Aunque como señalan Creus - Buompadre, dicha conducta quedará *a fortiori* comprendida en el tipo: p. ej. cargar los animales en el transporte en el mismo establecimiento donde se encuentran para sacarlos de allí; será suficiente que el medio se emplee para perfeccionar el apoderamiento, p. ej. también quedaría comprendido en el tipo agravado la acción de sacar los animales del campo donde se encuentran, por arreo, conduciéndolos a un brete donde son cargados en un camión-jaula, para trasladarlos al lugar previsto por el autor como destino de los mismos (⁹⁶). Agregan que alguna doctrina entiende que el medio motorizado debe emplearse para lograr el apoderamiento del ganado, es decir, para consumar el delito. Pero entienden que esto no es lo que se ajusta al texto legal. “Si bien se observa, se podrá apreciar que el párrafo 2º del art. 167 ter exige la concurrencia del abigeato (apoderamiento de ganado) “y” la utilización de un medio motorizado para su transporte, para perfeccionar el tipo. La ley no dice “en” la consumación del abigeato se emplee un medio de tales características, sino que “*el abigeato*” esto es, el apoderamiento de los animales sea de un determinado número (cinco o más cabezas) “y” se utilice, “*para su transporte*”, un medio motorizado. Vale decir que, como puede apreciarse el tipo penal admite dos modalidades comisivas por el medio motorizado: una, que éste se emplee en los actos consumativos del apoderamiento y, la otra, que sea utilizado para el transporte de los animales que ya han sido extraídos del

95 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 247). Debe entenderse cualquier vehículo propulsado a motor, que por sus características y dimensiones permita el traslado en forma simultánea o sucesiva, de por lo menos cinco animales, sea cargándolos en él o arrastrándolos en un acoplado. (Cfme. LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique ob. cit. t. I. ps. 298/299)

96 CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 478); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 115).



establecimiento rural, sin solución de continuidad. Tanto en uno como en otro supuesto estaremos ante el tipo agravado de abigeato. Interpretar lo contrario significaría que, en todos los casos, los actos de apoderamiento del ganado y su carga en el medio motorizado para su transporte deberían concretarse dentro de un establecimiento rural. Al ladrón, entonces, para evitar la aplicación de la figura agravada, le convendría mantener el medio de transporte fuera del establecimiento rural y allí proceder a la carga de la hacienda para su traslado, conclusión que no parece consultar con corrección el texto de la ley. El medio motorizado no es el *medio* para consumar el apoderamiento sino, simplemente, el medio de transporte”⁽⁹⁷⁾. De todas formas se consideraba que la aplicación de esta calificante dependía en gran medida de los hechos objetivos y de la prudente interpretación judicial sobre el momento en que se consuma el apoderamiento y el transporte motorizado de los animales, para la cual juegan un rol importante el lugar, el tiempo de conducción del ganado y el existente entre la sustracción y la carga, la distancia, etc. ⁽⁹⁸⁾.-

Otras opiniones se han vertido en contraposición a la anterior, por ejemplo:

Donna interpreta que la ley habla de que el hurto fuere de... y se utilizare un medio motorizado para su transporte, de modo que en alguna etapa de la ejecución del delito y antes de su consumación debe utilizarse un medio motorizado, de lo contrario ya se estaría dentro del delito de encubrimiento, que nada tiene que ver con la agravante ⁽⁹⁹⁾.-

97 Idem (ob. cit. p. 479); Idem (ob. cit. ps. 115/116); “La figura no requiere que el transporte motorizado se utilice para el desapoderamiento. Basta que se utilice para perfeccionar el apoderamiento y consumar el hurto...” (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto ob. cit. p. 485). “Entiéndase que el medio motorizado debe utilizarse con la finalidad de perfeccionar el desapoderamiento”. (Cfme. ALVAREZ, Carlos “*Delitos rurales. Las incorporaciones que realiza la ley 25.890*” ADLA 2004 - C - 4113); FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 142); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito ...*”(ob. cit. p.119). “... el citado párrafo requiere que las cabezas de ganado sean más de cinco, y la utilización de un medio motorizado para su transporte en el apoderamiento, lo que puede ser en cualquier etapa de este último, ya sea en la consumación o en circunstancias posteriores” (Cfme. BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar, “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado*”, 6º edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 192).

98 BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. II. p. 50)

99 DONNA Edgardo “*Derecho Penal. Parte Especial*”, t. II-B, Ed. Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 55.



Laje Anaya entiende que lo que cuenta es el medio de transporte y que éste se haga en un medio motorizado, de allí que si se hurtan cinco o más animales fuera de lo que establece la agravante, el abigeato no se califica porque el delito no consiste en hurtar muchos animales sino de hacerlo mediante el empleo de un medio motorizado. “Entendemos que no es tan sólo el empleo del medio motorizado; en este sentido, no será suficiente con que el autor sustraiga los animales y después los cargue en el medio a motor. Es que el hurto, es decir, la *sustracción misma*, se debe hacer mediante el empleo del medio a motor. El hurto debe consumarse mediante ese medio, y en ese medio las cabezas deben ser sacadas, como carga, de la esfera de custodia en que se encontraban. Si el delito se *consumó antes* (¹⁰⁰), y después los animales fueron cargados en el medio que los transportará, la calificante no ocurre (¹⁰¹). Cuando los animales son cargados después de la consumación, entran ya en el período de *agotamiento* del delito. En una palabra, el animal debe encontrarse en un establecimiento rural, y no fuera de él. Desde luego, que el apoderamiento no se perfecciona cuando el medio de transporte se hubiese cargado y se encontrase aún dentro del establecimiento rural. Si en esas circunstancias llegara por ejemplo, la autoridad o el medio de transporte no pudiera ser puesto en marcha, el hecho quedará en tentativa porque el abigeato consiste en apoderarse de la cosa cuando el animal se encuentra en el establecimiento rural y, por sustracción, sale de ese lugar. Se consuma pues no dentro del establecimiento, sino cuando es sacado de él” (¹⁰²).-

Para Arocena no es suficiente que el sujeto activo utilice el medio motorizado para perfeccionar el apoderamiento, sino, por el contrario, dicho medio debe emplearse para lograr el apoderamiento, para consumarlo. En definitiva, el agente debe realizar la sustracción misma valiéndose del medio aludido (¹⁰³).-

100 El hecho no consiste en transportar animales hurtados, sino en cometer el hurto mediante el empleo del medio de transporte (Cfme. LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” ob. cit. p. 32 nota 38).

101 Como si primero los animales fueran sacados del campo por arreo y luego en el camino, fueran cargados en el medio de transporte (Cfme. Idem ob. cit. p. 32 nota 39).

102 Idem (ob. cit. ps. 31/32).

103 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 269); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396).



En lo concerniente al medio utilizado para el traslado, se expresa que el transporte puede ser de cualquier naturaleza, aéreo, acuático o terrestre, sólo basta que se desplace por medio de un motor aunque no sea específicamente destinado para el transporte de animales. Tampoco es menester que el ganado sea conducido en un único medio de transporte, ya que pueden intervenir varios vehículos, siempre que el hecho sea realizado en un único contexto de acción. Ahora bien, si se transporta uno o más animales sin llegar a la cifra de cinco y luego se retorna al lugar para cargar más y de esa forma se completa el mínimo requerido por la agravante en cuestión, no se configuraría la misma, sino más bien que son hechos aislados en la manera básica que concurrirán en forma material (¹⁰⁴).-

Tozzini con respecto a la agravante misma, señala que ella se configurará con sólo que el medio especial de transporte haya sido utilizado para cubrir algún tramo parcial de la ejecución del delito o para lograr su consumación (¹⁰⁵).-

§7.2.- Figuras agravadas del tipo básico.

La ley de reformas introduce el art. 167 quáter determinando seis circunstancias agravantes y estipulando una escala penal que va de cuatro a diez años de reclusión o prisión. Estas penas resultan sumamente severas con relación a otros bienes jurídicos protegidos más importantes e incluso, con los determinados en otros tipos penales del mismo Título. Pero si se toman en consideración los argumentos esgrimidos en la discusión parlamentaria se aprecia – como en otros casos – que el denominador común era procurar con ese monto punitivo la “inexcarcelabilidad” del presunto sujeto activo. En efecto: “... En este caso no estamos incrementando la punibilidad por un delito cualquiera, sino para el caso del abigeato. Se trata de que los delincuentes que cometan este tipo de delitos **no sean excarcelados**. No estamos pidiendo otra cosa que justicia para un sector que ha sufrido mucho daño” (¹⁰⁶). “En el sector agropecuario hay una gran expectativa acerca de lo que hoy vayamos a resolver, y no porque con este proyecto se arreglen todos los problemas sino porque es

104 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 485).

105 TOZZINI Carlos “*Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*” 2º edición actualizada, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, ps. 72/73 y 194/195.

106 Diputada María del Carmen Alarcón. Lo resaltado con negrita me pertenece.



una señal de que estamos a favor de contener la situación y agravar las penas para que el delito de abigeato **no sea excarcelable**” (¹⁰⁷).-

§7.3.- Circunstancias del art. 164.

El art. 167 quáter dispone: “*Se aplicará reclusión o prisión de cuatro a diez años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1º El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el art. 164... ”.*-

Es decir que el apoderamiento del ganado mayor o menor que describe el art. 167 ter se califica cuando se den los requisitos de utilización de fuerza en las cosas o violencia física en las personas, teniendo lugar ésta antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad. O sea, que la sustracción tenga lugar con las modalidades del robo, comprendiendo la acaecida en establecimientos rurales o en ocasión de su transporte y la contemplada en el último párrafo del art. 167 ter. Obsérvese que la pena prevista para el robo es de un mes a seis años y en el caso de que el apoderamiento se realice con dicha modalidad se incrementa a la de cuatro a diez años de prisión (¹⁰⁸).-

En cuanto a las características propias del robo, hay fuerza en las cosas cuando el agente despliega una energía física, humana o artificial, sobre el ganado, para lograr su apoderamiento, sea que aquélla resulte necesaria para vencer la resistencia de la cosa – en este caso ganado – que opone por si misma o a través de los resguardos o defensa predisposta por su dueño, como sería el caso de romper el candado que asegura la abertura del lugar donde se encuentra el ganado, sea que la fuerza aparezca indispensable a tal fin. Realmente la fuerza relevante que interesa a los fines penales va más allá del esfuerzo necesario para transportar o simplemente remover del lugar la cosa, ya que el esfuerzo necesario que se realiza debido al peso de la misma o su volumen, es sabido que no constituye fuerza típica (¹⁰⁹).-

Incursionando en los aspectos genéricos que se tienen en cuenta en el robo, en alusión al término “*fuerza en las cosas*”, el mismo se centra en la idea de que fundamentalmente haya una

107 Diputado Guillermo Eduardo Alchourón. Lo resaltado con negrita me pertenece.

108 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 145/146); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito ...*” (ob. cit. p. 123)

109 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 270).



oposición de resistencia de la cosa, más allá que la utilización de la fuerza sea normal o anormal, ya que la fuerza que determina que un hecho ilícito, tal como el hurto se trastoque en robo, es la que se necesita para vencer justamente esa resistencia. Ahora bien, esa fuerza propia del robo exige una cuantía apreciable ya que de lo contrario no podría vencerse esa resistencia y es la que se emplea para vulnerar ésta, que el propietario o tenedor utiliza para evitar que se apoderen en contra de su voluntad, sus cosas. La resistencia consiste en encerrarlas, resguardarlas o rodearlas de obstáculos materiales que las defiendan y que se erigen, a la vez, en una expresión manifiesta de la voluntad constante y contraria en cuanto tiene por fin sacarlas de su dominio y posesión o removerlas del lugar en que se encuentran. De allí que el empleo de la mentada fuerza debe ser concomitante con un factor psicológico emanado del propietario o tenedor, ello es, la creación de un medio de seguridad contra el cual va encaminada aquella fuerza. Determinar esto es una cuestión fáctica que debe analizarse en cada caso en particular, de allí la diversidad existente en la jurisprudencia, y es menester – agregaría de relevancia – la constatación ocular, como medida probatoria que normalmente se efectúa en las primeras etapas de la investigación, más propiamente en la prevención, para deducir cuán relevante ha sido la fuerza utilizada en el evento (¹¹⁰).-

Otro tema de análisis lo constituye la vinculación entre la fuerza y el acto de apoderamiento que debe tener un contenido objetivo y subjetivo. En cuanto al primero, se requiere que la fuerza sea el procedimiento o la forma empleada para perpetrar o consolidar el apoderamiento, aunque no es indispensable que haya sido un procedimiento necesario. Creus - Buompadre ponen el ejemplo de aquél que para apoderarse de la lana de la oveja, en vez de enlazarla, prefiere matarla y después esquilarla, allí se comete el robo (¹¹¹).-

Desde el punto de vista subjetivo es evidente que la fuerza tiene que haber sido querida por el sujeto activo como una forma de actuar que tenga relación con el apoderamiento, ya sea por una especie de dolo directo o eventual, no así el culposo. Queda descartada la fuerza que tenga una motivación diferente al apoderamiento y que sólo sea producto de una animadversión o espíritu de ocasionar un daño. “En este último caso el daño cooperará en concurso con el hurto o, en su caso, con el robo, si tal constituye el apoderamiento de que se trate, no así cuando el daño sea resultado de

110 FIGARI Rubén “*Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 51.

111 CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 453).



la fuerza desplegada voluntariamente en orden al apoderamiento, en cuyo caso, cualquiera que sea en el momento en que se realice, quedará consumido por el robo, que desplazará a la figura del art. 183 del C.P.”⁽¹¹²⁾.-

Puntualiza Núñez que el apoderamiento debe realizarse con fuerza en las cosas, es decir, que aquélla debe practicarse en los actos ejecutivos del apoderamiento mismo, para vencer materialmente la resistencia que la cosa opone a su sustracción o a la del hurto. De este modo, no pueden tenerse en cuenta sólo los actos consumativos, tal como lo enuncia Soler, sino todos aquéllos que integran el proceso ejecutivo del apoderamiento aunque haya existido un intervalo entre aquéllos y la sustracción. “A diferencia de lo que sucede respecto de la violencia física en las personas, carecen de poder agravatorio todos los actos de fuerza en las cosas no comprendidos en el tramo de ejecución del hurto. Quedan excluidos, por consiguiente, los actos de fuerza en las cosas que sólo hayan tendido a preparar el proceso ejecutivo del apoderamiento ... Empero, la fuerza en las cosas hecha ya en el proceso ejecutivo de apoderamiento, califica la consumación de éste a pesar de que entre ambos actos medie un espacio de tiempo. Por lo tanto, comete robo el ladrón que rompe la cerradura y al día siguiente se apodera de la cosa”⁽¹¹³⁾. Pero el hurto no se trastoca en robo si la fuerza en las cosas se produce en forma posterior a la consumación del apoderamiento, tal como la llevada a cabo por el ladrón sobre el continente, después de haberse apoderado de éste para sacar la cosa. En igual sentido Donna⁽¹¹⁴⁾, Estrella - Godoy Lemos⁽¹¹⁵⁾, Tozzini⁽¹¹⁶⁾, Laje Anaya - Gavier⁽¹¹⁷⁾. “Con arreglo al texto legal, la fuerza en las cosas sólo convierte el hurto en robo cuando se ejerce durante los actos de apoderamiento, quedando excluida aquélla que es desplegada después del apoderamiento para

112 Idem (ob. cit. ps. 452/453). En igual sentido LAJE ANAYA Justo “*El robo y la extorsión en la doctrina judicial argentina*”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2004, p. 35.

