

¿Los concubinos no son una familia para el derecho penal?

Leonardo García

I. Planteo del tema [\[arriba\]](#)

No es necesario consultar estadísticas ni informes sociológicos para poder afirmar que en la actualidad existen otros tipos de conformaciones familiares que no siempre están documentadas o formalizadas con un matrimonio civil. Aceptada dicha cuestión, deberíamos preguntarnos si estas nuevas “especies” de familias, que lucen idénticas a las más tradicionales, merecen ser consideradas como tales y consecuentemente, si pueden exigir la misma protección del derecho y particularmente del punitivo.

En este escenario se inscribe el presente trabajo, ya que se pretende exhibir el fundamento que nos lleva a pensar que el concubinato merece la misma protección jurídicopenal que el matrimonio, debiendo excusarse a sus integrantes en las mismas situaciones que a los cónyuges, tal cual se regula en el Art. 185 del Código Penal de la Nación.

La idea que se desarrollará de seguido tiene la pretenciosa ambición de acercar una nueva interpretación de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad, puntualmente aquellos cometidos entre concubinos. Centrada toda la atención en dilucidar si con la legislación actual ello es posible, buceando en el espíritu y la naturaleza jurídica del instituto.

II. La norma positiva [\[arriba\]](#)

Resultaría absurdo analizar la institución sin comenzar por presentar la regla, en efecto: el Art. 185 del Código Penal Argentino (de ahora en más CP) reza de la siguiente forma:

“Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

La fórmula escogida no es caprichosa ni antojadiza, antes bien, fue elegida en forma consciente y deliberada, en tanto que su redacción tiene una íntima relación con la naturaleza jurídica del instituto, como se explicará más adelante.

III. Antecedentes legislativos [\[arriba\]](#)

En el código tejedor de 1867, en el libro II, Sección I, Título VII y bajo el título “disposiciones generales”, los Arts. 353, 354 y 355 consagran las llamadas “excusas absolutorias”, prescribiendo el primero “están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1) los cónyuges, los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea, 2) el

consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro, 3) los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La exposición de motivos que acompañaba este artículo mencionaba la idea de moralidad que traía implícita la norma, una idea que derivaba de la buena noción de la familia, es que entre los parientes mencionados no se da la acción criminal, se niega el proceso, dejando a salvo los reintegros y las indemnizaciones.

En el código penal de 1886, con redacción similar, se conserva las fórmulas introducidas en los Arts. 353, 354 y 355 del Código Tejedor de 1867, por cuanto el Art. 223 prescribe: “están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1) los cónyuges, los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea, 2) el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro, 3) los hermanos y cuñados cuando viviesen juntos. Seguidamente, el próximo artículo dispone que la excepción del artículo anterior no es aplicable a los extraños que participen del delito.

El código penal reformado de 1903 (ley 4189) mantuvo inalterable la fórmula prescripta en los Arts. 223, 224, y 225 del Código Penal de 1886. El proyecto de 1906 respetaba los textos de los artículos mencionados, pero los integraba en una sola norma. Posteriormente, en 1917, mantiene el Art. 202 integrador de 1906, pero trasladándolo al Art. 185 coincidente con el orden de ubicación del Código Penal vigente.

El código penal de 1921 -ley 11.179- no introduce ninguna modificación con respecto a la excusa absolutoria, por lo tanto quedó redactado como hubo de hacerse en el proyecto de código penal de 1906.

Si bien han existido un sin número de proyectos, finalmente es interesante mencionar el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación de 2006. Este fue elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el 31 de agosto de 2006. Allí se estableció en el título VII “Delitos contra la propiedad y el orden económico”, Capítulo XI “Disposiciones Generales” Art. 189 “Exención de Responsabilidad”: están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: a) los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, los convivientes estables, ascendientes, descendientes y afines en línea recta...”[1].

No es caprichosa la mención a este anteproyecto presentado en 2006, ya que se puede observar la introducción de una mención literal a todas las circunstancias que se pueden generar en torno al divorcio vincular, como también una clara referencia a los concubinos. Claramente, al tratarse de un proyecto de código moderno no podía dejar de transitar este camino, habida cuenta de que seguramente para la época en que se creo el código penal vigente no tenía la relevancia que tiene en la actualidad el tema tratado.

IV. Fundamento del instituto [\[arriba\]](#)

Sin ahondar demasiado en la ubicación dogmática del instituto ya que no es el objeto del presente, no se puede soslayar que la mayoría de los autores nacionales suelen referirse al

Art. 185 del CP como una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria, opinión que se comparte y que permite asentir que el instituto no consagra una causal de atipicidad de la conducta, ni impide su antijuricidad, ni siquiera es una causa de inculpabilidad.

