



Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE ABOGACÍA

“Inexistencia del delito de profanación de cadáveres en la legislación penal argentina”

ALUMNO: Jonatan Carlos Cychan

TUTOR: Dr. Carlos Alberto Miceli

TÍTULO A OBTENER: Abogado

TELÉFONO: 011-1521563262

CORREO ELECTRÓNICO: jonatancygan@gmail.com

LOCALIZACIÓN: Sede Regional Buenos Aires – Castelar

FECHA DE PRESENTACIÓN: 13 de octubre 2020.

ACEPTACIÓN DE LA RESERVA DE TEMA Y DEL TUTOR.

Reserva de tema de tesis

Jonatan Cycan <jonatancycan@gmai... 10 jul. 2019 16:36
para Marilina.Miceli@uai.edu.ar ▾

Estimados,

Soy Jonatan Carlos Cycan, DNI 33.934.412, alumno egresado de la carrera de abogacía en UAI sede Castelar.

Por medio de la presente quisiera hacer reserva del tema "INEXISTENCIA DEL DELITO DE PROFANACIÓN DE CADÁVERES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA" para ser desarrollado en mi tesis.

A tal fin, tendré como TUTOR al Dr. Miceli, Carlos Alberto.

Sin más motivos y a la espera de una confirmación favorable los saludo muy atte.

Marilina.Miceli@uai.edu.ar 11 jul. 2019 14:19
para mí ▾

Tema registrado. Atte

Dra. Marilina Andrea Miceli
Secretaria Técnica de la
Facultad de Derecho y Cs. Políticas y
Directora de la carrera de Martillero publico,
Corredor y Administrador de consorcios
Universidad Abierta Interamericana
Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

8 de Julio de 2019

Autoridades de la Carrera de Abogacía
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana

S _____ / _____ D

Por medio de la presente, hago de su conocimiento, que, ante la solicitud del alumno Jonatan Carlos Cysan, DNI 33.934.412, Legajo A0950006011-J1, acepto el compromiso de ser su TUTOR en el desarrollo del trabajo final titulado: "INEXISTENCIA DEL DELITO DE PROFANACIÓN DE CADÁVERES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA", con el fin de obtener el título de ABOGADO, hasta su presentación y evaluación.

Atte.

Dr. Miceli Carlos Alberto

CM

AGRADECIMIENTOS

Quiero brindarles un especial agradecimiento a mis padres. A mi mamá, Liliana, que hace muy poquito tiempo se convirtió en mi ángel y mi luz, y a quien voy a amar, recordar y extrañar por siempre, y a mi papá Carlos. Ambos me brindaron siempre un inmenso e infinito amor, y un constante e incondicional apoyo. También a mi hermana, mis sobrinas y ahijadas. Son todos ellos el motor de mi vida. Los amo.

A mis abuelos, porque sé que desde donde están cuidan de mí y me guían.

A cada persona que durante el recorrido de éstos años han pasado o permanecido en mi vida para dejar en ella infinidad de enseñanzas, como así también, hermosos sentimientos y recuerdos.

A cada uno de mis compañeros por hacer de ésta etapa un recuerdo inolvidable, pero principalmente a las dos grandes amistades que me llevo: Vanesa Santin, por ser mi gran compañera y quien desde un comienzo se convirtió en un pilar fundamental, y a Gabriel Díaz por convertirse en mi gran amigo.

A un amigo que ya no está y al que extraño, pero que recuerdo cada día con mucho cariño: Carlos Esteban Savoini. Fue quien me impulsó a iniciar ésta hermosa carrera y quien compartió conmigo el inicio de ella.

A los profesores de la universidad por nutrirme de grandes conocimientos y dejarme un profundo amor por el derecho.

Al profesor, el Dr. Jorge Roberto Losinno, por siempre brindarme su apoyo.

A mi profesor y tutor, el Dr. Carlos Alberto Miceli por su calidad de persona, por ofrecerme su apoyo y dedicarme su tiempo para poder llevar a cabo la realización y la presentación del presente trabajo.

A todos ellos,

Gracias.

RESUMEN

La sustracción de cadáveres, ha merecido históricamente en las legislaciones, diferentes apreciaciones. Se la ha considerado un delito contra la religión o el sentimiento religioso, contra la piedad de los difuntos, contra el orden público, o en algunos casos una contravención contra la salud pública y la seguridad de las personas.

A lo largo de la historia argentina, se ha desplegado una peculiar práctica de profanaciones y manipulaciones de cadáveres, sus restos y sus cenizas. Los ejemplos más relevantes fueron las vejaciones de los restos de José de San Martín y de Juan Manuel de Rosas, los secuestros de los cuerpos de Eva Perón y del General Pedro Eugenio Aramburu, entre otros.

El vacío legal es tan innegable que el expediente de la profanación del cuerpo y robo de las manos del expresidente Juan Domingo Perón fue caratulado meramente como “robo de sable y gorra”.

Pese a lo perturbador que resulta para la sociedad crímenes de tal magnitud, y lo ofensivo y vejatorio desde el plano afectivo para los deudos del difunto, el Código Penal de la Nación Argentina sólo contempla - en el Título VI del Libro Segundo referido a los Delitos contra la Propiedad - la sustracción de cadáveres como un tipo específico de extorsión, a través del artículo 171 que dispone: “sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”.

Esto significa que nuestro ordenamiento penal, únicamente hace alusión a la sustracción de cadáveres con finalidad extorsiva, resignando los restantes presupuestos, como la profanación, mutilación, vilipendio, necrofilia, entre otros.

PALABRAS CLAVES

Derecho penal, delito, profanación, sustracción, cadáver, cenizas, restos humanos.

FORMULARIO METODOLÓGICO

ÁREA: Derecho Penal.

TÍTULO: Inexistencia del delito de profanación de cadáveres en la legislación penal argentina.

TEMA:

El tema a investigar en el presente trabajo de investigación se encuentra sumido dentro del ámbito del Derecho Penal y se centra particularmente en el supuesto de la inexistencia del delito de profanación de cadáveres en la legislación penal argentina.

EL PROBLEMA:

El problema radica en que la figura trazada en el artículo 171 del Código Penal, alude únicamente al caso de la sustracción de cadáveres inspirada en fines de lucro, y por ello resulta desgraciadamente estrecha e insuficiente, pues excluye toda profanación perpetrada sobre cadáveres, sus restos o sus cenizas.

SUPUESTO DE TRABAJO:

La hipótesis afirma la conveniencia de la incorporación del delito de profanación de cadáveres a la legislación penal argentina.

OBJETIVO GENERAL:

El objetivo general de este trabajo se centra en exponer la necesidad de subsanar el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto del delito de profanación de cadáveres, sus restos o sus cenizas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Desarrollar y puntualizar los conceptos principales relativos al tema del presente trabajo de investigación como el Derecho Penal y el delito.
- Precisar la noción de cadáver y su naturaleza jurídica, distinguiéndola entre dos grandes corrientes de opinión.

- Mencionar los antecedentes legislativos que dieron origen al delito de sustracción de cadáveres, a través de los distintos proyectos de reforma.
- Analizar la regulación y alcance del artículo 171 del Código Penal de la Nación Argentina.
- Exponer la regulación de la profanación de cadáveres respecto de otras legislaciones comparadas.

JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO DE LA INTERVENCIÓN:

La presente intervención realizada a través de esta tesis de grado tiene como justificación y propósito reafirmar el respeto, honor y la memoria de toda persona extinta, tipificando como delito toda acción de profanación, vejación y daños a los restos mortales humanos, buscando subsanar el vacío legal existente en nuestro ordenamiento penal frente a conductas aberrantes, irrespetuosas y humillantes que merecen una clara sanción penal.

METODOLOGÍA:

Para el presente trabajo de tipo TESIS-CUALITATIVA se utilizó el método descriptivo sumado al método analítico-deductivo partiendo de conceptos generales hasta conceptos específicos del Derecho Penal, utilizando instrumentos de carácter cualitativo como análisis de textos, revistas jurídicas y doctrina con el fin de dar respuesta a la hipótesis planteada.

INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo de investigación, busca evaluar la ley penal argentina para comprobar sus falencias y el alcance de los presupuestos que consagra, de cara al examen de la norma penal que contiene la figura de la sustracción de cadáveres, con sus correspondientes consecuencias jurídicas, al tenor de lo señalado en el artículo 171 del Código Penal.

A tal efecto, iniciaremos en el primer capítulo delineando conceptos básicos que son necesarios para comprenderlo de manera más profunda, como la definición de Derecho Penal, sus caracteres y el concepto de delito en las distintas teorías existentes.

En segundo lugar, dilucidaremos la noción de cadáver y su naturaleza jurídica, conforme dos grandes corrientes de opinión: la teoría de la semipersonalidad y la teoría de la *res* o cosa.

En tercer lugar, expondremos el precedente histórico que dio origen a la actual regulación de sustracción de cadáveres y estudiaremos los antecedentes de las vigentes previsiones legales en el derecho penal argentino.

En cuarto lugar, se abordarán algunos referentes del derecho comparado y, por último, en quinto lugar, se plasmará la conclusión final y la correspondiente propuesta.

Asimismo, cabe en este punto, determinar conceptos que se mencionarán a lo largo de la extensión del trabajo, y que se relacionan con las distintas formas de manipulaciones y agresiones que pueden ejercerse sobre un cadáver, sus restos o sus cenizas, a saber:

Profanación: Acción y efecto de profanar. Profanar refiere a faltar el respeto a algo religioso o sagrado. Al profanar, por lo tanto, se deshonra, ultraja o mancilla una cosa que, por sus características, merece respeto. Una profanación, por lo tanto, se produce por un acto profano que se orienta hacia entidades, objetos o sujetos que disponen de un valor simbólico especial para la sociedad.

Necrofilia: Es una parafilia caracterizada por una atracción sexual hacia cadáveres.

Vilipendio: Mostrar desprecio por una persona o cosa mediante las palabras, actos o gestos. Al vilipendiar, se incurre en el desprecio, la denigración, e incluso en las ofensas y las humillaciones. Por esta razón, vilipendiar, bien sea con acciones o palabras, es considerado un irrespeto. Son ejemplos de actos vilipendiosos escupir el cadáver, ensuciarlo, mutilarlo, ejecutar sobre él actos de brutalidad, entre otros.

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES

SUMARIO: I.- DERECHO PENAL: CONCEPTO Y CARACTERES -
II.- DELITO: CONCEPTO Y TEORÍAS.

Previo de abordar específicamente el tema del presente trabajo de investigación, resulta indispensable elaborar y definir conceptos básicos que son necesarios para comprenderlo de manera más profunda.

I.- DERECHO PENAL: CONCEPTO Y CARACTERES

Comenzaremos delineando el concepto de derecho penal y sus caracteres, teniendo en consideración las diferentes conceptualizaciones realizadas por la doctrina.

I.A.- CONCEPTO

Lascano (2005) afirma que al hablar del derecho penal se lo puede hacer usando tres acepciones:

- a) Como ciencia o dogmática jurídico-penal;
- b) Como derecho penal en sentido subjetivo;
- c) Como derecho penal en sentido objetivo.

Como ciencia o dogmática jurídico-penal, entiende el jurista que es “*la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal*”. (pág. 14)

Fontan Balestra (1998) sostiene por su parte que “*la denominación derecho penal, indica su naturaleza de ciencia jurídica y el carácter más específico de su contenido, consistente en el estudio de los actos que la ley amenaza con pena*.” (pág. 13).

Entonces, podemos sostener que, al tratarse de una ciencia jurídica, el estudio del derecho penal tiene la misma finalidad que la de cualquier rama del Derecho, es decir, interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley con las particularidades que resultan de su naturaleza.

Como derecho penal en sentido subjetivo, alude a la facultad estatal de castigar. Esto es, como indica Creus (2010):

La potestad del Estado de castigar, de imponer penas; es justamente esa potestad la que se designa como *ius puniendi*, y como tal es legislativamente previa al *ius penale*, es decir, al conjunto de reglas penales que lo delimitan, y

constituye una facultad necesaria para que el Estado, como gobierno de la sociedad política, pueda ejercer eficientemente su función. (pág. 5)

En idéntico sentido, Soler (1970) expresa que por derecho penal subjetivo se entiende como *“la facultad del Estado que surge de la existencia de la norma penal”*. (pág. 13)

Fontan Balestra (1998) confirma que en su sentido más amplio, el derecho penal subjetivo *“es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad”*. Explica, además, que es facultad *“porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo”*. (págs. 14-15)

Siguiendo con el análisis de las acepciones, como derecho penal en sentido objetivo, dice Lascano (2005) que:

Está constituido por las normas del derecho positivo que regulan aquella potestad punitiva para proteger la convivencia humana en comunidad, distinguiéndose de las demás ramas del Derecho por las especiales y más enérgicas consecuencias jurídicas imponibles a los comportamientos sociales más insoportables. (pág. 14)

En armonía, Fontan Balestra (1998) enseña que el derecho penal objetivo *“es el régimen jurídico mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía que, juntamente con la tutela de bienes jurídicos, constituyen el fin del Derecho Penal.”* (pág. 15)

Entonces podemos cristalizar que el derecho penal objetivo es el conjunto de normas legales que asocian o vinculan al delito como hecho y la pena como la consecuencia lógica.