113 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 219).

114 DONNA Edgardo “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 110).

115 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 391 y sgtes.).

116 TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 257).

117 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 308).



lograr la impunidad o para obtener la cosa... Sólo la violencia en las personas permite su aplicación posterior a los actos comprendidos durante la ejecución del hurto” (¹¹⁸).-

La “*violencia en las personas*” está referida a un despliegue de energía física, que tiene como objetivo el vencimiento de la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer en el desapoderamiento. Es la denominada *vis absoluta*. De allí que el mencionado despliegue puede estar dirigido a vencer una resistencia actual o evitar que la persona sobre la cual se aplica pueda poner en ejecución cuando todavía no la ha hecho. Es lo que Creus - Buompadre denominan violencia ablativa. De manera que el robo se da aun cuando se ejerce violencia sobre quien está incapacitado para ejercer algún tipo de resistencia. De allí que ésta puede ser real, presunta o imaginaria y no requiere una determinada intensidad sino que debe estar en relación con el apoderamiento, de igual manera, no se hace menester en forma imprescindible un contacto físico del cuerpo del sujeto activo con el pasivo. Cabe adunar que la violencia es factible que recaiga sobre éste o sobre un tercero que se oponga o intente oponerse al apoderamiento. Señala Tozzini que la violencia consiste en el despliegue que hace el ladrón de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química – entre las cuales el art. 78 del C.P. ubica a los medios hipnóticos o narcóticos –, real o simulada, ante una víctima que la vivencia como real, y que se utiliza para vencer física o psíquicamente, la resistencia que ésta pudiera oponer al apoderamiento. “Esta definición concuerda con la llamada *vis compulsiva o relativa*, que afecta a la libertad de opción del sujeto pasivo y que lo hace actuar con voluntad coacta, entregando al ladrón o aceptando que éste se lleve la cosa que, *verbi gratia*, es de su propiedad. Pero también esta violencia puede actuar como *vis absoluta*, que, privando a la víctima del movimiento voluntario, la hace intervenir sin que medie de su parte acción humana alguna, como un instrumento inerme, tal y como ocurre sí, por ejemplo, alguien es empujado por otro contra el escaparate de una tienda, que éste, así, rompe, lo que aquél aprovecha para sustraer efectos que estaban allí expuestos, en cuyo caso concurrirá en el robo los medios comisivos típicos del robo: la fuerza en las cosas y la violencia física en las personas. De esto se deduce que la agravación se produce porque al ataque contra la propiedad se une, ora una violencia psíquica y un daño psicofísico que la intimidación (¹¹⁹) produce en la persona atacada (como cuando se emplea un arma de juguete descargada, que la víctima cree verdadera), ora una violencia física sobre ella, que la coacciona, al ponerla ante el riesgo objetivo de sufrir un daño vital y mediato (como por ejemplo, ocurre en el caso

118 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 81); FIGARI Rubén “Robo...” (ob. cit. ps. 51/53).



de la misma amenaza con un arma), o bien, finalmente, una violencia incontrastable, que transforma la víctima en un mero “instrumento” del robo cometido por otro” (¹²⁰).-

Donde se producen algunas divergencias interpretativas es cuando se abordan las calificantes del robo y en especial el caso del robo con armas.-

Por ejemplo Donna, a partir de la premisa de que no obstante la autonomía que se le ha brindado al abigeato por la ley 25.890, lo sigue considerando como un hurto o un robo agravado por el objeto. Concluye, en que “no se alcanza a ver el porqué no se puede aplicar la agravante del art. 165 o 166, cuando el apoderamiento del ganado lleva a las lesiones o a la muerte de otra persona, y en cambio se aplican las reglas de esos tipos penales. En síntesis, se trata de un hurto y por ello todos los capítulos de este título referidos a él se le aplican” (¹²¹).-

Laje Anaya primeramente, se plantea la cuestión sobre qué es lo que ocurre cuando el ladrón perfora techos, puertas o ventanas y de ese lugar sustrae el animal (art. 167 inc. 3º) y esto resulta importante, según el autor, en cuanto a la pena, pues el robo calificado por efracción se reprime con pena de tres a diez años y el abigeato calificado o robo se reprime con entre cuatro a diez años. “Salta a la vista que el robo con efracción es menos grave que el robo simple [en el abigeato], de manera que sería mucho más conveniente robar aquel lechoncito con efracción, en vez de hacerlo tan sólo con fuerza en las cosas o violencia en las personas” (¹²²).-

119 Sobre este punto SOLER estima que no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima, agregando que la amenaza con armas, acompañada de la exigencia de una cosa, constituye robo y no extorsión según lo corrobora el art. 166 inc. 2º del C.P., pues si no se admitiera esta conclusión, el resultado sería el de la casi total inaplicabilidad de la referida agravante, porque el puro hecho de amenazar con armas seguiría siendo extorsión o como decir que un revolver no es un arma hasta que con ella no se ha herido a alguien (Cfme. SOLER Sebastián *“Derecho Penal Argentino”* 4º Edición, t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 2000, ps. 273 y sgtes.). En el mismo sentido ZARINI Andrea - SIMAZ Alexis *“La intimidación en el delito de robo simple y el test de taxatividad”* LL 2009-A-1313. En sentido contrario y glosando los autores que se adscriben a la posición amplia y a la restrictiva SCHIAVO Nicolás *“La violencia física en el robo”* Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2005, ps. 109 / 161.

120 TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 261); FIGARI Rubén *“Robo...”* (ob. cit. ps. 62/63).

121 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 73).



Luego se interroga qué ocurre cuando el abigeato es cometido con armas, y se responde, que como el art. 167 quáter se ha referido al art. 164, es decir, al robo simple, ya no se podrá aplicar la pena de cuatro a diez años, sino que se deberá aplicar la agravante del robo con armas; es decir, de cinco a quince años de prisión y si las armas fueran de utilería la pena deberá ser de tres a diez años de prisión, pero como el abigeato agravado por el robo se castiga con entre cuatro y diez años, de idéntica pena, habrá que aplicar ésta porque el fundamento de la calificante del actual abigeato es en razón del objeto y del hecho de hallarse eventualmente el animal en un establecimiento rural, de donde deviene que el robo con armas de utilería, que es más grave porque se ha eliminado toda posibilidad de reacción de la víctima, resulta, frente al abigeato agravado, menos severamente penado que éste (123).-

Villada realiza una enumeración de una serie de circunstancias que se omitieron incluir de las demás modalidades agravadas del robo, posibles de aplicar al abigeato: en despoblado y en banda, en despoblado solamente, en banda únicamente, por efracción de paredes o techos o cercos, como los de una cabaña o criadero, con uso de llave falsa o ganzúa para abrir el candado de una tranquera o el portón de ingreso al establecimiento, mediante escalamiento, aprovechando de un infortunio de la víctima, mediante el uso de armas comunes – no de fuego –, mediante el uso de armas de fuego, mediante el uso de armas de utilería, calificado por lesiones graves o gravísimas, seguido de muerte, agravado por homicidio, etc.. Entonces, resume las siguientes hipótesis con la consabida pena: 1º) Abigeato por robo simple de cinco o más cabezas de ganado, por medio motorizado y desde un establecimiento rural o transportado: la pena aplicable, será de 4 a 10 años de prisión; 2º) Abigeato o robo cometido con armas de fuego: pena de 5 años y 4 meses a 15 años – incremento de un tercio del mínimo y un porcentaje similar del máximo, conforme el art. 41 bis del C.P. –; 3º) Abigeato cometido con robo agravado por el empleo de menores: pena de 5 años y 4 meses a 15 años – art. 41

122 LAJE ANAYA “*Delitos...*” (ob. cit. p. 35).

123 Idem (ob. cit. ps. 36/37). Esta posición es refrendada en LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “*Notas...*” (ob. cit. p. 253). Aquí también desechan las calificantes del hurto contenidas en el art. 163 por aplicación del art. 167 quáter que sólo califica cuando concurren las circunstancias del art. 164. “En este sentido, toda vez que se corten los alambres del campo para ingresar al establecimiento rural, el abigeato será calificado, pero será simple cuando para ingresar a aquél se procediera a emplear una ganzúa o una llave falsa para abrir el candado que asegura la tranquera. No obstante, este *modus operandi* debe ser considerado como un agravante genérica de la pena cuando ella es individualizada”. (Cfme. Idem ob. cit. p. 254).



quáter C.P. –; 4º) Abigeato por robo con homicidio: 10 a 25 años de prisión, porque el art. 165 protege bienes de mayor rango y conmina mayor pena, con lo que se produce un caso de desplazamiento de un tipo por otro; 5º) Abigeato mediante otras formas de robo agravado: pena de 4 a 8 años (?) del art. 167 quáter, por atipicidad de formas calificadas de abigeato en modo específico; 6º) Abigeato por hurto agravado: la pena es la de abigeato simple, primer párrafo del art. 167 ter, por ausencia de previsión legal (¹²⁴).-

Sayago considera que si se sustraen una o más cabezas de ganado mayor o menor que se encuentren en un establecimiento rural o en ocasión de su transporte y el hecho se comete con violencia en las personas, consistente en el empleo de un arma, propia o impropia, de fuego o de utilería, éste encuadra en la figura de abigeato calificado del art. 167 quáter inc. 1º, sin que sean de aplicación al caso las disposiciones del art. 166 inc. 2º del C.P., pues éstas se encuentran en el Capítulo II del Título “Delitos contra la propiedad”, es decir, en otro capítulo y constituyen circunstancias que califica otro “tipo básico”: el robo simple (art. 164 C.P.). Ahora, si el arma empleada para cometer “abigeato” es de fuego – con aptitud o no para el disparo – y con ella se ha ejercido violencia o intimidación contra las personas, deberá tenerse en consideración lo dispuesto por el art. 41 bis del C.P., con lo cual la escala penal del art. 167 quáter se incrementará un tercio en el mínimo y en el máximo. Resumiendo, se plantean las siguientes hipótesis: a) Si se comete un abigeato con violencia física en las personas y ésta consiste en el empleo de un arma que no sea de fuego – propia o impropia – la conducta encuadra en el art. 167 quáter inc. 1º, sin que se produzca ninguna modificación en la escala penal correspondiente – 4 a 10 años de reclusión o prisión –; b) Si el arma empleada en dicho hecho es de fuego – apta o no para el disparo – esa escala, en virtud del art. 41 bis, se incrementa un tercio del mínimo y del máximo, con lo cual queda en cinco años y cuatro meses a trece años y cuatro meses de la misma pena. Contrariamente, si se empleó para consumar el abigeato un arma de utilería, ninguna influencia tendrá sobre la escala penal del art. 167 quáter el dispositivo del art. 41 bis, ya que el elemento intimidante utilizado es un artefacto que simula ser un arma de fuego, pero que por su naturaleza no lo es. En el caso de que dichas sustracciones con armas se lleven a cabo fuera de los ámbitos descriptos, como ya no se trata de un “abigeato calificado” rigen las disposiciones del art. 166 inc. 2º en sus diversos supuestos (¹²⁵).-

124 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 28/30).



Buompadre reduce la cuestión al empleo de un arma de fuego y en tal sentido entiende que es de aplicación la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del C.P. y no la agravante específica del robo con armas del art. 166 inc. 2º ya que no son aplicables al abigeato las agravantes del hurto ni del robo (¹²⁶).-

Estrella - Godoy Lemos estiman que al abigeato se agrava conforme expresa y exclusivamente, lo dispone el inc. 1º del art. 167 quáter por lo que no serán de aplicación las formas y penas agravadas del robo previstas en los arts. 165, 166, 167 o 167 bis ya que ello importaría una violación al principio de legalidad y si en el abigeato se utiliza un arma de fuego con aptitud para el disparo y cargada con sus correspondientes proyectiles, no será de aplicación el art. 166 inc. 2º ap. 2. “El hecho será típico al inciso que analizamos toda vez que la intimidación con un arma de fuego es la *vis compulsiva* comprensiva de la violencia requerida por el art. 164... Solamente en el ejemplo analizado, será de aplicación también la agravante genérica prevista por el art. 41 bis, habida cuenta que el uso de un arma de fuego no es elemento constitutivo de los tipos penales previstos por los arts. 164 o 167 ter. También será aplicable sólo el inciso que comentamos aún cuando concurrieran las otras circunstancias del art. 166 o las de los arts. 167 o 167 bis... Si con motivo u ocasión del abigeato resultare un homicidio, estaremos frente a dos hechos distintos o independientes, el abigeato y el homicidio, culposo, preterintencional o doloso según corresponda, que concurrirán materialmente” (¹²⁷).-

Franceschetti ante la posibilidad de la colisión entre la agravante en cuestión y las del robo, se expide en el sentido que la especificidad de la figura del abigeato agravado – art. 167 quáter inc. 1º – desplaza el tipo penal del robo agravado que concurre sólo en apariencia, por lo que corresponde la pena de aquél, la cual resulta de menor cuantía en los supuestos del art. 166 y de mayor cuantía en los del art. 167, ambos del C.P. (¹²⁸).-

125 SAYAGO Marcelo (ob. cit. p. 201).

126 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 117); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 483).

127 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 489).

128 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 241).



Los demás autores que tratan el tema no se expiden sobre estas particularidades (129).-

Por mi parte, luego de analizar todas las opiniones que anteriormente se expusieron, estimo que en el caso de la utilización en el robo con un arma de fuego en el abigeato se debe aplicar la agravante contemplada en el art. 41 bis. Ello es así pues esta norma alcanza a las figuras básicas y calificadas que no exijan, para su comisión, el empleo de un arma de fuego, ya que éstas se construyen con la finalidad de agredir y afectar con más efectividad el bien jurídico vida o integridad física (130). Pero en el caso de la utilización de otro tipo de arma, o de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada o con un arma de utilería – circunstancias éstas contenidas en el nuevo art. 166 inc. 2º – se estaría ante un concurso aparente de leyes (131). En el caso del abigeato cometido con la participación en el hecho de menores de edad sería de aplicación el art. 41 quater del C.P.. El abigeato por robo con homicidio desplaza el tipo

129 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554); AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 270/271); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 195); D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 639); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); ALVAREZ, Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C - 4113); GUEREÑO, Indiana "Análisis de la ley 25.890" DJ 2004-3- 677; PIÑA Roxana (ob. cit. p. 162).

130 REINALDI Víctor "*Delincuencia armada. Segunda edición ampliada y actualizada*", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 230.