Con este panorama, y a partir de la lectura de la norma, se desprenden las siguientes cuestiones ¿cuál es el verdadero fundamento de la exención de responsabilidad? ¿Por qué algunos parientes pueden ejecutar ciertos delitos contra la propiedad y pese a ello no ser castigados penalmente? ¿Por qué estos límites subjetivos? y ¿Por qué estos límites objetivos respecto a los delitos abarcados?

En busca de las respuestas que zanjen aquellas interrogantes, señalaré que el fundamento de este instituto ha sido objeto de varias teorías, a saber[2]:

1) Teoría de la salvaguardia del decoro familiar. Principalmente, se señaló que a través de ella se intenta salvaguardar el decoro familiar, puesto que se prefiere que el hecho delictivo quede impune como tal a que se convierta en público -al ser reprimido- y se llegue a una situación de descrédito no deseada y perjudicial para la institución de la familia. Todo ello en virtud del vínculo íntimo que une a los sujetos en cuestión y la solidaridad existente.

2) Teoría de la comunidad doméstica de bienes. Esta doctrina estipula que en una familia existe cierta comunidad en cuanto a los bienes que se poseen, por lo que sería improcedente la persecución penal en referencia a ella. Se habla de un condominio ideal de bienes.

3) Teoría de la ausencia de alarma social. Aquí se sostiene justamente que no es imprescindible para la sociedad castigar estas conductas, ya que la seguridad general no se ve afectada y todo queda en un ámbito de intimidad que no necesita castigo.

Más allá de coincidir con una u otra teoría, la respuesta que más se acerca a la realidad guarda una estrecha relación con una decisión de política criminal en la que el legislador ha preferido, en lugar del castigo de algunos de los integrantes de un grupo familiar, preservar el núcleo de estrecha comunidad.

Obviamente ante la falta de precisión que ello significa, se aclara que se trata de sustraer la injerencia estatal del ámbito de las relaciones íntimas que cabe suponer se desarrollan dentro de la organización familiar. Aun con este intento, no se logra todavía explicar por qué debería limitarse a ciertos delitos en particular.

Así las cosas, se puede subrayar que el desvalor de la perturbación familiar no alcanza relevancia social cuando se circunscribe a ofensas de orden económico ejecutadas de un modo incapaz de comprometer otros intereses personales de sus integrantes, y que en verdad, los bienes sobre los que se interviene se encontrarían entremezclados entre los integrantes del grupo familiar conviviente.

Dicho en otras palabras, la excusa absolutoria tiene su más coherente e importante fundamento en el resguardo de la vida familiar, caracterizada por la vida en común. Respecto a la taxatividad de los delitos que absorbe, únicamente se puede subrayar que la

misma vida en comunión supone una confusión de la propiedad y de allí su aplicación a ciertos delitos contra ese bien jurídico, que por supuesto no incluyen violencia contra la persona.

Al preguntarnos por qué ciertos parientes pueden ejecutar aquellos delitos, la respuesta mayormente aceptada se vincula con la falta de alarma social y el nulo interés estatal en reprimir una conducta que se ha perpetrado en la intimidad de un clan o familia.

El límite objetivo, como ya se dijo, se relaciona con el fundamento mixto que tiene la institución, puesto que se presume una comunidad de bienes, es cierto, pero lo también real es que no se podría legitimar ataques violentos a esa copropiedad, pues la integridad física de las personas quedaría sin tutela.

V. Concepto tradicional de familia [\[arriba\]](#)

En esa línea, corresponde abocarse a la investigación de un concepto central que se ha repetido: la familia.

Es imposible tratar de estudiar un concepto sin que la primera aproximación nos indique qué entendemos por tal, de modo que la consulta al Diccionario de la Real Academia Española es obligatoria.

Al consultar la palabra “familia” allí se enseña que se trata de un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas o un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje[3].

Claramente, este es el concepto que se maneja en el inconsciente colectivo cuando se habla de familia, un grupo de personas que viven juntas y que tiene, mayormente, un lazo de sangre.

Obviamente no es posible asentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones.

En un sentido amplio, es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Esto comprende a los ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluido el cónyuge.

Para Díaz de Guijarro, en definición compartida por López del Carril “la familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”[4].

En nuestro medio Spota entiende que para el derecho positivo la familia esta constituida por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco, así como por quienes se hallan unidos por matrimonio[5]. En un sentido más restringido, o lo que Augusto César Belluscio, denomina pequeña familia, queda comprendido únicamente el núcleo paterno-filial, esto es, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad[6].

A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica.