Ahora bien, refiere Soler (1970) que el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo *“no se tratan de dos cosas distintas, sino de dos aspectos de la misma”* y que, ésta distinción es relevante para señalar que *“el derecho penal objetivo es el límite estricto de la facultad de reprimir, y ello deriva del principio de legalidad que forma parte de nuestros preceptos constitucionales: no hay crimen ni pena sin ley previa”*

(art. 18 C.N.)¹, el cual a su vez se complementa con el principio de reserva consagrado en el art. 19 C.N.², del que se desprende que todo lo que no está expresamente prohibido es esfera de libertad, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Esto significa, según Creus (2010), que el principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, condiciona el ejercicio del *ius puniendi* dentro de las limitaciones legales (ley previa) y del cumplimiento de determinados procedimientos de aplicación (debido proceso legal).

En este punto, es prescindible destacar que los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, operan como límites constitucionales del Derecho Penal.

En otras palabras, explica Núñez (2009) que:

La realización judicial de la ley penal no es libre, sino que exige un “juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, que debe observar las formas sustanciales de la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del imputado; y en el cual es inviolable la defensa de la persona y de los derechos; defensa que supone para el imputado la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, para ser oído en un debido procedimiento judicial, con arreglo a las leyes de procedimiento, de manera que su participación efectiva en el proceso le dé una razonable oportunidad para producir prueba de descargo; lo que exige la leal información del interesado de la existencia de la cuestión que le incumbe y de las pruebas acumuladas en su contra. (pág. 39)

¹ Art. 18 de la Constitución Nacional Argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.”

² Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Por su parte, Bacigalupo (1996) sostiene que *“el derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social”* y agrega que:

El derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son —en principio— los más intolerables para el sistema social. (pág. 1)

Núñez (2009) declara que el *“derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado”* y añade que *“regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias”* (pág. 17)

Como todo derecho, indica Creus (2010):

El penal está dirigido a lograr que los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los bienes que ella les puede proporcionar. Es el derecho en general, a través de sus distintas ramas, el que determina cuáles son esos bienes, prohibiendo las conductas que tienden a menoscabar o desequilibrar su goce. (Pág. 1)

De esta manera, Creus alega que el Derecho Penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas. (págs. 3 y 4)

Siguiendo en la misma línea de reflexión, Righi (2016) sostiene que *“el derecho penal es una parte del orden jurídico, cuya especificidad está determinada por su objeto, es decir por los comportamientos criminales y las consecuencias jurídicas que están previstas para ellos.”* (pág. 39)

En una consideración puramente jurídica, según Bacigalupo (1996):

El derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas. Lo que diferencia sustancialmente al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. (pág. 3)

Por último y con una definición que, en principio, pareciera ser netamente positivista, Eugenio Raúl Zaffaroni (1998), se refiere al Derecho Penal *“como el conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor.”* (pág. 24)

Conforme a la previa advertencia formulada, también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes.

I.B.- CARACTERES DEL DERECHO PENAL

El derecho penal es una parte del saber jurídico general y, por ende, participa de todos los caracteres del derecho.

Lascano (2005) asevera al respecto que, el Derecho Penal se encuentra investido por los siguientes caracteres: derecho público, exterioridad, judicialidad y sancionatorio.

Por su parte, Zaffaroni (2007) establece que el Derecho Penal cuenta con los siguientes caracteres: derecho público, represivo, continuo y fragmentador y normativo, y que son las leyes penales manifiestas las sancionadoras y quienes habilitan el poder punitivo de modo fragmentado y discontinuo.

Pero tomando los caracteres enumerados por Lascano, diremos que los mismos pueden ser descriptos de la siguiente forma:

1) Derecho público

Afirma el autor, que el derecho penal pertenece a una rama del derecho público, pues *“en esta clase de normas el Estado no deja librada a la voluntad de los individuos la creación de derechos, obligaciones y responsabilidades, sino que fija normas directamente destinadas a la generalidad y procede como poder soberanamente regulador de la conducta de los ciudadanos”* (Lascano, pág. 34)

Zaffaroni (1998) indica por su parte que *“dada la función de tutela de bienes jurídicos que el derecho penal tiene, debiendo garantizarlos contra las afectaciones susceptibles de conmover el sentimiento de seguridad jurídica de los habitantes de la Nación, el derecho penal no puede menos que tener carácter público.”* (pág. 32)

Asimismo, confirma que *“el derecho penal es una rama del derecho público ya que puede ser considerado como un apéndice del derecho constitucional”*. (Zaffaroni, Slokar, & Alagia, 2007, pág. 80)

Fontan Balestra (1998) respalda que ese carácter *“resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico”* y añade que *“como resultado de su naturaleza pública las consecuencias impuestas por el derecho penal no son disponibles por los particulares, sino que sólo el Estado, por medio de sus órganos judiciales, impone sus decisiones.”* (pág. 25)

2) Exterioridad:

Otra de los caracteres del derecho penal es la exterioridad. Soler (1970) manifiesta al respecto que:

Aun cuando el derecho en general, es un sistema regulador del comportamiento de los hombres en sus relaciones externas, en el derecho penal conviene subrayar ese aspecto, porque en este campo del derecho tal característica es el resultado de una laboriosa conquista de la cultura humana. No se trata de un atributo formalmente inherente a toda norma penal, sino de una característica que adquiere esta rama del derecho sobre todo bajo la influencia de la filosofía del siglo XVIII y que consiste en hacer depender la punibilidad de la constante exigencia de una actuación externa. (pág. 17)

3) Judicialidad:

En cuanto a la judicialidad, Lascano (2005) sostiene que el pronunciamiento sobre una situación creada respecto de la existencia del delito, la responsabilidad y el castigo del autor, deberá emanar de un órgano público, pues *“el derecho penal no puede realizarse legítimamente frente a un conflicto en forma privada”*. (pág. 35)

Conforme nuestro derecho positivo, explica el autor que, los órganos encargados de conocer y resolver en las causas de responsabilidad penal son los tribunales judiciales que, con arreglo a la Constitución Nacional, constituciones provinciales y leyes reglamentarias, forman los poderes judiciales nacional y provincial con competencia penal según la materia, la investidura de las personas y el territorio. (Lascano, 2005, pág. 37)

4) Sancionatorio

Al afirmar que el Derecho Penal es sancionador, explica Fontan Balestra (1998) que es necesario distinguir dos premisas: *“por un lado, el Estado se vale de las sanciones penales para el mantenimiento del orden jurídico, por otro lado, se asigna a la ley penal función secundaria o accesorio de las otras ramas del Derecho.”* (pág. 25)

Para quienes sostienen esta premisa, explica que *“la aplicación de sanciones no es solamente una característica diferencial, peculiar del derecho penal, sino la consecuencia de su carácter accesorio, por obra del cual su función se limita a la aplicación de sanciones a aquellos actos que han sido valorados antijurídicos por otras leyes”*. (Fontán Balestra, 1998, pág. 25)

Por ello, podemos afirmar que el derecho penal es un conjunto de normas y de reglas con carácter sancionador porque se vale de la aplicación de las penas respecto de aquellos actos ejecutados en contra de la ley, para restablecer el orden público.

II.- DELITO: CONCEPTO Y TEORÍAS

II.A.- CONCEPTO

Desde épocas remotas la conducta humana ha sido objeto de estudio y análisis. De este modo, surge que el hombre vive inmerso en una comunidad, dentro de la cual cumple y satisface sus necesidades básicas, pero en donde también deberá cumplir con

las necesidades básicas grupales y, para poder hacerlo, se le ha impuesto un sistema de gobierno y un ordenamiento normativo que debe respetar para lograrlo.

Por ello, con el transcurso del tiempo y a través de la evolución y el progreso de las comunidades, se fue consagrando el concepto de lo antijurídico, es decir aquello contrario al orden jurídico vigente en la sociedad, surgiendo así la concepción de delito.

El concepto de delito fue mutando a lo largo de la historia según las culturas y los tiempos. Debe advertirse que dicho concepto no es el mismo según desde donde se le considere, ya sea sociológicamente, jurídicamente, socialmente, filosóficamente, etc. De todas formas, como sociedad constituida apaleamos a una idea aproximada de lo que significa delito.

El origen etimológico del vocablo delito proviene del verbo “*delinquere*” que significa “resbalar”, “desviarse”, “abandonar una ley”.

El Dr. Cairoli (2000) afirma “*que el delito es el núcleo de todo el Derecho Penal*”, mientras que Pellegrino Rossi (1883) lo define como “*la violación de un deber que daña a la sociedad o a los individuos*”.

En otras palabras, siendo el delito el centro del Derecho Penal, éste requiere necesariamente para su existencia de la violación o afectación de un bien jurídico tutelado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Dr. Ricardo Núñez (2009) dice que el término delito “*es definido por distintos juristas de diversas maneras, por lo que antes de que se lo definiera enumerando las características jurídicas que lo individualizan, se lo definía como el hecho previsto y penado por la ley*”.

Seguidamente, refiere a que “*después de la evolución que sufrió dicho término, finalmente, se puede considerar al delito como el hecho típico, antijurídico, culpable y punible*”.

Bacigalupo (1996) expone al respecto que:

Delito, entendido en el sentido más general de la expresión, será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello. Lo que caracteriza a todo comportamiento desviado y, por consiguiente, también al

delito es su divergencia con los modelos aceptados de conducta, es decir, con los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas. Estas expectativas se expresan en normas, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos. Una norma, en este sentido, puede caracterizarse como una orden que pone de manifiesto un comportamiento que no debe realizarse o reclama la realización de un comportamiento necesario para la conservación de un cierto estado social. (pág. 2)

Dentro de un sistema jurídico, declara Soler (1970) que *“llamamos normas penales a las que están dotadas de una sanción retributoria. La acción que corresponde a una sanción de esa clase es un delito, y por eso se dice que el delito es acción punible.”* (pág. 275)

En consonancia, Von Liszt (Liszt) considera que el delito *“es un hecho al cual el orden jurídico asocia una pena como lógica consecuencia”*.

El delito es fundamentalmente para la ley, en primer término, una acción; pero, como manifiesta el Profesor Ramos Mejía (2015) *“para que una acción pueda convertirse en un delito debe adecuarse estrictamente, por exigencias del principio de legalidad, a alguna de las descripciones contenidas en la ley, a algún tipo penal”*³.

Conforme señala el Dr. Langon (2006) *“el delito es una conducta, típica, antijurídica y culpable que tiene como consecuencia que quien la ejerza reciba una pena”*. Asimismo, sostiene que cualquier conducta puede lesionar bienes jurídicos, sean de terceros como por ejemplo la vida, la libertad o la propiedad o pertenecientes a toda la comunidad, pero *“no alcanza con que esa conducta sea antisocial o nociva, sino que es necesario, se halle prevista por la ley conforme al principio de legalidad.”* (pág. 147)

Si bien nuestro derecho positivo no ofrece una definición de delito en el Código Penal, podemos afirmar por consiguiente que se trata de una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

³ Tipo penal es la descripción abstracta de una conducta, y el tipo penal puede entenderse en sentido amplio, como tipo total, comprensivo de todos los presupuestos de la pena, o, dejando de lado otros conceptos, como tipo dé injusto, el cual describe la acción prohibida, tanto la acción positiva que viola la correspondiente norma prohibitiva (no matar en el caso del homicidio previsto en el art. 79) como la conducta omisiva que no cumple con la respectiva norma imperativa (la omisión de prestar auxilio en la situación prevista en el art. 108). (Mejía, 2015)

II.B.- EL CONCEPTO DE DELITO EN LAS DISTINTAS TEORÍAS EXISTENTES

Indica Tarrío (2008) que *“el delito como fenómeno jurídico-social, ha sido objeto de tratamiento a través del desarrollo de las sociedades, mostrándose en su evolución histórica en tres fases sobresalientes: el concepto clásico, el concepto neoclásico y el concepto del finalismo”* (pág. 32).

Asimismo, afirma que todas las teorías mencionadas aceptan, como elementos de la definición de delito, la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; pero que la diferencia radica en el contenido que se le da a cada una de ellas. (Tarrío, 2008, pág. 32)

1) El concepto clásico:

Se basa en una fundamentación causal-naturalista del delito, ya que no se investigaba el contenido psíquico de la conducta humana, sino solamente el plano físico. Así, el causalismo planteaba una definición de acción cuya voluntad estaba sin contenido, siendo ésta analizada en la culpabilidad. La tipicidad era valorativamente neutra y sólo poseía una función descriptiva-objetiva. La antijuricidad era definida como contradicción entre hecho y norma; finalmente, en la culpabilidad se analizaba el nexo psicológico entre el autor y el hecho, que se manifestaba a través del dolo y la culpa. (Tarrío, 2008, pág. 32)

2) El concepto neoclásico:

Introduce en la teoría del delito la metodología propia de las ciencias del espíritu, y se hace referencia a hechos de la realidad valorándolos mediante las ciencias de la cultura, entre ellas el Derecho. La acción deja de ser un concepto meramente naturalista, imponiéndose un esquema valorativo. En la tipicidad incorpora a los “elementos subjetivos del tipo” como algo excepcional. En la antijuricidad destacan la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. Finalmente, en la culpabilidad surge un nuevo concepto, el “normativo” o “mixto”, ya que combina elementos subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (la reprochabilidad). (Tarrío, 2008, pág. 32)

3) **El concepto finalista:**

Esta teoría nació a principios de los años '30 y fue expuesta por Hans Welzel. El giro que se produce en el concepto de acción es fundamental, porque define a ésta como actividad humana final, esto es, obrar orientado conscientemente desde un fin. (Tarrío, 2008, pág. 33)

II.B.1.- Teoría finalista del delito

A partir de la definición de delito comienza para el dogmático la tarea de formular, con aquellos elementos, una teoría general del delito.