131 Esta circunstancia se da cuando, a pesar de que a primera vista son varios los tipos que concurren y bajo los cuales se subsume el hecho, en virtud de su respectivo contenido y de diversas relaciones existentes entre ellos sólo uno, que desplaza al otro u otros, resulta aplicable, por ser el que más particularizadamente contempla la totalidad de las modalidades del hecho, agotando su contenido de injusto y culpabilidad. Se trata de tipos que guardan entre sí una manifiesta compatibilidad, de tal modo que no pueden aplicarse conjuntamente al mismo hecho, pues ello violaría el *non bis in idem*. Es decir que, en definitiva, el hecho no cae efectivamente bajo más de una sanción penal – en cuyo caso debería regirse por el art. 55 y aplicarse al caso el tipo que fijare pena mayor –, sino sólo bajo una de ellas, la que resulta aplicable porque fijare pena menor que la del tipo desplazado. Es precisamente esta última posibilidad de aplicar el tipo de pena menor lo que torna necesaria la figura del concurso aparente de leyes, pues si se aplican a estos casos el art. 54, algunos tipos delictivos nunca resultarían aplicables, lo que contradiría su *ratio legis* por estar manifiestamente destinados a regular la específicas conductas por ellos descriptas como prohibidas bajo amenaza de pena. De modo que se puede definir el concurso aparente de leyes como el conjunto de relaciones entre ciertos tipos penales que determinan la aplicación al caso de uno de ellos y el desplazamiento del otro o de los otros (Cfme. CARAMUTI Carlos "*Concurso de delitos*" Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 181/182).



trasladándolo al art. 165 del C.P.. Al abigeato mediante otras formas de robo agravado (despoblado y banda, despoblado, perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas, incs. 2º, 3º, 4º del art. 163) se le aplica la pena de las agravantes del art. 167 quáter por atipicidad de dichas formas calificadas (¹³²). En todos estos casos, obviamente, se está hablando del abigeato agravado que se comete en el ámbito del “establecimiento rural” o “en ocasión de su transporte”, caso contrario recobran vigencia las agravantes naturales del hurto o robo, según como se califique el hecho.-

§7.4.- Alteración, supresión o falsificación en marcas o señales.

En este punto el art. 167 quáter agrava la pena del abigeato cuando: “...2º *Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal...*”.-

El Mensaje del Poder Ejecutivo enviado al Congreso, en su parte pertinente, con atinencia a esta segunda agravante expresaba: “El segundo y tercer calificante (incs. 2º y 3º) contemplan casos en los que a la acción prevista en el tipo básico se le adicionan conductas que atentan contra la fe pública: alteración, supresión o falsificación de marcas o señales utilizadas para la identificación del animal; falsificación o utilización de certificados de adquisición, guías de tránsito o documentación equivalente falsa o falsificación de boletos de marca o señal”.-

Piña justifica la existencia de esta normativa atendiendo a la circunstancia de que el legislador ha entendido que, al afectarse otro bien jurídico, el delito resulta ser más grave y, por lo tanto, el sujeto activo deberá soportar una pena superior. Resalta que estas agravantes – incs. 2º y 3º – resultan novedosas y tienen directa relación con la forma de identificar al ganado, con las formalidades requeridas para su transferencia y transporte y tales conductas se encuentran previstas como agravantes del tipo básico, con absoluta independencia de la posible comisión de algún o algunos de los delitos contra la fe pública previstos por el Código Penal. Finalmente acota, que el espíritu de la ley tiende a proteger a toda la cadena productiva de la actividad ganadera (¹³³).-

Para hablar del tema de las marcas y señales hay que remitirse a la ley nacional que rige la cuestión, la cual en la oportunidad de sancionarse la ley 25.890, era la ley 22.939 (06/10/1983 B.O.

132 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 146/147) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito*” (ob. cit. ps. 131/132)

133 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).



11/10/1983 - ADLA 1983 - D- 3897), la cual ha sido modificada recientemente por la ley 26.478 (04/03/2009 B.O. 01/04/2009) la que amplía el espectro de las formas de las marcas y señales, pues se sustituye el Título I de la anterior ley por el siguiente: “De las marcas y señales del ganado en general y de los medios alternativos de identificación animal para la especie porcina”. Y así el art. 2º dispone: “Sustitúyase el art. 1º de la Ley 22.939 por el siguiente texto: Art. 1º: La marca es la impresión que se efectúa sobre el animal de un dibujo o diseño, por medio de hierro candente, de marcación en frío, o de cualquier otro procedimiento que asegure la permanencia en forma clara e indeleble que autorice la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos del Ministerio de Economía y Producción. La señal es un corte, o incisión, o perforación, o grabación hecha a fuego, en la oreja del animal. La caravana es un dispositivo que se coloca en la oreja del animal mediante la perforación de la membrana auricular. El tatuaje es la impresión en la piel del animal de números y/o letras mediante el uso de puntas aguzadas, con o sin tinta. El implante es un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal. La autoridad de aplicación podrá incorporar otros medios de identificación que por su tecnología y funcionalidad sean considerados apropiados para la identificación del ganado”. Otro artículo relevante lo constituye el Art. 9º que establece: “Sustitúyase el primer párrafo del art. 9º de la Ley 22.939 por el siguiente: Art. 9º: “Se presume, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de la presente ley, que el ganado mayor marcado y el ganado menor señalado, o en el caso exclusivamente del ganado porcino, señalado o identificado con alguno de los medios alternativos descritos en el artículo 1º de la presente ley pertenece a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca o señal, o medio de identificación alternativo aplicado al animal”.-



De hecho, en las provincias en sus respectivas leyes sobre el tema, también definen lo que constituye una marca o señal (¹³⁴), no obstante se toma como referencia la ley nacional a los efectos del análisis del presente inciso.-

Las acciones típicas consisten en: “*alterar*”, tratándose esto de un cambio o modificación concretamente en las marcas o señales que se utilizan para la identificación del animal y que tiene la finalidad de cambiar la apariencia, esencia o forma para que no se vean como eran. “*Suprimir*” importa la desaparición del símbolo o signo identificador (¹³⁵) y “*falsificar*” es imitar las marcas o señales que se aplican para aquellos menesteres, esto se compadece con lo prescripto por la ley 26.478 en su art. 6º: “Sustitúyase el artículo 5º de la Ley 22.939 por el siguiente texto: Artículo 5º: Es

134 Por ejemplo la ley 5542 de la provincia de Córdoba en el art. 13 define: “La marca consiste en un dibujo, letras, números o signos, los que deberán estamparse con hierros candentes o por cualquier otro procedimiento autorizado por la autoridad de aplicación y que produzca análogo efecto”. El siguiente establece: “La marca deberá tener una dimensión máxima de diez centímetros y mínima de siete, en todos sus diámetros, salvo la que se aplique en la quijada, cuya dimensión máxima se reducirá a siete centímetros y la mínima a cinco” y el art. 15 define a las señales: “Las señales consisten en signos o cortes en las orejas, conforme a un catálogo de dibujos que dispondrá la Oficina de Marcas y Señales”. Según el Código rural de la provincia de San Luis (Ley Nº VI-0158-2004 (5553)) en el Capítulo II “Propiedad de los ganados” el art. 30 establece que: “La posesión de buena fe de los ganados se prueba por las marcas o señales inscriptas legalmente en el registro respectivo”. Por otra parte el art. 33 dispone: “La propiedad de las marcas y señales se obtiene por su inscripción en el registro de marcas y señales, con los requisitos establecidos por la ley respectiva”. Código Rural de la Provincia de Buenos Aires, art. 148: “Es obligatorio marcar el ganado mayor antes de cumplir el año y señalar el ganado menor antes de cumplir los seis meses de edad. Está prohibido contramarcar. Podrá hacerse uso de una “marca de venta” sin perjuicio de la marca que acredita la propiedad del ganado. Autorízase a reducir la marca propia al ganado adquirido, previa intervención municipal”; art. 149: “El ganado vacuno deberá ser marcado en el cuarto posterior o en la quijada, siempre del lado izquierdo. Toda marca nueva será aplicada hacia la izquierda de la marca original, salvo que ésta hubiera sido aplicada en la quijada”; art. 150: “La marca se impondrá en la posición que figure en el boleto y coincidente con la línea vertical”; art. 151: “Los sitios únicos e invariables en que se señalará al ganado menor serán ambas orejas. Queda prohibido señalar trozando ambas orejas, como así también la horqueta, punta de lanza o bayoneta hecha a la raíz”; art. 154: “Toda marca o señal que se otorgue deberá ser registrada en la Municipalidad del partido en que se usare. A ese efecto cada Municipalidad llevará los registros encuadrados y foliados, uno para las marcas y otro para las señales. En ellos se irán asentando las marcas y señales a medida que se presenten para su inscripción, con su diseño, número inmutable y demás constancias del boleto respectivo”.

135 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 271) pone como sinónimo de supresión a la “ocultación” lo que parece no ser lo mismo.



obligatorio para todo propietario de ganado mayor o menor tener registrado a su nombre el diseño que empleare para marcar o señalar, conforme a lo dispuesto en la presente ley. Queda prohibido marcar o señalar sin tener registrado el diseño que se emplee, con excepción de la señal que fuera usada como complemento de la marca en el ganado mayor...”.-

Las marcas son dibujos, caracteres gráficos o iniciales que comúnmente se aplican a los animales, preferentemente vacunos y caballares, utilizándose en el caso un hierro candente con el diseño del dueño del animal. Conjuntamente con ello se realiza una señal, que normalmente va ubicada en una de las orejas del semoviente que también identifica la pertenencia, agregándose, ante el avance tecnológico, el implante de un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal – ley 26.478 art. 1º –. Los conceptos sobre marcas y señales y demás formas de señalización instrumentados por la ley 26.478 constituyen elementos normativos del tipo a los cuales hay que remitirse a los fines de la aplicación de la norma en cuestión.-

En esta manda se advierte una similitud con lo dispuesto por el art. 289 inc. 1º del C.P. (¹³⁶) referido a la falsificación de contraseñas y marcas – Título XII “Delitos contra la fe pública”, Capítulo II “Falsificación de sellos, timbres y marcas” – ya que dicho inciso hace alusión a la falsificación de marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas no sólo para contrastar pesas o medidas sino también para identificar cualquier objeto (en este caso el semoviente) o certificar su calidad, cantidad o contenido y el que las aplicare a objetos distintos de aquéllos a que debían ser aplicados. La figura al requerir que las marcas, contraseñas o firmas sean las “oficialmente usadas”, hace referencia a las que son utilizadas por cualquier administración pública nacional, provincial o municipal, que para los fines de control o identificación previstos coloca el funcionario público competente, pero también la referencia a que estos objetos sean legalmente requeridos contempla a los que, por ley, decreto, ordenanza o reglamento obligatoriamente deben utilizar los particulares para los mismos fines de seguridad que persigue la ley (¹³⁷).-

Obsérvese que la pena contemplada para el art. 289 es la de prisión que va de seis meses a tres años, mientras que la falsificación a que hace alusión el presente inciso se conmina con la pena

136 Art. 289: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º El que falsifique marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que los aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados...”.



de cuatro a diez años de prisión. ¿Cuál es la razón?. El hecho de que se trate de ganado mayor o menor (j).-

Pero, además de advertirse la cuestión anterior, varios autores, siguiendo a Laje Anaya han puesto énfasis en una circunstancia que en cierta forma viene a desvirtuar el presente agravante – aunque después se deban hacer malabarismos interpretativos para poder “justificar” su inclusión –. En efecto, según destaca el autor cordobés es poco factible hurtar alterando, suprimiendo o falsificando marcas o señales, pues dichas conductas no consisten en sí mismas modos de apoderamiento. “Nadie puede hurtar valiéndose de una marca adulterada. Lo que sí es posible, y realmente posible, es que en el *momento del hecho*, o *luego* de hurtado o robado aquel lechoncito, el ladrón, a los fines de poner en tráfico a ese animal, proceda conforme lo describe el inc. 2º de este art. 167 quáter. En otras palabras; el ladrón, *además* de apoderarse del animal, hace lo otro; esto es, se vale de medios para *falsear la identificación del animal*; que aparente no pertenecer a su dueño, y que aparente pertenecer a quien no es su dueño” (¹³⁸). Es decir, que si primero se hurta y luego se hace el resto, se advierten dos hechos, el atentado contra la propiedad y un atentado contra la fe pública y en este caso habría un concurso real. Sin embargo, la ley ha considerado el punto como un agravante del abigeato de modo que no se podrán concursar los hechos sino que, en definitiva, no se podrá hablar de concurso real ni ideal, sino tan sólo de un único delito (¹³⁹).-

137 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 689); FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 148), “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528, “*El delito...*” (ob. cit. p. 136).

138 LAJE ANAYA Justo (ob. cit. p. 38).

139 (Idem ob. cit. ps. 38/39). Así también lo entiende VILLADA quien interpreta que no hay concurso de delitos – ni real ni ideal – (a pesar de existir dos figuras penales en juego) sino que el legislador resolvió que “al menos la materia pecuaria” la falsedad es una circunstancia agravante, preguntándose sobre la sistematización e integración del orden jurídico y respondiendo irónicamente: “bien gracias” (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. p. 31); NUÑEZ Ricardo “*Manual de Derecho Penal. Parte especial*” 4ª edición actualizada por REINALDI Víctor, Ed. Lerner, Córdoba, 2009, p. 299. “En este caso se da una relación de consunción donde el delito contra la fe pública queda englobado en el tipo más amplio del abigeato agravado” (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto ob. cit. p. 490). “Es difícil que la sustracción pueda tener lugar en las condiciones señaladas por el inciso, ya que ninguna de ellas implica un modo de apoderamiento. Lo que sí es posible es que, después de sustraídos los animales, el autor se valga de esos medios para falsificar la identificación del animal y aparentar que es el dueño, cuando efectivamente no lo es” (Cfme. GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides ob. cit. p. 397).



Buompadre también advierte este conflicto y al respecto sostiene que pareciera ser que estas conductas – las de falsificar, adulterar y suprimir las señales o marcas – deben aparecer antes de que se concrete la sustracción del ganado, por ej., sustituir la vieja marca por la nueva y luego extraer el animal del establecimiento rural, con lo que devendría discutible la aplicación del agravante, por cuanto la nueva marcación se estaría consumando antes de los actos de apoderamiento, o poco tiempo después del apoderamiento, aunque fuera un lapso de corta duración, para facilitar el tráfico ilícito del ganado, únicas hipótesis que se presentan como posibles formas de consumación de este tipo agravado (¹⁴⁰).-

Donna por su parte, entiende que las acciones – descriptas en el inc. 2º – deben ser realizadas por el autor para conseguir el apoderamiento ilegítimo del ganado mayor o menor, pero quien se apodera del mismo consumando de esta manera el injusto y luego procede a alterar, suprimir o falsificar las marcas o señales que identifican a los animales desapoderados, obviamente con el fin de facilitar la comercialización de lo mal habido, evidentemente no tipifica la agravante y en todo caso, podría eventualmente presentarse un concurso material de delitos entre los arts. 167 ter y 289 inc. 1º del Código Penal (¹⁴¹).-

Recapitulando, se puede afirmar que es evidente que se advierte una incorrecta – por no utilizar un término más agresivo – redacción de la norma que no tiene ninguna explicación técnica ni científica, pues ambas conductas constituyen un tipo de imposible realización, ya que no se puede materialmente sustraer animales alterando las marcas o señales identificadoras o empleando guías falsas o documentos de la misma naturaleza. Estas conductas pueden darse después de haberse consumado el abigeato, pero nunca para llevarlo a cabo – imagínese el lector como se podría aplicar esta agravante en el caso del art. 1 ley 26.478 “...El implante es un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal” en momentos de llevarse a cabo la sustracción del o los animales del establecimiento rural? –. Si se sigue este natural razonamiento tampoco creo, que se produzca una subsunción del art. 289 inc. 1º al inciso en comento y que por

140 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 118); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 484); GALLINO Sebastián (ob. cit. p. 440)

141 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 88/89); ÁLVAREZ Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C- 4113).



ende no se daría ni un concurso real ni ideal. Por el contrario, habría en todo caso un concurso real entre la figura básica del art. 167 ter y el art. 289 inc. 1º, ambos del Código Penal.-