Por último, el concepto intermedio de familia se refiere al grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

Otrora existía una diferencia entre la familia matrimonial y la familia extramatrimonial; puesto que, para algunos autores, el ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia. Igualmente, la cuestión ha quedado superada con la equiparación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial dispuesta por la ley 23.264, que suprimió toda clase de discriminaciones entre el parentesco derivado del matrimonio y el extramatrimonial.

VI. Situación actual [\[arriba\]](#)

Lo expuesto hasta ahora, no puede ocultar la realidad y ello implicaría desconocer la profunda evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo en que vivimos. Esto ha dado lugar a que se considere la existencia de otros tipos de familias, además de la conceptualización clásica integrada por padre y madre unidos por matrimonio, más hijos.

Es innegable que existen otros modelos de familia, como consecuencia de actos voluntarios o aun de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes o la separación.

Aquí se podrían mencionar distintas variantes de conformaciones, que por ser distintas de la clásica no deberían dejar de ser caracterizadas como familias.

En definitiva, lo importante a determinar a los efectos de este trabajo, es sin hesitación alguna, qué se entiende por la familia a los fines de la ley penal, más puntualmente para la explicación que dan la gran mayoría de doctrinarios al mencionar dicho concepto.

Como ya se desarrolló, generalmente al tratar de fundamentar la existencia de la excusa absoluta, existe un consenso en que se intenta proteger el ámbito familiar, las relaciones de familia y la vida en común, habida cuenta que el legislador consideró más importante dicha institución que la persecución de ciertos delitos cometidos en determinadas circunstancias.

Resulta entonces de vital importancia definir que se entiende por familia, y, principalmente, si únicamente es una familia el modelo clásico basado en el matrimonio civil, cuyo concepto deriva exclusivamente de la vida matrimonial heterosexual y los hijos productos de esa unión.

Por concubinato se entiende, siguiendo el criterio del Dr. Belluscio, la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Se trata de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia;

quedan indudablemente excluidas de tal concepto, tanto la unión de corta duración, como también las relaciones sexuales estables pero no acompañadas de cohabitación[7].

VII. Garantías constitucionales implicadas [\[arriba\]](#)

Sin ingresar en discusiones que no vienen al tema en estudio, se puede afirmar, en principio, que la única fuente de derecho penal, es la ley, ello pese al debilitamiento que viene sufriendo el principio de legalidad en las últimas décadas, sobre todo con la tendencia cada vez más pronunciada de la integración del derecho penal internacional de los derechos humanos.

No obstante, es innegable que el principio aún mantiene incólume su aplicación y su fundamental importancia en toda la construcción del sistema penal.

La formulación del principio de legalidad como hoy se conoce se le adjudica a Feubach, esto es, el viejo adagio nullum crimen, nulla pena sine lege más allá que las funciones en uno y otro tiempo sean bien diferentes, puesto que su creador con la exigencia de legalidad penal deseaba obtener una verdadera coacción psicológica sobre el ciudadano a través de la amenaza de la pena enunciada, mientras que en la actualidad se lo concibe como un instrumento que protege a los ciudadanos del propio derecho penal a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o con una ley imprecisa o retroactiva.[8]

Resulta entonces que desde la óptica mencionada el principio impone la imposibilidad de la existencia de un delito sin ley, como también una pena sin ley. Va de suyo entonces que intrínsecamente esto trae aparejado que dicha ley debe ser previa, escrita, estricta y cierta.

No está demás mencionar que el Art. 18 de la Constitución Nacional consagra este principio al subrayar con énfasis que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de proceso.

Sintéticamente, se puede señalar que la ley previa lo que intenta evitar es la aplicación retroactiva de una ley penal, ello siempre y cuando esta nueva norma no sea más beneficiosa para el imputado, ya que de tratarse de una ley más benigna el principio general cede y deberá aplicarse este nuevo paradigma legal a situaciones anteriores a su sanción.

Que se exija una ley escrita se relaciona con la decisión de excluir a la costumbre como una fuente del derecho penal, de allí lo señalado, ya que en el derecho internacional esta fuente de derecho es sin duda la de mayor relevancia.

La obligación legal de que la ley sea estricta pretende impedir la aplicación de leyes penales a casos distintos de aquellos para los que fueron creadas. Esta intención fue traducida en la prohibición de analogías en el ámbito penal, cuando es realizado para ampliar la punición, pues de lo contrario, utilizar una analogía para limitar al poder punitivo, no tienen ningún impedimento constitucional.

Finalmente, el requerimiento de ley cierta, intenta conjurar la creación de leyes vagas, poco claras o indeterminadas, pues resultaría imposible para los ciudadanos adecuar su comportamiento si las leyes tuvieran esas reprochables características.

En este sentido es valioso señalar que el principio de legalidad puede entenderse de una forma omnicompreensiva de la prohibición de interpretaciones extensivas y analógicas in malam partem, junto a la exigencia de que los tipos legales y las conminaciones penales sean concebidas mediante leyes previas, escritas, ciertas y estrictas.