Fontan Balestra (1998), explica que la definición del delito *“tiene significación dogmática, puesto que en ella se señalan todas las características de la acción amenazada con pena, cuyo estudio, en conjunto, constituye el objeto de la teoría del delito”*. (pág. 160)

Teniendo en cuenta que el derecho penal tiene como primera misión determinar la esencia de la conducta humana, resulta necesario definir el concepto de acción.

Tarrío (2008) advierte que doctrinariamente, *“se ha aceptado el empleo indistinto de los términos “conducta”, “acto”, “acción” y “hecho” para referirse al comportamiento humano.”*

Ésta conducta puede consistir en una acción u omisión, la cual deberá ser típica para que sea considerada delito. Que esa conducta – ya sea por acción u omisión – esté prevista por la ley significa, no sólo que se encuentra tipificada, es decir, que la ley la haya descrito en un tipo penal, sino que se considere antijurídica, esto significa que sea contraria a la conducta dispuesta por ley o contraria a Derecho, por lo tanto, prohibida.

Al respecto, expresa el Dr. Langon (2006) que *“cuando el legislador ha definido una conducta como delictiva, la ha tipificado como tal siendo un indicio de antijuricidad.”*

Righi (2016), por su parte explica que *“la base de la teoría del delito se funda en comportamientos concretos del autor que pueden ser ubicados en el tiempo y en el espacio, y no en su personalidad”* y agrega que *“esto define a nuestro sistema como un*

derecho penal de acción, único compatible con la idea del estado de derecho, lo que no sucede con un derecho penal de autor”. (pág. 114)

Por ello, no basta con la existencia de una conducta típica y antijurídica para que sea considerada delito, sino que además se necesita que ésta sea culpable, es decir, que sea reprochable al autor a quien la ejecutó.

Ahora bien, conforme la teoría finalista, el noción de acción se refiere a una actividad de autodeterminación dirigida finalmente, esto es como explica Tarrío (2008), *“hacia una meta”*. Ello significa, según dicho autor que *“la dirección final exigida no se refiere sólo a los actos voluntarios conscientes, sino que será la finalidad la característica propia del obrar humano específico.”* (pág. 34).

Al respecto, Creus (2010) comenta que:

El hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción en sentido propio o positiva) o no hacer (acción negativa u omisión) algo. Ese querer hacer o no hacer nos dice, por sí mismo, que la acción-conducta es un querer de finalidad, pero no necesariamente con finalidad. (pág. 126)

Entonces, este primer elemento, es decir la acción, cumple la función según Righi, de descartar la imputación cuando el suceso que se analiza, no reúne algún requisito necesario para poder sostener que se ha cometido una acción. (Righi, 2016, pág. 114)

II.B.2.- Niveles de la estructura del delito en la teoría finalista

El objeto de la teoría del delito es explicar cuáles son los presupuestos que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible. (Righi, 2016, pág. 111)

Tarrío (2008) indica que del análisis de la teoría finalista del delito se desprenden diversos niveles de valoración jurídico-penal, los cuales constituyen la estructura del delito. (pág. 35)

Al respecto, Mezger (2010) declara que *“la afirmación de que un sujeto es responsable de un delito no debe ser producto de una intuición, sino de un análisis que*

permite comprobar cada uno de los niveles correspondientes al concepto de delito.” (pág. 153)

De esta manera, continúa exponiendo Tarrío (2008) que para que una acción humana pueda ser considerada delito *“debe transponer todos los niveles de la estructura delictual, a saber: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad”*. (pág. 35)

Definiremos a grandes rasgos cada uno de estos niveles:

a) Tipicidad:

Bacigalupo (1996) explica:

Una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal ⁴. (Pág. 80).

En otras palabras, explica Zaffaroni (2007) que *“tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal”*

En relación, Tarrío (2008) manifiesta que en la tipicidad *“se describen los elementos que un hecho o comportamiento debe realizar para considerarse prohibido y, consecuentemente, típicamente adecuado.”* En idéntico sentido, Creus (2010) ratifica que *“la tipicidad es la característica del hecho ilícito que en un caso concreto lo hace adecuado al tipo.”*

Las prescripciones referidas a normas de comportamiento, prohibiciones y mandatos que ponen límite a la libertad de los individuos se encuentran determinadas en el Código Penal de la Nación Argentina, más específicamente en el Libro Segundo denominado “De los delitos” y en las leyes penales especiales. Tarrío (2008) declara

⁴ ⁴ En general, “tipo” es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El “tipo penal” es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma. El tipo penal en sentido estricto es la *descripción de la conducta prohibida por una norma*. “Privar de la vida a otro” (Código Penal mexicano, art. 392), o “matar a otro” (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal español, art. 407), son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe “no matarás”. Realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma. (Bacigalupo, 1996, pág. 80)

que “*esas prohibiciones y mandatos se describen en los códigos penales de manera indirecta, mediante la especificación de la acción que los transgrede*” (pág. 36) y cita a modo de ejemplo que la norma “no matarás” se transmuta en “el que mate a otro sufrirá tal punición”.

Lascano (2005) por su parte, enseña que “*la tipicidad es el resultado de un juicio u operación mental llevada a cabo por el intérprete o el juez, que permite determinar que la conducta objeto de examen coincide con la descripción abstracta contenida en la ley penal*” y agrega que “*si realizado dicho procedimiento surge que el resultado es negativo porque el comportamiento en cuestión no se adecua al respectivo tipo delictivo, se dirá que estamos en presencia de la atipicidad.*” (pág. 261-262)

Ahora bien, la tipicidad no solamente define la acción, sino como bien afirma Beling (2007) “*cualifica también las otras características de la acción punible: la antijuridicidad y culpabilidad, relación que se debe poner de manifiesto al definir el delito*”.

Por ello, podemos concluir que la tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar individualizada como prohibida por un tipo penal.

b) Antijuridicidad:

El segundo nivel de la estructura del delito es la antijuridicidad. Aquí se analizan los presupuestos de la exclusión de lo ilícito, por medio de las llamadas “causas de justificación”⁵.

En torno a ello, Bacigalupo (1996) manifiesta que:

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un *permiso* del orden jurídico para obrar como obró.

⁵ Causas de justificación: son permisos para realizar en determinadas situaciones, un tipo legal, una conducta típica. Por ejemplo: cumplimiento de un deber, legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo; estado de necesidad, legítima defensa, consentimiento de la víctima, etc. El efecto de la concurrencia de alguna de estas causas de justificación, es que hace al hecho “no punible”, excluyendo la responsabilidad.

Y agrega:

La antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica. Matar a otro es una acción típica porque lesiona la norma que dice "no debes matar"; esta misma acción típica será antijurídica si no ha sido realizada al amparo de una causa de justificación (por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad, etc.). La antijuricidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no. Por lo tanto, *no hay grados de antijuricidad*: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. (pág. 88)

Por su parte, Tarrío (2008) explica que:

Si bien a primera vista podría resultar difícil de concebir que al examinar la antijuricidad tratemos el tema de su eliminación, debe tenerse conciencia de que ya en la tipicidad, donde se abarcan todas las circunstancias fundamentadoras de lo ilícito, se trata la antijuricidad, es decir, aquellos elementos que caracterizan un comportamiento como contrario a una norma penalmente protegida (antijurídica), mientras que no exista un permiso especial (causas de justificación), y éste será el campo específico de la antijuricidad. (pág. 36)

Esto significa que una acción típica será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación.

Fontan Balestra (1998), indica que la antijuricidad es *“formalmente la contrariedad al Derecho. Pero lo que al jurista interesa conocer es el contenido, la materialidad de ese conflicto entre el hecho y el Derecho”* (pág. 254)

Es decir que, una acción típica será considerada antijurídica cuando sea contraria al Derecho en su totalidad, de manera que hay una relación de contradicción, entre acción y derecho, pero tal presunción se excluye si existe una causa de justificación de dicha conducta típica.

Tarrío concluye que, cuando en el análisis de los niveles de la estructura delictual se ha verificado, por un lado, la existencia de un comportamiento adecuado típicamente y por otro, la inexistencia de causas que los justifiquen, entonces podemos decir que existe un “injusto penal”, el cual, por sí solo no justifica la aplicación de un correctivo penal. (Tarrío, 2008, pág. 36)

c) **Culpabilidad:**

El análisis de los niveles de la estructura del delito continúa con el llamado “reproche personal”, esto es la responsabilidad del autor. Este nivel -como explica Tarrío- donde se decide sobre la existencia de otros supuestos o elementos, se conoce como culpabilidad. (Tarrío, 2008, pág. 37)

Bacigalupo (1996), explica que *“la comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que el autor haya obrado culpablemente”*. Y adiciona que, *“la culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma”*. (pág. 147)

Entonces, la culpabilidad es el reproche que se le hace al autor de un “injusto penal”, por haber tenido la oportunidad de actuar conforme a derecho, habiendo optado por hacerlo de otro modo.

Tarrío (2008) afirma que en este nivel, *“se explora la posibilidad del autor de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo con ella, esto es, la posibilidad de una decisión responsable”* (pág. 37) y que deben comprobarse tres requisitos:

- 1) El autor debe haber sido capaz, en el momento del hecho, de comprender la antijuricidad de su comportamiento y de regirlo por las normas jurídicas, lo que puede ser excluido por enfermedad mental, estado de ebriedad patológico, minoridad, etc. (capacidad de culpabilidad).
- 2) En el momento del hecho, debe haber conocido realmente la ilicitud o haber tenido la posibilidad de conocerla (conocimiento de la prohibición).
- 3) El hecho no debe haber sido cometido bajo circunstancias que adquieran carácter disculpante (exigibilidad del comportamiento adecuado al Derecho).

De esta manera, aporta Bacigalupo que *“la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito.”* (Bacigalupo, 1996, pág. 149)

d) Punibilidad:

Ahora bien, la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, tampoco justifica por sí sola la imposición de una sanción, declara Tarrío, quien añade que *“hay comportamientos en los cuales la necesidad de la intervención penal estatal tiene fundamento en razones que van más allá del injusto penal y de la culpabilidad, debiendo analizarse en el nivel de punibilidad”*. (Tarrío, 2008, pág. 37)

La punibilidad es la situación en la que se encuentra quien se hace acreedor a un castigo por haber cometido una infracción delictiva. Sin embargo, hay circunstancias en que, aun existiendo la infracción penal y su autor, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.

El presupuesto principal para la pena será entonces la existencia de la acción típica, antijurídica y culpable.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que configurará delito únicamente aquella acción humana que contenga los elementos descritos en una figura penal, que el Derecho -en su totalidad- no encuentre justificada, que haya sido cometida culpablemente y cuya necesidad de sanción aparezca ineludiblemente justificable por razones de política criminal.

CAPÍTULO II

EL CADÁVER: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

SUMARIO: I.- CADÁVER: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

I.- CADÁVER: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

I.A.- CONCEPTO

Antes de dilucidar en torno a la naturaleza jurídica del cadáver, es importante comenzar por entender qué es el cadáver. Una primera definición orientadora, inclusive desde el ámbito jurídico, acostumbra ser la definición lexicológica. Conforme surge del Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E.), un cadáver es un cuerpo muerto.

Sin embargo, es preciso advertir que en nuestra legislación no se encuentra contemplada la definición de cadáver.

En el campo etimológico, la palabra cadáver proviene del latín *cadavere*, en relación con el verbo *caedere*, “caer”, que significa “caído”, “mortal”.

El cadáver jurídicamente hablando “*es una nueva configuración, una inédita figura jurídica que sigue a la persona tras acaecida su muerte*”, explica Guzmán Lozano (2018) en su tesis llamada “ASPECTOS BIOÉTICOS Y JURÍDICOS DEL MANEJO DEL CADÁVER - “Un análisis del estatus mortem y su consonancia ética en la praxis”.

El autor, sostiene que:

El derecho históricamente ha encontrado dificultad para definirlo con claridad, quizás no en su definición lexical, como la que ofrece la R.A.E, sino desde su definición técnica (esencialmente jurídica). Como sea, el concepto inicial de cadáver como “cuerpo humano sin vida” impele conclusiones anticipadas; la primera, su materialidad; luego, su pertenencia de especie; y, finalmente, la ausencia de vitalidad. (Guzmán Lozano, 2018, pág. 10)

En su diccionario jurídico, Garrone (1989) ofrece la definición de cadáver como el cuerpo humano muerto. Esto significa que, al fallecer, el hombre se convierte en un objeto despojado de los atributos humanos, subsistiendo sólo una materia rígida e insensible, que se descompone hasta desaparecer.