Pero, en tren de plantear situaciones alocadas – ya que la normativa se presta a ello –, se podría hipotizar lo siguiente: la situación que se critica, la que sería de imposible realización en la sustracción del ganado que se encuentre en un “establecimiento rural”, sí se podría dar, por ejemplo, en el segundo supuesto, esto es, en ocasión de su transporte, pues en tal circunstancia el ganado se halla en otra situación temporal, susceptible de poder realizar la actividad falsificatoria para procurar su tránsito. Pero, ¿Se pueden desdoblar dichas acciones típicas para agravarlas? No, ya que esta “lógica” fragmentaría las acciones típicas básicas con agravantes o concursos diferentes: en el caso del abigeato en un “establecimiento rural” bien podría darse el concurso entre el art. 167 ter con el 289 inc. 1º y el abigeato con motivo del transporte podría ser agravado por el inc. 2º, todo ello con las diferencias de penas consecuentes para cada caso. Hasta aquí, se está tratando de emplear un razonamiento lógico - sistemático de acuerdo con los parámetros utilizados, pero todo ello tropieza en forma inexorable con lo prescripto por la norma del art. 167 quáter inc. 2º. Quizás alguien cuestione judicialmente la constitucionalidad de semejante disposición legal. En mi caso lo hice desde el punto de vista de la irrazonabilidad de la pena (¹⁴²).-

Cabe aclarar que no necesariamente el autor del apoderamiento debe ser el mismo que falsea, altera o suprime la marca o señal. En tal caso el sujeto que se apodera de la/s cabeza/s de ganado responderá por el art. 167 ter, en tanto que el falsificador lo hará por el art. 289 inc. 1º, ambos del C.P.. Aquí, la situación se presenta diáfana. En cambio, Villada sostiene que en el supuesto de que la marca haya sido falsificada sin conocerse o conectarse el autor de la falsedad con el autor del abigeato posterior, aquel sujeto responderá por un delito autónomo, en tanto que si fabricó la marca

142 Planteo efectuado en “*El hurto campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)*”, en el Dial.com DC528; www.terragnijurista.com.ar; “*El delito de abigeato y sus conexidades*” (ps. 181/215) seguido por los fallos “Stempelet Oscar Lucio y otros s/hurto de ganado agravado” C. Apel. Crim. Zapala, 12/04/06, L.N. Online, con nota de STORNINI Natalia “*La inconstitucionalidad del art. 167 quater del Código Penal*”, LL Patagonia 2006-275; “Gómez J. C. s/abigeato doblemente agravado” C. Apel. Crim. Gualeguay, 25/09/06, www.jusentrerios.gov.ar; “Albornoz Jorge L., abigeato agravado s/rec. de Casación, S.T. Entre Ríos, Sala I, 19/09/08, *inédito*



apócrifa, para un hecho de abigeato, será partícipe (en el grado que corresponda), por esta modalidad agravada del delito (¹⁴³).-

§7.5.- Falsificación o utilización de certificados, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentos equivalentes falsos.

En este caso el art. 167 quáter agrava la pena: “...3º *Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falso...*”.-

Sostiene Piña, tal como en el caso anterior, que el legislador ha entendido que, al afectarse otro bien jurídico, el delito resulta ser más grave y, por lo tanto, el sujeto activo deberá soportar una pena superior. Asimismo, esta agravante – tal como la del inc. 2º – resulta novedosa y tiene directa relación con la forma de identificar al ganado con las formalidades requeridas para su transferencia y transporte. “Tales conductas se encuentran aquí previstas como agravantes del tipo básico del abigeato, con absoluta independencia de la posible comisión de algún o algunos de los delitos contra la fe pública previstos por el Código Penal”. De allí que el espíritu de la ley 25.890 sea, según su entender, el de proteger a toda la cadena productiva de la actividad ganadera, por ello también se incorpora el art. 293 bis entre los delitos contra la fe pública en el Capítulo III Titulo XII (¹⁴⁴).-

Donna también destaca que en este punto la reforma es importante, ya que se pone una parte relevante de las acciones necesarias para el traslado y venta del ganado, ya que sería ingenuo castigar el hurto y olvidarse de que éste se hace para llegar a la venta, mediante este tipo de documentación, por lo que estima, que a veces es más importante la producción de estas conductas que el simple hurto, de modo que ha sido inteligente la idea del legislador (¹⁴⁵).-

Para referirse a la documentación a la que alude el presente inciso, por ser un elemento normativo del tipo, se debe recurrir a la ley 22.939 en lo que no ha sido modificado por la ley 26.478.-

En cuanto al *certificado de adquisición* el art. 12 de la ley 22.939 establece: “Todo acto jurídico mediante el cual se transfiera la propiedad de ganado mayor o menor, deberá instrumentarse

143 VILLADA Jorge (ob. cit. p. 31).

144 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

145 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 90).



con un certificado de adquisición que, otorgado por las partes, será autenticado por la autoridad local competente”. El art. 13 dice: “El certificado a que se refiere el artículo anterior, deberá contener: a) Lugar y fecha de emisión. b) Nombre y apellido de las partes y en su caso de sus representantes, sus domicilios y la mención de los documentos de identidad. c) Especificación del tipo de operación de que se trata, matrícula del título de la marca, señal o medio alternativo de identificación propuesto exclusivamente para el ganado porcino, y diseño de éstos o el tatuaje de la reseña correspondientes en los animales de raza. (modificado por la ley 26.478). ch) Especificación de la cantidad de animales comprendidos en la operación, con indicación de su sexo y especie. d) Firma del transmitente o de su representante, y si no pudiere o no supiere firmar, la firma a ruego de otra persona, junto con la impresión digital del que no pudiere o no supiere firmar. La firma del transmitente podrá ser suplida por la del consignatario. e) Firma y sello del oficial público competente que autenticare el certificado”. El art. 14 estipula: “La transmisión de dominio de los animales de pura raza, podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos, a que se refiere el art. 11”.-

Asimismo, el Código Rural de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, en sintonía con la ley nacional regula esta actividad en el art. 168: “Todo acto sobre ganados marcados o señalados o primera adquisición de los cueros que significa transmisión de su propiedad, deberá documentarse a los fines administrativos, mediante el certificado de adquisición que, otorgado entre las partes, será visado por el organismo competente”. El artículo siguiente determina el contenido de dicho certificado: “El certificado a que se refiere el artículo anterior deberá contener: a) Lugar y fecha de emisión. b) Número de identificación. c) Nombre y apellido de las partes intervenientes, sus domicilios. d) Especificaciones del tipo de operación que se realiza, del número de boleto de marca o señal y del diseño de éstas en su caso, constancia de la autorización del titular de la marca o señal. e) Especificaciones del objeto de la operación, de la cantidad de animales vendidos, sexo y especie o cantidad de cueros de primera adquisición vendidos con indicación de especie. f) Firma del transmitente o de su representante, y si no pudiera o no supiere firmar, la firma a ruego de otra persona, junto con la impresión digital de la que no pudiere firmar. La firma del transmitente podrá ser suplida por la del consignatario. g) Firma y sello del funcionario competente que expide el certificado”.-



Con referencia a las *guías de tránsito* alude el art. 16: “Para la licitud del tránsito de ganado, es obligatorio el uso de guía, expedida en la forma que establezcan las disposiciones locales. La validez de la guía y su régimen, serán juzgados de acuerdo a las leyes de la provincia en que fuera emitida” y el art. 17 (modificado por la ley 26.478) consigna: “Cuando se trate de animales de pedigri o puros registrados que no tuviesen marca o señal o medio alternativo de identificación propuesto exclusivamente para el ganado porcino, las guías que por ellos se extiendan deberán mencionar esa circunstancia y suministrar los datos que puedan contribuir a individualizar cada animal. En todos los casos deberá acreditarse la propiedad de dichos animales”.-

También el Código Rural de la provincia de Buenos Aires regula lo atinente a las guías de tránsito en el art. 170: “Sólo la guía de tránsito autorizará para transitar con ganado o con cueros de primera adquisición, de un partido a otro de la Provincia o de ésta a otra provincia”. El art. 171 refiere: “Las guías de tránsito serán expedidas por el organismo competente del lugar, contra la presentación del certificado de adquisición, archivo de guía o registro del boleto de marca o señal”. El art. 172 consigna el contenido de las mismas: “La guía de tránsito deberá contener: 1. Número de orden de emisión. 2. Fecha y lugar de expedición. 3. Nombre y apellido del remitente y su domicilio, con indicación de los documentos de identidad, como también el nombre, apellido y domicilio del destinatario. 4. Especificación de lo que se llevará en tránsito, del certificado de adquisición o el certificado de animales de raza, salvo que sean crías que sigan a la madre. 5. Diseño de la marca o señal. 6. Destino y causa del tránsito. 7. Nombre y apellido, domicilio del porteador y conductor y documento de identidad. Si el tránsito se realiza a nombre de un tercero se consignarán los mismos datos personales de éste. 8. Firma y sello del funcionario que expide la guía”. Particular importancia tienen los arts. 176 y 177, respectivamente, que disponen: “Los empresarios de transporte no podrán recibir carga de ganado o cueros de primera adquisición sin exigir la exhibición de la guía, de cuyo número de orden dejarán constancia en sus registros”. “Llegados a destino, los animales o cueros de primera adquisición, el conductor o transportador entregará la guía de tránsito al destinatario o a quien corresponda. En caso de tratarse de hacienda para faena o feria la entregará a la autoridad policial que la remitirá a la autoridad correspondiente”. Por otra parte, los artículos siguientes regulan ciertas prohibiciones: art. 178: “Queda absolutamente prohibido facilitar formularios de guías en blanco, para ser llenados fuera de la oficina”. Art. 179: “En caso de extravío o sustracción de formularios se comunicará el hecho a la policía y demás autoridades encargadas de estos



documentos”. Art. 180: “Queda absolutamente prohibido otorgar certificados o guías por ganado orejano separado de las madres”. Art. 181: “Exceptúase del cumplimiento de las prescripciones del artículo 180: a) Las crías de terneros apartados de las madres en explotaciones de tambo y con destino a faena y a crianza, menores de treinta días de vida, los que deberán transitar con una declaración jurada del productor, certificada por la Municipalidad del Partido en que opere. b) Los terneros que, formando parte de la hacienda con cría, sigan a la madre”.-

El *boleto de marca o señal* es un documento que prueba la titularidad registral de la marca o señal por parte de la persona física o jurídica. El Código rural de la provincia de Buenos Aires al respecto señala en su art. 120º: “El derecho sobre la marca o señal se prueba con el boleto expedido por el organismo competente, o en su defecto, por las constancias de sus registros” y el art. 129 dispone: “Otorgado el diseño por el organismo competente y hecha efectiva la tasa que corresponda, se procederá a inscribir la marca o señal en el registro y a entregar el correspondiente boleto”.-

Finalmente, la norma a fin de no dejar afuera documentación relacionada con el ganado habla de *documentación equivalente* con lo que queda en claro que la enumeración de la ley no es taxativa. Piña pone como ejemplos, el documento para tránsito de animales (DTA) que remplazó el permiso sanitario de tránsito de animales y se utiliza para el transporte interprovincial de acuerdo a la resolución 848/98 del SENASA (¹⁴⁶). También quedarían incluidos la documentación de la AFIP, ONCCA, etc.. Iriarte incorpora, a título ejemplificativo, el acta, la escritura o la sentencia judicial a través de las cuales el titular de una marca transfiere tal derecho – arts. 133 a 138 del Código Rural de la provincia de Buenos Aires – o el duplicado del boleto que otorga el organismo competente, en caso de pérdida o extravío del original – art. 141 del Código Rural de la provincia de Buenos Aires – (¹⁴⁷).-

Las acciones típicas son las de *falsificar* o *utilizar* la documentación especificada en la manda, lo cual remite a las acciones contenidas en el Título XII “De los delitos contra la fe pública”, pero al Capítulo III “Falsificación de documentos en general”.-

Como primera medida se debe puntualizar que de acuerdo a la nueva redacción del Art. 77 del C.P. (ley 26.388 (04/06/2008 B.O. 25/06/2008)) “el término “documento” comprende toda

146 PIÑA Alejandro (ob. cit. p. 709) citado por DONNA Edgardo (ob. cit. p. 93).

147 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554).



representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión”. Esta definición alcanza al documento informático o electrónico que no responden al concepto tradicional o restringido de documento manuscrito en soporte de papel, sino a una noción mucho más amplia ya que hace alusión a casos en que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad – quizás ya expresada en las formas tradicionales – y donde la actividad de un computador – o de una red – únicamente comprueban y/o consignan un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses preexistentes en forma electrónica, digital o magnética. De modo que, por documento electrónico debe entenderse como toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (¹⁴⁸).-

No es mi intención hacer un estudio exhaustivo de los delitos de falsedad documental, pues la cuestión se reduce al análisis de los agravantes del abigeato, pero entre aquéllos se hace especial mención a la falsificación de instrumentos relacionados con el delito base, por lo que no se puede soslayar el tema neurálgico del ilícito de falsificación, concerniente a si se trata de un instrumento público o privado – diferente punición – y de allí se verá qué connotación trae aparejada con el uso y falsificación de los certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentación equivalente.-

El art. 292 del C.P. reza: “*El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda causar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado... ”.*-

La norma menciona la acción típica que debe perpetrarse en un documento y la pena se regula en base a las características del instrumento – público o privado –. Se ha tratado de ver en esas palabras si existe alguna diferencia.-

En realidad la expresión “instrumento” hace una referencia a la forma como está “instrumentado” el documento o en su defecto, al modo de representar el hecho pasado, aunque en materia de falsedades documentales aparecen como sinónimos. “La ley penal, como hemos visto,

148 KOHEN Esteban - LUCERO Pablo “*¿Qué es un documento informático o electrónico?*” en www.eldial.com, acceso 16/12/08).



entiende aquí el documento como instrumentación de algo, como representación de ese algo; con esta idea es difícil plantearnos una distinción conceptual entre lo que es documento y lo que es instrumento que, superando la mera especificación verbal de la función documental, tenga influencia decisiva en el contenido de los tipos. Con la expresión documento se hace referencia a la materialidad jurídica del objeto; con la de instrumento, a la función jurídica de él, pero no a esencialidades diferentes o distinguibles ... ahora se insiste en que la ley, con la expresión “documento” se refiere al bien jurídico protegido; de ello se deduciría que la de “instrumento” queda reservada para designar el objeto material del delito: éste, para serlo tiene que reunir las características de “documento” que sólo sería el que está destinado a sustentar la confianza pública, como confianza general exigible a todos los componentes de la sociedad. No será típica, por tanto, la falsificación que recaiga sobre un instrumento que no sea documento en el sentido expuesto”⁽¹⁴⁹⁾.-

Carreras es más conciso al señalar las conductas tipificadas por el art. 292, especificando que la protección penal comprende a los instrumentos públicos y a los privados. “Por lo tanto documento e instrumento no son términos sinónimos: el instrumento no es más que la forma de documentar, la cual puede ser pública o privada” y cita el art. 973 del C.C. ⁽¹⁵⁰⁾ ⁽¹⁵¹⁾.-

Con respecto a los instrumentos públicos se han vertido diversas opiniones en cuanto a qué documentación abarcaba dicho concepto. Parafraseando a Creus se pueden advertir tres alcances: a) restricción del concepto de documento público a los enunciados en el art. 979 del C.C. ⁽¹⁵²⁾; b) ampliación del concepto a cualquier documento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado, entendiéndose por ley “toda disposición jurídica dictada por autoridad competente” y c) dentro de esta última hipótesis que supera los límites

149 CREUS Carlos “*Falsificación de documento en general*” 3^a edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 27/32

150 Art. 973 C.C.: “La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso de juez del lugar”.

151 CARRERAS Eduardo “*Los delitos de falseades documentales*” Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 64



del art. 979 mencionado *ut-supra*, invocando esa misma normatividad, restringe el concepto de la “ley” mencionado por el inc. 2º a la ley en sentido formal (¹⁵³).-

Durante un lapso bastante prolongado la jurisprudencia se inclinó por la alternativa enunciada en el punto a), pero posteriormente se fue ampliando el concepto civilístico para incursionar en lo que se puntualiza en el apartado b), de esta manera esa amplitud conceptual es acogida por la jurisprudencia y los Tribunales comienzan a considerar documento público a “todo el que documenta una situación dotada de significación jurídica sustancial, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes” (¹⁵⁴). Pero cierta jurisprudencia al advertir que la extensión antes señalada encontraba su razón de ser en el inc. 2º del art. 979 del C.C. (¹⁵⁵), entiende que cualquier ley podía ampliar el abanico de los documentos públicos lo cual podría desvirtuar el concepto. Son partidarios de esta idea Baigún - Tozzini quienes estiman que si bien no es factible desconocer que la expresión “leyes” del inc. 2º del art. 979 del C.C. no conforma exactamente un ingrediente del tipo del art. 292 del C.P. y que su extensión a las disposiciones administrativas

152 Art. 979 C.C.: “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado; 3º Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4º Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5º Las letras aceptadas por el Gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6º Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público; 7º Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8º Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9º Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones; 10º Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros”.