Yendo al punto que interesa, importa considerar una idea del Prof. Soler, según la cual, la primera exigencia para la recta interpretación de la ley penal está dada por la naturaleza específica de esta ley con relación a las otras leyes: las disposiciones penales son o debieran ser exhaustivas. Un código penal no es un producto sino una suma, una mera yuxtaposición de incriminaciones cerradas, incomunicadas, entre las cuales no hay más relaciones que las establecidas por las mismas disposiciones. La zona entre una u otra incriminación es una zona de libertad -Art. 19 de la C.N.- y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente irrelevantes[9].

De lo precedentemente narrado se desprende meridianamente que la prohibición de analogía está directamente relacionada con la actividad juzgadora que se sirve de una conducta incriminada para reprochar un hecho que está en la zona de libertad; precisamente esa es la analogía que se pretende evitar.

Es brillante y resulta sumamente ilustrativo el ejemplo que Soler menciona para clarificar el tema: un acuerdo de voluntades con ciertas características es un contrato, para ser considerado tal no hace falta que el contrato sea de una determinada especie, por el contrario, un delito, solo puede serlo, siendo un delito de determinada especie, porque no hay ningún concepto genérico de delito que sea válido. Un negocio jurídico que no es una donación, una compraventa o un préstamo aún puede ser un contrato, mas una conducta que no es hurto, estafa o alguna figura de nuestro catálogo de delito no es un delito.

De lo expuesto hasta aquí se puede inferir que está prohibido estrictamente juzgar una conducta como delito, si no existe una ley previa, escrita, estricta y cierta que así lo establezca; incluida la prohibición de encerrar conductas que no son abarcadas por la norma, por su gran similitud con otras que sí están reprimidas (prohibición de analogía in malam partem). Ahora bien, ¿la prohibición es absoluta, incluso cuando la analogía sirva para desincriminar una conducta y favorecer al reo?

Se estima que la respuesta correcta impone establecer un principio absoluto cuando se pretende ampliar el marco punitivo, mientras que aquella proscripción deberá ceder cuando la interpretación analógica tienda a desincriminar una situación o una conducta. Ello es así, ya que el principio en general sirve para limitar el poder represivo, jamás para extenderlo.

Zaffaroni, Alagia y Slokar suelen distinguir entre analogía in malam partem y analogía in bonam partem entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley. Los juristas sostienen que mientras la primera se encuentra total y absolutamente prohibida, la segunda es admisible siempre y cuando no se vuelva arbitraria[10].

En suma, siguiendo la postura antes mencionada se entiende que la analogía que proscribe el principio de legalidad es aquella que intenta abarcar supuestos no contemplados por la norma, para lograr la punición de conductas que no estaban contempladas; por el contrario cuando la interpretación analógica tiende a descriminalizar un suceso, ella debe ser aceptada sin más.

Se comparte plenamente la idea del doctrinario alemán, Claus Roxin, cuando señala que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal; precisamente una de las herramientas más efectivas para lograr ese propósito es el principio de legalidad, incluida la prohibición de analogía in malam partem[11].

VIII. Propuesta [\[arriba\]](#)

Finalmente, lo expuesto hasta aquí puede resumirse en que la interpretación, aunque no sea literal, pero fiel a la ley y al propósito histórico para la que fue creada está permitida, mas la analogía creadora de derecho, sobre todo cuando quiere ampliar el marco punitivo, deber ser totalmente rechazada. En ese sentido se pueden señalar que la gran diferencia entre el derecho penal y el restante derecho consiste en que, en éste, el juez no está obligado a llenar esa zona de libertad (supuesta laguna) sirviéndose de cualquier disposición aplicable o del principio general del derecho que parezca pertinente -Código Civil Art. 16-. La ley no prefija la norma con la cual la falsa laguna debe ser cubierta, contrariamente en derecho penal, ante esa situación, sí el derecho prevé una norma, siempre la misma, y esa norma es nullum crimen sine lege, que da siempre el mismo resultado: la impunidad ante la falta de tipificación[12].

Tangencialmente, se considera involucrado el denominado derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de la CN, ya que no se podría dispensar de parte del Estado un trato diferenciado a personas que tienen los mismos lazos vinculares, solo por el hecho de no contar con una formalización documental de la unión, dicho en otras palabras, el Estado, puntualmente, el poder punitivo, no puede tratar más beneficiosamente a los cónyuges que a los concubinos, por la única razón de tener un documento que avale el vínculo.