Santos Cifuentes (1995), en cambio, desde una perspectiva más filosófica, considera al cadáver como producto de la desunión del cuerpo y espíritu, elementos de los que está compuesto el hombre. (pág. 403)

Mariana Mendoza Benza (2013), en su artículo “Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas” reflexiona que:

Mucho más significativa y cálida es la significación que socialmente se le atribuye al cuerpo inerte de una persona y los comportamientos que frente a éstos asumimos. La tradición del culto y respeto a los muertos se remonta desde los comienzos de la vida humana y revela otra de las diferencias que el ser humano tiene con los demás seres vivos.

I.B.- NATURALEZA JURÍDICA

Guzmán Lozano (2018) declara que se conoce como naturaleza jurídica a la categorización que el derecho asigna a determinada institución pasible de ser objeto del derecho mismo. (pág. 12)

Ahora bien, a lo largo de la historia, el debate sobre la naturaleza jurídica del cadáver ha sido una cuestión que resurge de manera intermitente, exigiendo ajustes en su definición.

Griselda S. Ostertag (2010), advierte en su tesis denominada “Inexistencia de legislación sobre poder de policía mortuoria en la provincia de La Pampa” que:

Conocer la naturaleza jurídica del cadáver es un tema primordial, ya que es a partir de ese discernimiento donde se pueden deducir cuáles son los derechos lícitos que se pueden ejercer sobre el cadáver, sus fundamentos, naturaleza y alcances de los mismos.

Benza (2013) adhiere en el hecho de que:

Históricamente ha existido una insalvable dicotomía jurídica que configura todo cuanto existe como persona o como cosa, por lo que la discusión temporalmente inicial en torno al tema del *status* jurídico del cadáver se avocó en hacer calzar en alguna de las categorías de sujeto u objeto de derecho, al cadáver.

Por su parte, Guzmán Lozano (2018), sostiene que:

Atribuir a los muertos uno u otro *status* conlleva a una u otra interpretación – jurídica y ética– de lo que es cierto, justo y admisible en cuanto a la

manipulación del cadáver –manipulación en un sentido no restringido a lo mecánico, sino a la variedad de actos posibles en y con la figura del fallecido.

El autor, continúa afirmando que *“esta discusión no ha sido pacífica y hasta hoy continúa dividiendo a los teóricos del Derecho Civil, quienes tradicionalmente se han posicionado entre dos teorías: la teoría de la semipersonalidad y la teoría de la res”*. (Guzmán Lozano, "La naturaleza jurídica del cadáver: Revisión y tendencia", 2018)

Es así que cabe distinguir entre dos grandes corrientes de opinión acerca de la naturaleza jurídica del cadáver: la teoría de la semipersonalidad y la teoría de la *res* o cosa.

1) El cadáver como sujeto de derecho: Teoría de la semipersonalidad o la personalidad residual:

Sobre ésta teoría se basa Demogue, quien sostenía y defendía que los muertos podían ser reputados semipersonas, fundando su argumento en la existencia de normas que protegían su memoria y que castigaban las profanaciones de sus despojos⁶.

Esta postura, según Ostertag (2010) es criticada *“ya que cae en una contradicción al hablar de semipersonalidad, no puede existir una categoría intermedia que acepte la existencia de personas a medias, ya que se es persona o no se es.”*

La crítica de Llambías (1975) desarticula la teoría de la semipersonalidad, pues reprocha, entre otras cosas, que la personalidad no es susceptible a gradaciones: *“Se es o no persona”*. (pág. 220)

La famosa crítica de Llambías, explica Guzmán Lozano (2018), *“tiene gran respaldo por parte de otros autores, quienes de una u otra forma convienen bajo la misma frase: “Se es o no se es persona” y añade que “resulta fácil adherirse a ese criterio, y sin agregado alguno, pues es simple, claro, efectivo y suficiente; más aun considerando que de fondo sopesa una fuerte consideración ética.”* (pág. 12)

Gierke y Kipp ⁷, sostienen la postura de que el cadáver es un resto de la personalidad, estando en este caso sujeto a la decisión de sus deudos, los cuales tienen

⁶ Demogue, R. (1909). *La notion de sujet de droit: “revue trimestrelle de Droit Civil”*. Paris, 631. Citado por Malacki, A. “El cadáver. Actos dispositivos”. En Rivera, Julio César. Derecho Civil: parte general. Temas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

el derecho de velar por el muerto. Esa personalidad residual es justamente lo que permite que sus parientes puedan disponer del cadáver para que el mismo tenga un entierro adecuado o el mejor destino que consideren.

Cifuentes (1974), igualmente crítico, considera que la muerte provoca el fin de la existencia de las personas, y por tal, no se podría hablar de un resto de la personalidad, pero sostiene asimismo que, cuando se protege la memoria y honor de los muertos, se lo hace teniendo en cuenta a los parientes vivos y al conjunto de la sociedad. De esta manera, interpreta la existencia de esta teoría como creadora de un derecho de la familia para disponer sobre el destino del cadáver, pues expresa que:

En el rigor lógico del razonamiento para mí no cabe duda de que, extinguiéndose la persona, es impropio hablar de un resto de la personalidad, como algunos autores afirmaron para oponerse a la teoría de la res. Piensan que dicha personalidad exige consideración después del deceso. Se crearía un derecho de familia para disponer del destino del cadáver, hacer un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de quienes no tiene derecho. (Cifuentes, 1974, pág. 406)

Malicki (1985), por su parte, juzga inadecuada esta teoría, basándose en las verdaderas razones por las que un cadáver es protegido y en las nociones de persona y derechos personalísimos:

En mi opinión la muerte pone fin a la existencia de las personas físicas, siendo impropio hablar de un resto o residuo de la personalidad, idea abstracta y jurídicamente irrelevante. Por lo demás, cuando se protege la memoria y honor de los muertos se lo hace en miras de los parientes vivos y de la sociedad toda, no en el respeto de una personalidad residual, en última instancia habrá un respeto póstumo a quien fue persona. En otro sentido estas ideas contrariarían la noción misma de persona y de los derechos personalísimos.

Guzmán Lozano enuncia al respecto que *“los autores afirman que tal protección post mortem es un desvío a la regla general de que la existencia acaba con*

⁷ La posición de Gierke es citada por Enneccercus, L.; Kipp, T.; Wolf, M. (1955). Tratado de Derecho Civil. T. I, 1ro. Barcelona. Bosch, 533, nota 8.) – La posición de Kipp es citada por Malacki, A. “El cadáver. Actos dispositivos”. En Rivera, Julio César. Derecho Civil: parte general. Temas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987

la muerte: “*mors omnia solvit*”⁸). (Guzmán Lozano, "La naturaleza jurídica del cadáver: Revisión y tendencia", 2018, pág. 3)

2) El cadáver como objeto de derecho: Teoría de la res o cosa:

En contraposición, se encuentra la teoría de la *res*, palabra en latín para el término “cosa”. En el sentido jurídico, referirse a “cosa” es referirse a “bien”.

Explica Benza (2013) que dicha teoría:

Equipara al cadáver como un objeto de derecho y discute, entre las diversas opiniones doctrinales sobre esta teoría, la posibilidad de que éste sea una cosa o bien material y si es que ésta es comerciable (*res intracommercium*) o, más bien, que se encuentre fuera del comercio (*res extra commercium*). (pág. 54)

Entonces, los autores que adhieren a ésta hipótesis sostienen que el cadáver es una cosa, pero la controversia gira en torno en si la misma resulta comerciable o bien está absolutamente fuera del comercio.

Espinoza Espinoza (2006), precisa que “*objeto de derecho es todo bien, material e inmaterial, sobre el cual recae el poder jurídico del sujeto de derecho*” y declara que:

El bien debe ser siempre identificable con la noción de objeto de derecho, y se caracteriza por ser cualquier entidad del mundo exterior –material o inmaterial– que tenga individualidad propia y sea susceptible de someterse al poder de los sujetos de derecho. (pág. 50)

Sobre este punto, Benza (2013) advierte que un importante sector de la doctrina argentina niega la posibilidad de que el cadáver sea cosa, debido a que la definición que se tenía sobre ésta en el artículo 2311 del Código Civil⁹ establecía que los objetos materiales son aquellos susceptibles de tener un valor, “*definición no posible de concordar con la de cadáver ya que no existe una valoración pecuniaria que a éste se le pueda atribuir*”. (pág. 54)

⁸ “*Mors omnia solvit*”: La muerte lo disuelve todo. La experiencia nos enseña la verdad de estas palabras. (Extraído de: <https://www.drleyes.com/diccionario-juridico-latin/mors-omnia-solvit>)

⁹ En concordancia con el actual artículo 16 del Código Civil y Comercial vigente (Ley 26.994) que establece que: Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas.

Cifuentes (1974), sitúa al cadáver como bien material fuera del comercio, aunque eventualmente, admite la posibilidad de que sea objeto de relaciones jurídicas determinadas para cuestiones de investigación o enseñanza, por voluntad del difunto o disposición de la autoridad pública, por ejemplo, como explica Malicki: “*si se dispone por testamento que el cuerpo sea destinado a un instituto para investigación o para trasplantes (una clara función humanitaria) entonces el cadáver sí podría ser considerado como una cosa susceptible de valor.*” (Malicki, 1985, págs. 121-122)

Para Coviello (1965), el cadáver también es cosa en sentido jurídico y considera que el derecho de disponer de él, le corresponde al que algún día va a ser cadáver. Refuerza su posición: “*una vez producida la muerte la existencia sería impersonal pudiendo producir alguna utilidad industrial o científica que puede ser a título gratuito u oneroso*”.

No obstante, Benza (2013) dice que:

La mayoría de la doctrina internacional se hace ajena a este planteamiento y sí admite al cadáver como una cosa. Así lo vemos con Messineo quien sostiene que, sobre la base de los principios generales, se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte se ha dejado de ser persona y así el sujeto se transforma en objeto. Igualmente, De Cupis sostiene que así como es cosa la parte separada del cuerpo vivo, también lo es el cadáver puesto que la muerte produce una completa mudanza en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual no es más que un elemento de la persona. Con esta extinción, nos dice el autor, no subsisten los derechos. Leonfanti le agrega al cadáver una significación especial al considerarlo como una cosa *sui generis*¹⁰ a la que se debe respeto y la correspondiente sepultura.

Al respecto, coincidimos con Espinoza Espinoza (2006) cuando afirma que:

La persona es un centro de imputación de derechos y obligaciones, en otras palabras, es un sujeto de derecho. El ser humano, durante su vida, es relación coexistencial con otros seres humanos, pero cuando esta relación se termina, culmina su finalidad como ente viviente (ser existencia y coexistencia a la vez), deja de ser sujeto de derecho para convertirse en un objeto de derecho *sui generis*, digno de ser protegido. La calidad *sui generis* que se le atribuye al cadáver se debe a la distinción que tiene éste, como objeto, con los demás

¹⁰ *Sui generis*” (de su propio género): Calificación de una situación jurídica cuya naturaleza singular impide clasificarla en una categoría ya conocida.

objetos de derecho. Esto es así en vista de que el cadáver fue parte de la unidad psicosomática que es el hombre, característica que sólo el cadáver y ningún otro objeto de derecho, puede poseer.

“Es debido a esta calidad distintiva que el autor reconoce que el cadáver constituye como objeto, un bien, pero uno jurídicamente protegido.” (Benza, 2013)

Luego de aceptar al cadáver como cosa de derecho, la disputa gira en torno a la comerciabilidad del mismo.

De esta manera, López y López (1969), asume la comercialidad del cadáver, pero lo particulariza como una cosa mueble de naturaleza especial, en el que las razones de moral social son las que influirán en la especialidad del tratamiento jurídico. (pág. 152)

Coincidiendo al respecto De Castro, quien sostiene que con la muerte, el cuerpo de la persona ha devenido en la especial cosa mueble y que merece un trato más digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales ¹¹.

Como vemos, señala Benza:

La opinión dominante acepta que el cadáver es cosa pero no comerciable, aunque admite la posibilidad de disponer del cadáver a título gratuito para fines humanitarios. Una opinión minoritaria es aquella que prohíbe substancialmente la comercialidad del cuerpo inerte de la persona, ya sea a título gratuito u oneroso. También notamos la inclusión de la noción de dignidad al cadáver, la cual merece por ser una cosa especial. (Benza, 2013, pág. 55)

Además, concluye en que:

Es indudable entonces que el cadáver no es considerado por nuestro ordenamiento como un sujeto de derecho al cual es posible imputar deberes y derechos. Más bien, como cosa, el cadáver es un bien sobre el cual se puede desplegar el poder jurídico de un sujeto de derecho. Todo poder, sin embargo, requiere de límites en su ejercicio para ser legítimo, y más aun tomando en consideración la valoración social especial que denota el cadáver, lo que genera que éste requiera de una protección también especial.

¹¹ Citado por Bertoldi De Fourcade, María Virginia 1983 - “Trasplante con órganos de cadáveres”. En BORGOGGIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa. Trasplantes de órganos (entre personas con órganos de cadáveres). Buenos Aires: Hammurabi.