153 CREUS Carlos (ob. cit. p. 34)

154 T.S. Córdoba, sala Crim. Correc., 19/9/69 LL 137 - 278 y ED. 42- 466

155 Art. 979 C.C: “Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: ...2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado...”.



(nacionales, provinciales o municipales) pertenecen a lo que se conoce comúnmente como una interpretación extensiva, advierten que ésta, por vía indirecta, incrementa la pretensión punitiva al disponer una pena mayor que la que correspondería a la falsificación de instrumento privado. “La valoración, si bien no se transforma en un caso de cruda analogía, vedado por el art. 18 de la C.N., alcanza idénticos efectos, o para decirlo en lenguaje hegeliano, el quantum de la interpretación extensiva se transforma cualitativamente en una categoría distinta”, por ende, se adscriben a la posición limitativa, pues aducen, que en tanto se mantenga la redacción actual del art. 979 del C.C., el vocablo “leyes”, para el ámbito penal, debería ser valorado conforme a la tesis restrictiva, esto es, como disposición emanada del Congreso Nacional y de las asambleas provinciales (¹⁵⁶).-

No participa de esta opinión Creus quien entiende que la significación del vocablo “ley” del inc. 2º del art. 979 del C.C. normalmente ha sido ampliada hasta comprender la ley en sentido material y no vislumbra razones de peso para variar tal interpretación debido a que la protección del bien jurídico “fe pública” no impone la necesidad de restringirla, de modo que sustenta la tesis amplia (¹⁵⁷).-

En esta última línea interpretativa enfáticamente Carreras sostiene que el concepto de instrumento público no se subordina exclusivamente a la idea civilista que suministra el art. 979 del C.C., de allí que instrumento público a la luz de la ley penal no es únicamente el que extienden los escribanos o funcionarios públicos “en las formas que las leyes hubieren determinado” pues ellos no agotan todo el material que la ley penal ampara en orden a la genuinidad y veracidad protegiendo la ley, la fe pública. Afirma, que el instrumento público que documenta una situación jurídica sustancial dotada de significación probatoria, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes, es público por la fe que le es comunicada a ese instrumento precisamente por tal intervención. “El instrumento público es aquél que emana de un funcionario público – o de persona equiparada al él – dentro de las formas legales y en el ejercicio de funciones determinadas por una ley material, sea cumpliendo un fin de derecho público, o bien certificar declaraciones privadas, de voluntad y verdad, atribuyéndoles pública fe a las mismas. Sintéticamente, debe

156 BAIGÚN David - TOZZINI Carlos “*La falsedad documental en la jurisprudencia*” 2ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 80.

157 CREUS Carlos (ob. cit. ps. 37/38)



entenderse por instrumento público todo aquél que ha sido otorgado por un funcionario público u otro órgano del Estado de conformidad a una ley en sentido material” (¹⁵⁸), cita en apoyo las atestaciones de Bielsa (¹⁵⁹). Como corolario de ello afirma que todo instrumento público de la ley civil será tal para la ley penal; pero no puede aceptarse el razonamiento inverso, en el sentido de que sólo serán tales para la ley penal los enumerados en el Código Civil. Creo que esta es la posición correcta que impera mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia.-

La norma del art. 292 pune con una pena inferior – seis meses a dos años de prisión – la falsificación o adulteración de los instrumentos privados. La doctrina tradicional ha considerado a éste en un sentido residual a todo aquél que no tenga la categoría de “público” (¹⁶⁰).-

Más concisamente se ha conceptuado al instrumento privado como una declaración escrita de la voluntad que ha sido suscrita con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho pero que no tiene fuerza probatoria por sí mismo. “El instrumento privado está liberado de formalidades y rige sustancialmente el principio de libertad de las formas, sólo restringida en dos aspectos: la firma y el doble ejemplar. Por ello es que no se exige como en el instrumento público, que se redacte en idioma nacional; puede extenderse en cualquier día, aunque sea feriado o domingo; se lo escribe manuscrito, a máquina o impreso; puede no dar constancia de fecha ni de lugar, y, hasta puede firmarse en blanco. En fin, las partes tienen la facultad de imponer ciertas formalidades en el instrumento privado, o al contrario, redactarlo sin ninguna solemnidad o requisito

158 CARRERAS Eduardo (ob. cit. ps. 74/75)

159 BIELSA Rafael “*Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado*” JA 1954 - II - 7 “El concepto de ley debe entenderse en cuanto es norma jurídica con los caracteres propia de ella: objetiva, obligatoria, impersonal, relativa a derechos e intereses legítimos. En consecuencia, se trata de ley en sentido material o sustancial”.

160 SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 333), FONTÁN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*”, t. VII, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992. p. 556; BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. III, p. 590), CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 65), CREUS Carlos (ob. cit. p. 43), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 715); DONNA Edgardo “*Derecho penal...*” (ob. cit. t. IV, p. 145); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. V, vol. II, p. 212) considerando que es un instrumento privado cuando sin necesidad de observar una forma especial y de estar redactado en idioma nacional, está firmado por las partes otorgantes, salvo que la ley disponga lo contrario.



especial” (¹⁶¹). También se ha dicho que: “Son todos aquéllos que contienen una declaración con eficacia jurídica, extendidos por los distintos sujetos de derecho (persona física, ideal o jurídica) sin sujeción a forma determinada que le confiera autenticidad” (¹⁶²) o “Toda aseveración escrita... atribuible a alguien y que sirva de prueba de hechos o relaciones jurídicas” (¹⁶³).-

Cabe apuntar que el instrumento privado carece de autenticidad mientras no sea reconocido por la parte contra quien se lo pretende hacer valer, a partir de ello adquiere las características de un instrumento público (¹⁶⁴), no obstante, existe una tutela penal antes de tal reconocimiento, ello deviene de la consideración de dos aspectos diversos: la eficacia probatoria – reconocimiento judicial del documento privado – que está directamente relacionada con el proceso – la etapa de prueba – y la aptitud probatoria con el concepto “en sí” del documento (¹⁶⁵). También, como lo indica el Código Civil a los fines de tal eficacia probatoria, es menester que exista un doble ejemplar (art. 1021 del C.C. (¹⁶⁶)) lo cual no es exigible en el supuesto que se deposita el único ejemplar en una escribanía encargada de conservarlo (art. 1025 del C.C. (¹⁶⁷))). Por otra parte, de acuerdo al art. 1034 del C.C.,

161 CIFUENTES Santos (ob. cit. t. I, ps. 732 /735).

162 CAFURE de BATISTELLI María “La “imitatio” como requisito en la falsedad documental” en “Cuadernos del Instituto de Derecho Penal” U.N.C., 1975, Nº 126, p. 215

163 MARCOPULOS Mario “Delitos contra la fe pública” en “Manual de derecho penal. Parte especial” LEVENE (h) Ricardo (Director), Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1976, ps. 609/10

164 Art. 1026 C.C: “El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores”

165 CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 65)

166 Art. 1021 C.C: “Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto”.

167 Art. 1025 C.C: “ El depósito de un acto bilateral que sólo esté redactado en un ejemplar en poder de un escribano o de otra persona, encargada de conservarlo, efectuado de común acuerdo por ambas partes, purga el vicio del acto. Si el depósito no hubiese sido hecho sino por una parte, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella”.



este tipo de instrumento aún después de reconocidos no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos (¹⁶⁸).-

Finalmente, para redondear el concepto de falsificación documental, cabe consignar una exigencia típica de la falsedad, esto es, que de ella “pueda resultar perjuicio”. Tal requisito del tipo objetivo se advierte en los delitos consignados en los arts. 292, 293, 293 bis y 294, es decir, en la falsedad material, ideológica e impropia, queda fuera de ese marco la extensión del certificado médico falso contenido en el art. 295 que requiere un perjuicio efectivo. De todo ello se deduce que para concretarse la comisión delictiva se requiere la posibilidad de perjuicio o sea, la afectación de otros bienes jurídicos que no atañan exclusivamente a la fe pública. De allí se puede establecer que no alcanza con la mera falsificación del instrumento sino que se hace imprescindible que a dicha conducta se le sume la posibilidad de conculcación a otros bienes jurídicos (¹⁶⁹).-

Tal como lo afirma Buompadre, en la generalidad de los casos se está frente a infracciones de pura actividad y de peligro concreto que exige la posibilidad de afectación de un bien jurídico distinto de la fe pública, este perjuicio potencial (¹⁷⁰) se constituye en el límite mínimo de la tipicidad. Por otra parte, dicho perjuicio potencial puede ser de cualquier naturaleza, patrimonial o extrapatrimonial, con indiferencia de quién sea el titular del bien jurídico puesto en peligro. De allí que lo realmente importante no estriba en el peligro que deviene de la falsificación en sí misma sino de los efectos ulteriores (¹⁷¹).-

Como el inc. 3º de las agravantes que se comentan hace alusión al uso de la documentación falsificada se impone una remisión obligada al art. 296 del C.P.: “*El que hiciera uso de un documento o certificado falso o adulterado será reprimido como si fuera autor de la falsoedad*”.-

168 Art. 1034 C.C: “Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos”.

169 BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. III, p. 593), SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 361); CREUS Carlos (ob. cit. ps. 64 y sgtes.); CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 118); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 706); DONNA Edgardo “*Derecho penal...*” (ob. cit. t. IV, ps. 150/154)

170 Para mayor abundamiento, sobre perjuicio potencial y efectivo ver BAIGÚN David - TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 261)

171 BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. III, ps. 593/94)



Brevemente, se puede decir que la acción típica consiste en hacer uso de un documento falso en el tráfico jurídico, trátese de que aquél sea público o privado, nacional o extranjero, de conformidad con el destino probatorio. No es punible la tenencia del documento falsificado, el uso falso del documento auténtico, el hecho de llevarlo encima, el uso de un documento verdadero con datos erróneos, etc. (¹⁷²).-

Con respecto a la posibilidad del perjuicio que pueda derivar del uso de un documento o certificado falso o adulterado se deben tener en cuenta los principios generales expuestos *ut-supra* con atinencia a la posibilidad o efectividad del perjuicio, poniendo énfasis en la forma en que el documento falso es utilizado.-

El sujeto activo del tipo delictivo puede ser cualquier persona, en tanto y en cuanto no se trate del propio falsificador ya que el uso del documento falso es una figura autónoma, de modo que se castiga siempre que no haya coincidencia entre la persona del falsificador y de quién usa el documento en cuestión. La conducta de usar un documento que el mismo sujeto previamente había falsificado es absorbida por las respectivas figuras de las falsedades documentales, las que se excluyen mutuamente con esta figura, ya que castigar la falsificación y el uso en una misma persona es violatorio de la regla “*ne bis in idem*” (¹⁷³). En el caso de documentos privados, el autor de la falsedad al usar el documento, en realidad consuma el delito que había iniciado con la falsificación, en tanto que si se trata de documentos públicos, que no requieren de su uso para que se perfeccione el delito, el autor de la falsedad que usa el documento continúa con la consumación de aquél (¹⁷⁴). Requiere dolo directo esto es, el conocimiento positivo por parte del sujeto activo de la falsedad y la voluntad de usar el documento como tal, descartándose así el dolo eventual y obviamente las formas culposas. El delito se consuma con el uso del documento o certificado falso o adulterado de modo

172 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. V, vol. II, p. 219), CREUS Carlos (ob. cit. ps. 187 y sgtes.), SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 356), MARCOPULOS Mario (ob. cit. p. 625), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, ps. 782/784), BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. III, p. 616); DONNA Edgardo “*Derecho Penal...*” (ob. cit. t. IV. p. 261)

173 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 784)

174 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 784), CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 116), CREUS Carlos (ob. cit. p. 197). Es interesante la disquisición que realizan sobre el particular BAIGÚN David - TOZZINI Carlos (ob. cit. ps. 282 y sgtes.)



que pueda causar perjuicio. En el caso del certificado médico requiere la efectiva producción de ese perjuicio. En cuanto a la tentativa, en términos generales, es rechazada por la doctrina.-

Entiendo, a pesar de la extensión, que ha sido necesario acudir a estos conceptos generales sobre la falsificación de documento por el punto de contacto que tiene con el contenido del inc. 3º del art. 167 quáter, pues se tropieza con graves inconvenientes.-

En primer término, porque se parifican la punición de falsificación y utilización, tanto de instrumentos privados – certificados de adquisición de ganado – como de instrumentos públicos – guías de tránsito, boletos de marca o señal –, en el caso que se adopte tal criterio. Pero aún cuando no se lo comparta, pues se considera que toda esa documentación pueda constituir un instrumento privado, se le impone una pena extremadamente grave como es la de cuatro a diez años, cuando la falsificación del instrumento público es castigada con uno a seis años de reclusión o prisión y la de instrumento privado con seis meses a dos años – art. 292 del C.P. –. Es más, el documento falsificado o adulterado destinado a acreditar la identidad de las personas o la titularidad de dominio o habilitación para circular de vehículos automotores se agrava con una pena de hasta tres a ocho años – segundo párrafo del art. 292 del C.P. –.-

Es decir, que el legislador ha considerado, en todo caso, más grave la falsificación de documentación destinada a acreditar la posesión de los animales que los referidos a la acreditación de la identidad de las personas – cédulas de identidad, libreta cívica o de enrolamiento, pasaportes, certificados de parto y de nacimiento (ley 24.410; 30/11/1994 B.O 02/01/1995 - ADLA 1995 - A- 6) – o los vehículos automotores. Asimismo, se puede llegar al absurdo en que falsificar cualquier documentación descripta en el inc. 3º relacionada con el ganado es más grave, que falsificar por ejemplo, la escritura de dominio del “establecimiento rural” que contiene dicho ganado. Esto, lisa y llanamente me parece un despropósito – por no llamarlo disparate – jurídico producto de la carestía intelectual legislativa que campea en esta coyuntura.-