El principio de igualdad es el que procura eliminar la discriminación arbitraria, pero dejando a salvo la que no lo es, pues existe una incorrecta asimilación entre la discriminación -no siempre negativa- y la marginación -usualmente injusta e infundada-. Esta igualdad se lleva a cabo cuando se le da el mismo trato a todos los habitantes que están en idénticas condiciones y es aplicable a las relaciones entre el estado y los particulares y entre los particulares entre sí: todos los habitantes son iguales ante la ley.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse el Art. 33 de la Carta Magna, pues allí se habla de los derechos implícitos, que no son otros que aquellos existente pese a no estar expresados en la Constitución pero que surgen como consecuencia de los principios, fundamentos y garantías de aquella.

Existe, además, un derecho a la familia y a los lazos vinculares que ésta trae aparejados, como también a su protección, por lo tanto, al no tener una legislación expresa obviamente son alcanzados por esta cláusula. No es caprichoso ni tendencioso sostener esta postura, puesto de una simple lectura del código de fondo y adjetivo, se pueden observar una gran

cantidad de normas que protegen a la familia y a los lazos familiares. En definitiva, no existen otras razones que estas para haber sancionado tantos agravantes cuando los delitos son cometidos en el seno de la familia, o también a nivel procesal, no permitir la declaración en contra del cónyuge, ascendientes o descendientes.

La familia a lo largo del tiempo supo tener una protección férrea y constante, pese a la evolución vertiginosa de la historia y de la conformación de aquellas, puesto que es la primera y más importante institución de la vida en sociedad, sin ella hoy no se podría hablar de estado o de república, pues una nación, no es otra cosa que un gran conjunto de familias que intentan vivir y relacionarse en forma pacífica, compartiendo costumbres, territorios y valores; todo lo cual es la base para construir la organización formal del estado.

IX. Corolarios [\[arriba\]](#)

Así las cosas, nuestro código penal actual fue proyectado en 1917, pero no fue hasta 1922 que se sancionó la ley 11719 que lo promulgaba, comenzando a regir el 29 de abril de aquel año. Si bien ha sufrido reformas (más bien parches), lo real es que nuestra ley de fondo tiene 88 años.

Realmente difícil resulta imaginar el paradigma social de aquella época, sin embargo, no es aventurado sostener que la configuración de la sociedad argentina de aquel momento se basaba en una institución primaria, que no es otra, que la familia.

Seguramente el concepto de familia ha variado considerablemente con el traspaso del tiempo, puesto que para la época de la sanción del código penal el vínculo familiar por excelencia era el matrimonio civil y religioso, recuérdese que previamente a la creación de los registros civiles, las parroquias almacenaban la información de la natalidad, nupcialidad o mortandad, y esto se hacía en base a los actos religiosos que se llevaban a cabo, en otras palabras, porque generalmente la población era bautizada, casada y enterrada conforme el rito religioso cristiano.

Resulta entonces que el surgimiento de los primeros registros civiles obedeció en parte a la necesidad de evitar la diversificación por parroquias de los registros. Recién durante la presidencia de Julio Argentino Roca (1880-1886) se sancionó la ley 1.65 por la que se creaban Registros Civiles en la jurisdicción federal. En 1888 durante la presidencia de M. Juárez Celman se sanciona la ley N° 2393 (1888) o de Matrimonios Civiles. Finalmente en 1889 se sanciona la ley 2681 que es modificatoria de las anteriores y establecería la creación de los Registros Civiles en todo el territorio argentino.

La cuestión histórica reseñada se conjuga con la imposibilidad de analizar una norma descontextualizada, sin por lo menos entender el contexto histórico en que fue sancionada, precisamente el Art. 185 del CP no ha sufrido ninguna variación en su redacción original desde que esta fue concebida. No obstante, es indiscutible que la legislación civil sobre el matrimonio fue progresando conjuntamente con las costumbres de la sociedad, es decir, luego de que se crease el matrimonio civil, se concibió la posibilidad de la separación y muchos años más tarde se estableció la posibilidad del divorcio vincular por las diversas razones que se prevén en el Código Civil.

No es por error legislativo que el derecho va siempre detrás de los hechos, antes bien, la lógica indica que esto debe ser así. Por consiguiente la legislación actual tampoco abarca todas las vicisitudes que pueden tener las relaciones personales entre los ciudadanos, de hecho, no existe una asimilación total entre los derechos que tienen los cónyuges entre sí, con los que tiene las personas que viven en un aparente matrimonio pero sin estar casados.

No aceptar que la tasa de nupcialidad se encuentra en una curva descendente, valdría tanto como no querer ver la realidad, y con esto no se abre un juicio de valor sobre las bondades del casamiento, sino que más bien se tiende a un análisis objetivo de las costumbres de la época[13]. Sentado lo expuesto, de una interpretación literal y estricta del Art. 185 del CP debería concluirse que los daños, defraudaciones y hurtos que se cometan entre dos personas que viven juntas con una considerable estabilidad, tienen que ser considerados delitos.