A entender de este trabajo, la ficción jurídica que considera al cadáver como cosa *sui generis* es la premisa que mejor armoniza, contiene y ordena a la lógica jurídica.

Catalogar al cadáver como cosa especial no halla contradicción entre “ser y no ser a la vez”, pues atribuirle al cadáver la naturaleza jurídica de cosa *sui generis* resulta menos ambiguo que las teorías predecesoras.

Entonces, podemos concluir al respecto que, con la muerte el hombre deja de ser sujeto de derecho para convertirse en objeto de derecho, adquiriendo el cadáver carácter de “cosa especial” – único en su género y no comparable con ningún otro elemento existente –, el cual debe ser jurídicamente protegido de todo acto que pretenda deshonrarlo.

CAPÍTULO III

SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES

SUMARIO: **I.-** CASO “LOS CABALLEROS DE LA NOCHE”: LA HISTORIA DE LOS PRIMEROS SECUESTRADORES DE CADÁVERES DE LA ARGENTINA - **II.-** INCORPORACIÓN DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO- **III.-** ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO VIGENTE: ANÁLISIS DE LA NORMA - **IV.-** LA SUSTRACCIÓN Y PROFANACIÓN DE UN CADÁVER, SUS RESTOS O SUS CENIZAS COMO CONTRAVENCIÓN

I.- CASO “LOS CABALLEROS DE LA NOCHE”: LA HISTORIA DE LOS PRIMEROS SECUESTRADORES DE CADÁVERES DE LA ARGENTINA

La noche del 24 de agosto del año 1881, poco después de la capitalización de Buenos Aires – explica Donna, un grupo de maleantes, asociados bajo el nombre “Los Caballeros de la Noche”, en el silencio de la noche, sustrajeron de una bóveda en el cementerio de la Recoleta el cadáver de la señora Inés Indarte de Dorrego, dama acaudalada, fallecida pocos días antes. (Donna, 2007, págs. 301-302)

Una vez cometido el hecho, los autores del mismo, se dirigieron mediante misiva a las hijas de la extinta, exigiendo en la misma el pago de un rescate de dos millones de pesos para la devolución del cadáver sustraído, bajo amenaza de que, de no consentir a su pedido, los despojos serían profanados, reducidos a cenizas y esparcidas éstas al viento:

"...Los restos mortales de su finada señora madre, doña Inés de Dorrego, que reposaban desde poco tiempo atrás en la bóveda de familia de los de Dorrego, han sido sacados por nosotros mismos (...) Al mismo tiempo añadiremos que estos restos están rodeados de respeto y volverán intactos al lugar de donde han sido sacados, pero es bajo una condición, si ustedes quieren ser condescendientes con nosotros...", decía la misiva que la sociedad formada por Alfonso Kerchowen de Peñarada, Francisco Moris, Vicente Mora o Morate y Daniel Expósito y Pablo Miguel Ángel le enviaron a Felisa Dorrego de Miró.

Acto seguido, la familia decidió informar a la policía sobre el hecho, quienes se apersonaron a las autoridades del cementerio y, luego de una pesquisa ocular, constataron que el féretro había sido extraído del mausoleo de los Dorrego y trasladado a la bóveda de Don Francisco Requijo.

Inmediatamente, los investigadores decidieron continuar con el operativo de pago, para lograr dar con los autores del hecho. La policía siguió a la persona encargada de retirar la ánfora -que en realidad contenía papel de diario y no el dinero acordado- y, tras una persecución, los denominados Caballeros de la Noche fueron capturados.

Lo curioso de este caso fue que, hasta ese momento, el Código Penal no contemplaba ninguna figura penal que abarcara el hecho en cuestión como delito, de

modo que un acto como este no podía ser castigado de manera alguna, de hecho, no existía un Código Penal aplicable a todo el territorio nacional.

La acusación se basó en el derecho comparado. El Fiscal de primera instancia, juzgando fervorosamente que un acto tan abominable debía recibir un duro castigo, intentó recurrir a la antigua legislación (Leyes de Partidas¹²) y a los principios de los Códigos modernos (como los códigos español, francés y napolitano) para fundamentar su acusación, permitiéndole encuadrar el hecho - de acuerdo con la fuente citada -, en diversos delitos, como la violación de un establecimiento público, violación de sepulcro, profanación de cadáver, etc.

La defensa, por su parte, basó su argumento en la inaplicabilidad de las leyes referidas y en la falta de previsiones legales, pues el defensor sostenía que no existía disposición legal atinente para el hecho en cuestión, y que la Ley Fundamental establecía en su artículo 18 que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso", por lo que condenarlos implicaría una violación a una garantía constitucional.

Si bien en primera instancia, los autores del hecho fueron condenados por robo a la pena de seis años de prisión, la sentencia fue apelada. El fallo de la Cámara de Apelaciones declaró compurgada la pena, comprendiendo que la ley vigente en ese momento, no contemplaba el hecho perpetrado por los Caballeros de la Noche como un delito.

Donna (2007), declara al respecto que:

Solo fueron condenados por los delitos de amenazas y coacciones, pero no por el delito de robo, tal como lo había calificado el juez Aguirre – de un mal que constituía delito -, dándoseles por purgada la pena con el tiempo sufrido en prisión preventiva, y recuperaron su libertad en poco tiempo. La Cámara de Apelaciones dictaminó que los delincuentes sólo podían estar incurso en el delito de “Amenazas por Escrito” sin otras consecuencias, previsto en el Artículo 296 del Código Penal vigente a ese momento, con pena de un mes de

¹² Las Siete Partidas fueron un cuerpo de leyes redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X el Sabio con el objetivo de conseguir la uniformidad jurídica del reino en el siglo XIII. Pero no sólo fue un compendio de leyes, también se citaban obras literarias, científicas o filosóficas y abarcaba todos los ámbitos de la sociedad: la Primera se ocupaba del derecho canónico, la Segunda del derecho político, la Tercera del derecho procesal, la Cuarta, Quinta y Sexta del derecho privado y la Séptima del derecho penal.

prisión. Sin embargo y dado el tiempo transcurrido de detención hasta el juicio (cumplido en exceso); los delincuentes quedaron en libertad... con gran escándalo para la época.

II.- INCORPORACIÓN DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El caso precedente dio lugar a la incorporación del delito de sustracción de cadáveres en el Código Penal.

Analizaremos a continuación como se fue modificando la norma a través de los distintos proyectos de reformas:

II.A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

II.A.1) El Proyecto Tejedor De 1886:

El primer proyecto de Código redactado por Tejedor publicado en 1868 ¹³, en su art. 5° (Parte II, Libro II, Título IV) incluía el atentado a un cadáver como un delito contra la religión. Dicha norma establecía que: *“El que exhume cadáveres para mutilarlos o profanarlos de cualquier otra manera, sufrirá prisión de un año si llega a consumir la mutilación o profanación, y si no arresto de tres meses. Si la exhumación se verifica con cualquier otro fin, sin licencia de la autoridad, se impondrá de quince días a tres meses de arresto”*. La disposición, explica Santos Giordano (2014), finalmente fue suprimida al adoptarse el proyecto como Código para la Provincia de Buenos Aires (ley provincial 1140) y la Capital (leyes nacionales 1144 y 1920).

¹³ **El Proyecto de Carlos Tejedor:** Primer intento de codificación penal general, fue redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional (05-12-1864), por Carlos Tejedor, profesor de la Universidad de Buenos Aires. En las disposiciones generales de su Parte General, el Proyecto sigue, en gran medida al Código Penal de Baviera de 1813, obra de Paul Johann Anselm Von Feuerbach. En menor medida recibió el aporte de la doctrina española a través de Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del Código español de 1848/50 y de la doctrina francesa a través de Chauveau. En la Parte segunda, predominan como fuentes inmediatas el código peruano de 1862 y el español antes mencionado. El Proyecto Tejedor, no fue sancionado como código nacional, pero en virtud de la autorización concedida por el art. 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como código penal por once provincias, con algunas modificaciones hechas en la de Buenos Aires. Representa, a través del código de 1886, un importante precedente de muchas disposiciones del código vigente.

II.A.2) El Proyecto Sisto-Ugarriza-García de 1881 ¹⁴:

Este proyecto, fue presentado en el año 1881 al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, nombrados para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor. En el mismo, se propuso para el Libro II denominado “Los delitos y sus penas” en su Título I “Delitos contra el orden público”, capítulo V “Infracción de las disposiciones sobre inhumaciones y exhumaciones y violación de sepulturas” el artículo 132, el cual expresaba que: *“El que violare los sepulcros o sepulturas, practicando cualquier acto que tienda a faltar el respeto debido a la memoria de los muertos, será castigado con prisión menor”*.

II.A.3) La sanción del Código Penal de 1886 (Ley 1920¹⁵)

Así las cosas, al sancionarse en 1886 el Código Penal sobre la base del proyecto de Tejedor (Ley 1920), el cual entró en vigencia el 1 de febrero de 1887; con motivo del revuelo que causó en la opinión pública el hecho perpetrado por los “Caballeros de la Noche” y en el afán de evitar la impunidad de casos de tal magnitud, se tipificó en el artículo 195 la sustracción de cadáver a cambio de una suma de dinero como delito contra la propiedad, en el capítulo correspondiente a robos y hurtos, distinguiéndose el supuesto de quien consigue su propósito, sería pasible de una pena mayor.

Expresa Marín (2008) que:

La exposición de motivos de 1891 decía: “el art. 206 prevé el caso del art. 195 del código penal, que en la reforma del proyecto del Dr. Tejedor se incluyó para evitar la impunidad en la repetición de un hecho análogo al que ejecutó en Buenos Aires la banda llamada “Los caballeros de la noche.” (pág. 445-446)

¹⁴ **El proyecto de 1881:** En el Proyecto de 1881 (03-01-1880), redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, encargados de examinar el Proyecto Tejedor por el Poder Ejecutivo Nacional, predomina la influencia del Código español de 1870. Córdoba lo adoptó como Código Penal, con algunas modificaciones (14-08-1882). Presentado este proyecto a la Cámara de Diputados (11-05-1881) no fue aceptado.

¹⁵ **Ley 1920:** del 7 de diciembre de 1886, declara ley en la República Argentina, desde el 1° de marzo de 1887, el Proyecto de Código Penal redactado por el Dr. Carlos Tejedor.

II.A.4) El Proyecto Peco de 1941¹⁶:

Procuraba sancionar - en su artículo 277 (Capítulo II, “Delitos contra el sentimiento de respeto a los muertos”, del Título IV “Delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos”) -, con privación de la libertad de uno a cinco años al que destruyere, suprimiere o sustrajere un cadáver o parte de mismo, o sustrajere o esparciere sus cenizas como delitos contra el sentimiento de respeto a los muertos.

II.A.5) El Proyecto Soler de 1960¹⁷:

En el Capítulo III, “Turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos”, Título VII, “Delitos contra el ámbito de intimidad”, bajo la denominación “ofensa a la paz de los difuntos”, reprimía con prisión hasta tres años al que sustrajere u ocultare un cadáver o sus cenizas, explica Santos Giordano (2014) que “*no exigía ninguna finalidad específica*”.

II.A.6) El Proyecto Soler –Cabral- Aguirre Obarrio de 1979¹⁸:

En el art. 212, en el Capítulo III del Título IV, “Delitos contra el ámbito de la intimidad” disponía que “*se impondrá prisión hasta tres años: 1º) al que violare o vilipendiare el lugar donde reposa un muerto o sus cenizas; 2º) al que profanare o ultrajare un cadáver o sus cenizas; 3º) al que sustrajere u ocultare un cadáver o sus cenizas; 4º) al que arbitrariamente mutilare o destruyere un cadáver o esparciere sus cenizas.*” (Giordano, 2014)

Santos Giordano (2014), afirma al respecto que “*si bien, en la enumeración completa de los antecedentes aparecen otros proyectos y leyes, destacamos estos, pues*

¹⁶ **El proyecto de 1941:** En 1941, José Peco, profesor de La Plata y diputado opositor, presentó a la Cámara que integraba, un proyecto que había elaborado sin comisión alguna y que definía como neopositivista, acompañado de una extensa y documentada exposición. (Zaffaroni, Slokar, & Alagia, Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 253)

¹⁷ **Proyecto de 1960:** En el año 1958 se designó a Sebastián Soler para redactar un nuevo proyecto, que fue elevado al Poder Ejecutivo en 1960. Ese mismo año fue puesto a consideración de una comisión que hizo algunas observaciones aceptadas por el autor y, con las mismas, fue remitido al Congreso. Producida la disolución de las Cámaras en 1962, quedó sin tratar. Prácticamente era igual al que el autor había elaborado para Guatemala unos años antes y que tampoco fue sancionado. (Zaffaroni, Slokar, & Alagia, Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 253)

¹⁸ **Proyecto de 1979:** En 1979 se conoció un proyecto de Código Penal elaborado por la comisión integrada por Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio, Luis C. Cabral y Luis M. Rizzi, que no innovaba respecto del proyecto de 1960. (Zaffaroni, Slokar, & Alagia, Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 255)

la sustracción de cadáveres no exigía finalidad específica alguna, tópico de fundamental importancia, cuando nos ocupemos del bien jurídico tutelado.”