Comparto las críticas que efectúa Villada cuando expresa: “Parece que “el clamor ganadero” forzó esta apurada reforma y otra vez el legislador se llevó por delante la sistematización científica del Código Penal ... Si se sigue legislando (o reformando) en igual sentido en todos los delitos, puede que lleguemos a tener un Código Penal de 1000 artículos o más, con lo cual la gente (la población), lo conocerá menos de lo que ya bastante poco conoce, alejándonos así de las valiosas enseñanzas de Beccaría (las leyes deben ser simples y conocidas por todos) ... ¡Cuánto celo puesto en estos



pecuarios intereses! ¿Por qué no ocuparse mejor de amparar con mayores penas a la vida, la libertad, la integridad física, la integridad sexual o el medio ambiente? ¿Tan importante es el valor “hacienda” en esta degradada y consumista sociedad en la cual vivimos?” (¹⁷⁵). Menos severo en su apreciación, aunque también resalta su disconformidad, es Álvarez al señalar: “No nos parece tan lógico el agravante sin embargo, para los incs. 2º y 3º, toda vez que podrían aplicarse las reglas del concurso para el caso de la falsificación de las marcas o señales animales, o la adulteración de las guías de tránsito” (¹⁷⁶).-

Frente a la situación antes descripta es evidente que se está ante una colisión de normas que reprimen con distinta penalidad idénticos objetos protegidos por el bien jurídico que tutela, ya que la documentación a que hace alusión el inc. 3º del art. 167 quáter es la misma a la que se refiere el art. 292 del C.P., falsificación o adulteración de instrumentos públicos o privados, pero que sin especificar argumento valedero alguno, el legislador le ha conferido mayor punición a los primeros – inc. 3º –.-

Laje Anaya - Laje Ros señalan que a pesar de que en la primera parte del art. 167 quáter hace expresa referencia a “cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias”, el sentido que tiene el inc. 3º se relaciona con el período de agotamiento; ya que supone, por lo tanto, que la infracción ya se consumó, y que ahora el producto del delito se halla en movimiento, porque es llevado de un lado a otro, sea por medio de un transporte, sea que la marcha fuere por arreo. Pero posteriormente, agregan que la falsificación del documento no concurre ni real ni idealmente, porque lo que en realidad ocurre es que la falsedad ya se halla contenida en la calificante (¹⁷⁷).-

La misma reflexión es válida para lo previsto en el inc. 2º que *ut - supra* se analizó y que guarda idéntica relación con el art. 289 inc. 1º del C.P.. Por ende, lo razonable sería aplicar la normativa concursal a fin de sanear esta superposición de normas de idéntico contenido (¹⁷⁸) porque

175 VILLADA Jorge “*Una reforma penal exclusivamente “Pecuaria”*”. Ley 25.890” LL 2004-D - 1257.

176 ALVAREZ Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C- 4113).

177 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. ps. 256/257).

178 Extractado de FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 156/166), “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528, “*El delito ...*” (ob. cit. p. 157)



tampoco aquí se puede materialmente sustraer animales empleando o falsificando certificados, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentos equivalentes falsos, pues no son instrumentos que permitan realizar la conducta básica – robar, sustraer –, lo que sí es factible es lograr la entrega de animales con tales documentos, con lo que se consuma una defraudación, pero materialmente “sustraer” con ellos los animales, no. Esto constituiría el razonamiento lógico de la cuestión, tal como se hizo en el análisis del inciso anterior, pero igualmente existe la valla puesta por el legislador al incorporar un inciso de tamaño talante.-

Villada con respecto al inciso en cuestión, expresa que se deben hacer algunas disquisiciones porque hay dos delitos diversos que aparentemente deberían reprimirse de diversas maneras según las circunstancias siguientes: 1º Aunque puede discutirse seriamente, en principio no habría concurso de delitos, si quién falsifica es el mismo que emplea la guía, porque la confección de un instrumento falso para utilizarlo en el abigeato forma parte de un misma empresa o finalidad delictiva contemplada como única conducta típica – por consunción típica –. 2º Pero si quien falsificó es otro sujeto que llevó a cabo la falsedad sin conocer el fin con el que sería empleada la guía o certificación, debe responder a título independiente por la falsedad y 3º si quien falsificó lo hizo con el fin de ayudar a otro a cometer el delito de esta manera, es partícipe necesario de abigeato calificado por el uso de certificaciones falsas, ya que aportó un elemento indispensable para la consumación del delito principal (¹⁷⁹). Contrariamente, Arocena interpreta que como la agravante no exige que quien cometa el abigeato sea también el autor de la falsificación del certificado de adquisición, la guía de tránsito, el boleto de marca o señal, o la documentación equivalente, la realización de ambas conductas por el mismo sujeto determina la existencia de un concurso real de delitos (art. 55 C.P.) (¹⁸⁰).-

§7.6.- Calidades personales del sujeto activo.

La agravante prevista en el art. 167 quáter en este caso determina: “4º *“Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o productos o subproductos de origen animal”*.-“

179 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 32/33).

180 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 275).



De acuerdo al mensaje del Poder Ejecutivo que envía el Proyecto al Congreso, sobre este particular se expone: “el cuarto y el quinto calificante son supuestos en los que el desvalor de la conducta se incrementa a partir de la condición personal que reúne algún partícipe en el hecho; esto es, la condición de dedicarse a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de producto o subproductos de origen animal o la calidad de funcionario público (incs. 4º y 5º). En la legislación uruguaya se siguen pautas de agravación similares a los cuatro (4) últimos supuestos que aquí se proponen”.-

En la apreciación de Piña, de acuerdo a la redacción de este inciso se deduce que los individuos mencionados colaboran en la cadena de producción ganadera y el dueño de los animales deposita en ellos la confianza necesaria para emprender la tarea asignada, de modo que, además de afectarse el patrimonio del titular del ganado, éste se ve defraudado en su confianza o buena fe, es evidente que el legislador ha considerado que la conducta de estos individuos es merecedor de un castigo más severo (¹⁸¹).-

En la misma inteligencia Arocena considera en este caso la razón política de la mayor sanción, se halla en la facilitación para la comisión del delito que surge de los especiales conocimientos de las particularidades de la actividad ganadera, propia de los sujetos aludidos en la norma (¹⁸²).-

Buompadre entiende que el fundamento de la mayor sanción reside en la sola condición del sujeto activo, con prescindencia de que dicha cualificación haya facilitado la comisión del delito, porque si esto no se entendiera así, no se podría explicar por qué razón el legislador no condicionó la concurrencia del tipo agravado de la misma forma que lo hizo con la figura descripta en el inc. 5º, esto es, sólo en aquellos casos en los que la condición del autor “facilitare directa o indirectamente la comisión del hecho” (¹⁸³).-

Laje Anaya se hace una serie de cuestionamientos respecto a cuál ha sido el fundamento de esta agravante ya que no se alcanza a ver porque razón la pena se debe agravar cuando, por ejemplo, el que participa en el delito sea un matarife, o un experto en el hecho de despostar a los animales.

181 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

182 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 276); DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 94/95).

183 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 120).



También se pregunta si la calidad de comerciante puede determinar que el abigeato se agrave o el caso del camionero que se dedique a transporte de animales ⁽¹⁸⁴⁾. Probablemente, como se ha manifestado, se ha querido proteger la cadena productiva ganadera, que va desde el abigeato hasta la comercialización definitiva, pasando por diferentes estadios intermedios.-

Villada habla del denominado “agente facilitador” – por la especificidad de sus tareas – y entre ellos designa a los “potrizeros” – encargados de los cuidados de la hacienda –, personal encargado de la crianza, cuidado del animal, su faenamiento, elaboración de productos o subproductos pecuarios, de su comercialización, transporte de animales o de productos o subproductos. De modo que, además del simple peón, del empleado del tambo, o del faenador, del alambrador o encargado de su cuidado o mantención, del elaborador de productos o subproductos, o del transportista, deben considerarse incluidos en la disposición calificada, a quienes están a cargo de labores de mayor rango o envergadura, como aquéllos que efectúan la supervisión de estos trabajos, porque la ley no discrimina. Llega a la conclusión que si la norma se hubiese referido a empleados o dependientes del establecimiento damnificado, la reforma hubiera tenido sentido, porque se trataría de sujetos a los que su posición laboral les otorga mayores facilidades para cometer el ilícito o ayudar a cometerlo por parte de otros – conocen los movimientos y horarios del establecimiento, seguridad con la que cuentan, situación de los animales, lugares más vulnerables, etc. –, pero en cambio, la ley no se refiere a ellos sino genéricamente a personas dedicadas a tal actividad, con lo que basta que uno o más partícipes trabajen en la actividad pecuaria, para que se agrave el hecho en perjuicio de todos los integrantes del delito ⁽¹⁸⁵⁾.-

Franceschetti trata de morigerar la anterior interpretación en el sentido de que aunque el inciso no establece una vinculación directa entre la calidad personal y el modo de participar en el hecho, se requiere realizar una suerte de “encerramiento”, pues escapa a la teleología de la norma el agravamiento de un abigeato por la sola circunstancia de ser faenador o transportista, por lo que entiende que tales calidades individuales deben ser puestas en relación con el hecho concreto y ver si tuvieron injerencia en la modalidad delictiva, ya que el sólo hecho de ser cuidador de ganado no

184 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 39).

185 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 33/34); de esta misma idea participan ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491).



habilita la aplicación de la agravante, la que sólo debería funcionar si el ganado sustraído es el que estaba a su cargo; el caso del transportista o de faenador, en tanto intervenga como tal, etc. (¹⁸⁶). Si bien es destacable el esfuerzo interpretativo, no se puede ignorar que la ley no hace ninguna distinción sobre el particular, de allí las tantas críticas que recibe, especialmente de casi todos los autores que se han ocupado con profundidad de este tema.-

Por mi parte, he tomado posición al respecto – y no me rectifico de la misma –, en el sentido que la agravante abarca desde el simple peón, empleado de tambo o faenador hasta el elaborador de productos o subproductos, transportista, pues debe considerarse que son quienes están a cargo de la supervisión de estos trabajos porque la ley no discrimina (¹⁸⁷). “Empece a ser reiterativo, dada la modalidad punitiva que se le ha impuesto a este artículo y no obstante la diversa participación que puede haber tomado el agente en el hecho entiendo que podría resultar desproporcionado castigar con idéntica pena, a partir de la mínima – cuatro años de reclusión o prisión – a un simple peón de campo que está al cuidado del ganado que pudo haber participado en la comisión del hecho, a la par de otro sujeto que se dedique y tenga una infraestructura montada para la faena, elaboración, comercialización o transporte del ganado, productos o subproductos derivados de éste de procedencia ilícita” (¹⁸⁸). Pero, tal como se ha formulado la norma, reitero, no se hace distinción alguna, con lo cual se produce la inequidad aludida.-

La agravante diseñada en la norma alcanza a la participación en la comisión del hecho – abigeato – de una gama de sujetos activos que van desde el productor ganadero, pasando por los administradores, capataces, peones, etc. que normalmente se desempeñan en la actividad pecuaria, en los establecimientos rurales (¹⁸⁹); siguiendo por todo aquél que participa en el faenamiento, elaboración y comercialización de productos y subproductos de origen animal de procedencia ilícita y también los que lo hacen en el transporte del ganado y sus productos y subproductos.-

En cuanto al verbo “participare” sobre el mismo los doctrinarios utilizan para él un criterio extensivo y otro restringido o específico, ya que con el primero se están refiriendo a cualquier

186 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 242).

187 En igual sentido ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491).

188 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 167/168); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528, “*El delito...*” (ob. cit. ps. 160/161).



interviniente “activo” en el delito, cualquiera fuere su grado de intervención – incluido el autor –; para el segundo criterio se hace alusión a dichos intervenientes en cuanto no pueden ser considerados autores, es decir, a los cómplices e instigadores. Según esta última postura, es autor el que reúne los caracteres típicos para serlo, siendo la complicidad y la instigación formas de extender la culpabilidad. La figura del coautor presenta algún tipo de problemas ya que algunos lo tratan como un autor más – autoría plural – (¹⁹⁰) y otros lo limitan a la calidad de partícipe en sentido específico (¹⁹¹) y una tercera postura entiende que los coautores pueden ser una u otra cosa según el caso, pues dogmáticamente se trata de una figura “bifuncional”, pudiendo distinguirse entre una “coautoría propiamente autoral” y una “coautoría participativa” (¹⁹²). En sentido restringido sólo cabría hablar

189 “Corresponde confirmar la resolución que condenó a la esposa de quien realizaba tareas de cuidador en una hacienda, como coautora del delito de abigeato agravado en función del inc. 4 del art. 167 quater del Cód. Penal, si participó de la sustracción de animales bovinos que se encontraban en el campo en donde su cónyuge prestaba tareas, pues la ley no se refiere a empleados del establecimiento, sino genéricamente a personas dedicadas a tal actividad, con lo que basta que uno o más partícipes trabajen en actividad pecuaria, para que se agrave el hecho en perjuicio de todos los integrantes del delito, toda vez que se trata de una calidad personal, transmisible objetivamente”. “Debe considerarse incluido en la agravante contenida en el inc. 4º del art. 167 quater del Cód. Penal, a quien era empleado permanente del establecimiento de donde se sustrajo el ganado, que se desempeñaba en variadas actividades de la explotación agropecuaria del establecimiento, incluyendo su cuidado, lo que generaba que el dueño depositara en él la confianza imprescindible para realizar tales tareas y que se vio defraudado en su buena fe al comprobar la sustracción”. (T.S.J La Pampa, sala B, 17/08/2006, “Reale, Oscar Rodolfo y otros s/ recurso de casación”, LL Patagonia 2006- 792).

190 FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. II p. 432); SOLER Sebastián (ob. cit. t. II ps. 251/252). “Cuando la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ser que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá mayor problema. Esta es la *autoría plural* que se conoce con el nombre de *autoría concomitante* (o paralela), cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular... No habrá de ser, pues, el caso de la autoría concomitante o paralela el que ofrezca dificultades, sino aquél en que la pluralidad de autores se presente en la forma de *co-autoría* caracterizada por el *dominio funcional del hecho*, esto es cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una *división de la tarea*, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica...” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio “Tratado de Derecho Penal. Parte General” t. IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 329/330). Y esto debe juzgarse en cada caso concreto teniendo en cuenta el plan del mismo. En la co - autoría cada uno debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor, sino se dan, por más que haya una división de trabajo y un aporte necesario para la realización conforme con el plan concreto del hecho, no habrá co - autoría, esto se trata de una limitación legal al principio del dominio del hecho.



de participación respecto de quienes ayudan a otro a cometer un delito o lo inducen a cometerlo (193).-

De acuerdo a la redacción de la norma se puede decir que es suficiente con cualquier forma de participación criminal, en cualquiera de sus gradaciones (194), descartándose, por obvias razones al encubridor quien no participa del hecho. Donna agrega que además deberá acreditarse que el sujeto activo haga de alguno de esos oficios su actividad habitual (195).-

La norma utiliza en su redacción un verbo no habitual en la terminología jurídica, esto es, el hecho que una persona se “dedique” a las tareas especificadas. Ateniéndose al significado gramatical del verbo “dedicar” del latín *dedicare*, consiste en destinar una cosa al culto de Dios, de la Virgen o de los Santos, o también a un uso profano “Dirigir a una persona, en forma de obsequio, un objeto cualquiera y más especialmente una obra intelectual. Emplear, aplicar”. Es obvio que esta última acepción es la que podría guardar coherencia con el término utilizado en la emergencia, esto es, que el sujeto esté empleado – persona destinada por el gobierno al servicio público, o por una corporación o un particular al despacho de los asuntos de su competencia o interés – o aplicado a un

191 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. II p. 284). Si bien se adhiere estrictamente el concepto formal objetivo en cuanto atañe a la autoría, cuando se refiere a la coautoría se aparta de esa rigurosa noción, entendiendo que en términos generales coautores son los que toman parte en la ejecución del hecho (art. 45 C.P.). De modo que dicho concepto sirve, para delimitar la coautoría de lo que, por ser auxilio, cooperación o ayuda para el hecho únicamente es complicidad (arts. 45 y 46 del C.P.). “... los coautores toman toda la parte del delito, que es precisamente lo que requiere el artículo 45: “*Los que tomasen parte en la ejecución del hecho*”” (Cfme. LAJE ROS Cristóbal “*Participación criminal*”, Ed. M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, p. 51).