Sin embargo, nos negamos a coincidir con esa afirmación, pues se entiende que dicho razonamiento si bien, en principio, resulta apegado a la ley, no respeta los principios de igualdad ante la ley y el principio de legalidad. Veamos.

De las consideraciones vertidas en este trabajo se desprende meridianamente que el fundamento principal de la excusa absolutoria es el cuidado y el privilegio de las relaciones familiares, por sobre la persecución y sanción de algunos delitos contra la propiedad. En forma secundaria, se estableció que la confusión de la titularidad de los elementos objeto de los delitos ayudaba a explicar la excusa absolutoria.

Así las cosas, mi pregunta es la siguiente: ¿únicamente se entiende por familia a un matrimonio heterosexual?

La respuesta obviamente tiende a relativizar ese concepto hermético, no se comparte la idea de que aquella concepción de familia sea única y exclusiva, puesto que el decrecimiento de la tasa de nupcialidad encierra una incontrastable realidad: en la ciudad de Buenos Aires la gente tiende a no casarse y ello no significa que no se hayan creado nuevas familias.

Al no escoger el matrimonio civil como forma de legitimar la convivencia, no se elige no formar una familia, puesto que no existen diferencias. Desde la óptica sostenida, dos personas de diferente sexo que cohabitan y tienen hijos, no se diferencian de otro grupo familiar conformado con la misma cantidad de integrantes pero sin la unión legal: ambas son "familias". La familia es una cuestión de hecho que en algunos casos hasta traspasa las cuestiones de afinidad sanguínea -adopción- nunca podrá ser una fórmula jurídica.

Resulta entonces que la intención es señalar que la protección de los lazos familiares que se instituyó con la consagración de la excusa absolutoria, ha sido modificada, en tanto que uno de sus pilares conceptuales, padeció una evolución indiscutible.

Sentado lo expuesto, afirmase que en la órbita de no punibilidad del Art. 185 del CP no solo estarán los delitos cometidos entre cónyuges, sino que también lo estarán los perpetrados entre los concubinos.

La explicación que se viene desarrollando intenta demostrar cuáles son las razones que llevar a esgrimir tal premisa, claramente, esta posición podría finalizar con la exigencia de un cambio legislativo, pero convencidos estamos que la redacción actual analizada e interpretada en consonancia con la posibilidad de realizar analogías en favor del reo, permiten lograr la exención que se pretende con esta misma ley.

La situación de convivencia no es ajena al código penal, no es una fórmula que se propone incluir en un sistema legislativo que no la recepta, pues a modo de ejemplo, se puede mencionar que en el Art. 119 del CP, inciso f) se agrava el abuso sexual de un menor de 18 años, cuando se hubiere aprovechado para ella la situación de convivencia, pese que en otros apartados se agravaba la comisión por ascendientes. Esta norma tiene una clara e íntima relación con el tema estudiado, puesto que se trata de abarcar, en este caso para agravar un delito, la misma circunstancia fáctica que en otro contexto se propone despenalizar; si la imprevisión o la falta de coherencia en el legislador no se puede presumir, la única explicación que se puede brindar para esta inclusión es que no se quiso dejar de legislar sobre la posibilidad de que el concubino no progenitor del menor abusado sea autor del delito.

En el Código Procesal Penal de la Nación en su Art. 55 Inc. 11) se sostiene que uno de los motivos para que los jueces se inhiban es que mantenga una amistad íntima con alguna de las partes del proceso. Obviamente, que si el magistrado debiera juzgar a su concubino, tiene la obligación de excusarse, ello pese a que no existe como causal taxativa de inhibición, sin embargo nadie se opondría a tal cosa, y como tampoco se podría contradecir la afirmación de que el concubinato se asemeja más al matrimonio que a una amistad íntima.

No existen razones para negar la legislación sobre el concubinato, pese a que no se mencione directamente en el código penal, puesto que además de los ejemplos narrados también se puede mencionar la exención de pena dispuesta en el Art. 277, inciso 3ª en donde se expone que estarán exentos de responsabilidad -del delito de encubrimiento- los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. Seguramente que cualquier magistrado o tribunal que debiera resolver una cuestión de este tipo, no podría justificar válidamente la exclusión del concubino en alguno de estos ejemplos, de ahí esta postura, en el sentido que no se pretende ingresar conceptos desconocidos al código penal, solo se proclama una nueva y contextualizada interpretación de los conceptos que sirvieron para fundar el instituto en análisis.