III.- ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

VIGENTE: ANÁLISIS DE LA NORMA

El Código Penal de la Nación Argentina vigente (Ley 11.179), contempla en la actualidad la sustracción de cadáveres en el Título VI del Libro Segundo referido a los “Delitos contra la propiedad” como un tipo específico de extorsión, a través del artículo 171, que reza lo siguiente: **"Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución".**

La presente redacción del artículo mencionado, al agregar como elemento objetivo “hacerse pagar su devolución”, eliminó como bienes tutelados, todo sentimiento religioso, la memoria, y el respeto por los difuntos.

La sustracción de un cadáver, señala Núñez (1999) *“ha merecido distintas calificaciones en las legislaciones extranjeras, ya sea como delito contra la religión, contra la piedad de los difuntos, el sentimiento religioso, el reposo de los muertos, la libertad de cultos, etc.”*

A partir del Código de 1886 (Ley 1920), nuestros legisladores ubicaron este delito entre los lesionadores de la propiedad, pero mientras aquel código lo consideraba un robo, el Proyecto de 1891 lo ubicó entre las extorsiones, porque la intención del agente no se dirige a hacerse dueño del cadáver, sino a servirse de la ocultación o sustracción como medio para ejercer una violencia moral para ejecutar un delito contra la propiedad. (Núñez, Manual de Derecho Penal, 1999, págs. 221-222)

Este delito se denomina en la actualidad sustracción extorsiva de cadáveres y, conforme declaran D’Alessio y Divito (2004):

Ha sido colocado entre las extorsiones, por entenderse que la intención del sujeto no se dirige a hacerse dueño del cadáver, sino a utilizar su sustracción como medio para ejercer una violencia moral para ejecutar un delito contra la propiedad. (Criterio rector en el proyecto del Código Penal de 1891, modificando la ubicación que tenía este delito dentro de los robos.)

Creus y Boumpadre (2013) aseveran que se trata de una extorsión en la que la exigencia pesa sobre el sujeto pasivo por el valor afectivo que el objeto sustraído puede tener para él o para terceros. (pág. 506)

En idéntico sentido, Núñez (1999) dice que *“es una extorsión que se basa, principalmente, en el valor afectivo que el sujeto pasivo tiene con respecto al objeto sustraído; en el sentimiento de respeto y afecto que todos tenemos hacia los restos de los que fueron seres queridos.”*

III.A.- ESTRUCTURA TÍPICA

1) TIPO OBJETIVO:

- **Sujeto activo:** cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, por lo que se lo denomina *delicta comunia*.
- **Sujeto pasivo:** será a quien se lo competa a pagar por la devolución, pudiendo también ser cualquier persona.
- **Acción típica:** la acción típica en esta figura es la de sustraer, lo que implica quitar el cadáver del lugar donde se encontraba. No se requiere aquí que el agente guarde el cadáver para su posterior devolución, e incluso se acepta que el sujeto activo se haya deshecho del mismo, siempre que se mantenga la finalidad requerida por el tipo penal. (Creus, Derecho Penal, Parte Especial, 1997, pág. 460)

Materialmente, la acción consiste en sustraer un cadáver, pero debe ir acompañado de un fin específico: el propósito de hacerse pagar su devolución (dolo específico); si la sustracción tiene otro fin no encuadra en la figura (por ejemplo: sustraer el cadáver para hacer un experimento o una investigación). (D'Alessio & Divito, 2004)

En este punto, Núñez (1999) manifiesta que la sustracción es una acción instantánea, la cual se consuma cuando con el propósito de hacerse entregar dinero u otro valor económico por su devolución, el autor extrae el cadáver del lugar donde se encuentra, advirtiendo que otra finalidad distinta a la expresada en la ley no configura el delito. (pág. 222)

Por su parte, Fontan Balestra (2008) sostiene que el hecho tiene la naturaleza de la extorsión, *“porque usando como medio la sustracción de un cadáver, se obliga a otro a una disposición de carácter patrimonial”*. Asimismo, añade que:

El verbo con que se define la acción típica es sustraer. Esa conducta debe ir acompañada del propósito específico de obtener rescate, para hacerse para pagar su devolución, dice la ley. Así estructurada la figura, se trata de un delito instantáneo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en el rescate, el hecho no consiste en secuestrar o retener, sino en sustraer. Por esa misma razón, solo se requiere la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que su efectiva lesión por lograrse el fin propuesto modifique la adecuación típica. (pág. 530)

Creus y Boumpadre (2013), también asienten que la acción típica es la de sustraer, lo que supone quitar el cadáver del lugar en que se encuentra. Advierten que *“no es indispensable que el agente conserve el cadáver de modo que pueda devolverlo, igualmente incurre en el delito quien sustrajo el cadáver con la finalidad típica y se deshizo de él por cualquier motivo (por ejemplo: por las dificultades para guardarlo)”*. (pág. 507)

- **Objeto del delito:** el objeto de la sustracción debe ser un cadáver, esto es, un cuerpo muerto. Ésta es la interpretación exacta, ya que la insuficiencia del tipo penal no permite hacer ninguna clase de analogía.

Si bien, como explica Donna (2007) la ley no distingue entre cadáver humano y animal, *“los antecedentes antes relatados llevan a la conclusión de que se trata de un cadáver humano”*.

Núñez (1999) sostiene que el objeto de la sustracción es el cadáver de una persona y que no constituye objeto del delito el feto que no ha alcanzado la forma humana. Debe ser cadáver no comercializado y, por consiguiente, no despojado del valor afectivo que frente a los deudos le da fuerza a la exigencia del autor. (pág. 311)

Creus (1997), por su parte, manifiesta que:

Se ha discutido si debe considerarse cadáver, a los efectos de esta figura, un cráneo u otra parte del cuerpo. Una parte de la doctrina ha respondido afirmativamente a la pregunta, pues, al basarse la extorsión en el valor afectivo que el sujeto pasivo le otorga a los restos de esa persona, puede tipificar esta

figura quien sustrae el cadáver parcialmente o en su totalidad, inclusive si se trata de cenizas. (pág. 489)

Asimismo, adiciona que:

La doctrina no considera cadáver, en el sentido de este tipo penal, a aquellos que sean una cosa entrada en el comercio, pues en tal caso el cadáver no representa para el que lo tiene el valor afectivo que supone la extorsión de que se trata (los cadáveres que se encuentran en esa situación son cosas susceptibles de ser hurtadas, robadas o defraudadas) (Creus, 1997, pág. 487)

Boumpadre (2013), sostiene en idéntico sentido que el objeto de la sustracción tiene que ser un cadáver, es decir, *“los restos de lo que fue una persona que vivió”*. Refiere además que *“no se discute que son objeto del delito las cenizas de quien ha vivido, pues el ataque al bien jurídico en ese caso asume las mismas modalidades que si se tratase de un cadáver con otra consistencia”* y agrega que:

Aun siendo cadáver, no constituyen objeto típico los restos que se han convertido en una cosa que está en el comercio (por ejemplo: una momia egipcia, una pieza de estudio anatómico) que carecen de valor afectivo, núcleo de la exigencia extorsiva; sobre esos objetos pueden cometerse otros delitos contra la propiedad (hurtos, robos, defraudaciones). En estos casos, el cadáver es *res commercium* y puede, por ende, ser susceptible de hurto o defraudación, pero no de esta clase de extorsión.

Entonces, y en concordancia con algunos de los autores, el objeto de la sustracción debe ser un cadáver humano, haciéndose extensivo también a sus restos y sus cenizas.

2) **TIPO SUBJETIVO:**

La acción debe ir acompañada de un elemento subjetivo. En este tipo penal se requiere el conocimiento de que se sustrae un cadáver y la voluntad de sustracción.

En esta figura, como en la de secuestro extorsivo, se requiere una finalidad ulterior que es la de pedir un pago por la devolución del cadáver. (D'Alessio & Divito, 2004)

Creus y Boumpadre (2013), entienden que la sustracción hay que realizarla para hacerse pagar la devolución del cadáver y que la realizada con otra finalidad (por ejemplo ultrajes, finalidades científicas) no es típica según el art. 171. Tampoco es

típica para estos autores - sin perjuicio de la existencia de otro delito -, la acción de quien, habiendo sustraído el cadáver con una finalidad distinta, cumplida o no ella, requiera un precio para devolverlo; el elemento subjetivo mencionado debe estar presente en la acción misma.

Donna (2007), refiere que se trata de un delito doloso “*pues la sustracción del cadáver se realiza para hacerse pagar el rescate*” y en caso de quien sustrae el cadáver sin una finalidad determinada o distinta (por ejemplo la necrofilia) no se configura el tipo penal.

3) CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:

Para algunos autores, este tipo de extorsión se consuma con la sustracción del cadáver con la intención de hacerse pagar para su devolución, mientras que, para otros, no puede considerarse consumado el delito hasta que esa intención de pedir rescate se manifieste de algún modo, pues como ya vimos, es posible sustraer un cadáver con otra finalidad.

Creus (1997) entiende que el hecho se consuma con la mera sustracción del cadáver, y que habrá tentativa cuando de los actos ejecutivos no hayan llegado a quitar el cadáver del lugar donde se encontraba. (pág. 461)

Soler (1970) interpreta que además “*deben existir hechos que revelen el propósito de hacerse pagar la devolución. Se trata de un delito instantáneo, pues la ley no se refiere a la retención del cadáver, sino a la sustracción, y esta se consuma en un momento.*”

Para Donna (2007), se trata de un delito instantáneo, “*pues la ley no se refiere, como en el artículo 170¹⁹, a la retención del cadáver sino al acto de la sustracción, que se consuma en un momento, aunque la retención del cadáver constituya un efecto permanente del delito ya consumado*”.

En palabras de Fontan Balestra (2008):

El hecho está consumado cuando, al ser sustraído el cadáver, existen actos reveladores del propósito de hacerse pagar su devolución. En estas figuras, el

¹⁹ **Artículo 170 C.P.:** - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

elemento subjetivo específico trasciende a la antijurídica del hecho. Por eso la ausencia del móvil no solo excluye la culpabilidad, sino también el delito por ausencia de tipo. Tanto es esto así, que el cadáver puede haber sido sustraído con otro propósito, y el hecho carecerá de significación penal y que la sustracción del cadáver de un desconocido tornaría imposible la exigencia extorsiva. (pág. 529-530)

Por su parte, Creus Y Boumpadre (2013) entienden que el hecho se consuma con la sustracción del cadáver, pero no consideran como requisito de la tipicidad que se haya manifestado de alguna forma el propósito de hacerse pagar por la devolución del cadáver.

IV.- LA SUSTRACCIÓN Y PROFANACIÓN DE UN CADÁVER, SUS RESTOS O SUS CENIZAS COMO CONTRAVENCIÓN

IV.A.- Diferencia entre delito y contravención:

Habiendo esbozado la definición de delito en el capítulo primero, resulta pertinente en este punto, establecer las diferencias respecto de la contravención.

Un primer acercamiento indica a los delitos como infracciones de relativa gravedad y a las contravenciones como conductas que implican una violación de menor cuantía. (Bouchoux, 2019)

En este sentido, se entiende por contravención o falta, todo hecho que, sin revertir la gravedad de un delito, importe una alteración al orden público, de la moral y buenas costumbres o un atentado a la seguridad de las personas o de los bienes y las infracciones a los Edictos policiales, Leyes y Decretos provinciales y nacionales y asimismo las Ordenanzas y disposiciones Municipales.

En la materia que nos ocupa, una falta o contravención, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

Las faltas cumplen con todos los mismos requisitos que un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), la única diferencia es que la propia ley decide tipificarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad.

Las penas que prevé el Código Contravencional de la Provincia de Buenos Aires (Decreto Ley 8031/73) en caso de cometerse una contravención son: multa, arresto, comiso, clausura e inhabilitación. (art.5).

Mientras que el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma De Buenos Aires (Ley N° 1.472), distingue las sanciones en principales (art. 22): trabajo de utilidad pública, multa o arresto, y en accesorias (art. 23): clausura, inhabilitación, comiso, prohibición de concurrencia, reparación del daño, interdicción de cercanía e instrucciones especiales.

“Como aclara el constitucionalista Luis Lozano (1998), el Código Penal tiene la aprobación del Congreso Nacional, por eso "protege bienes que están reconocidos de manera uniforme en todo el país", mientras que los códigos de faltas o contravencionales son provinciales o municipales”.

IV.B. Normativa vigente:

En la actualidad, advertimos que la sustracción y profanación de un cadáver, sus restos o sus cenizas se encuentra previsto como contravención por los Códigos Contravencionales de la Provincia de Buenos Aires y por el de Ciudad Autónoma De Buenos Aires. Esto significa que en caso de que no se configure el tipo penal previsto en el artículo 171 antes analizado, el caso deberá ser abordado sólo como una contravención.

IV.B.1.-Código contravencional de la Provincia de Buenos Aires (Decreto Ley 8031/73)

Conforme el artículo 64 (modificado por el Decreto Ley 9321/79) (Título II “De las faltas”, Capítulo II “Contra el patrimonio”) dispone que:

“Será sancionado con multa entre el cincuenta (50) y el cien (100) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y arresto de hasta noventa (90) días”:

- a.- El que sustrajere un cadáver o sus cenizas.
- b.- El que mutilare o destruyere un cadáver sin la correspondiente autorización.
- c.- El que profanare un cadáver.