192 CREUS Carlos “*Derecho Penal. Parte General*”, 5º Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 396 y sgtes.

193 In Extenso FIERRO Guillermo “*Teoría de la participación criminal*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

194 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 95); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491); LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 39); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397). “La agravante comprende cualquier grado de participación en el abigeato (autoría, complicidad primaria o secundaria o instigadores), es decir, abarca tanto a quienes, en sentido general, han prestado una contribución, cooperación o ayuda a éste” (Cfme. BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 120).

195 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 95); LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 257).



determinado menester. En el caso concreto crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización, o transporte de ganado de productos o subproductos de origen animal (¹⁹⁶).-

El sujeto activo requiere calidades específicas, por ello este tipo se concibe bajo la denominación de los *delicta propria* (¹⁹⁷), pues se trata de los delitos de autor calificado, los cuales también suelen llamarse delitos especiales – por oposición a los delitos generales o *delicta comunia*, que pueden ser cometidos por cualquiera – y que se subdividen en delitos especiales propios – cuando la calidad es requerida en el tipo básico – e impropios – cuando es requerida por un tipo calificado – (¹⁹⁸).-

§7.7.- Calidad de funcionario público.

El inc. 5º del art. 167 quáter agrava el abigeato cuando: “*Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión*”.-

Ya se virtió la opinión de Piña sobre estas condiciones personales que reúnen algunos de los partícipes del delito, en este caso particular la del funcionario público (art. 77 C.P.), quien defrauda la confianza del dueño de los animales, y en ello radica la mayor severidad punitiva (¹⁹⁹).-

Según Donna la agravante se funda en la idea de que el funcionario público está para servir a la sociedad y no para aprovecharse del cargo para su beneficio o sea, utilizar los conocimientos, formación y el sueldo para cometer delitos (²⁰⁰).-

196 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 166); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 163).

197 En contra D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 641).

198 ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 788.

199 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

200 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 96). Se trata de una hipótesis de abuso de autoridad, porque el autor, valiéndose de ella, traiciona la confianza que se ha depositado en él y emplea aquella autoridad como un instrumento para violar la ley, en vez de observarla como su guardián celoso (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal ob. cit. ps. 257/258).



Bien apunta Buompadre al delinear esta agravante bajo la exigencia de la concurrencia de tres condiciones: 1º La participación de un sujeto que reúna la calidad de funcionario público – en los términos del art. 77 del C.P. – 2º que al momento de la realización del hecho delictivo se encuentre en el ejercicio de la actividad funcional, porque sólo puede violar los deberes de su cargo, abusar de sus funciones quien se encuentra en el ejercicio activo de la función pública, y 3º que con su participación, a diferencia del supuesto anterior, haya facilitado, de manera directa o indirecta, la comisión del hecho. Por consiguiente de no reunirse cualquiera de estos requisitos, el tipo se desplaza a la figura básica (201).-

Con respecto al punto tercero referido *ut - supra*, Laje Anaya subraya que en ese caso en realidad, el funcionario público actúa como un cómplice primario por ayuda o por auxilio, porque su aporte no consiste en tomar parte en la ejecución del delito, sino que se traduce en facilitar al autor o coautor la comisión del hecho; asimismo, es posible la participación secundaria porque la ayuda posterior puede significar un aporte que se presta en forma indirecta y tanto se puede facilitar haciendo algo como omitiendo un deber impuesto por el cargo (202); por ejemplo, “hacer la vista gorda” es una forma de facilitar o también lo hace en forma directa cuando provee a los autores de la documentación en blanco para su posterior llenado y uso.-

Finalmente, resulta adecuado señalar que esta agravante no concurre con la calidad de funcionario público, sin perjuicio de que tal condición sea tenida en cuenta para la evaluación de la pena conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P.. En lo atinente a la actividad que pueda desplegar el funcionario público – violación de los deberes a su cargo o abuso de sus funciones – valen las consideraciones que se puedan efectuar con referencia al Título II “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo IV “Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos” art. 248 y art. 248 bis.-

Cabe señalar que no cualquier funcionario público en ejercicio de sus funciones puede ser sujeto activo en esta agravante, pues la ley habla de aquel que facilite directa o indirectamente la comisión del abigeato, lo cual está precisando que debe ser un funcionario relacionado a la actividad

201 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 120).

202 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 40); LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 258); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397).



pecuaria, como podría ser un inspector de SENASA, los controladores que se hallan en puestos tales como rutas o lugares de destino, los inspectores u otros funcionarios que intervienen en el control de comercialización , acarreo, transporte, desembarco o embarco de ganado, etc. (203).-

Alvarez considera que el inc. 5°, es francamente redundante, a partir de la incorporación del art. 167 bis por ley 25.816 (12/11/2003, B.O. 09/12/2003 - ADLA 2004 - A- 36), que ya elevara las penas del capítulo para cuando los autores fueran integrantes de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario (204). Esto realmente, en principio no es tan así por la razón expuesta más arriba, en el sentido de que la presente manda alude a determinados funcionarios públicos – más precisamente los relacionados con la actividad pecuaria – y por otra parte, tanto el art. 163 bis como el 167 bis no hacen referencia al abuso de la función o cargo de los miembros integrantes de la fuerza de seguridad, policiales o del Servicio Penitenciario.-

Se trata de un delito especial propio por la calidad del sujeto activo (205).-

Por último, cabe referenciar que el funcionario público que facilita la comisión del delito de abigeato violando los deberes a su cargo, según Arocena, parecería que tal accionar es sólo compatible con un dolo directo, más al demandar que el agente se desenvuelva abusando de sus funciones, el legislador introduce un elemento subjetivo distinto del dolo, ya que toma en cuenta cierto modo de realización de la acción, que integra el sentido del acto y que no puede ser descripto como una relación entre dolo y objeto de bien jurídico. De modo que se advierte un componente subjetivo especial, un elemento del ánimo, que repara en la actitud que pone de manifiesto el agente en la realización del acto típico, quien debe participar en el hecho facilitando la comisión del abigeato abusando de sus funciones por lo que no basta la sola existencia, en el autor, de la calidad de funcionario público, ya que el sujeto activo tiene que haberse aprovechado de dicho carácter para perpetrar la acción típica y esta condición no concurrirá si el autor cometiera el hecho del mismo modo que podría haberlo realizado si no revistiera aquella calidad (206).-

§ 7.8.- Por el número de personas.

203 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 168/169); “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528.; “*El delito...*” (ob. cit. p. 166); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 34); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 97)

204 ALVAREZ, Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C - 4113).

205 En contra D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 642).



Finalmente, el inc. 6º del art. 167 quáter habla de la agravación cuando: “*6º participen en el hecho tres o más personas*”.-

Se trata de una circunstancia agravante objetiva que se focaliza en el número de sujetos intervenientes en el hecho por lo que salta a la vista que tal acontecimiento trae aparejado una mayor peligrosidad, por la especial facilidad de comisión del mismo (²⁰⁷).-

Esta forma de redacción no difiere sustancialmente de la empleada en otras figuras, tales son los casos del art. 119 inc. d – el hecho fuere cometido por dos o más personas –; art. 142 bis inc. 6º – cuando participaran en el hecho tres o más personas –; art. 170 inc. 6º – cuando participaran en el hecho tres o más personas –; art. 210 – tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas –; art. 216 – tomare parte en una conspiración de dos o más personas –; art. 238 inc. 2º – si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas –, etc..-

En este caso la ley no requiere un determinado grado de complicidad, sino solamente la intervención activa de tres o más personas, bastando con cualquier grado de participación (²⁰⁸). No se puede dejar de lado que tangencialmente este inciso tiene su punto de contacto con el tema de la banda – para quienes participamos de la hipótesis amplia – y de la asociación ilícita – para los enrolados en la tesis restrictiva –. Sin embargo, justamente al tratarse de dos cuestiones de interpretación conflictiva, tanto en la faz doctrinal como jurisprudencial, parece ser que el legislador, en un intervalo de lucidez, elude la cuestión álgida con la redacción adoptada. Pero se debe recalcar que en el caso en que sujetos comprendidos en este inciso, fueran integrantes de una asociación ilícita, habrá un concurso material.

Según Donna bastará con la participación de tres personas, con distintas tareas, aunque no siempre que sean de ejecución, límite que la ley no ha colocado, así por ejemplo, quien sabe cómo se

206 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 277/278).

207 Idem (ob. cit. p. 278); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 98).

208 No parecen compartir dicha idea ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “Para la aplicación del agravante es necesario que tres o más sujetos hayan acordado con antelación o inmediatamente antes de cometerlo, ejecutar o participar del abigeato. No es suficiente el encuentro ocasional, no acordado, de tres o más personas que cada uno por su cuenta se apodera de ganado de un mismo establecimiento rural” (Cfme. ob. cit. p. 492).



hará el acarreo y contribuye indicando lugares, días y horarios en los cuales el delito resulta menos peligroso, más fructífero y con mayores probabilidades de éxito (²⁰⁹).-

Finalmente, se ha entendido que la inimputabilidad de alguno de los participantes no excluye la agravante, en tanto y en cuanto que uno de ellos tenga capacidad de culpabilidad (²¹⁰), mas si hay entre alguno de los participantes un inimputable por razón de su edad se aplicará la disposición del art. 41 quáter del C.P. aumentado la pena en un tercio del mínimo y del máximo para los mayores. Para Franceschetti los tres deben ser mayores de edad y debe mediar consenso previo, tácito o expreso, no admitiéndose en casos de participación accidental un conocimiento de la intervención de otro o de los otros y agrega: “En supuesto en que uno de los intervenientes sea menor de 18 años, corresponderá la aplicación del art. 41 quáter del C.P.” (²¹¹).-

§ 8.- Inhabilitación y multa.

Incluyo como un agravante al art. 167 quinque, porque en realidad no hace otra cosa que imponer, además de la pena privativa de la libertad, una inhabilitación o multa para el funcionario público o las personas que reúnen las condiciones personales contenidas en el inc. 4º del art. 167 quáter. En efecto: *“En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quáter inciso 4, sufrirá, además inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena. En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos a diez veces del valor del ganado sustraído”*.-

En el mensaje del Poder Ejecutivo enviado al Congreso se da como fundamento de esta norma que se sigue un temperamento formulado en otras legislaciones, previendo expresamente como penas conjuntas la de inhabilitación especial por el doble de la condena para aquellas personas

209 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 98); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397). En contra IRIARTE Ignacio para quien exige que los tres intervenientes tenga una presencia activa en el momento del hecho y cumpliendo tareas de ejecución (Cfme. ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 642).

210 LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 41); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 278); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 121).

211 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 242).



que reúnen las condiciones personales referidas en los incs. 4º y 5º del art. 167 quáter y además, la pena de multa determinada en un monto que guarda una relación que va de dos a diez veces el valor del ganado sustraído.-

Donna estima adecuada la normativa debido a que la persona que aprovecha una determinada posición en el sector pecuario y los conocimientos que ella le acarrea para delinquir, deben encontrar una respuesta por parte de los afectados de tomar ciertas medidas con respecto a dicha persona, ya que ésta deja de ser confiable para la función encomendada. “La reforma no merece objeciones, incluso todo lo contrario, en la aplicación de dicha sanción al caso del funcionario público. Y lo mismo ocurre en lo concerniente a las personas dedicadas a la crianza, faena, elaboración y comercialización del ganado, pues en torno a ellas o bien existe una reglamentación, o bien la actividad requiere de un registro del cual se ocupa la autoridad de aplicación” (²¹²).-

La *inhabilitación*, ocupa el último lugar en el orden de gravedad concerniente a las penas previstas por el Código Penal y las Leyes Complementarias (arts. 5 (²¹³) y 57 (²¹⁴)). Aquélla puede consistir en una pena única principal o conjunta, o puede ser una pena accesoria o complementaria

212 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 99/100).

213 Art. 5 C.P.: “Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”.

214 Art. 57 C.P.: “A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5”.



(art. 20 bis ⁽²¹⁵⁾) y por su alcance, la inhabilitación es absoluta (art. 19 ⁽²¹⁶⁾) o especial (art. 20 ⁽²¹⁷⁾) y en razón de su duración puede ser perpetua o temporal.-

Tal como lo refiere el art. 5 la inhabilitación es una pena y no una medida de seguridad, de esta manera su finalidad consiste en el resguardo de instituciones o actividades tales como las regladas en los arts. 19 y 20 del C.P..-

En esta última norma se prevé una inhabilitación resguardadora de la actividad correlativa al delito cometido, al contrario de la que designa el art. 19 que tiene un efecto global y atiende a la naturaleza del delito. La primera – inhabilitación especial –, es siempre temporal y puede consistir en la privación del empleo, cargo, profesión o derecho en cuyo ejercicio se encontraba el sujeto inhabilitado, pero además puede consistir en la incapacidad de derecho para ejercer en el futuro una de aquellas actividades, habiendo, o no, estado en su ejercicio legítimo al cometer el delito ⁽²¹⁸⁾. Con respecto a la privación de un cargo público – o una tutela o curatela – se alude al cese en el sentido

215 Art. 20 bis C.P.: “Podrá imponer inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público”.

216 Art. 19 C.P.: “La inhabilitación absoluta importa: 1. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2. La privación del derecho electoral; 3. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter existencial que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurran hasta la mitad de su importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

217 Art. 20 C.P.: “La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquéllos sobre que recayere”.

218 NUÑEZ Ricardo *“Las Disposiciones generales del Código Penal”*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, ps. 59 y sgtes.



de perder el derecho y tanto es así que la rehabilitación no comportará la reposición (art. 20 ter, 3º párr. C.P.).-

No es necesario que del empleo o el cargo deriven el ejercicio de funciones públicas, pues lo que se pierde es la relación que vincula al penado con la administración pública, en su calidad de agente, sin que tenga relevancia, cualquier accidente. De esta forma, el cargo puede ser permanente o transitorio; remunerado o no, pero debe tratarse de un empleo o cargo público, y no de una actividad privada – en este caso se trata del ejercicio de una profesión o un derecho –, aunque tengan alguna vinculación con la actividad estatal. La actividad pública puede ser nacional, provincial o municipal.-

En cuanto a la profesión ⁽²¹⁹⁾, está referida a la actividad en sentido de profesor que ejercía el inhabilitado a título de profesión, comprendiendo todo título, arte o ciencia – ocupación – y dada la naturaleza de esta pena, la actividad debe ser, en su modo, ejercida públicamente, aunque la misma no se halle sometida a regulación alguna ⁽²²⁰⁾. O público de la actividad, no está ligado o comprometido a la publicidad, sino que es público, cuando a terceros, cuya determinación no se encuentre circumscripta, les constare.-

En lo concerniente al derecho, se trata de aquél que encuentra su fuente en un acto de la administración pública, o emergente de la actividad privada cuyos efectos se traducen en una habilitación, licencia o autorización para el ejercicio para una determinada o múltiple actividad.-

No obstante, que la enumeración antecedente no incluye el ejercicio de un “arte” – entendido como práctica no continua que exige conocimientos especiales – en ciertos casos aquél necesita de habilitaciones o permisos estatales, de allí que se señala que las artes pueden ser objeto de inhabilitación especial ⁽²²¹⁾. Se pone como ejemplo el caso del art. 207 del C.P..-

219 Se considera también que el vocablo “profesión” denota prácticas con un grado de preparación previa, continuidad y aceptación social, que dan satisfacción material o espiritual al individuo (Cfme. TERRAGNI Marco *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”*, BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores), t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 238/239.