X. Conclusiones [\[arriba\]](#)

En los párrafos anteriores la intención fue demostrar que en nuestro ordenamiento jurídico actualmente existen indicios de legislación sobre el concubinato, sin mencionarlo directamente.

Yendo a la fórmula legal utilizada, consideramos que realizando una interpretación analógica del matrimonio y el concubinato, no existirían impedimentos u obstáculos para utilizar el Art. 185 del CP.

Alguien podría decir que de tal forma se violaría el principio de legalidad, puntualmente, en la estrictez que tienen que guardar los preceptos penales, sin embargo, como parte integrante de aquella garantía se entiende que la prohibición tajante de analogía se refiere a la interpretación extensiva de la punibilidad, esto es, cuando se ambiciona englobar situaciones que no están reprimidas por la ley de fondo, dicho en otras palabras, está prohibido sancionar circunstancias o hechos que no fueron previstos por el legislador, pero la proscripción de analogías se relativiza cuando ellas se realizan para despenalizar un suceso.

La diferencia entre el derecho civil y el derecho penal, es que Velez Sarsfield consagró una norma que obliga a los jueces a entender en todas las cuestiones que se llevan a sus jurisdicciones, Art. 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

En nuestro derecho penal no existe una norma como aquella, que permita a los jueces evaluar otras fuentes de derecho que no sea la ley escrita, estricta, previa y cierta, sin embargo, la constitución posee una cláusula de reserva, que opera en igual sentido, pero con diferente resultado: si un hecho o acontecimiento no se encuentra penalizado, este es impune.

No se desconoce la literalidad de la norma, que con meridiana claridad exige la existencia del vínculo legal, y ello bastaría para desechar la discusión alusiva a la posibilidad de incluir como sucedáneo conceptual a la mera cohabitación. Pero la explicación va más allá de un análisis riguroso -excesivo- de la literalidad del texto legal.

Los Dres. Zaffaroni y Baigún sostienen que literalmente se exige la existencia del vínculo legal, pero pese a ello, se explica en función de consideraciones relacionadas con el alcance de los fundamentos políticos-criminales de la exención. Así tan pronto se los relacione con la necesidad de no interferir en el ámbito de la intimidad que aporta la convivencia o de la mancomunidad patrimonial que presupondría, mostraría cierta razonabilidad calificar al concubino como candidato a cuanto expresamente le viene concedido al cónyuge. Sin embargo, con ello se descuida que la renuncia al castigo no proviene de valoraciones tan aisladas, y que en todo caso, aquellas reconocen como sustrato la familia legalmente constituida como tal. Precisamente es el cónyuge candidato a la eximente aun cuando no conviva con la víctima o de quien se encontrare separado de hecho, lo que viene a ratificar que la institución matrimonial es cuanto la explica. Si a las parejas estables extramatrimoniales se les concediera el privilegio, quedaría destruido el monopolio del matrimonio[14].

Es completo el desacuerdo con esta opinión, habida cuenta de que no se reconoce la necesidad de la existencia de un monopolio del matrimonio, máxime cuando en los hechos ha quedado demostrado que la población cada vez en mayor medida elige unirse con prescindencia del vínculo formal. Además no existe otro fundamento válido para la existencia de la excusa absolutoria que no sea la protección de la vida familiar, y bajo ningún punto de vista se logra comprender -o mejor dicho, aceptar- la analogía que se realiza entre la familia y el matrimonio civil.

Como corolario de la conclusión arribada, se han generado varias incógnitas en torno a la resolución de algunos singulares casos que podrían ocurrir en la realidad. Veamos.

A) Según se sabe el vínculo matrimonial se disuelve por la muerte de uno de los esposos, por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento o por sentencia de divorcio vincular.

El divorcio vincular, a diferencia de la separación personal, disuelve el vínculo matrimonial (Art. 213, Inc. 3 del CC). Los esposos dejan de ser tales, y cesan todos los derechos y deberes derivados del matrimonio, en tanto no haya norma expresa en la ley que establezca su persistencia. Es razonable entonces que se anote que una vez firme la sentencia de divorcio, un delito de los mencionados en el Art. 185 del CP entre quienes alguna vez estuvieron enlazados por matrimonio debería ser perseguido y penado, se considera que en este punto existiría coincidencia, el problema radica en el interregno que va desde el momento de la separación personal hasta el tiempo en que se obtiene la sentencia de divorcio firme, pues este lapso puede llegar a durar años.

En esa inteligencia debería otorgársele solución a las posibles variantes: ¿es impune el esposo separado de hecho que hurta a su cónyuge? ¿Está exento de pena el cónyuge que defrauda a su esposa mientras el divorcio se encuentra en pleno trámite? ¿No debe ser reprochado el esposo que daña elementos propiedad de su cónyuge luego de la sentencia de primera instancia que no se encuentra firme? ¿Se trata de la misma situación cuando el divorcio es controvertido o por presentación conjunta?