IV.B.2.- Código contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 1.472)

Asimismo, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 1.471), mediante el artículo 67 (Libro II, Título I “Protección integral de las personas”, Capítulo IV “Derechos personalísimos) prescribe que:

“Quien inhuma o exhuma clandestinamente o profana un cadáver humano, viola un sepulcro o sustrae y dispersa restos o cenizas humanos se sanciona con cuatrocientos (\$ 400) a cuatro mil (\$ 4.000) pesos de multa o dos (2) a diez (10) días de arresto”.

Por último, resulta dable puntualizar, que el fin tuitivo que inspira a las normas proyectadas, la entidad del bien jurídico protegido y el disvalor de estos hechos aberrantes que los tornan pasibles de reproche penal, encuentran absolutamente insuficientes a las normas contravencionales que puedan dictar las jurisdicciones locales por más loables que sean los fines perseguidos.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

SUMARIO: I.- CONCLUSIÓN – II.- PROPUESTA

I.- CONCLUSIÓN

Luego de dar por finalizado el presente trabajo de investigación, nos permite concluir lo siguiente:

El respeto por los que partieron es parte de un patrimonio imperceptible, fraguado en el tiempo y que trasciende las más variadas culturas.

No obstante, en una modernidad que padece de una profunda crisis de valores, y ante la presencia de hechos reprochables ejercidos sobre los cadáveres, es tarea del Derecho reformular la tipificación de este tipo de actos.

Al contrario de otras legislaciones, al abordar nuestra ley penal, observamos que la sustracción de cadáver como una forma de extorsión especializada por el medio coactivo, exige un elemento subjetivo, es decir, la finalidad de hacerse pagar por su devolución.

El vacío normativo reside entonces en que la acción realizada sin una finalidad determinada o con una finalidad distinta a la requerida por la ley no configura delito.

Es por eso, que la falta de respeto objetivo, debe enlazarse al valor que la sociedad le confiere a un cadáver, adquiriendo así un marcado elemento objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación.

La reforma al Código Penal es una oportunidad para que nuestros extintos puedan ser resguardados legalmente ante los actos de profanación a los que se encuentran expuestos desde siempre.

En tal sentido, proponemos reformular la acción delictiva y tipificarla incorporando aquellas conductas que atenten contra el debido respeto a la memoria del difunto.

II.- PROPUESTA

En consonancia con lo expuesto y siguiendo la última propuesta de proyecto de ley de modificación del Código Penal, presentada en Cámara de Diputados en fecha 10 de marzo de 2020 ²⁰, se propone la incorporación del delito de profanación de cadáver, incorporándose al Título II “Delitos contra el honor” del Libro Segundo del Código Penal los siguientes artículos:

“Artículo 117 ter: Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años el que, faltando al debido respeto, honor y memoria de los difuntos, sustrajera, profanare, o ultrajare el cadáver de una persona, sus restos o sus cenizas.”

“Artículo 117 quater: La escala penal se elevará de dos (2) a seis (6) años cuando concurriera alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando el agente actuare con ánimo de lucro o de exigir un pago para la devolución del cadáver de una persona, sus restos o sus cenizas.
- b) Cuando el que participare en el hecho sea empleado de cementerios públicos o privados, o de cualquier otra entidad o agencia que preste servicios funerarios, de cremación o de traslado de restos fúnebres o de cenizas, o empleado con acceso autorizado a establecimientos habilitados para la guarda de cadáveres y restos humanos.
- c) Cuando se realizaren actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia.
- d) Cuando dichas acciones impidieren la identificación del cadáver, o se realizaren con el propósito de ocultar pruebas”.

²⁰ **PROYECTO DE LEY:** Expediente 0458-D-2020 **Sumario:** CÓDIGO PENAL- LEY 11179 - MODIFICACIONES SOBRE DELITO DE PROFANACIÓN DE CADÁVER. **Fecha:** 10/03/2020. Extraído de <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0458-D-2020>.

ANEXO I

ALGUNOS REFERENTES EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: **I.-** CÓDIGO PENAL DE URUGUAY - **II.-** CÓDIGO PENAL DE PERÚ - **III.-** CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA - **IV.-** CÓDIGO PENAL DE MÉXICO - **V.-** CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA - **VI.-** CÓDIGO PENAL DE FRANCIA

La figura del irrespeto o profanación de cadáveres tiene una amplia gama de antecedentes en la legislación comparada y se halla vigente - aunque con distintos alcances - en los códigos de Uruguay, Perú, Venezuela, México, España, Francia, entre otros, cuya regulación expondremos a continuación:

I.- CÓDIGO PENAL DE URUGUAY

El Código Penal Uruguayo, regula en su Capítulo V “De los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso” dentro del Título XI denominado “Delitos contra la libertad” lo siguiente:

- **Art. 307:** Vilipendio ²¹ de cadáveres o de sus cenizas: El que vilipendiare un cadáver, o sus cenizas, de cualquier manera, con palabras o con hechos, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Son circunstancias agravantes especiales de este delito, que el vilipendio se realice por exhumación, deformación, mutilación del cadáver, sustracción u ocultación del cadáver o de sus cenizas, y también por profanación sexual del cadáver.
- **Art. 308:** Vilipendio de sepulcros, urnas y cosas destinadas al culto de los muertos. El que ejecute actos de vilipendio, sobre una tumba, o sobre una urna, o sobre las cosas destinadas a su defensa u ornato, o al culto de los muertos, menoscabada la integridad, o la estética de los mismos, o mediante su violación, o con leyendas o inscripciones injuriosas, será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

II.- CÓDIGO PENAL DE PERÚ

El Código Penal Peruano (Decreto Legislativo 635 de 1991) en el Título XIV “Delitos contra la tranquilidad pública” - Capítulo I “Delitos contra la paz pública” consagra como penalmente relevante las ofensas a la memoria de los muertos, bajo las siguientes previsiones legales:

- **Art. 318:** Ofensas a la memoria de los muertos: Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años:

²¹ **Vilipendio:** Desprecio, falta de estima, denigración de alguien o algo.

- 1) El que profana el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja.
- 2) El que turba un cortejo fúnebre.
- 3) El que sustrae un cadáver o una parte del mismo o sus cenizas o lo exhuma sin la correspondiente autorización.

En el supuesto previsto en el inciso 3 del presente artículo, cuando el acto se comete con fines de lucro, la pena será privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

III.- CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA

El Código Penal Venezolano, en su Título II “Delitos contra la libertad” - Capítulo II “De los delitos contra la libertad de cultos”, preceptúa el acto de profanación en los cadáveres bajo la siguiente redacción:

- **Art. 172:** Cualquiera que cometa actos de profanación en el cadáver o en las cenizas de una persona y cualquiera que, con un fin injurioso, o simplemente ilícito, sustrajere, fraudulentamente, el todo o parte de los despojos o restos mismos, o de alguna manera viole un túmulo o urna cineraria, será castigado con prisión de seis meses a tres años.
- **Art.173:** Cualquiera que fuera de los casos antes indicados, profanare total o parcialmente, el cadáver de alguna persona, lo exhumare, sustrajere o se apoderare de sus restos, será castigado con prisión de tres a quince meses. Si el hecho se ha cometido por el administrador o celador de un cementerio o lugar de sepulturas, o por persona a la cual se hubiere confiado la guarda del cadáver o de los restos, la pena se aumentará en una tercera parte en el primer caso, y en una cuarta parte en el segundo.

Asimismo, el legislador venezolano adicionó una característica circunstancia de agravación punitiva para el delito de hurto, si éste se produce en los lugares de reposo de los cadáveres, conforme el siguiente artículo:

- **Art. 452:** La pena de prisión por el delito de hurto será de dos a seis años, si el delito se ha cometido (...) 2. En los cementerios, tumbas o sepulcros, apoderándose ya de las cosas que constituyen su ornamento o protección, bien de las que se hallan sobre los cadáveres o se hubieren sepultado con éstos al mismo tiempo (...).

IV.- CÓDIGO PENAL DE MÉXICO

El Código Penal Federal de los Estados Unidos de México, determina de forma más taxativa las disposiciones atinentes al trato que merecen los restos inertes de las personas. En el Título Decimosexto denominado “Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones” – Capítulo Único “Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones”, expresa la siguiente norma:

- **Art. 281:** Se impondrá de uno a cinco años de prisión: I. Al que viole un túmulo, un sepulcro, una sepultura o féretro, y II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años.

V.- CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA

El Código Penal de España, el cual en el Título XXI “Delitos contra la Constitución” – Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas” - Sección 2ª “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos” establece en el artículo 526 lo siguiente:

- **Art. 526:** El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

VI.- CÓDIGO PENAL DE FRANCIA

El Código Penal Francés, en su Libro II “De los crímenes y delitos contra las personas”, del Título II “De los daños a la persona humana”, Capítulo V “De los daños

a la dignidad de la persona”, Sección 4 “De los daños al respeto debido a los muertos”, expresa:

- **Art. 225-17:** Todo daño a la integridad del cadáver, por medio de cualquier medio que sea, es punido con un año de prisión y una multa de 15.000 euros. /La violación o la profanación, por cualquier medio que sea, de tumbas, sepulturas, de urnas cinerarias o de monumentos dedicados a la memoria de los muertos es punida con un año de prisión y una multa de 15.000 euros. /La pena se aumentará a dos años de prisión y a 30.000 euros de multa cuando las infracciones definidas en el apartado precedente hayan estado acompañadas de daño a la integridad del cadáver.
- **Art. 225-18:** Cuando las infracciones definidas en el artículo precedente hayan sido cometidas por razón de la pertenencia o de la no pertenencia, cierta o supuesta, de las personas fallecidas a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada, las penas serán aumentadas a tres años de prisión y a 45.000 euros de multa para las infracciones definidas en los dos primeros apartados del artículo 225-17 y a cinco años de prisión y a 75.000 euros de multa para aquella definida en el último apartado de ese artículo.
- **Art. 225-18-1:** Las personas morales declaradas penalmente responsables, según las condiciones previstas por el artículo 121-2, de las infracciones definidas en los artículos 225-17 y 225-18 incurren, de la multa siguiendo las modalidades previstas por el artículo 131-38.

Como se puede observar, la legislación penal de los países *ut supra* mencionados, consagran la profanación y el irrespeto a los cadáveres como una figura penal particular. Sin duda, la construcción legislativa que surge de los Códigos Penales comparados, pretende tutelar los bienes jurídicos del sentimiento religioso y del respeto a los difuntos.

BIBLIOGRAFÍA

- (h), C. J. (2005). *Derecho Penal. Parte general* (1° edición - 1° reimpresión ed.). Córdoba: Advocatus.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (3° reimpresión ed.). Sante Fé de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Balestra, C. F. (2008). *Derecho penal - Parte especial* (17° ed. ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Beling, E. (2007). *Die Lehre Vom Verbrechen*. Universidad de Harvard.
- Benza, M. M. (2013). Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a éstas". *Foro jurídico*.
- Bouchoux, M. A. (Agosto de 2019). "Sobre la necesidad de modificar la legislación contravencional - Origen histórico y problemas actuales del código de faltas provincial". *Intercambios*, 19. Recuperado el 27 de septiembre de 2020
- Boumpadre, J. E. (2012). *Manual de Derecho Penal - Parte especial* (1° ed. ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Cifuentes, S. (1974). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Lerner.
- Cifuentes, S. (1995). *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea.
- Coviello, N. (1965). *Doctrina general del derecho civil* (Traducido de la 4ta ed. italiana ed.). Buenos Aires: El Foro.
- Creus, C. (1997). *Derecho Penal, Parte Especial* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Astrea.
- Creus, C. (2010). *Derecho Penal - Parte General* (5° edición actualizada y ampliada - 2° reimpresión ed.). Ciudad de Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Creus, C., & Boumpadre, J. E. (2013). *Derecho penal - Parte especial* (7° ed. actualizada y ampliada - 2° reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Cuñarro, M. A. (2006). *Manual de derecho penal uruguayo*. Montevideo: Del foro.