220 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *“Notas...”* (ob. cit. t. I, ps. 84/85); SOLER Sebastián (ob. cit. t. II, p. 395); TERRAGNI Marco (ob. cit. p. 238); NUÑEZ Ricardo *“Tratado...”* (ob. cit. t. II. p. 438); ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro (ob. cit. p. 983). Esto se analizará *ut - retro*.

221 CREUS Carlos (ob. cit. p. 454); TERRAGNI Marco (ob. cit. p. 239); NUÑEZ Ricardo *“Tratado...”* (ob. cit. t. II p. 437).



La incapacidad hace alusión hacia el futuro y por todo el tiempo de la condena, importa inhabilidad para obtener otro empleo, cargo, profesión o derecho del mismo género. Finalmente, la inhabilitación para los derechos políticos abarca el derecho de votar y de ser elegido (222).-

Señalan Breglia Arias - Gauna que: “Cuando la acción o la omisión transgreden un deber de cuidado establecido en reglamentaciones muy específicas y distintas a las que comúnmente rigen una actividad dada o cuando para llevarla a cabo se requiere un nivel de especialización mayor que el necesario para desenvolverse de ordinario en una profesión o actividad, se discute si la inhabilitación debe alcanzar sólo este específico y delimitado ámbito de especialización o extenderse a la actividad básica” (223). Nuñez entiende que la incapacidad para ejercer una actividad determinada lleva inherente la interdicción para desempeñar otra del mismo género, esto es, de la misma especie, de esta manera, por ejemplo, la inhabilitación para conducir motocicletas comprende la de conducir cualquier automotor (224).-

Lo que está en discusión es el hecho consistente en si para aplicar esta pena es requerible que la profesión, arte o industria esté reglamentada. No es partidario de esta última orientación Nuñez para quien la inhabilitación profesional para que proceda no ha menester que la profesión esté oficialmente reglamentada y que la persona esté autorizada por autoridad competente para ejercerla ya que la razón está dada porque la inhabilitación no se impone porque un autorizado haya violado el sistema regular del ejercicio de una profesión, sino en resguardo de la correcta práctica de una actividad de ejercicio público (225). Así también lo entiende Soler para quien basta que se trate de una esfera de actividad lícita, de cuyo ejercicio el delito provenga (226).-

222 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “Notas...” t. I, ps. 84/85.

223 BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. t. I, p. 155)

224 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. “Disposiciones ...” p. 64)

225 Idem (ob. cit. p. 64); en igual sentido LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “Notas...” (ob. cit. t. I. p. 84)

226 SOLER Sebastián (ob. cit. t. II, p. 395). En la nota 12 refiere que “Por eso no corresponde inhabilitar a un peón de estancia por el ejercicio de ese trabajo, conf. C. de Ap. de Azul J.A. XII p. 947; tampoco a un ciclista C.C.C., LL. T. 16, p. 558, fallo 8.300”



Existe otra tendencia que ha sostenido lo contrario, en el sentido de que la inhabilitación sólo puede recaer sobre profesiones o artes reglamentadas por el Estado o que, cuando menos, necesiten de una expresa habilitación estatal para ser ejercitadas. Creus participa de esta opinión, ya que según su entender, responde mejor al principio de legalidad de la pena y condice con el principio de reserva al observar que: “El Estado no puede prohibir una actividad cuando no ha considerado que su ejercicio tiene que permitirlo expresamente (se podrá inhabilitar al conductor de una motoniveladora que produjo con ella lesiones culposas, ya que su manejo necesita una habilitación especial para conducir esa maquinaria, pero no al jornalero que hirió con una horquilla al compañero mientras levantaba una parva, de modo tal que no puede volver a trabajar con horquillas durante el tiempo de la condena). Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente dogmático, esta es la doctrina que surge del art. 20 bis inc. 3º del C.P., en su actual redacción, la cual extiende la inhabilitación especial a los casos de “incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación del poder público””⁽²²⁷⁾.-

Hechas las anteriores atestaciones referidas a los cánones generales que rigen la inhabilitación, no se advierte mayor conflicto en la aplicación de dicha sanción al caso del funcionario público, ya que en las alternativas en que una figura penal alcanza, dada justamente su calidad funcional habitualmente trae aparejado juntamente con la sanción principal una accesoria, como lo es la inhabilitación para ejercer el cargo que ostenta. También, creo que no existe mayor problema en algunos casos en los que se indican a las personas del inc. 4º del art. 167 quater, como sería el agente que se dedique a la crianza, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal, pues para ello existe una reglamentación y también una inscripción o registro que es supervisado por la autoridad de aplicación. Pero no advierto, por ejemplo, cómo se podría imponer tal pena a quien cuida los animales, como sería el caso del peón de campo o “potrerizo”⁽²²⁸⁾. Sobre este particular ya se ha hecho una observación al analizar el inc. 4º del art. 167 quater.-

No hay que olvidar lo dispuesto por el art. 12 del C.P. pues dada la pena mínima en consideración a las agravantes previstas en el art. 167 quater – cuatro años de prisión o reclusión – siempre será aplicable ya que en aquél se consigna que la reclusión y prisión por más de tres años

227 CREUS Carlos (ob. cit. Parte general, p. 455)



lleva como inherente el efecto penal de la inhabilitación absoluta y como civil, las privaciones dispuestas en la segunda parte de la mentada norma.-

Juntamente con la pena de inhabilitación la norma que se analiza prevé la aplicación de una multa equivalente que va de dos a diez veces el valor del ganado sustraído.-

La *multa* también es una pena que procura la prevención delictiva individual y general mediante el castigo pecuniario del condenado, sin restricción de su libertad o de su actividad, como respeto de esta última, lo hace la pena de inhabilitación. Tal como se ha visto, la multa penal es una pena prevista en el art. 5 que opera sobre el patrimonio del condenado, con límite constitucional de la prohibición de confiscación, pero que no reconoce el objetivo reparador que caracteriza a la multa administrativa. Como se sabe, la multa consiste en el pago por parte del condenado al Estado de una cantidad de dinero fijado por la sentencia condenatoria firme – art. 21 C.P.– que en este caso tiene su equivalencia al valor – que va de dos a diez veces – del ganado sustraído de acuerdo al precio cotizable en plaza (²²⁹). Destaca Piña que esta forma de multa tiene la ventaja de tener directa relación con el efecto económico producido por el delito – principio de proporcionalidad – y además no necesita de una permanente actualización frente a la eventual inestabilidad del valor de nuestra moneda (²³⁰).-

Si bien en términos generales la cantidad de dinero constitutiva de la multa deberá ser fijada por el Tribunal en cada caso con arreglo a los criterios objetivos y subjetivos del art. 41 y a la situación económica del penado, en el caso que se examina hay un mínimo y un máximo predeterminado por la misma normativa dentro de la cual se puede expedir el Tribunal. Al igual que la inhabilitación, de acuerdo al art. 5, la multa es una pena principal que puede ser impuesta como pena única, conjunta o alternativa y también complementaria – art. 22 bis –. Laje Anaya - Laje Ros interpretan que con respecto a la redacción de la última cláusula “en todos los casos antes previstos” puede entenderse que con ella se hace referencia a todos los casos previstos en el art. 167 quáter, porque estos son los casos antes previstos, no obstante, esta interpretación puede presentar el

228 FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 182/184) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 173); VILLADA Jorge (ob.cit. p. 37); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 494). En contra DONNA Edgardo quien entiende que puede verse claramente que la dificultad aludida no está en imponer la pena, sino en la imposibilidad de control de que ella se cumpla. “Aunque la idea de la ley no está pensada para este tipo de personas, sino para aquéllas cuya actividad esté inscripta y haga valer esos conocimientos” (ob. cit. p. 100)



inconveniente de excluir al art. 167 ter, pero si el art. 167 quinque se ha referido a un delito previsto en este Capítulo, es obvio que el art. 167 ter lo integra, de modo que la multa conjunta corresponde, toda vez que el abigeato sea regulado por el art. 167 ter o por el 167 quáter y en este caso, no es aplicable lo dispuesto por el art. 22 bis. Agregan que en caso de que el abigeato quedara en tentativa, la multa no corresponde porque el mentado art. 167 quinque se refiere al ganado sustraído, implicando con ello que el hecho se ha consumado (231).-

Apunta Villada que este caso de pena de multa conjunta y obligatoria, también parece adecuada como contrapartida de delitos contra el patrimonio en el que se persigue un fin de lucro, pero a su entender, ya estaba contemplada en el art. 22 bis del C.P. al establecer la imposición de multa, para todo delito realizado con ánimo de lucro, y éste lo es. Pero, en el supuesto de que en el

229 Sobre este particular LAJE ANAYA también se plantea varias dudas pues se interroga cuál es el valor del ganado sustraído, si es el que pagó el dueño por el animal, si es un valor relativo o absoluto, si es el valor que tenía al tiempo del hecho o al tiempo de dictar la sentencia lo cual podría introducir ciertas inequidades porque si al tiempo del hecho el ganado sustraído valía más que al tiempo de la sentencia el condenado se habrá empobrecido si tuviera que pagar aquel valor porque habrá pagado de multa una suma mayor y si sucede lo contrario, se habrá enriquecido porque pagará de multa una suma menor. Define la cuestión a su entender, que si el ladrón hurtó o robó una cosa que valía lo que valía al momento del hecho pareciera que deberá pagar la multa consistente en el valor a ese momento, aunque a posteriori la sentencia estimare que la cosa pudiera valer más o menos. Por último, destaca que la multa no es un pago del valor al propietario del animal a título de indemnización sino un pago de una suma de dinero al Estado (Cfme. LAJE ANAYA Justo ob. cit. ps. 41/42). En igual sentido DONNA Edgardo (ob. cit. p. 100); ESTRELLA Oscar- GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 494) aunque critican la técnica legislativa ya que el valor del ganado sustraído es una apreciación que puede variar según la opinión personal del juez que la determine o de los peritos, entendidos o mercados económicos a los que recurra para su determinación, además, debe adunársele la incertidumbre que proviene del hecho respecto a que no todo ganado de la misma especie tiene el mismo valor, concluyendo en que se debe aplicar el principio de la ley penal más benigna.

230 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 164).

231 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. ps. 260/261); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 122) aunque indica que el momento de la multa vinculado al valor del ganado sustraído se aplicará teniendo en cuenta el valor del animal al momento de producirse el hecho delictivo. En contra D'ALESSIO Andrés para quien el párrafo "en todos los casos antes previstos" sólo lleva a entender a los casos de abigeato agravado y nada obsta que a la condena por abigeato simple – como cualquier otro delito – se le pueda imponer la pena conjunta de multa si el hecho hubiera sido cometido con ánimo de lucro aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla – la de prisión –. (ob. cit. p. 644).



art. 167 ter, dos o más sujetos sustrajeron un animal para comerlo no se le aplicará el art. 22 bis que exige ánimo de lucro y no hambre, de modo que, con la presente disposición, el legislador se aseguró de agravar la pena cualquiera sea el ánimo o fin perseguido por el culpable de abigeato – aun cuando se trate de un caso famélico – (²³²).-

La falta de pago de la multa no implica entrar en mora con el consecuente pago de intereses sino que se transforma en prisión – que no excederá de un año y medio – condicionada ésta a que el penado pueda satisfacer la multa por otro medio. “La idea de la ley es que el condenado, sometiéndose a la sentencia, pague en ese término la cantidad de dinero determinada por ella. Pero si el condenado no paga, la ley no renuncia ya a ejecutar la pena pecuniaria. El tribunal está autorizado para facilitar, en ese caso, el pago en dinero antes de convertir la multa en prisión, pues ésta representa el último recurso legal para que el renitente o el carente de medios de pago o de capacidad laborativa, no se libre de pena. Por un lado, el tribunal debe impedir que quien desee pagar y pueda hacerlo, sea encerrado; y, por otro lado, debe evitar que se burle la condena, dejando a elección del reo el pago o la prisión. Al que *desea* pagar, pero no lo pueda hacer dentro del término fijado por la sentencia, el tribunal podrá autorizarlo para *amortizar mediante el trabajo libre* (art. 21, §3º, 2ª disp.) o *para pagar por cuotas* (art. 21, §4º, 1ª disp.)… La falta de pago de la multa en el término que fije la sentencia, el incumplimiento del pago de una cuota o la falta de prestación del trabajo a prestar, llevan a la conversión de la multa en prisión para el condenado. Pero esto no sucede de una manera directa y sin solución de continuidad. El primer objetivo de la ley es que el penado pague la multa, porque ésta es la pena individualizada para el caso por la ley y por el juez. Para alcanzar ese objetivo, el tribunal no sólo puede autorizar los modos de pago estudiados, sino que, en última instancia, vencido el término fijado por la sentencia y, en su caso, inobservados de esos modos especiales de pago, antes de transformar la multa en prisión, debe procurar la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado (art. 21, §3º, 1º disp.). En ningún caso el tribunal puede prescindir de ese procedimiento previo. Su omisión constituye una inobservancia de la ley sustantiva subsanable por vía de casación o apelación de la sentencia. La transformación de la multa en prisión se debe realizar de acuerdo con la proporción del artículo 24 del Código penal. Esta inteligencia surge de la regla del artículo 22, §2º, respecto del cómputo de la prisión sufrida en el supuesto de que el reo satisficiere la multa una vez impuesta a aquéllo. La pena

232 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 37/38).



de prisión sustitutiva de la multa no puede exceder de año y medio (art. 21, §2º), y para establecerle se debe descontar el monto de la multa ya abonada, por cuotas o trabajo” (233).-

9.- Acotación

El Anteproyecto de Reforma de Código Penal en cuanto a la inhabilitación para el caso de abigeato – el cual está comprendido en el inc. 2º apartado b) del art. 140 como un hurto agravado y en el art. 141 inc. 2º apartado f) – prevé en el inc. 5º la siguiente disposición: “*En el supuesto del apartado b) del inciso 2º del artículo 140, y en el correspondiente en función del apartado f) del inciso 2º de éste artículo, sufrirá, además, inhabilitación por el doble de tiempo de la condena, todo participante que desempeñare alguna actividad de crianza, comercialización, cuidado, faena o transporte de ganado*” (234).-

233 NUÑEZ Ricardo “Tratado...” (ob. cit. t. II. ps. 425, 429/430).

234 En la Exposición de Motivos sobre este particular se expresa: “El inciso 4º [en realidad se está refiriendo al inciso 5º] proyectado corresponde al vigente artículo 167 *quinquies*. Teniendo en cuenta la gravedad de las penas, la inhabilitación puede llegar hasta el máximo legal proyectado (veinte años), lo que se justifica plenamente, dado que es muy poco probable que el abigeato con lesión grave, es decir, de múltiples cabezas, se pueda cometer sin intervención o encubrimiento de los funcionarios de seguridad ni de la recepción de los encargados de mataderos”.