Todas estas interrogantes podrían tener diferentes y de las más variadas respuestas con argumentaciones sólidas y sin mellas, pero resulta difícilmente explicable que se sostenga, en cualquiera de estos casos, la aplicación de la excusa absolutoria, habida cuenta de que si aquel instituto fue creado con la explícita intención de proteger los lazos familiares por encima de cualquier otra cuestión, luego de quebrado ese bien preciado que el Estado se propuso defender por expresa creencia de que es el núcleo de la sociedad, finalizada por la razón que fuese la unión, la protección debería caer sin importar el tratamiento judicial o la instancia en que se encontrare, ya que si se adopta cualquier otra línea de pensamiento se podría arribar a conclusiones injustas.

Si se pretende sostener que la familia es aquella conformada por el lazo vincular obtenido por el matrimonio, y este estado únicamente cede -en lo que nos interesa- con el divorcio vincular que se obtiene luego de la sentencia judicial firme, se podría concebir absurdamente que el cónyuge separado de hecho que hurta a su ex esposa no declarada es impune; lo mismo ocurriría con los hechos ilícitos que sucederían desde el comienzo del juicio de divorcio hasta su finalización, quedarían fuera de la órbita de punibilidad delitos cometidos entre personas que perdieron toda relación y comunidad desde hace mucho tiempo.

Tan injustas como absurdas parecen estas situaciones, que solamente se cree necesario para neutralizarlas entender que la protección otorgada por la excusa absolutoria nada tiene que ver con la formalidad del matrimonio, antes bien, el instituto proclama el resguardo de una situación de hecho fáctica que en algunos casos estará plasmada en un matrimonio civil y en otras tantas no, de modo que perdida esa unión, ese sentido de pertenencia y esa comunidad, también deberán perderse las prerrogativas que el derecho le

concede a las personas que viven en dicha situación, por lo tanto, no importa si se declara una separación personal, de hecho o un divorcio vincular, lo verdaderamente importante resultará elucidar si ha finalizado el vínculo familiar, y en su caso, la excusa absolutoria no podrá ser aplicada.

[1] Raúl Eugenio Zaffaroni y David Baigun, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo VII Artículos 172/185 Parte Especial, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, 887.

[2] Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Tomo II-B, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 860.

[3] <http://www.rae.es> (disponible en Internet el 1-VIII-2010).

[4] Augusto César Belluscio, Manual de Derecho de Familia, 7ª edición actualizada y ampliada., Astrea, Buenos Aires 2002,3 .

[5] Belluscio, 3.

[6] Belluscio, 4.

[7] Belluscio, 503.

[8] Cfr. Guillermo J. Yacobucci “El Principio de Legalidad”, en El sentido de los Principios Penales-Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal (2002), 251-292

[9] Soler, 173.

[10] Zaffaroni, Alagia, Slokar, Ob. Cit., 118/119.

[11] Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Tomo I, Thomson-Civita, España 2003, 137.

[12] Cfr. Soler, Ob. Cit., 172.

[13] La tasa bruta de nupcialidad (esto es, la relación entre matrimonios ocurridos en un año y la cantidad de población) se encuentra en franco descenso en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Por ejemplo, entre 1990 y 2005 bajó de 7,3 a 4,9 matrimonios por mil habitantes: esto es, en 15 años experimentó una disminución del 33% por ciento. Es una constante innegable que la cohabitación sin matrimonio es la unión escogida generalmente en la ciudad de Buenos Aires, sobre todo como modalidad de inicio de la primera experiencia de unión. De los índices consultados se desprende que de las mujeres nacidas en 1940-1949, 9 de cada 10 empezaron su vida en pareja a través del matrimonio directo, ahora bien, tres generaciones más tarde, es decir, entre las mujeres pertenecientes a las generaciones nacidas entre 1970-1979 esta tendencia se ha invertido al punto de que 7 de cada 10 optaron por la cohabitación. Objetivamente, en el 2001, había 10,6 millones de personas casadas en el país, según el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, mientras que diez años atrás, las personas casadas sumaban 11,1 millones. Según el mismo censo, 3,9 millones de personas no pasaron por el Registro Civil y viven en un estado de concubinato, en 1991, había 2,4 millones de personas en esa situación. Pero más allá de lo dicho lo más importante, sin dudas, es que la tasa bruta de nupcialidad cayó el 43% en los últimos 30 años en la Ciudad de Buenos Aires, habida cuenta de que pasó de 9,1 casamiento por cada mil habitantes en 1970 a 5,2 en 2004.

[14] Zaffaroni, Baigún, 907.

© Copyright: Universidad Austral