- D'Alessio, A. J., & Divito, M. A. (2004). *Código Penal Comentado y Anotado* (Vol. Parte Especial (arts. 79 a 306)). Buenos Aires: La Ley.
- Donna, E. A. (2007). *Derecho penal - Parte especial* (2° ed. actualizada ed., Vol. Tomo II B). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Enciclopedia Jurídica*. (s.f.). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/de-cujus/de-cujus.htm>
- Espinoza, J. E. (2006). *Derecho de las personas* (5° ed. ed.). Lima: Rhodas.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal - Introducción y parte general - Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Garrone, J. A. (1989). *Diccionario Manual Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Giordano, A. R. (11 de febrero de 2014). "Sustracción de Cadáveres". *Asociación Pensamiento Penal - Código Penal Comentado de Acceso Libre*, 7. Recuperado el septiembre de 2020, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/38291-art-171-sustraccion-cadaveres>
- Guzmán Lozano, J. A. (2018). "ASPECTOS BIOÉTICOS Y JURÍDICOS DEL MANEJO DEL CADÁVER - Un análisis del estatus mortem y su consonancia ética en la praxis". Buenos Aires.
- Guzmán Lozano, J. A. (2018). "La naturaleza jurídica del cadáver: Revisión y tendencia". *Prudentia Iuris* N° 86. Recuperado el 18 de Septiembre de 2020
- La diferencia entre delito y contravención. (12 de marzo de 1998). *Clarín*, pág. 1. Recuperado el junio de 2020, de https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/diferencia-delito-contravencion_0_H1M38yk8nx.html
- Lascano, C. J. (2005). *Derecho penal, parte general: libro de estudio* (1° ed. 1° reimp. ed.). Córdoba: Advocatus.
- Liszt, F. V. (s.f.). *Tratado de Derecho Penal* (20° ed. ed., Vol. T. II). Madrid.
- Llambías, J. J. (1975). *Tratado de Derecho Civil, Parte General* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- López, L. y. (1969). *Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos* (Vol. XXII). Separata del anuario de derecho civil.
- Malicki, A. (1985). "El cadáver. Actos dispositivos". *La Ley*, 833/842.
- Marín, J. L. (2008). *Derecho penal - Parte especial* (2° ed. ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Martínez, M. C. (2000). *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales* (Vol. 1). Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Mejía, E. R. (2015). La teoría del delito desde Von Liszt y Beling a hoy.
- Mezger, E. (2010). *Tratado de Derecho Penal* (1° ed. ed., Vol. Tomo I). Buenos Aires: Hammurabi.
- Núñez, R. C. (1999). *Manual de Derecho Penal* (2° ed. actualizada ed.).
- Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (Quinta edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka ed.). Córdoba: Lerner Editora S.R.L.
- Ostertag, G. S. (2010). *"Inexistencia de legislación sobre poder de policía mortuaria en la Provincia de La Pampa"*. La Pampa: Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas – Carrera de Abogacía.
- Righi, E. (2016). *Derecho Penal - Parte General*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Rossi, C. C. (1883). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 3° ed.). Madrid.
- Soler, S. (1970). *Derecho Penal Argentino*. (A. G. Fierro, Ed.) Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Tarrío, M. C. (2008). *Teoría finalista del delito y dogmática penal* (1° ed. ed.). Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal - Parte General* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A., & Alagia, A. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General* (2° ed. 1° reimp. - actualizado a diciembre 2006 ed.). Buenos Aires: Ediar.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	4
PALABRAS CLAVES	4
FORMULARIO METODOLÓGICO	5
ÁREA:	5
TÍTULO:	5
TEMA:	5
EL PROBLEMA:	5
SUPUESTO DE TRABAJO:	5
OBJETIVO GENERAL:	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	5
JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO DE LA INTERVENCIÓN:	6
METODOLOGÍA:	6
INTRODUCCIÓN:	7
CAPÍTULO I <u>-</u> NOCIONES PRELIMINARES	9
I.- DERECHO PENAL: CONCEPTO Y CARACTERES	10
I.A.- CONCEPTO	10
I.B.- CARACTERES DEL DERECHO PENAL	14
II.- DELITO: CONCEPTO Y TEORÍAS	16
II.A.- CONCEPTO	16
II.B.- EL CONCEPTO DE DELITO EN LAS DISTINTAS TEORÍAS EXISTENTES	19
II.B.1.- Teoría finalista del delito	20
II.B.2.- Niveles de la estructura del delito en la teoría finalista	21
CAPÍTULO II <u>-</u> EL CADÁVER: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	27
I.- CADÁVER: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	28
I.A.- CONCEPTO	28
I.B.- NATURALEZA JURÍDICA	29

CAPÍTULO III <u>-</u> SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES	36
I.- CASO “LOS CABALLEROS DE LA NOCHE”: LA HISTORIA DE LOS PRIMEROS SECUESTRADORES DE CADÁVERES DE LA ARGENTINA.....	37
II.- INCORPORACIÓN DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO	39
II.A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	39
II.A.1) El Proyecto Tejedor De 1886:	39
II.A.2) El Proyecto Sisto-Ugarriza-García de 1881 :.....	40
II.A.3) La sanción del Código Penal de 1886 (Ley 1920)	40
II.A.4) El Proyecto Peco de 1941 :	41
II.A.5) El Proyecto Soler de 1960 :	41
II.A.6) El Proyecto Soler –Cabral- Aguirre Obarrio de 1979 :	41
III.- ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO VIGENTE: ANÁLISIS DE LA NORMA	42
III.A.- ESTRUCTURA TÍPICA.....	43
IV.- LA SUSTRACCIÓN Y PROFANACIÓN DE UN CADÁVER, SUS RESTOS O SUS CENIZAS COMO CONTRAVENCIÓN	47
IV.A.- Diferencia entre delito y contravención:	47
IV.B. Normativa vigente:	48
CAPÍTULO IV <u>-</u> CONCLUSIÓN Y PROPUESTA.....	50
I.- CONCLUSIÓN	51
II.- PROPUESTA.....	52
ANEXO I <u>-</u> ALGUNOS REFERENTES EN EL DERECHO COMPARADO	53
I.- CÓDIGO PENAL DE URUGUAY	54
II.- CÓDIGO PENAL DE PERÚ.....	54
III.- CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA	55
IV.- CÓDIGO PENAL DE MÉXICO	56
V.- CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA.....	56
VI.- CÓDIGO PENAL DE FRANCIA	56
BIBLIOGRAFÍA	58

Autoridades de la Carrera de Abogacía

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Abierta Interamericana

S _____ / _____ D

Por medio de la presente, manifiesto que el trabajo final realizado por el alumno Jonatan Carlos Cychan, titulado: "INEXISTENCIA DEL DELITO DE PROFANACIÓN DE CADÁVERES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA", ha sido confeccionado bajo mi supervisión, analizando el alumno la problemática de la profanación de cadáveres y la insuficiencia legal al respecto realizando una propuesta interesante. Por tal razón, presto conformidad para que sea presentado de manera definitiva ante quien corresponda.-

Sin otro particular, saluda atte.-



Dr. Miceli Carlos Alberto

ESTADO DE SITUACIÓN DE ALUMNO

Universidad Abierta Interamericana

UAI - CASTELAR - 29/09/2020

Estado de Situación del Alumno

Página 1 de 2

Cycan, Jonatan Carlos (A0950006011-J1) UN N J1 5 A
 BIZET 3141, HURLINGHAM, Buenos Aires, Argentina, C.P. 1686
 Teléfono: (CEL) 1121563262; (HOG) 44524570; (LAB) 1564638446
 Documento: DNI - 33934412 Citade Verano:
 Nacido en: Argentina Fecha de Nacimiento: 30/07/1988
(J1 04) ABOGACIA (Ingreso: 01/04/2014)
 Título Secundario: MECANICO EN MANTENIMIENTO DE AVIONICA - Egresado en: 2006
 Certif. Analítico Secundario: Entregado legalizado

ASIGNATURAS RENDIDAS

Año	Asignatura	Descripción	Nota	Fecha	Homologación	Inst. Origen	Campus	Libro	Folio	RTF
1	J104 01	INTRODUCCIÓN AL DERECHO	5.00	2014-07-28	-	-	095	32	078	
1	J104 02	DERECHO POLÍTICO	8.00	2014-08-08	-	-	095	32	163	
1	J104 03	PROBLEMÁTICA DEL MUNDO ACTUAL	6.00	2014-07-29	-	-	095	32	086	
1	J104 04	INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO CIENTÍFICO	8.00	2014-08-06	-	-	095	32	134	
1	J104 05	TALLER DE INFORMÁTICA I	8.00	2014-07-31	-	-	095	32	101	
1	J104 06	DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL	6.00	2015-07-27	-	-	095	33	156	
1	J104 07	DERECHO CONSTITUCIONAL I Y DERECHOS I	9.00	2014-12-10	-	-	095	32	186	
1	J104 08	HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES ARGENTIN	2.00	2014-12-09	-	-	095	32	177	
1	J104 08	HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES ARGENTIN	9.00	2015-08-04	-	-	095	34	007	
1	J104 09	DERECHO ROMANO	8.00	2014-12-19	-	-	095	33	069	
1	J104 10	TALLER DE INFORMÁTICA II	9.00	2014-12-13	-	-	095	33	021	
2	J104 11	OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES	6.00	2015-12-17	-	-	095	34	126	
2	J104 12	DERECHO CONSTITUCIONAL II	7.00	2015-07-31	-	-	095	33	188	
2	J104 13	DERECHO PENAL I	7.00	2015-08-04	-	-	095	34	008	
2	J104 14	MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE	8.00	2015-07-29	-	-	095	33	170	
2	J104 15	INGLÉS I	6.00	2015-08-05	-	-	095	34	018	
2	J104 16	DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	6.00	2015-12-18	-	-	095	34	138	
2	J104 17	DERECHO PENAL II	9.00	2015-12-22	-	-	095	34	165	
2	J104 18	PSICOLOGÍA APLICADA AL DERECHO	9.00	2015-12-14	-	-	095	34	092	
2	J104 19	INGLÉS II	4.00	2016-08-10	-	-	095	35	111	
2	J104 20	SEMINARIO DE INTEGRACIÓN I	8.00	2015-12-09	-	-	095	34	056	
3	J104 21	CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES	9.00	2016-12-20	-	-	095	35	194	
3	J104 22	DERECHO ADMINISTRATIVO I	9.00	2016-08-03	-	-	095	35	062	
3	J104 23	DERECHO COMERCIAL	10.00	2016-08-08	-	-	095	35	091	
3	J104 24	DERECHO PROCESAL. PARTE GENERAL	7.00	2016-08-04	-	-	095	35	072	
3	J104 25	INGLÉS III	5.00	2016-08-10	-	-	095	35	113	
3	J104 26	DERECHO SOCIETARIO Y CARTULAR	10.00	2016-12-16	-	-	095	35	173	
3	J104 27	DERECHO ADMINISTRATIVO II	7.00	2016-12-14	-	-	095	35	160	
3	J104 28	PRÁCTICA PROFESIONAL CIVIL Y COMERCIAL	8.00	2016-12-22	-	-	095	36	012	
3	J104 29	DERECHO PROCESAL CIVIL	8.00	2016-12-12	-	-	095	35	141	
4	J104 30	DERECHOS REALES	7.00	2017-12-19	-	-	095	37	020	
4	J104 31	ECONOMÍA POLÍTICA	7.00	2017-08-02	-	-	095	36	085	
4	J104 32	DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO	8.00	2017-07-31	-	-	095	36	068	
4	J104 33	SOCIOLOGÍA DEL DERECHO	8.00	2017-08-04	-	-	095	36	100	
4	J104 34	DERECHO PROCESAL PENAL	7.00	2017-08-11	-	-	095	36	146	
4	J104 35	CONCURSOS Y QUIEBRAS	10.00	2017-12-11	-	-	095	36	158	
4	J104 36	EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD	4.00	2017-12-21	-	-	095	37	043	
4	J104 37	PRÁCTICA PROFESIONAL CIVIL Y COMERCIAL	7.00	2017-12-13	-	-	095	36	182	
4	J104 38	SEMINARIO DE INTEGRACIÓN II	6.00	2017-12-15	-	-	095	36	200	
5	J104 39	DERECHO DE FAMILIA	7.00	2018-07-30	-	-	095	37	092	
5	J104 40	RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE	6.00	2018-07-31	-	-	095	37	103	

ASIGNATURAS RENDIDAS

<u>Año</u>	<u>Asignatura</u>	<u>Descripción</u>	<u>Nota</u>	<u>Fecha</u>	<u>Homologación</u>	<u>Inst. Origen</u>	<u>Campus</u>	<u>Libro</u>	<u>Folio</u>	<u>RTF</u>
5	J104 41	FILOSOFÍA DEL DERECHO	6.00	2018-08-09		-	095	37	174	
5	J104 43	PORTUGUÉS	8.00	2018-08-03		-	095	37	128	
5	J104 44	DERECHO SUCESORIO	9.00	2018-12-19		-	095	38	075	
5	J104 45	DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	7.00	2018-12-13		-	095	38	031	
5	J104 46	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍD	7.00	2018-12-10		-	095	37	197	
5	J104 47	DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	8.00	2018-12-14		-	095	38	040	
5	J104 54	DERECHO DE LA COMUNICACIÓN	7.00	2018-08-01	J104 42 Optativa	-	095	37	112	
5	J104 74	DERECHO AMBIENTAL PROFUNDIZADO	6.00	2018-12-10	J104 49 Optativa	-	095	37	198	
5	J115 12	INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	8.00	2018-12-18	J104 48 Optativa	-	095	38	064	

ASIGNATURAS PENDIENTES

<u>Año</u>	<u>Etap</u>	<u>Asignatura</u>	<u>Descripción</u>
5	2	J104 102	SEMINARIO PLAN DE TRANSICIÓN RCS 5155/18
5	2	J104 50	TRABAJO FINAL

Fecha de última asignatura: 19 de Diciembre de 2018

Promedio: 7.39 (siete con 39/100). No se consideran aplazos.

Promedio: 7.28 (siete con 28/100). Se consideran aplazos.